

20 AÑOS DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

COORDINADORES

EDUARDO GAMERO CASADO Y LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

AUTORES

JORGE AGUDO GONZÁLEZ	JOSÉ CUESTA REVILLA	JUAN JOSÉ GONZÁLEZ LÓPEZ	MARINA RODRÍGUEZ BEAS
ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ	GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ	JUAN JOSÉ GUARDIA HERNÁNDEZ	ALEJANDRO ROMÁN MÁRQUEZ
CECILIA ÁLVAREZ LOSA	JOSÉ LUIS DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ	CLAUDIA HERNÁNDEZ LÓPEZ	ARITZ ROMEO RUIZ
ANTONIO BUENO ARMIJO	ÓSCAR EXPÓSITO-LÓPEZ	JUAN CARLOS JURADO JIMÉNEZ	MARÍA AMPARO SALVADOR ARMENDÁRIZ
ANTONIO CALONGE VELÁZQUEZ	GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES	AGUSTÍN LEÓN GONZÁLEZ	PILAR TALAVERA CORDERO
CARMEN CAMBLOR DE ECHANOVE	MANUEL FERNÁNDEZ SALMERÓN	RUBÉN MARTÍNEZ GUTIÉRREZ	PAULA TOMÉ DOMÍNGUEZ
LUCÍA CASADO CASADO	MARCOS M. FERNANDO PABLO	EVA M ^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN	FRANCISCO TOSCANO GIL
SUSANA E. CASTILLO RAMOS-BOSSINI	ANTONIO FORTES MARTÍN	ÁNGEL M. MORENO MOLINA	MAITE URIARTE RICOTE
AGUSTÍ CERRILLO I MARTÍNEZ	JOSEP RAMÓN FUENTES Y GASÓ	TERESA M. NAVARRO CABALLERO	CLARA I. VELASCO RICO
GUILLERMO CHANG CHUYES	DIANA-URANÍA GALETTA	PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ	JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ
CARLO ALBERTO CIARALLI	FERNANDO GARCÍA RUBIO	ALBA NOGUEIRA LÓPEZ	MARC VILALTA REIXACH
XAVIER CODINA GARCÍA-ANDRADE	MARÍA LUISA GÓMEZ JIMÉNEZ	CARLOS PADRÓS REIG	
	MARÍA ÁNGELES GONZÁLEZ BUSTOS	ESTHER RANDO BURGOS	

20 AÑOS
DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

Actas del XVII Congreso de la
Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo

Sevilla
26 a 28 de enero de 2023

Actas del XVII Congreso de la
Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo

Sevilla
26 a 28 de enero de 2023

20 AÑOS DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

Coordinadores

Eduardo Gamero Casado y Lucía Alarcón Sotomayor

Autores

Jorge Agudo González	Germán Fernández	Eva M ^a Menéndez
Elsa Marina Álvarez	Farreres	Sebastián
González	Manuel Fernández	Ángel M. Moreno Molina
Cecilia Álvarez Losa	Salmerón	Teresa M. Navarro
Antonio Bueno Armijo	Marcos M. Fernando	Caballero
Antonio Calonge	Pablo	Pilar Navarro Rodríguez
Velázquez	Antonio Fortes Martín	Alba Nogueira López
Carmen Cambor de	Josep Ramón Fuentes y	Carlos Padrós Reig
Echanove	Gasó	Esther Rando Burgos
Lucía Casado Casado	Diana-Uranía Galetta	Marina Rodríguez Beas
Susana E. Castillo	Fernando García Rubio	Alejandro Román
Ramos-Bossini	María Luisa Gómez	Márquez
Agustí Cerrillo i Martínez	Jiménez	Aritz Romeo Ruiz
Guillermo Chang Chuyes	María Ángeles González	María Amparo Salvador
Carlo Alberto Ciaralli	Bustos	Armendáriz
Xavier Codina García-	Juan José González López	Pilar Talavera Cordero
Andrade	Juan José Guardia	Paula Tomé Domínguez
José Cuesta Revilla	Hernández	Francisco Toscano Gil
Gustavo Manuel Díaz	Claudia Hernández López	Maite Uriarte Ricote
González	Juan Carlos Jurado	Clara I. Velasco Rico
José Luis Domínguez	Jiménez	José Vida Fernández
Álvarez	Agustín León González	Marc Vilalta Reixach
Óscar Expósito-López	Rubén Martínez Gutiérrez	

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2023

Primera edición: septiembre 2023

Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración Pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:
INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-767-6 (formato electrónico)
NIPO: 100-23-013-0 (formato electrónico)

Preimpresión: Dagaz Gráfica, s.l.u.

ÍNDICE

Introducción	13
Comités organizador y científico	17
Relación de autores	19

Primera sesión
EL UNIVERSO DE LOS INCENTIVOS: ÁMBITOS
MATERIAL Y SUBJETIVO

PONENCIAS

La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales. <i>Francisco Toscano Gil</i>	27
La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del sector público y las entidades colaboradoras	55
<i>Elsa Marina Álvarez González</i>	

COMUNICACIONES

Subvención y contrato de patrocinio	83
<i>Cecilia Álvarez Losa</i> <i>Juan José González López</i>	
El concierto educativo no es una subvención. ¿Una controversia ya superada?	93
<i>Juan José Guardia Hernández</i>	
Premios y subvenciones. Concepto y control	103
<i>Fernando García Rubio</i>	

La necesaria sustitución de las subvenciones autonómicas a las entidades locales en Andalucía por las transferencias de financiación . . .	113
<i>Pilar Navarro Rodríguez</i>	
La biodiversidad de espacios agrarios como objeto de subvención . . .	123
<i>Maite Uriarte Ricote</i>	
El programa estatal de ayudas para la implantación de zonas de bajas emisiones	133
<i>Antonio Fortes Martín</i>	
Cláusulas ambientales y sociales en contratos y subvenciones públicas. ¿Límites concurrentes?	143
<i>Alejandro Román Márquez</i>	

RELACIÓN CONCLUSIVA

El Universo de los incentivos: ámbitos material y subjetivo	155
<i>María Amparo Salvador Armendáriz</i>	

Segunda sesión

REPARTO COMPETENCIAL Y PROCEDIMIENTOS

PONENCIAS

El reparto y la conflictividad competencial	169
<i>Antonio Calonge Velázquez</i>	
Los procedimientos subvencionales. De la burocracia a la IA: eficacia o garantía	199
<i>Eva M.^a Menéndez Sebastián</i>	

COMUNICACIONES

Datos abiertos, IA y subvenciones: proactividad y control	233
<i>Rubén Martínez Gutiérrez</i>	
Una persona como usted ha recibido esta subvención. Proceso subvencional, personalización e Inteligencia Artificial	243
<i>Agustí Cerrillo i Martínez</i>	
<i>Clara I. Velasco Rico</i>	

ÍNDICE

Inteligencia artificial y procedimientos de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva	253
<i>Carmen Camblor de Echanove</i>	
Límites a la decisión algorítmica en la adjudicación de subvenciones públicas	263
<i>María Luisa Gómez Jiménez</i>	
Organización administrativa e imparcialidad en la concesión de subvenciones culturales.	273
<i>Carlos Padrós Reig</i>	
La terminación convencional del procedimiento en materia de subvenciones.	283
<i>Lucía Casado Casado</i>	
¿El fin justifica los medios? Subvenciones y protección de personas vulnerables.	293
<i>Alba Nogueira López</i>	
Efectos de las operaciones de reestructuración de sociedades en las subvenciones	303
<i>Agustín León González</i>	
<i>Juan Carlos Jurado Jiménez</i>	

RELACIÓN CONCLUSIVA

Reparto competencial y procedimientos	315
<i>Marc Vilalta Reixach</i>	

Tercera sesión **PATOLOGÍAS Y CONTROLES**

PONENCIAS

El sistema de control económico-financiero de subvenciones	329
<i>Jorge Agudo González</i>	
Confianza legítima y reintegro de subvenciones	355
<i>Manuel Fernández Salmerón</i>	

COMUNICACIONES

Deslocalización empresarial y reintegro de subvenciones en Navarra . <i>Aritz Romeo Ruiz</i>	383
Por qué fracasan las subvenciones: el caso del desarrollo rural y el programa «LEADER» <i>José Luis Domínguez Álvarez</i> <i>Marcos M. Fernando Pablo</i> <i>María Ángeles González Bustos</i> <i>Paula Tomé Domínguez</i> <i>Pilar Talavera Cordero</i>	395
La mediación en el reintegro finalista de subvenciones <i>Óscar Expósito-López</i>	407
Reflexiones sobre la eficacia invalidante de la omisión del plan estratégico de subvenciones <i>Gustavo Manuel Díaz González</i>	417
Plan estratégico de subvenciones: configuración y control jurisdiccional <i>Josep Ramon Fuentes i Gasó</i> <i>Marina Rodríguez Beas</i>	427
El principio de proporcionalidad en el reintegro de subvenciones <i>Esther Rando Burgos</i>	439
La responsabilidad jurídico-pública de los miembros de una agrupación de beneficiarios <i>Xavier Codina García-Andrade</i>	451
La problemática que plantea la impugnación de subvenciones. <i>Susana E. Castillo Ramos-Bossini</i>	461
Disparar con pólvora del rey: el problema de la evaluación de la eficiencia de las subvenciones y ayudas públicas. <i>José Vida Fernández</i>	471

RELACIÓN CONCLUSIVA

El control económico-financiero de las subvenciones. <i>José Cuesta Revilla</i>	483
--------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Cuarta sesión
EL REFLORECIMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL
RÉGIMEN DE LAS SUBVENCIONES A LOS 20 AÑOS DE LA
LEY GENERAL

PONENCIAS

- El nuevo protagonismo de la Unión Europea como organización supra-
nacional y como actor en el tablero mundial 499
Diana-Urania Galetta
- Reflexiones sobre la Ley General de Subvenciones en su vigésimo
aniversario 523
Germán Fernández Farreres

COMUNICACIONES

- Ayudas de Estado: un concepto de Derecho europeo en la órbita de la
Ley General de Subvenciones. 547
Teresa M. Navarro Caballero
- La modificación de los marcos de apoyo al despliegue de las energías
renovables: la jurisprudencia del TJUE 557
Ángel M. Moreno Molina
- El principio de proporcionalidad como canon hermenéutico de los in-
centivos 567
Guillermo Chang Chuyes
- Principio de equivalencia y protección de intereses financieros en fon-
dos *Next Generation EU*. 577
Antonio Bueno Armijo
- El papel de la OLAF en la utilización de los recursos del programa
Next Generation EU 587
Carlo Alberto Ciaralli

RELACIÓN CONCLUSIVA

- El florecimiento de la Unión Europea y el régimen de las subvencio-
nes a los veinte años de la Ley General 599
Claudia Hernández López

INTRODUCCIÓN

Esta obra contiene las Actas del XVII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, los días 26 a 28 de enero de 2023. Agradecemos al INAP la publicación de la obra en abierto, coadyuvando de esta manera a los fines de la Asociación y del propio congreso, de modo que sus resultados queden a disposición de toda la comunidad científica.

Una vez restablecida la normalidad en los aforos —tras la pandemia—, participaron en el congreso trescientos colegas, una elevada asistencia que contribuyó decisivamente a la consecución de los objetivos de la cita. Estos congresos son, ante todo, eventos científicos, en los que nos planteamos grandes retos de nuestra disciplina, que lo son también de la sociedad, pues no en vano nos recuerda Sabino Cassese que el Derecho administrativo es el Derecho de la sociedad. Pero estos congresos son, también, una oportunidad para ver a viejos amigos, para conocer a nuevos colegas o estrechar lazos, para potenciar las redes de colaboración y lanzar o coordinar proyectos, para plantearse nuevas perspectivas. Durante su transcurso se desarrollan además otras enriquecedoras experiencias, en muy variados planos.

La Universidad no se reduce a ser una concreta institución u organización administrativa, sino que constituye un acervo, una tradición que se remonta a la noche de los tiempos, cuando los pueblos civilizados comprendieron la necesidad de formar intelectualmente a sus ciudadanos y sintieron el impulso de cultivar y acrecer el conocimiento. Esa tradición universitaria se transmite desde entonces de generación en generación, en un bello e inacabable proceso de creación y transmisión del saber, del que no somos más que meros eslabones.

Somos depositarios de una herencia preciosa que nos confiaron nuestros maestros, quienes hicieron posible lo que ahora somos. En nuestra condición académica hemos asumido el compromiso de recibir ese acervo y acrecerlo. Porque, remedando a Heráclito, no es la misma agua, pero sí es el mismo río. La creación de la AEPDA, y la celebración de sus congresos anuales, es un

magnífico exponente de esta tradición universitaria, haciéndola posible en una dimensión que rebasa la pura escolástica tradicional para abarcar a toda la disciplina.

Por esta razón, el Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, quiere expresar desde estas líneas su gratitud a la AEPDA, por haber puesto en nuestras manos la responsabilidad de organizar este congreso, depositando en nosotros este bello legado, y haciéndonos directamente partícipes de esa labor interminable en que se expresa la tradición universitaria. Así mismo, la Junta Directiva de la AEPDA también desea agradecer en esta presentación al Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide todo el trabajo y el esfuerzo que han realizado en la organización y celebración de este congreso.

En cuanto a la temática del congreso, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS) supuso una trascendental novedad en el panorama de la legislación del procedimiento administrativo común, al establecer un régimen unitario en esta materia que hasta entonces carecía de un marco normativo general. Transcurridas dos décadas desde su aprobación, parecía conveniente hacer balance de sus postulados: sin abordar necesariamente todas las cuestiones que plantea el marco normativo (por evidentes razones de tiempo), se ha procurado promover la reflexión sobre concretos aspectos problemáticos a fin de ofrecer posicionamientos y propuestas que permitan afrontarlos.

En la primera sesión del Congreso, el foco se centró en los ámbitos material y subjetivo. Por lo que se refiere al primero, existen incentivos económico-patrimoniales que escapan de la aplicación de la LGS, como los créditos al margen de las condiciones de mercado (abarcados por el concepto de ayudas de Estado en el Derecho de la Unión Europea), y otras entregas o beneficios patrimoniales: parece necesario reflexionar sobre la oportunidad de disponer de un régimen común que regule estas cuestiones, más allá del concepto estricto de subvención establecido en la LGS.

En cuanto al ámbito subjetivo, hay dos tipologías de sujetos que presentan especial atractivo en la actualidad: las entidades del sector público con personificación jurídico-privada, que vienen otorgando incentivos que encajan en el concepto de subvención, y que progresivamente se están viendo incluidas en el ámbito de aplicación de la LGS (disposiciones adicionales 16.^a y 26.^a LGS), y parece pertinente reflexionar sobre el fenómeno. Por otra parte, las entidades colaboradoras desempeñan un papel cada vez más relevante en el universo de operadores.

En la segunda sesión se abordaron dos cuestiones distintas. Por una parte, el reparto competencial. Es un tema clásico que podría considerarse, hasta cierto punto, superado. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional sobre el

reparto competencial en materia de subvenciones es profusa y da lugar a una categorización de supuestos no siempre fáciles de delimitar, por lo que parece necesario un análisis sistemático y crítico de la situación existente. El otro tema de esta sesión fueron los procedimientos de otorgamiento de subvenciones; más allá de los temas clásicos que se pueden abordar, es del mayor interés el estudio de la aplicación de soluciones de automatización e inteligencia artificial a los procedimientos de subvenciones, a la vista de la aplicación que ya se está haciendo de esta tecnología y de los problemas que ha planteado en otros países. Asimismo, es oportuno reflexionar sobre la eventual simplificación de los procedimientos subvencionales, cuyo ritualismo pone en riesgo la eficacia de la actuación administrativa, pero cuya agilización entraña riesgos sobre las garantías del procedimiento administrativo.

En la tercera sesión se reflexionó sobre los medios articulados para verificar el cumplimiento del régimen subvencional, y en su caso, sancionar su infracción. La sesión se articuló en dos partes: una, centrada en el estudio de los principales medios de control de las subvenciones; y otra, dedicada a los medios de reacción frente al incumplimiento.

En la cuarta sesión, como es práctica habitual en los congresos, se propone un tema de actualidad, distinto de la temática del congreso, pero en este caso, parcialmente conexo. En la primera ponencia general, confiada a una colega extranjera, se plantea un análisis panorámico de las iniciativas recientes de la UE que revelan su refortalecimiento y su nuevo liderazgo, tanto hacia dentro de la Unión como en el escenario mundial. En la contraparte española de la sesión, se ofreció una ponencia panorámica y recapitulativa de los veinte años de vigencia de la LGS.

Para concluir, desde los comités organizador y científico deseamos también agradecer particularmente su esfuerzo a las entidades que han colaborado en la organización y patrocinio del congreso, sin cuyo concurso no habría sido posible celebrarlo.

AGRADECIMIENTOS

Entidades patrocinadoras y colaboradoras:

- Fundación Cajasol.
- Instituto Andaluz de Administración Pública de la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública de la Junta de Andalucía.
- Real Alcázar de Sevilla, o dicho en otras palabras, al Ayuntamiento de Sevilla, titular del monumento.

- Cuartel General de la Fuerza Terrestre, por la cesión del Salón de Actos de Capitanía General, bellísimo entorno que acogió las sesiones del congreso el sábado 28 de enero.
- Rectorado, Facultad de Derecho y servicios de la Universidad que han contribuido y facilitado la organización del Congreso.
- Montero-Aramburu Abogados.
- Hozono Global.
- NTT Data.
- Egea Villalba Abogados.

Los directores de esta obra solo podemos concluir agradeciendo el trabajo de cuantas personas han contribuido a la celebración del congreso, en el comité científico, en el comité organizador, ponentes, comunicantes, relatores y asistentes, particularmente quienes avivaron los coloquios con sus aportaciones. Sin su desinteresado esfuerzo y concurso este libro no habría sido posible. Esperamos que sea útil y contribuya a proseguir esa interminable labor de cultivo y transmisión del conocimiento que es la esencia misma de la Universidad.

Sevilla y Córdoba, mayo de 2023.

Eduardo Gamero Casado
Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Comité Organizador del XVII Congreso de la AEPDA

Lucía Alarcón Sotomayor
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Vocal de la Junta Directiva de la AEPDA y miembro del Comité Científico del XVII Congreso de la AEPDA

COMITÉS ORGANIZADOR Y CIENTÍFICO

El Comité organizador del XVII Congreso de la AEPDA ha estado integrado por los siguientes profesores y profesoras del Área de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla:

Dirección:

EDUARDO GAMERO CASADO, catedrático

Secretariado:

LUIS MIGUEL ARROYO YANES, catedrático

MARÍA DOLORES REGO BLANCO, profesora titular

FRANCISCO TOSCANO GIL, profesor titular

ROCÍO NAVARRO GONZÁLEZ, profesora ayudante doctora

ANTONIO D. BERNING PRIETO, profesor ayudante doctor

FRANCISCO L. PÉREZ GUERRERO, profesor colaborador

El Comité científico del XVII Congreso de la AEPDA ha estado integrado por los profesores y profesoras integrantes de la Junta directiva de la Asociación:

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN

Catedrático, Universidad de Zaragoza (presidente)

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

Profesora Titular, Universidad de Córdoba (vocal)

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ

Catedrática, Universidad de Sevilla (vocal)

COMITÉS ORGANIZADOR Y CIENTÍFICO

BEATRIZ BELANDO GARÍN
Profesora Titular, Universidad de Valencia (vocal)

TOMÁS CANO CAMPOS
Catedrático, Universidad Complutense de Madrid (vocal)

EDORTA COBREROS MENDAZONA
Catedrático, Universidad del País Vasco (vocal)

TOMÁS FONT I LLOVET
Catedrático, Universidad de Barcelona (vocal)

FRANCISCO HERNÁNDEZ GONZÁLEZ
Catedrático, Universidad de La Laguna (vocal)

PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ
Catedrática, Universidad de Vigo (vocal)

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE
Profesor Titular, Universidad de Zaragoza (secretario)

RELACIÓN DE AUTORES

- AGUDO GONZÁLEZ, JORGE: catedrático, Universidad Autónoma de Madrid
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, ELSA MARINA: profesora titular, Universidad de Málaga
- ÁLVAREZ LOSA, CECILIA: subdirectora adjunta de la asesoría jurídica, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
- BUENO ARMIJO, ANTONIO: profesor titular, Universidad de Córdoba
- CALONGE VELÁZQUEZ, ANTONIO: profesor titular, Universidad de Valladolid
- CAMBLO DE ECHANOVE, CARMEN: profesora ayudante doctora, Universidad Carlos III de Madrid
- CASADO CASADO, LUCÍA: profesora titular, Universitat Rovira i Virgili
- CASTILLO RAMOS-BOSSINI, SUSANA E.: investigadora, Universidad de Granada
- CERRILLO I MARTÍNEZ, AGUSTÍ: catedrático, Universitat Oberta de Catalunya
- CHANG CHUYES, GUILLERMO: profesor ordinario auxiliar, Universidad de Piura
- CIARALLI, CARLO ALBERTO: investigador postdoctoral “María Zambrano”, Universidad Pablo Olavide de Sevilla
- CODINA GARCÍA-ANDRADE, XAVIER: abogado y profesor, Colegio Universitario de Estudios Financieros de Madrid
- CUESTA REVILLA, JOSÉ: profesor titular, Universidad de Granada
- DÍAZ GONZÁLEZ, GUSTAVO MANUEL: profesor sustituto, Universidad de Oviedo
- DOMÍNGUEZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS: investigador postdoctoral, Universidad de Salamanca
- EXPÓSITO-LÓPEZ, ÓSCAR: investigador predoctoral FPI, Universitat Rovira i Virgili
- FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN: catedrático, Universidad Complutense de Madrid

- FERNÁNDEZ SALMERÓN, MANUEL: catedrático, Universidad de Murcia
- FERNANDO PABLO, MARCOS M.: catedrático, Universidad de Salamanca
- FORTES MARTÍN, ANTONIO: profesor titular, Universidad Carlos III de Madrid
- FUENTES Y GASÓ, JOSEP RAMÓN: profesor titular, Universitat Rovira i Virgili
- GALETTA, DIANA-URANIA: profesora ordinaria, Università degli Studi di Milano
- GARCÍA RUBIO, FERNANDO: profesor titular, Centro de Estudios de Derecho ambiental de Tarragona
- GÓMEZ JIMÉNEZ, MARÍA LUISA: profesora titular, Universidad de Málaga
- GONZÁLEZ BUSTOS, MARÍA ÁNGELES: profesora titular, Universidad de Salamanca
- GONZÁLEZ LÓPEZ, JUAN JOSÉ: letrado consistorial-titular de la asesoría jurídica, Ayuntamiento de Burgos. Profesor asociado, Universidad de Burgos
- GUARDIA HERNÁNDEZ, JUAN JOSÉ: profesor colaborador, Universitat Internacional de Catalunya
- HERNÁNDEZ LÓPEZ, CLAUDIA: profesora contratada doctora, Universidad de La Laguna
- JURADO JIMÉNEZ, JUAN CARLOS: abogado, Montero Aramburu Abogados
- LEÓN GONZÁLEZ, AGUSTÍN: socio, Montero Aramburu Abogados
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, RUBÉN: profesor titular, Universidad de Alicante
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, EVA M.^a: catedrática, Universidad de Oviedo
- MORENO MOLINA, ÁNGEL M.: catedrático, Universidad Carlos III de Madrid
- NAVARRO CABALLERO, TERESA M.: profesora titular, Universidad de Murcia
- NAVARRO RODRÍGUEZ, PILAR: profesora (acreditada a titular), Universidad Internacional de la Rioja
- NOGUEIRA LÓPEZ, ALBA: catedrática, Universidad de Santiago de Compostela
- PADRÓS REIG, CARLOS: catedrático (acreditado), Universidad Autónoma de Barcelona
- RANDO BURGOS; ESTHER: profesora contratada doctora, Universidad de Málaga
- RODRÍGUEZ BEAS, MARINA: profesora lectora Serra Húnter, Universitat Rovira i Virgili
- ROMÁN MÁRQUEZ, ALEJANDRO: profesor contratado doctor, Universidad de Sevilla

ROMEO RUIZ, ARITZ: profesor contratado doctor, Universidad Pública de Navarra

SALVADOR ARMENDÁRIZ, MARÍA AMPARO: profesora titular, Universidad de Navarra

TALAVERA CORDERO, PILAR: doctoranda, Universidad de Salamanca

TOMÉ DOMÍNGUEZ, PAULA: becaria FPU, Universidad de Salamanca

TOSCANO GIL, FRANCISCO: profesor titular, Universidad Pablo Olavide de Sevilla

URIARTE RICOTE, MAITE: profesora titular, Universidad del País Vasco

VELASCO RICO, CLARA I: profesora agregada Serra Hünter, Universitat Pompeu Fabra

VIDA FERNÁNDEZ, JOSÉ: profesor titular, Universidad Carlos III de Madrid

VILALTA REIXACH, MARC: profesor agregado, Universidad de Barcelona

PRIMERA SESIÓN

**EL UNIVERSO DE LOS INCENTIVOS: ÁMBITOS
MATERIAL Y SUBJETIVO**

PONENCIAS

LA GALAXIA MATERIAL: DE LAS SUBVENCIONES A LOS INCENTIVOS ECONÓMICO- PATRIMONIALES

Francisco Toscano Gil

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Consideraciones previas acerca del encuadre de los conceptos de fomento, ayuda pública y subvención. 3. Determinación y delimitación de los principales tipos de ayudas públicas. A) Las subvenciones. B) Las ayudas en especie. C) Los premios. D) Las exenciones. E) El crédito oficial. F) Las subvenciones financiadas con cargo a Fondos Europeos. G) Las ayudas gestionadas por fondos sin personalidad jurídica. H) La actividad administrativa de fomento sin transferencias directas de capital. 4. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto determinar y delimitar los principales tipos de ayudas públicas que se utilizan en la actividad administrativa de fomento, más allá de la conocida técnica de la subvención. Una vez definido el concepto de ayuda pública del que se parte, se propone una tipología de los tipos de ayudas públicas más representativos, definiendo cada una de ellas y llevando a cabo la correspondiente tarea de delimitación conceptual. Se analiza también en qué medida se aplica la Ley General de Subvenciones a cada tipo de ayuda pública, propugnando, en su caso, la extensión de su ámbito de aplicación.

PALABRAS CLAVE: subvención; fomento; ayuda pública; Derecho administrativo.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to determine and delimit the main types of public aid used in the administrative activity of promotion, beyond the well-known technique of the grant. Once the concept of public aid has been defined, we propose a typology of the main types of public aid, defining and delimiting

them. We also analyze the level of application of the General Law of Grants to each type of public aid, advocating, where appropriate, the extension of its scope of application.

KEY WORDS: grant; promotion; public aid; Administrative law.

1. PLANTEAMIENTO

La Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS) gravita en torno al concepto de la que constituye la técnica de fomento administrativo más conocida¹, que es la subvención². Este es su objeto, según se declara en su art. 1: establecer un régimen jurídico general de las subvenciones concedidas por las Administraciones públicas. Lo que exige definir y delimitar qué es subvención para esta Ley, de tal modo que, a lo que es subvención se le aplique esta y, a lo que no lo es, no. Sin embargo, lo que, así dicho, parece sencillo, en su plasmación normativa no lo es.

Es verdad que la propia LGS aporta un concepto propio de subvención (art. 2). Y también que, sin perjuicio de alguna imprecisión, es un concepto claro y pacífico, suficientemente detallado como para que plantee problemas en su aplicación. Además, la propia Ley se ocupa de delimitar en negativo la institución, excluyendo del concepto de subvención las figuras afines. Es en la realización de esta otra tarea cuando se le ven las costuras a la formulación legal, acusando ciertas deficiencias³.

¹ Véase al respecto la consideración de la subvención como técnica de fomento en los trabajos pioneros de L. Jordana de Pozas (1949: 53) y J. L. Villar Palasi (1954: 16).

² Tras la Constitución Española, la referencia doctrinal de autoridad está en el libro de G. Fernández Farreres (1983: 71-295), que vuelve sobre el tema una vez aprobada la LGS en G. Fernández Farreres (2005: 29-63), y al que debemos el concepto de subvención asumido por la legislación y aceptado por la doctrina española. También deben destacarse, como referencias tempranas, los libros de Díaz Lema, J. M. (1985: 21-26), que maneja un concepto de subvención más amplio, distinto del vigente en la LGS, pero cercano al de ayuda pública actual, aunque ceñido al fomento de la actividad económica privada; y B. Sesma Sánchez (1998: 279-479), desde la perspectiva del Derecho financiero, entendiéndola como gasto público. Con posterioridad a la LGS la doctrina ha continuado con el estudio del concepto, sobre el texto de la Ley. Pueden destacarse, entre otros, los estudios más recientes de A. Bueno Armijo (2013: 1-150), quien, además, en sus primeras páginas, reseña la bibliografía más relevante desde los años cincuenta hasta la actualidad, de J. Pascual García (2016: 40-50), cuya obra, con una importante vertiente práctica, así como de Derecho financiero y presupuestario, lleva ya varias ediciones, y de B. Sesma Sánchez (2018: 323-343).

³ Nos referimos a las exclusiones de los apartados 2, 3 y 4 del art. 2 de la LGS, así como del art. 4, que, pensamos, podrían haberse articulado mejor. Puede verse al respecto el análisis crítico de G. Fernández Farreres (2005: 40 y ss.). Además, no todo está en esos preceptos, debiendo también considerarse las especialidades establecidas en el art. 6 y en las disposiciones adicionales de la LGS, que regulan casos en los que la Ley no se aplica en toda su intensidad, o lo hace de manera supletoria.

La comprensión del concepto de subvención se complica cuando se constata que la LGS utiliza también el término «ayuda»; empleado normalmente con un sentido más amplio que el de subvención, como expresión genérica que incluye a la subvención, pero también a otras técnicas económicas de fomento. Y sin que, necesariamente, con la palabra «ayuda» la LGS se esté refiriendo a las conocidas en el Derecho europeo como «ayudas de Estado», que también tienen un sentido amplio, pero más acotado⁴. En ocasiones, lo que se utiliza en la Ley es la expresión «subvenciones, ayudas, ingresos o recursos». Y, a veces, la palabra «ayuda» se adjetiva de «pública».

Todo esto nos conduce a una situación en la que la LGS, aun teniendo por objeto establecer el régimen jurídico general de las subvenciones, incide también sobre otros tipos de ayudas públicas, no necesariamente subvenciones. Por tanto, la delimitación del concepto de subvención, y la determinación, en consecuencia, del ámbito de aplicación de la LGS, no es tan fácil como parece, y adolece de ciertas zonas grises⁵.

Con el escenario descrito cabe preguntarse hasta dónde llega realmente la LGS. Primera cuestión, ¿se está aplicando la Ley más allá de su estricto ámbito de aplicación, que es la subvención? Si la respuesta es positiva, convendría clarificar. Segunda cuestión, ¿debería aplicarse esta incluso a más supuestos de los ya comprendidos?

A estas cuestiones pueden añadirse otras. ¿Qué finalidad tiene la extensión del ámbito de aplicación de la Ley a supuestos distintos de la subvención? ¿Qué finalidad tendría propugnar, en su caso, una extensión aun mayor de este? La respuesta pensamos que está clara incluso de partida: la aplicación de reglas y principios propios del Derecho público a lo que, por tratarse de gestión de fondos públicos (gasto público) justifica por sí solo dicha aplicación.

Finalmente, cabe plantearse cuál es el límite del concepto de ayuda pública que determinaría, en su caso, la aplicación de la LGS. También aquí, sin perjuicio de lo que resulte de nuestro estudio, partimos de que las ayudas públicas a las que se debe aplicar la LGS, son aquellas que tienen un fin de fomento.

⁴ El término «ayuda» tiene un sentido entendido en el Derecho comunitario, en el que se refiere a las llamadas «ayudas de Estado», cuyo establecimiento y concesión vienen condicionados por la compatibilidad de la ayuda con la competencia en el mercado interior, según los arts. 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. No obstante, aun siendo un concepto más amplio que el de subvención, eso no significa que toda subvención sea siempre una ayuda de Estado. Tampoco cualquier ayuda pública, en sentido amplio, puede ser considerada ayuda de Estado. Al respecto, pueden verse, entre otros, M. Sánchez Morón (2020: 827-829).

⁵ En un sentido similar, F. López Ramón (2005: 36) se muestra crítico con «la quiebra del concepto básico de subvención que entraña el complejo juego de excepciones del mismo». También desde una posición crítica, puede verse B. Sesma Sánchez (2018: 342 y 343).

Para responder todas estas cuestiones, vamos a sistematizar los principales tipos de ayudas públicas, comenzando por la subvención. En nuestro análisis constataremos el grado de aplicación a estas de los principios y reglas propios de la LGS, determinando, en su caso, la necesidad de su extensión.

Nuestro estudio de la LGS no descenderá a su desarrollo autonómico, ciñéndonos a la normativa estatal básica. A nivel de concepto, y en lo que hace a los grandes problemas, es suficiente. Además, analizar la legislación autonómica habría hecho inabarcable esta ponencia⁶.

En este trabajo hemos analizado casos de ayudas públicas extraídos de los boletines oficiales, también de las páginas web institucionales, a fin de entender mejor esta realidad rica y compleja, y poder llegar a conclusiones basadas en ella. Las limitaciones de extensión propias de esta publicación nos obligan a dejar fuera las referencias, que, no obstante, sí están incluidas en el texto que se presentó al XVII Congreso de la AEPDA.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DEL ENCUADRE DE LOS CONCEPTOS DE FOMENTO, AYUDA PÚBLICA Y SUBVENCIÓN

Antes de entrar en el análisis de los distintos tipos de ayudas públicas, nos parece oportuno delimitar los conceptos de fomento, ayuda pública y subvención, clarificando la relación entre ellos, que tendría lugar mediante la inclusión de cada categoría en un círculo más amplio correspondiente a la categoría previa. De este modo, la subvención sería un tipo de ayuda pública, y la ayuda pública una técnica de fomento. No obstante, esto último habremos de matizarlo, pues no toda ayuda pública es necesariamente acción de fomento, pudiendo tener un fin distinto.

Con fomento o promoción nos referimos a una de las modalidades de la actividad administrativa, en la conocida clasificación de Jordana de Pozas⁷, aun hoy día la más utilizada, por mucho que deba ser matizada⁸. Se entiende por fomento aquella actividad de la Administración mediante la que se incen-

⁶ No obstante, una parte importante de la LGS no tiene carácter básico, y, a veces, tendremos que recurrir a analizar preceptos de aplicación exclusiva estatal. No descartamos que, a nivel autonómico, se haya podido dar otra solución. Si bien, en G. Fernández Farreres (2012: 131) se ha apuntado que «en cualquier caso, las divergencias normativas entre la LGS y las leyes autonómicas que se han dictado son mínimas y no presentan especial trascendencia».

⁷ Que distingue, como es sabido, entre policía, fomento y servicios público. Cfr. L. Jordana de Pozas (1949: 42 y 43).

⁸ Véase, en tal sentido, F. A. Castillo Blanco (2018: 51 y 52).

tiva la realización de determinadas actividades en las que se detecta algún fin o interés público, que justifica la promoción de la actividad⁹.

La actividad de fomento se ejerce por la Administración a través de diversas técnicas¹⁰. De estas, las conocidas como medidas económicas de fomento (reales, fiscales, crediticias y económicas en sentido estricto) encajan bien dentro de un concepto amplio de ayuda pública. Esto es, ayudas en especie, beneficios fiscales, préstamos concedidos en condiciones ventajosas, y subvenciones, se considerarían ayudas públicas. Estas no se limitarían a las citadas, pues el carácter omnicompreensivo del concepto obliga a interpretarlo con una *vis expansiva*, comprendiendo a toda medida pública de fomento económica¹¹. Así lo vamos a entender nosotros en este trabajo.

Si bien, con una acotación: nuestro concepto de ayuda pública va estrechamente ligado a la actividad de fomento. Solo vamos a considerar ayuda pública en estas páginas, a efectos de la aplicación de la LGS, las que tengan un fin de fomento o promoción. Queda fuera toda ayuda que no presente esta finalidad¹², sino de reparación, asistencial o social, entre otros¹³.

3. DETERMINACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS PRINCIPALES TIPOS DE AYUDAS PÚBLICAS

Partiendo de un concepto amplio de ayuda pública, que comprende cualquier medida pública económica de fomento, procede, a continuación, determinar, así como delimitar, los principales tipos de ayudas públicas existentes. Nuestro trabajo no se va a limitar a la enunciación y delimitación de estos, sino que también analizaremos en qué medida se les aplican las reglas y principios propios de la LGS.

⁹ Pueden verse, entre otros, F. A. Castillo Blanco (2018: 49-88), E. Gamero Casado y S. Fernández Ramos (2022: 1039 y 1040), y M. Sánchez Morón (2020: 816 y 817).

¹⁰ Es conocida la clasificación de las técnicas de fomento en medios honoríficos, jurídicos y económicos, clasificación hoy cuestionada en su validez y utilidad. Véase al respecto L. Jordana de Pozas (1949: 52 y 53) y J. A. Santamaría Pastor (2018: 314-319).

¹¹ La expresión ayuda pública como concepto genérico, en todo caso más amplio que el de subvención, y comprensivo de todo tipo de medidas de incentivo económico-patrimoniales, constituye ya un lugar común entre la doctrina, como puede verse, entre otros, en B. Sesma Sánchez (1998: 279), J. A. Santamaría Pastor (2018: 320), A. Palomar Olmeda (2018: 35 y 36), y M. Sánchez Morón (2020: 820-823).

¹² La exclusión de las ayudas públicas sin finalidad de fomento de la LGS ha sido cuestionada por B. Sesma Sánchez (2018: 329-332), quien entiende que la LGS debió ser una ley de ayudas públicas, entendidas estas en sentido amplio, no una ley de subvenciones en sentido estricto o restringido.

¹³ En este mismo sentido, véase J. Pascual García (2016: 49), quien pone ejemplos de estos tipos de ayudas que no tienen finalidad de fomento.

La tipología que proponemos es la siguiente: a) subvenciones; b) ayudas en especie; c) premios; d) exenciones; e) crédito oficial; f) subvenciones financiadas con cargo a Fondos Europeos; g) ayudas gestionadas por fondos sin personalidad jurídica; y g) actividad administrativa de fomento sin transferencia directa de capital. La inclusión de cada uno de estos tipos se irá justificando a lo largo del análisis.

A) LAS SUBVENCIONES

La subvención es un tipo de ayuda pública regulado en la LGS, que acuña un concepto propio, al que habremos de atenernos. Es, sin duda, el tipo de ayuda pública más conocido¹⁴, pese a lo cual es importante detenerse en el mismo, a fin de delimitarlo bien del resto de ayudas existentes.

Para la LGS (art. 2.1), la subvención es una disposición dineraria, lo que implica entrega o atribución económico-patrimonial, en dinero, no otro tipo de bienes. La entrega la realizan Administraciones públicas (art. 3.1), lo que también incluye otras entidades de derecho público del sector público institucional (art. 3.1), pero también, en su caso, entidades de derecho privado, como las fundaciones (DA 16.^a). El beneficiario de la entrega puede ser, indistintamente, una persona pública o privada, no limitándose la subvención al fomento de actividades privadas.

Para que sea subvención, esta disposición dineraria debe cumplir tres requisitos, que exponemos a continuación.

El primero (art. 2.1.a) es que la entrega debe realizarse sin contraprestación directa de los beneficiarios. Se suele hablar de entrega a fondo perdido, o se destaca que esta se realiza sin esperar nada a cambio. No hay relación sinalagmática, como la del contrato, sino acto administrativo unilateral¹⁵, de tal modo que concesión de la subvención y entrega de la misma son el resultado del ejercicio de una potestad unilateral de la Administración, una auténtica potestad administrativa¹⁶.

¹⁴ Esto es así tanto por su profusión como por haber sido objeto de una importante atención doctrinal en estudios monográficos y en manuales universitarios. Los primeros ya han sido citados en la segunda nota al pie de este trabajo, los segundos es imposible referirlos todos, aunque sí debemos dejar constancia de los manejados en este trabajo: J. A. Santamaría Pastor (2018: 307-329), M. Sánchez Morón (2020: 816-837), E. Gamero Casado y S. Fernández Ramos (2022: 1039-1060), y R. Galán Vioque (2020: 93-123).

¹⁵ De conformidad con la tesis de G. Fernández Farreres (1983: 411 y ss.).

¹⁶ Nos hemos referido al otorgamiento de subvenciones como potestad administrativa en F. Toscano Gil (2021: 827 y ss.), dentro del trabajo colectivo sobre la potestad administrativa dirigido por el profesor Gamero Casado, y en consonancia con el planteamiento general de la obra.

El segundo requisito (art. 2.1.b) es que la entrega quede afectada a la realización de una determinada actividad, con una serie de obligaciones materiales y formales que deberá cumplir el beneficiario.

El tercer requisito (art. 2.1.c) consiste en la sujeción de la entrega a un fin público o de interés general, en tanto la subvención implica ejercicio de potestades administrativas. La finalidad a la que se sujeta es el fomento o promoción de una actividad, considerada de utilidad pública o interés social, lo que es coherente también con la categorización de la subvención como actividad de fomento.

Como es obvio, la aplicación de la LGS a las subvenciones es plena, en tanto estas constituyen su objeto. No obstante, existen algunas excepciones, subvenciones que se rigen por sus normas específicas, aplicándose la LGS de manera supletoria. Entre estas se encuentran algunos supuestos realmente relevantes, como las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea, a las que más adelante se dedicará un apartado específico, pero también otros menos significativos¹⁷.

Para terminar con este epígrafe, nos parece oportuno referirnos a las llamadas becas públicas. Paradójicamente no son objeto de regulación por la LGS, pese a tratarse de un término bastante común, con un significado acrisolado. Debe aclararse que las becas públicas también son, o pueden ser, subvenciones, cuando reúnan los requisitos propios de estas. Estaríamos ante subvenciones singularizadas por razón de su objeto: el fomento de actividades formativas, de estudio, investigación o incluso artísticas. En algunos casos son de concesión directa, como las becas y ayudas al estudio del Ministerio de Educación y Formación Profesional, pero también existen muchas de concurrencia competitiva, que se rigen íntegramente por la LGS.

B) LAS AYUDAS EN ESPECIE

La ayuda en especie tiene en común con la subvención la realización de una entrega a título gratuito por la Administración con un fin de fomento de la actividad considerada de interés público. Se diferencia en que lo que se entrega en la subvención es dinero, mientras que en la ayuda en especie se trata de bienes, derechos o servicios distintos del dinero. Ambas tienen un contenido económico o patrimonial, pero este es distinto. Siendo el objeto de la entrega lo único que varía, se entiende que las ayudas en especie también se consideren ayudas públicas.

¹⁷ Pueden verse en el art. 6 y en las disposiciones adicionales de la LGS.

Esta semejanza con la subvención¹⁸ es lo que va a explicar la opción tomada por la LGS al regularlas, aplicándoles el mismo régimen, pero con especialidades. No se incluyen, *prima facie*, bajo el ámbito de aplicación de la LGS. No obstante, cuando se regulan en su DA 5.^a, sí se declara la sujeción a la misma, «en los términos que se desarrollen reglamentariamente». Este desarrollo reglamentario es la fórmula elegida para lidiar con las posibles especialidades, derivadas de que se entreguen bienes, derechos o servicios en lugar de dinero.

La DA 5.^a, que no es norma básica, es muy escueta en su regulación, aunque tremendamente aclaratoria. Clarifica el concepto, diciendo qué debe entenderse por ayuda en especie, así como la legislación aplicable. Es ayuda en especie la entrega a título gratuito de bienes, derechos o servicios por la Administración, cuya adquisición se haya realizado con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero; debiendo regirse por la LGS, atendiendo al correspondiente desarrollo reglamentario. En cambio, cuando los bienes entregados no hayan sido adquiridos con esa finalidad, estaremos ante una cesión gratuita de bienes patrimoniales, que, en consecuencia, deberá regirse por la legislación patrimonial de las Administraciones públicas.

El desarrollo reglamentario que debe matizar la aplicación de la LGS se encuentra recogido en el art. 3 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, precepto que tampoco tiene carácter básico. No se ha optado por un reglamento específico, sino que se ha considerado suficiente un único precepto integrado en el reglamento de la propia LGS. Por tanto, ante lo escueto también de este desarrollo, pensamos que, de ser necesario, las especialidades de las ayudas en especie también podrían ser atendidas mediante las correspondientes bases reguladoras y convocatorias de las mismas.

Por lo pronto, lo que el art. 3 del Reglamento de la LGS establece son dos singularidades, una relativa al procedimiento de gestión presupuestaria, otra relativa al procedimiento de reintegro.

En lo que hace al procedimiento de gestión presupuestaria del art. 34 de la LGS, este se declara inaplicable¹⁹, sin perjuicio de que los requisitos para efectuar el pago de las subvenciones exigidos en dicho precepto deban entenderse referidos a la entrega del bien, derecho o servicio objeto de la ayuda en especie. Esta inaplicabilidad del procedimiento de gestión presupuestaria se

¹⁸ De hecho, antes de la LGS, se denominaban subvenciones en especie, según G. Fernández Farreres (1983: 88-106).

¹⁹ Como ha apuntado J. Pascual García (2016: 71), en este caso, «el procedimiento de gestión presupuestaria se desenvolverá en el marco del expediente de contratación para adquirir los bienes en cuestión, adquisición que se someterá a la normativa sobre contratación del sector público».

concreta, principalmente, en la no exigencia de la aprobación del gasto con carácter previo a la convocatoria. No obstante, el mismo art. 3 del Reglamento dispone que, cuando la adquisición del bien, derecho o servicio se vaya a hacer tras la convocatoria, sí deberá aprobarse antes el gasto.

Por otro lado, en lo que hace al procedimiento de reintegro, la especialidad consiste en disponer que el objeto de este será, no el bien, derecho o servicio que se entregó, sino un importe equivalente a su precio de adquisición. Además, se establece que será también exigible el interés de demora correspondiente, conforme al art. 37 de la LGS.

C) LOS PREMIOS

Los premios, se han considerado tradicionalmente una medida honorífica de fomento, comprendiendo distinciones de todo tipo efectuadas por la Administración con el fin de hacer público reconocimiento de una conducta o actuación, que se entiende especialmente meritoria o ejemplar, al distinguirse en positivo del resto de actuaciones que puedan darse en un determinado sector. Este reconocimiento público recompensa la actuación pasada, pudiendo además incentivar conductas o actuaciones similares en el futuro, lo que es deseable para el bien de la sociedad²⁰.

La existencia de un posible componente económico o patrimonial en los premios, de modo que junto al estímulo honorífico se establezca un estímulo económico, obliga a considerar la aplicación de la LGS. Cuando la concesión del premio se acompaña de una entrega de dinero al premiado, se produce una transferencia de capital, y, por tanto, gasto público, lo que justifica sujetarlo a la LGS, en la que esta perspectiva también está presente. Si el otorgamiento del premio incluye, además, el resto de los elementos constitutivos de la subvención, entonces, estamos ante una subvención.

De conformidad con este planteamiento, la LGS incluye a los premios bajo su ámbito de aplicación, aunque no a todos (art. 4.a). Quedan fuera los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario. Por tanto, habría que distinguir entre estos, a los que no se aplica la LGS, y los otorgados previa solicitud del beneficiario a los que sí se les aplica.

²⁰ Esta finalidad de fomento ha sido discutida, al entender que no puede haber incentivo en tanto el premio se da a una conducta pasada, que se habría producido igual, indistintamente de su concesión. Al respecto, véase J. A. Santamaría Pastor (2018: 314 y 315). En nuestra opinión, está crítica podría extenderse también a aquellas subvenciones que se conceden a proyectos o actividades ya realizados (art. 2.1.b LGS), y no por ello dejan de considerarse actividad de fomento, que incentiva la realización del proyecto o actividad, máxime cuando son subvenciones de concesión periódica. De la misma opinión es B. Sesma Sánchez (1998: 360).

Respecto de los primeros, no quedan claras las razones de la exclusión. Pensamos que, aunque en este tipo de distinciones pueda pesar más el componente honorífico que el económico, o incluso este último encontrarse ausente, ello no es razón suficiente para excluirlos de la LGS, al menos en los casos en que tengan una dimensión económica y supongan gasto público. En todo caso, creemos que la Ley debió ser un poco más precisa al establecer esta excepción. Posiblemente la exclusión obedezca a la necesidad de conceder estos premios de manera discrecional, no reglada, y evitar la aplicación de principios rectores de las subvenciones como el de libre competencia²¹.

En lo que hace a los premios que se conceden a solicitud del beneficiario, entendemos que no basta esta condición para aplicarles la LGS, siendo necesario también, aunque no lo diga expresamente la Ley, que estos tengan un componente económico-patrimonial (entrega de dinero, exención de su pago, o entrega de un bien, derecho o servicio). El empleo de dinero público, junto con la libre competencia que implica su otorgamiento a solicitud del beneficiario, no siendo de concesión graciable o discrecional, obliga a disciplinar este, deteniéndose en su creación y configuración, en el procedimiento de concesión, y en el necesario control por la Administración del cumplimiento de todos los requisitos formales y materiales. Ambos elementos, libre competencia y gasto público, justifican la sujeción a la LGS.

Ahora bien, la aplicación de la LGS no significa que estos premios sean necesariamente subvenciones, pues para ello deben reunir los requisitos del art. 2.1, entre los cuales se encuentra la disposición dineraria. Lo habitual es que un premio consista en una entrega de dinero, en cuyo caso sí se cumpliría este requisito esencial de la subvención. Pero también existen premios que consisten en la entrega de un bien, derecho o servicio, o en la exención de un pago, o en una combinación de las anteriores. Si el premio no incluye la entrega dineraria, pero sí otro tipo de beneficio económico o prestación, no puede considerarse subvención, sin perjuicio de la aplicación, como veremos, de la LGS.

El resto de los requisitos de la subvención se cumplirían en todo caso: el otorgamiento sin contraprestación del beneficiario; la entrega en atención a una determinada actividad o comportamiento singular, que ya han tenido lugar²²,

²¹ A este respecto, en J. Del Barco Fernández-Molina, I. Silva Urien, A. Panizo García, y P. Arellano Pardo (2005: 61), se han esgrimido como razones que justifican la exclusión: el componente eminentemente honorífico de estos premios, que las candidaturas procedan habitualmente de terceros, y la inadecuación de las normas de la LGS (requisitos de los beneficiarios y reglas de concesión, justificación y control) a la especial naturaleza y finalidad de estos premios.

²² Sobre el carácter *ex ante* de la actividad que da lugar al otorgamiento del premio, como rasgo distintivo, véase G. Fernández Farreres (1983: 280 y 281) y B. Sesma Sánchez (1998: 359).

o una situación, que se mantiene, condicionándose al cumplimiento de una serie de obligaciones formales y materiales; y la sujeción a una finalidad de fomento de la actividad, conducta o comportamiento premiado, considerado de utilidad pública o interés social, razón por la que es premiada.

Esta distinción pública, el estímulo honorífico que supone el otorgamiento de un premio, que no se limita a un mero incentivo económico, constituye su mayor singularidad como ayuda pública. Lo que, unido a la diversidad de los tipos de premios, explicaría la necesidad de un régimen especial. A ello responde la previsión contemplada en la DA 10.^a de la LGS²³, que dispone la aprobación de un reglamento que regule dichas especialidades. Sin que ello suponga, no obstante, olvidarse de la LGS, que deberá aplicarse, salvo en aquellos aspectos en que la especial naturaleza de los premios obligue a matizarla²⁴.

Ahora bien, este reglamento no ha sido aprobado, ni siquiera se han incluido previsiones específicas en el propio Reglamento de la LGS, lo que habría sido una opción. Por tanto, en la práctica, a los premios otorgados previa solicitud del beneficiario se les aplicaría directamente la LGS, y de proceder alguna modulación en atención a las singularidades del premio como ayuda pública, esta habría de hacerse en las bases reguladoras del mismo, así como, en su caso, en su convocatoria²⁵.

D) LAS EXENCIONES

Entendemos por exención aquella ayuda pública en la que el beneficiario queda dispensado de pagar un dinero al que estaba obligado, bien una parte, lo que suele establecerse mediante un porcentaje del total, bien el total de la cuantía. Consideramos que las exenciones son ayudas públicas, en primer lugar, porque tienen un contenido económico o patrimonial, dado que implican

²³ La DA 10.^a de la LGS se aplica a los «premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza», enumeración ejemplificativa, dada su redacción. También debe entenderse que se refiere a los premios concedidos previa solicitud del beneficiario, pues los otros han sido excluidos expresamente por el art. 4.a) LGS, precepto que, además, tiene carácter básico, a diferencia de la DA citada. A esta misma conclusión llega J. Pascual García (2016: 58).

²⁴ A este respecto, R. Barba Sánchez (2018: 910 y 911) ha señalado que, deben considerarse como elementos del régimen de la LGS incompatibles con la naturaleza de los premios: las entidades colaboradoras, las prohibiciones para obtener la condición de beneficiario, y los regímenes de la justificación, el control financiero y el reintegro. En particular, J. Pascual García (2016: 58), se ha detenido en la especialidad del régimen de la justificación, para la que entiende que bastaría con el acuerdo del órgano que seleccione al premiado, conforme al art. 30.7 LGS.

²⁵ Lo que lleva, lógicamente, a la diversidad de regímenes jurídicos de los premios sujetos a la LGS. Véase al respecto, R. Barba Sánchez (2018: 896 y 902).

el ahorro de un gasto a la persona que se beneficia de la misma, y la no recaudación de un ingreso para la Administración; y, en segundo lugar, porque suelen articularse como técnicas de fomento, cuyo fin es incentivar aquella actividad del beneficiario que genera el derecho a la exención, cuya realización se valora de interés público.

Ahora bien, lo que en ningún caso es la exención es una subvención, pues la subvención requiere la entrega de un dinero a la persona beneficiaria y la exención la dispensa de un pago de dinero por esta, subvención y exención serían conceptos antitéticos.

Los supuestos más conocidos son los beneficios fiscales y los beneficios en las cotizaciones a la Seguridad Social. Ambos están excluidos expresamente de la LGS (art. 2.4.g). Esta exclusión no se debe a que no sean acción de fomento, pues suelen serlo, sino a que no encajan en el concepto de subvención²⁶. Además, se regulan en cuerpos normativos especiales, fuera del régimen jurídico-administrativo común²⁷. Y no son realmente medidas administrativas, sino legislativas, al estar reservado su establecimiento a la ley²⁸.

Al margen de los dos tipos referidos, la LGS ni contempla ni regula otros, como si no existieran. Pero lo cierto es que los hay, pueden encontrarse otros casos de exenciones, que también deben considerarse ayudas públicas. Un caso clásico es el de las exenciones al pago de precios públicos establecidos por las becas públicas, cuyo fin es incentivar la educación; y otro más reciente, el de las reducciones del precio de los abonos de transporte y títulos multiviaje en los servicios públicos de transporte por carretera o ferrocarril, para incentivar el ahorro energético a raíz de la crisis de la guerra de Ucrania.

Ninguna exención se regula por la LGS, al no ser subvención. No tienen un régimen jurídico uniforme, dada la diversidad de posibles supuestos. Las exenciones que se creen como ayudas públicas se regirán por sus bases reguladoras o por su norma de creación, adopten la forma que adopten. El régimen común debe estar, entendemos, en la aplicación, siquiera sea supletoria, de los principios y reglas de la LGS, en lo que sea compatible con su peculiar natu-

²⁶ No hay desplazamiento patrimonial de la Administración al beneficiario, según G. Fernández Farreres (1983: 112-119), y B. Sesma Sánchez (1998: 295).

²⁷ Para los beneficios fiscales, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, más las distintas normas específicas que los establezcan. Para los beneficios en la cotización a la Seguridad Social, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (art. 20), y las normas específicas en que estos se establezcan.

²⁸ En los beneficios fiscales la reserva de ley se deriva del art. 31.3 CE, y es asumida por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (art. 8.d). En los beneficios en la cotización en la Seguridad Social, la naturaleza jurídica de cotizaciones y beneficios ha sido discutida. En nuestra opinión, son prestaciones patrimoniales de carácter público, cuyo establecimiento y exención también se reserva a la ley en virtud del art. 31.3 CE.

raleza como ayuda pública. En todo caso, pensamos que es importante la aplicación de reglas de Derecho público, pues su establecimiento repercute sobre los presupuestos públicos.

Dentro de la diversidad, hemos identificado en los casos analizados al menos dos rasgos comunes, que deben añadirse al propio concepto de exención. El primero, relativo al procedimiento de concesión, ayudas de concesión directa, en las que, aunque haya concurrencia, no existe competencia; todo aquel que se encuentre en el supuesto de hecho que da derecho a la exención, y la solicite de alguna forma, la obtiene. En tanto ayudas de concesión directa suelen establecerse mediante norma con rango de ley, lo que legitima el otorgamiento directo, conforme al art. 22.2.b) LGS, aunque ni sean subvención ni esta Ley se les aplique de forma directa.

El segundo elemento caracterizador se refiere a la forma en que se articula la ayuda en que consiste la exención. Cuando esta consiste en la dispensa del pago de un precio por la prestación de un servicio público, lo que el beneficiario último de la ayuda percibe es que no está obligado a pagar dicho precio a la entidad que presta el servicio. Pero esto no significa que esta sea necesariamente la entidad concedente, en cuyo caso, la Administración que otorga la ayuda debe compensar a la entidad prestadora del servicio por la pérdida de ingresos que supone la exención.

E) EL CRÉDITO OFICIAL

La concesión por la Administración de préstamos o créditos al margen de las condiciones del mercado, otorgados en condiciones de ventaja para el prestatario, entraría en los llamados medios crediticios, en la conocida clasificación de las medidas económicas de fomento. No solo comprendería la concesión de préstamos o créditos propiamente dicha, sino, en general, cualesquiera operaciones financieras de activo que pudieran concertarse, como, por ejemplo, avales u otros tipos de garantías.

Completando la delimitación anterior, desde una perspectiva subjetiva, debe incluirse aquí tanto la actividad crediticia desarrollada por las entidades de crédito oficial o público, como el Instituto de Crédito Oficial y sus equivalentes autonómicos, como la que, en su caso, puedan llevar a cabo las Administraciones públicas al margen de estas entidades.

En todos estos casos hablamos de crédito oficial, empleando la expresión en sentido amplio, tanto en lo que hace a su objeto, que, como hemos dicho, no se limitaría a préstamos y créditos, como en lo relativo a las entidades públicas que recurren a este instrumento para intervenir en la economía, no solo entidades de crédito oficial o público.

El crédito oficial es una modalidad más de ayuda pública. Lo es, desde luego, atendiendo a su contenido económico, pues supone gasto público, indistintamente de que el dinero se entregue directamente al beneficiario en ejecución de un contrato de préstamo, se ponga a su disposición en una línea de crédito o se constituya un aval a su favor. No obstante, debe advertirse que no es siempre ayuda pública en el sentido que estamos manejando en este trabajo, en el que se tiene en cuenta no solo la dimensión económica sino también la finalidad de fomento. Este fin de las ayudas públicas no siempre está presente en el crédito oficial.

Siendo el crédito oficial ayuda pública, no es subvención²⁹. En esencia, porque, aunque la operación financiera pudiera suponer una entrega dineraria, como ocurre en los préstamos, queda sujeta a una contraprestación, por un lado, la devolución del dinero entregado, por otro, el pago de los intereses pactados, aun cuando sean inferiores al de mercado o estén subvencionados. Además, la configuración del préstamo en nuestro ordenamiento como contrato es contraria al propio concepto legal de subvención (art. 2.1.a LGS). Por esta razón, por no ser subvención, la LGS lo excluye expresamente de su ámbito de aplicación (art. 2.4.h).

A estos créditos excluidos se les aplica su normativa específica. Si bien, les sería de aplicación supletoria la propia LGS, según su DA 6.^a, siempre que los preceptos a aplicar sean acordes a la especial naturaleza de estas operaciones, cuyas diferencias con la subvención no facilitan una aplicación indiferenciada de la LGS. En particular, esta aplicación supletoria de la LGS resultaría procedente en lo que hace a los principios generales, a los requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y al procedimiento de concesión³⁰.

F) LAS SUBVENCIONES FINANCIADAS CON CARGO A FONDOS EUROPEOS

Si bien las subvenciones, u otros tipos de ayudas públicas, financiadas con cargo a Fondos de la Unión Europea, no mutan su naturaleza jurídica en atención a la especialidad que supone la financiación europea, lo cierto es que su régimen jurídico sí se ve fuertemente condicionado, del modo que expondremos a continuación.

²⁹ Las diferencias entre el crédito oficial y la subvención han sido analizadas en G. Fernández Farreres (1983: 125-132), y B. Sesma Sánchez (1998: 302 y 303). También al respecto, puede verse el trabajo, de especial interés, de G. Jiménez Blanco, y J. Torrecilla Pérez (2018: 945).

³⁰ No obstante, debe advertirse que esta disposición no tiene carácter básico.

Para entender la manera en que el Derecho europeo incide sobre las subvenciones, es preciso delimitar antes los conceptos de Fondo Europeo y subvención, explicando su correlación, dada la confusión que a veces se produce entre ambos³¹. Tampoco debe confundirse el régimen de las subvenciones concedidas con cargo a Fondos Europeos con el de las Ayudas de Estado³².

Los Fondos Europeos son un instrumento presupuestario de la Unión Europea que se pone al servicio de una política pública determinada³³. En el Fondo Europeo una cantidad de dinero se vincula a un fin público, pero no como una mera partida o dotación presupuestaria, ya que para la creación, gestión y ejecución del Fondo debe aprobarse toda una regulación específica, que, en su primer nivel, viene dada por reglamentos comunitarios de aplicación directa. A su vez, aunque el Fondo Europeo no se dota de una estructura organizativa propia, sí necesita contar con una organización específica en el Estado miembro para su ejecución, al menos cuando esta se lleva a cabo en régimen de gestión compartida, que suele ser lo habitual.

Para la gestión o ejecución compartida del Fondo, la Comisión Europea firma un Acuerdo de Asociación con cada Estado miembro, en el que, tras un proceso de negociación, se fijan las actuaciones susceptibles de financiación. El siguiente paso es la aprobación por la Comisión de los Programas Operativos del Fondo, en los que se eligen y programan las actuaciones que van a ser financiadas, en régimen de cofinanciación entre la Unión y el Estado miembro de que se trate³⁴.

La ejecución de cada actuación, que debe llevarse a cabo para cumplir con la política pública a la que el Fondo Europeo está afectado, requiere de la determinación por el Estado del sistema concreto de gestión, a elegir de entre los siguientes: contratación pública, subvenciones de concurrencia competitiva, encargos a medios propios y convenios de colaboración³⁵.

³¹ Como ha apuntado G. Navarro Molinés (2021: 21 y 22), existe una concepción amplia, en el lenguaje coloquial, de la expresión fondos europeos, que tiende a asociarse con todo euro comunitario puesto en circulación para financiar proyectos o actividades de convocatorias europeas de subvenciones, confundiéndose fondo europeo y subvención europea.

³² El primero se establece para ejecutar políticas europeas con cargo al presupuesto europeo. El segundo busca garantizar el mercado común europeo estableciendo un régimen de intervención de las ayudas estatales. Puede verse su delimitación en D. Ordóñez Solís (2006: 14 y 15).

³³ De tal modo que se produce una correlación entre Fondo Europeo y política pública, siendo así que a cada política europea le corresponde un Fondo. Véase D. Ordóñez Solís (2006: 72).

³⁴ Seguimos en este punto a G. Navarro Molinés (2021: 73 y 74) y a C. Hernández López (2017: 19 y 20).

³⁵ Como se ha indicado en G. Navarro Molinés (2021: 127 y 128).

Por tanto, el Fondo no se ejecuta necesariamente mediante subvenciones a terceros, a los que se financia la realización de la actuación, sean estas de concurrencia competitiva, o de concesión directa, previa la firma, en su caso, del correspondiente convenio de colaboración. El Fondo también puede ejecutarse recurriendo a la contratación pública, o mediante encargos a medios propios, supuestos estos en los que la actuación a financiar coincide con un proyecto propio de la Administración, que aplica a este el dinero recibido. Es por ello que decíamos al empezar que no deben confundirse Fondo Europeo y subvención, pues el Fondo no se ejecuta siempre mediante la subvención³⁶.

La ejecución del Fondo exige al Estado dictar o aplicar sus propias normas de Derecho interno. En el caso de las subvenciones, procede aplicar, entre otras, la LGS, en el de la contratación pública o encargos a medios propios, debe aplicarse la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Lo que ocurre es que estas normas quedan desplazadas por las normas comunitarias propias del Fondo Europeo de que se trate, como consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión. Esta es la forma en que el Derecho europeo incide sobre el régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a Fondos Europeos, como apuntáramos al principio. A este orden de fuentes del Derecho responde la regulación establecida en el art. 6 de la LGS.

Así, el art. 6 de la LGS dispone, en su apartado primero, que «las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se registrarán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas». Por tanto, en primer lugar, se aplican los reglamentos comunitarios por los que se rige el Fondo, tanto los generales como los específicos del Fondo de que se trate. En segundo lugar, aunque estos reglamentos sean de aplicación directa, su ejecución puede requerir que el legislador español dicte algunas normas, que también serían aplicables a la subvención³⁷. Y estas normas no tienen que ser necesariamente estatales, sino que podrán ser autonómicas si la competencia sobre la materia en la que se establece la subvención lo es³⁸.

³⁶ Como bien ha explicado J. Pascual García (2016: 235).

³⁷ Puede verse un ejemplo reciente en el análisis que realiza T. Font i LLovet (2021: 115-142).

³⁸ Lo que se ha advertido en L. Pomed Sánchez (2005: 121), apuntándose que el Derecho europeo debe respetar el orden interno de competencias. A pesar de ello, examinados los desarrollos normativos de los Fondos Europeos en España, en particular los agrícolas, D. Ordóñez Solís (2006: 168 y 169) ha constatado que estos se hacen mediante normas estatales básicas mientras que las comunidades autónomas apenas establecen regulaciones generales.

Tras la aplicación de estas normas, europeas y españolas, que desplazan y condicionan el Derecho interno³⁹, a la LGS lo que le cabría es un papel de Derecho supletorio, que se ocupa de definir su art. 6.2. En este se dispone el carácter supletorio de esta, si bien solo para los procedimientos de concesión y control⁴⁰. Este desplazamiento de la LGS se explica por la intensidad de la regulación europea, que se ha acentuado cuando la gestión de los Fondos Europeos ha pasado a ser compartida⁴¹.

G) LAS AYUDAS GESTIONADAS POR FONDOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Al igual que ocurre con las subvenciones financiadas con cargo a Fondos Europeos, también en las ayudas gestionadas por fondos carentes de personalidad jurídica, institución esta del Derecho español, debe distinguirse entre la ayuda y el fondo. Los fondos sin personalidad jurídica que gestionan ayudas públicas obligan a diferenciar el sujeto, esto es, el fondo, del objeto, la ayuda; así como a matizar que tampoco estos fondos se dedican necesariamente a la concesión de ayudas públicas, pudiendo instrumentalizarse al servicio de otros tipos de actividades administrativas.

En el sector público estatal, los fondos carentes de personalidad jurídica se encuentran regulados en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (en adelante LGP), y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP). Aunque no es una figura exclusiva del ámbito estatal, pudiendo ser creados y regulados también por las comunidades autónomas, en este trabajo tomaremos de referencia los fondos estatales.

Los fondos sin personalidad jurídica se configuran en el ordenamiento español como una fórmula organizativa más, a medio camino entre el órgano

³⁹ Según G. Navarro Molinés (2021: 24-25, y 129-130), los sistemas tradicionales de gestión propios del Derecho administrativo se ven condicionados por la aplicación de reglas diseñadas para la gestión y control de los Fondos Europeos, estableciendo la normativa comunitaria requerimientos adicionales y específicos para estos. La intensidad y extensión de la regulación europea de estos Fondos, termina por condicionar de forma notable la autonomía organizativa y procedimental de los Estados miembros en la gestión de estos, según C. Hernández López (2017: 12 y 13).

⁴⁰ La aplicación, por esta vía, de preceptos no básicos de la LGS a las comunidades autónomas, por delante del desarrollo autonómico sobre subvenciones, ha sido criticada por L. Po-med Sánchez (2005: 122 y 123).

⁴¹ Al abandonarse el modelo de gestión directa por la Comisión, esta ha intensificado aún más la regulación de la ejecución de los Fondos por los Estados miembros, según C. Hernández López (2017: 21 y 22).

administrativo y las entidades instrumentales de la Administración⁴². De este modo, el fondo es un instrumento o herramienta organizativa. En lo que aquí nos interesa, un instrumento administrativo creado para gestionar una ayuda. Si bien, debe aclararse que el fondo puede destinarse a desempeñar otros tipos de actividades públicas, no necesariamente actividad de fomento o gestión de ayudas públicas⁴³.

La LGP, en la redacción que le diera la DF 8.^a de la LRJSP, integra a los fondos sin personalidad jurídica en el sector público institucional estatal (art. 2.2.f), pudiendo estos formar parte tanto del sector público administrativo como del empresarial (art. 3). En sintonía con esta, la LRJSP también los incluye en el sector público institucional estatal (art. 84.1.f), debiendo su norma de creación determinar expresamente su adscripción a la Administración General del Estado (art. 137.1). Exige su creación mediante norma con rango de ley, pero permite que se extingan con un reglamento (art. 137). Finalmente, en lo que hace a su régimen jurídico, la LRJSP dice poco, limitándose a sujetarlos a la propia Ley, a su norma de creación, y al resto de las normas de Derecho administrativo general y especial que les sean de aplicación (art. 138). Eso sí, para el régimen de presupuestación, contabilidad y control, determina su sujeción a la LGP (art. 139).

No es este el lugar para estudiar el régimen jurídico de estos fondos, ni para caracterizarlos pormenorizadamente, máxime cuando ya han sido objeto de estudio reciente por la doctrina⁴⁴. No obstante, sí nos parece oportuno enunciar algunas de sus notas definitorias, especialmente para distinguirlos de otros fondos, como son los Fondos Europeos del epígrafe anterior, o los fondos presupuestarios, con los que también pueden confundirse.

Todos estos fondos tienen en común la existencia de una dotación presupuestaria en la que el dinero se afecta a un fin público. La diferencia principal entre los tres tipos radica en la autonomía. Así, yendo de más a menos, los fondos carentes de personalidad jurídica se configuran como un instrumento administrativo, dotado de autonomía⁴⁵ y organización propia, con capacidad no solo de gastar o ejecutar, sino también de recaudar o afectar recursos al fondo. Sin embargo, los Fondos Europeos carecen de autonomía y organización propia, siendo gestionados por la organización administrativa a la que se atribuya su gestión, y no recaudan o afectan recursos, ni siquiera ejecutan, sino que son ejecutados, en tanto son objeto, no sujeto. Finalmente, los fondos

⁴² Así lo ha entendido C. Hernández López (2020: 128), a quien seguimos en estas páginas.

⁴³ Sobre fondos que gestionan otros tipos de actividades administrativas, véase C. Hernández López (2020: 69).

⁴⁴ Constituyendo la principal aportación el libro de C. Hernández López (2020: 1-317).

⁴⁵ Condicionada, eso sí, por su naturaleza instrumental, según C. Hernández López (2020: 97 y 98).

presupuestarios también carecen de autonomía y organización propia, pues no son más que meras partidas o dotaciones presupuestarias, en las que el dinero es afectado por ley a un fin público, vinculando al legislador presupuestario en garantía del mismo⁴⁶.

Si bien, podría afirmarse que la naturaleza jurídica de las ayudas públicas gestionadas por fondos carentes de personalidad jurídica no debería mutar por esta sola razón, el problema se plantea cuando el fondo en su gestión huye, no ya solo de la LGS, sino de las normas más elementales del Derecho administrativo, como la propia ley de procedimiento. Ello se debe a la imprecisión con que la LRJSP ha establecido su régimen jurídico, limitándose a plasmar el estado de cosas existentes, que busca un régimen flexible que le permita utilizar normas de Derecho privado o, de recurrirse al Derecho administrativo, un régimen especial al margen de las garantías más básicas⁴⁷.

Entendemos que el régimen jurídico aplicable a la gestión de ayudas por un fondo sin personalidad jurídica debería depender del tipo de ayuda que se gestione. Así, por ejemplo, no es lo mismo gestionar una subvención, a la que se aplique plenamente la LGS, que el crédito oficial, excluido de la LGS, sin perjuicio de su aplicación supletoria. Pero, en todo caso, debe propugnarse una aplicación mayor de las garantías propias del Derecho administrativo⁴⁸, en línea con la tendencia de retorno al mismo⁴⁹ que se aprecia en la propia LGS tras sus últimas reformas⁵⁰.

H) LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO SIN TRANSFERENCIAS DIRECTAS DE CAPITAL

Para finalizar, analizaremos un supuesto que, aunque entendemos que sí es actividad de fomento e implica gasto público, es difícil de encuadrar en el concepto de ayuda pública, aun concibiendo este en un sentido amplio. No obstante, debe valorarse su inclusión en esta tipología de ayudas públicas, por un lado, porque de ello podrá resultar la aplicación de algunas reglas y princi-

⁴⁶ Véase al respecto, con mayor detalle, C. Hernández López (2020: 43, 44, y 63-65).

⁴⁷ Como se ha denunciado en C. Hernández López (2020: 136-142), que ha analizado el régimen jurídico de muchos de estos fondos.

⁴⁸ También al respecto, en la misma línea C. Hernández López (2020: 299-301).

⁴⁹ Sobre la vuelta al Derecho administrativo, pueden verse, entre otros, los trabajos de J. I. López González (2016: 72), E. Gamero Casado (2018: 13), y M. Sánchez Morón (2018: 48).

⁵⁰ Incrementando la sujeción al Derecho administrativo tanto de las subvenciones concedidas por fundaciones públicas (DA 16.^a LGS), como de las otorgadas por entidades de derecho público del sector público estatal que se rigen por el derecho privado (DA 26.^a LGS), tema del que hemos tenido ocasión de ocuparnos en F. Toscano Gil (2019: 358) y F. Toscano Gil (2021: 839-841), y que es objeto de desarrollo específico por la profesora Álvarez González en su ponencia.

pios extraídos de la LGS, y, por otro, porque para la Unión Europea podrían ser ayudas de Estado, y, por tanto, ayudas públicas. Nos referimos a aquella actividad de la Administración que tiene por objeto promocionar a determinadas empresas, mediante la realización, por ejemplo, de campañas de publicidad de un determinado producto o región, u organizando ferias comerciales, gastronómicas o de artesanía, entre otras posibles acciones.

En todos estos casos, la Administración utiliza su presupuesto, no para entregar un dinero al beneficiario, lo que sería una subvención, sino para llevar a cabo acciones de promoción de la actividad de estos, como las descritas en los ejemplos anteriores. No hay, por tanto, transferencia directa de capital al patrimonio de estas empresas, sino lo que la doctrina ha denominado transferencias indirectas de capital con fines de promoción⁵¹. Es por ello por lo que esta actividad de la Administración es difícil de encajar en el concepto de ayuda pública, pues, aunque tiene un contenido económico, e incentiva la actividad privada del beneficiario, no tiene un efecto directo, claro y determinado sobre su esfera patrimonial. En todos los supuestos de ayudas públicas que hemos estudiado en este trabajo, el patrimonio del beneficiario se veía incrementado, o, al menos, experimentaba un ahorro, lo que en este caso no resulta claro.

No obstante, es indudable que algún beneficio sí genera esta actividad de promoción para las empresas objeto de la acción de la Administración, aunque este sea indirecto. El problema está en que la repercusión, en términos económicos, sobre el patrimonio y la actividad de cada empresa, es difícil de cuantificar. Igual que no es siempre fácil concretar quiénes sean los beneficiarios de la actividad, pues, salvo que haya habido una selección previa, estos forman parte de un colectivo indeterminado, o, al menos, de difícil determinación, como puedan ser los empresarios de un determinado sector o región. Solo mediante una evaluación adecuada de la repercusión de la política pública emprendida, sería posible obtener alguna información.

Por otro lado, resulta muy habitual que este tipo de actividad no la lleve a cabo directamente la Administración, atribuyendo su gestión a empresas públicas, entidades del sector público institucional que se rigen por el Derecho privado. Esto plantea una primera dificultad, desde la perspectiva de las garantías propias del Derecho público que venimos propugnando para toda actividad de concesión de ayudas públicas, que es el de la huida del Derecho administrativo, cuando estas entidades utilicen el Derecho privado para el desarrollo de la actividad. Si bien, como es sabido, el incremento de la publicación del régimen jurídico de las entidades de la Administración que, originariamente, se rigen por el Derecho privado, debería amortiguar este problema.

⁵¹ Véanse al respecto J. A. Santamaría Pastor (2018: 319) y M. Sánchez Morón (2020: 822 y 823).

El otro problema viene dado por la imposibilidad de aplicar a esta actividad la LGS, pues no encaja en el concepto legal de subvención, que supone una transferencia directa de capital, no transferencias indirectas⁵². No obstante, sí podría plantearse la aplicación de algunos de sus principios rectores (art. 8.3 LGS), como los de publicidad y transparencia, eficacia y eficiencia, en todo caso, así como el de concurrencia, cuando encaje con la naturaleza de la actividad a desarrollar.

4. CONCLUSIONES

Concluida la delimitación y análisis de los distintos tipos de ayudas públicas, de conformidad con la tipología propuesta, toca ahora responder las preguntas que nos hacíamos al principio, cuando planteábamos el objeto de esta ponencia.

A la cuestión de si se está aplicando la LGS más allá de su estricto ámbito de aplicación, que es la subvención, debemos responder en sentido afirmativo. Si bien, el modo en el que esta se aplica es desigual, atendiendo al tipo de ayuda de que se trate, lo cual nos parece razonable, pues solo de esta manera se puede atender a la distinta naturaleza de las mismas. No creemos que tenga sentido una sujeción sin modular, esto es, indiferenciada, de los distintos tipos de ayudas públicas a la LGS. Ello anularía la riqueza de la propia tipología, que ofrece a las Administraciones públicas un panel diverso de técnicas jurídicas de fomento económico para el mejor cumplimiento de los intereses generales. Y esta diversidad exige, obviamente un tratamiento diferenciado en su régimen jurídico.

En nuestro estudio de los distintos casos, hemos podido determinar que existen dos tipos de ayudas públicas que se rigen por la LGS sin ningún género de dudas, pese a no encajar con precisión en el concepto legal de subvención: las ayudas en especie y los premios. La aplicación de la LGS a las ayudas en especie no plantea mayores problemas, sin perjuicio de las especialidades que hemos podido ver en nuestro análisis, y que pueden articularse mediante las correspondientes bases reguladoras y convocatorias. Distinto es el caso de los premios, pues solo se regirían por la LGS los concedidos previa solicitud del beneficiario.

⁵² Solo las transferencias directas de capital son objeto de la LGS, que, bajo la óptica propia del Derecho financiero y presupuestario, considera a la subvención no solo como una técnica de fomento, sino también como una modalidad del gasto público. Desde esta perspectiva, la subvención sería un gasto de transferencia, entendiéndose por tal toda disposición de fondos públicos realizada sin contraprestación, lo que no incluye solo a la subvención, sino también a otros tipos de ayudas públicas sin finalidad de fomento. Sobre el particular, véase J. Pascual García (2016: 40-43 y 51).

Las peculiaridades que puedan presentar estos premios como subvenciones llevan a que la Ley permita que se matice su aplicación. El problema es que estos no cuentan con un régimen jurídico común que diga cómo debe hacerse, dependiendo de lo que se decida al respecto en cada base reguladora o convocatoria, lo que puede conducir a una considerable diversidad en el régimen de estos. Por esta razón, cabría propugnar que se llevara a cabo su desarrollo reglamentario, mediante reglamentos aprobados por las distintas Administraciones territoriales, que establecieran unos criterios mínimos y homogéneos para los premios convocados por ellas o por sus entidades instrumentales; siempre dentro del respeto a la LGS, a matizar de conformidad con la especial naturaleza de este tipo de ayuda pública.

No se rigen, sin embargo, por la LGS, los premios concedidos sin previa solicitud del beneficiario, excluidos, posiblemente, porque, por razón de su mayor componente honorífico y su carácter graciable o discrecional, es difícil acompañar su configuración al régimen establecido en la LGS. No nos preocupa esta solución, o al menos no más que cualquier subvención otorgada de forma directa, siempre y cuando haya al menos publicidad y transparencia en su concesión, que la decisión se adopte de manera objetiva y motivada, y se respeten las reglas y procedimientos que exija, en los casos en que lo haya, el gasto público.

Nos preguntábamos también en las primeras páginas de este trabajo si la LGS debe aplicarse incluso a más supuestos de los ya en ella comprendidos. Aunque hemos identificado algunos casos en los que cabe propugnar una extensión de su aplicación, como ocurre con las exenciones, el crédito oficial, las ayudas gestionadas por fondos sin personalidad jurídica, y la actividad administrativa de fomento sin transferencia directa de capital, pensamos que, nuevamente, esta debe hacerse de manera matizada. En todo caso, puede defenderse que constituye un mínimo la sujeción de todos estos tipos de ayudas públicas al Derecho administrativo, y, en particular, a los principios de gestión de las subvenciones establecidos en el art. 8.3 de la LGS (publicidad y transparencia, concurrencia y objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia y eficiencia)⁵³. Si bien, tampoco es posible hacer esta afirmación en términos absolutos, pues, cuando se trate de ayudas directas, la concurrencia queda fuera de juego. Lo que, de todas formas, tampoco es extraño al régimen de las subvenciones, que, como es sabido, también permite la concesión directa, conforme al art. 22.2 LGS.

La exclusión de la LGS de beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social queda suficientemente justificada, no solo por las dife-

⁵³ En esta misma línea, autores como M. Sánchez Morón (2020: 823) han sostenido que los principios generales del art. 8.3 de la LGS alcanzan un valor general, desbordando el ámbito de aplicación de esta.

rencias en su naturaleza jurídica, sino por su establecimiento mediante normas con rango de ley, y la existencia de un régimen jurídico específico. Ambos entran dentro del concepto de exención, y, en tanto presenten una finalidad de fomento, deben considerarse ayudas públicas.

Pero las exenciones como ayuda pública no se limitan a estas. La realidad demuestra la existencia de otros supuestos bien distintos, entre los que destacan las exenciones en el pago de algún servicio, indistintamente de que este se preste directamente o no por la Administración que establece la exención, que suele compensar a la entidad que gestiona el servicio por la pérdida que le supone esta. La diversidad existente dificulta el establecimiento de un régimen jurídico común, que, de hecho, no existe, debiendo estarse a lo determinado en cada caso por las normas que creen la exención. Si bien, pueden apuntarse algunos rasgos comunes en los casos analizados, como son, primero, su configuración como ayudas de concesión directa, y, segundo, su establecimiento mediante normas con rango de ley, aspecto este último que posibilita aún más las particularidades.

En cualquier caso, entendemos que, en tanto estamos ante ayudas públicas, debe propugnarse la aplicación, siquiera sea supletoria, de los principios y reglas de la LGS, siempre y cuando ello sea compatible con la especial naturaleza de la exención. Y tener en cuenta, sea como sea, la aplicación del Derecho público, dado que el establecimiento de exenciones repercute sobre los presupuestos públicos.

El crédito oficial, o cualesquiera operaciones financieras de activo en condiciones ventajosas que puedan concertar las Administraciones públicas o las entidades de crédito público u oficial, está excluido de la LGS. También esta exclusión está plenamente justificada, dadas las importantes diferencias en la naturaleza, y, por tanto, en el régimen jurídico, que existen entre estas operaciones financieras y la figura de la subvención. Pese a ello, consideramos que, en tanto sean consideradas ayudas públicas, debe defenderse la aplicación supletoria de los principios y reglas de la LGS hasta donde lo permita su diferente naturaleza, siguiendo como criterio orientador las pautas establecidas para el sector público estatal en la DA 6.^a de la LGS. Entendemos que hay que tener una especial prevención con este tipo de ayudas, al ser habitual su gestión por entidades del sector público institucional que se rigen por el Derecho privado. No decimos que la aplicación en estos casos del Derecho privado deba desaparecer del todo, pero sí que, atendiendo a la teoría de los actos separables, debe estudiarse hasta dónde debe llegar este, garantizando la aplicación del Derecho administrativo a los procedimientos de concesión.

Similares cautelas deben adoptarse con las ayudas gestionadas por los fondos carentes de personalidad jurídica, pues en algunas de estas se utiliza el Derecho privado para su gestión, articulándose como donaciones. Sin embargo, deberían considerarse subvenciones, y aplicarles la LGS, igual que se ha hecho

con las entregas dinerarias sin contraprestación que otorgaran, en su caso, las entidades públicas empresariales estatales, tras las últimas reformas de la LGS. No obstante, somos conscientes de la dificultad que implica esta propuesta, en tanto puede poner en riesgo la flexibilidad de figuras tan singulares como los fondos sin personalidad jurídica.

El último de los tipos identificados es el de la actividad administrativa de fomento sin transferencias directas de capital. La ausencia de esta transferencia al beneficiario impide la aplicación de la LGS, pues resultaría muy forzada. No obstante, sí es posible defender la sujeción de esta actividad a algunos de los principios rectores de la gestión de subvenciones (art. 8.3 LGS), tales como los de publicidad y transparencia, eficacia y eficiencia, y, en su caso, el de concurrencia.

En la respuesta a las dos preguntas que nos hacíamos, hemos obviado la aplicación de la LGS a las propias subvenciones, cuestión esta que se ha dado por supuesta. Pese a ello, merece alguna reflexión.

La primera es la propia pervivencia en el texto de la LGS de algunos supuestos a los que, pese a ser subvenciones, esta Ley no se les aplica, o lo hace de manera supletoria. Nos referimos, para empezar, a los casos previstos en las disposiciones adicionales. En nuestra opinión, estas especialidades no son preocupantes, pues o son anecdóticas, o están más que justificadas, como ocurre, por ejemplo, con las subvenciones de cooperación internacional.

No es anecdótico, desde luego, el caso de las subvenciones financiadas con cargo a Fondos Europeos, para las que el art. 6 de la LGS establece la aplicación supletoria de esta, después de las normas comunitarias aplicables en cada caso y de las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquellas. Manda el Derecho europeo, y aquí poco hay que discutir. Las especialidades que se deriven de ello obedecen a principios y reglas propias de este, cuya aplicación queda garantizada en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

La segunda reflexión que queremos traer aquí es una llamada a valorar la auténtica excepción en la aplicación de la LGS que suponen las subvenciones de concesión directa. Todo este trabajo ha girado en torno a la aplicación de la LGS a ayudas públicas distintas de las subvenciones, cuestionándose los casos en los que se huía de esta. Sin embargo, la propia LGS establece una auténtica vía de escape en los supuestos del art. 22.2 LGS, que anula la aplicación de un principio tan importante en esta materia como es el de libre concurrencia, y puede poner en peligro otros no menos importantes como son los de objetividad e igualdad.

Con esto, no estamos diciendo que el otorgamiento directo de subvenciones no esté justificado en muchos casos. Posiblemente, lo esté, y, desde un punto de vista formal, su establecimiento mediante normas con rango de ley, con la

legitimación democrática que ello supone, en los supuestos de las letras a) y b) del art. 22.2 LGS, convierte en impecable su concesión. Más discutibles son los casos de la letra c), en la que la decisión es administrativa, no del poder legislativo, y la discrecionalidad administrativa amplísima.

Pensamos, pues, que debe reflexionarse sobre esto, valorarse hasta qué punto este régimen especial de concesión es realmente excepcional en su aplicación práctica, y en qué medida realmente estas subvenciones se utilizan como técnica de fomento, o, por el contrario, no están más cerca de lo que es el subsidio. En todo caso, ante los problemas de régimen jurídico que ello pueda plantear, y como medio de control, habrá que combatir las posibles irregularidades con motivación, publicidad y transparencia.

Para finalizar este trabajo debemos responder a la última de las preguntas que nos hacíamos, cuál es el límite del concepto de ayuda pública que conduce a la aplicación de la LGS. En nuestra opinión, el límite debe ponerse en la finalidad de fomento, de tal modo que la LGS solo se aplicaría a aquellas ayudas públicas que presenten un fin de promoción o fomento de actividades privadas, o, en su caso, públicas.

¿Por qué esta opción? ¿Por qué este límite? Siendo tanta la diversidad y variedad de ayudas públicas, podría discutirse. Máxime siendo conscientes de que hay ayudas públicas sin finalidad de fomento, que presentan puntos de tangencia con las ayudas que aquí hemos estudiado, como la aplicación del régimen de las ayudas de Estado.

Primero, por una razón puramente conceptual. La aplicación de la LGS a estas otras ayudas públicas podría diluir en exceso la categoría del fomento administrativo. Segundo, porque ello podría suponer la sujeción de estas otras ayudas a reglas o principios incompatibles con las mismas. Es lo que puede ocurrir con el principio de libre competencia, aun siendo conscientes de que hay ayudas de fomento en las que este principio tampoco juega. Y de que principios como los de publicidad y transparencia sí deben aplicarse a ambas modalidades de ayudas públicas, tengan o no finalidad de fomento.

En suma, por razón de la existencia de algunas líneas de tangencia, podría defenderse la extensión de la LGS a las ayudas públicas que no tienen fines de fomento⁵⁴. No obstante, nosotros no somos partidarios de dicha extensión, que supondría desbordar aún más este cauce común de las ayudas públicas que es la LGS, de tal modo que luego todo sean matizaciones, y su aplicación termine por volverse inoperativa.

⁵⁴ Esta es la postura conocida de B. Sesma Sánchez (2018: 329-332), quien defiende que la LGS debió ser una ley de ayudas públicas, entendidas en el sentido más amplio posible.

BIBLIOGRAFÍA

- Barba Sánchez, R. (2018): «Capítulo 18. El régimen jurídico de los premios», en Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coord.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Bueno Armijo, A. (2013): *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Castillo Blanco, F. A. (2018): «Capítulo 1. La actividad de fomento: evolución histórica y tratamiento constitucional», en Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coords.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Del Barco Fernández-Molina, J., Silva Urien, I., Panizo García, A. y Arellano Pardo, P. (2005): *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, 2.^a ed., Valladolid, Lex Nova.
- Díaz Lema, J. M. (1985): *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, Ministerio de Hacienda.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, IEF.
- (2005): «Capítulo I. El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley», en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Civitas.
- (2012): «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», en Fuentes i Gasó, J. R., Gifreu i Font, J. y Casado Casado, L. (coords.), *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica. Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012)*, Madrid, INAP.
- Font i Llovet, T. (2021): «El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la recuperación», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55.
- Galán Vioque, R. (2020): «Lección 3. La actividad de fomento», en Barrero Rodríguez, C. (coord.), *Lecciones de Derecho administrativo. Parte General. Volumen II*, 6.^a ed., Madrid, Tecnos.
- Gamero Casado, E. (2018): «¿El “retorno” al derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189.
- Gamero Casado, E. y Fernández Ramos, S. (2022): *Manual básico de Derecho Administrativo*, 19.^a ed., Madrid, Tecnos.
- Hernández López, C. (2017): «Los fondos europeos: su gestión instrumental por los Estados miembros», en *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 34.
- (2020): *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- Jiménez Blanco, G. y Torrecilla Pérez, J. (2018): «Capítulo 19. El régimen jurídico del crédito oficial», en Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coords.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Jordana de Pozas, L. (1949): «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48.
- López González, J. I. (2016): «El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. Nueva época*, vol. 19, núm. 1.
- López Ramón, F. (2005): «Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones», en López Ramón, F. (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Navarro Molines, G. (2021): *Manual de fondos europeos: programación, gestión, control y evaluación. Especial referencia a los aspectos prácticos de los Fondos de Recuperación y Resiliencia*, Madrid, Bosch-Wolters Kluwer.
- Ordóñez Solís, D. (2006): *Administraciones, ayudas de Estado y fondos europeos*, Barcelona, Bosch.
- Pascual García, J. (2016): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 6.^a ed., Madrid, BOE.
- Pomed Sánchez, L. (2005): «Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal de aplicación de la Ley», en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Civitas.
- Sánchez Morón, M. (2018): «El retorno del Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 206.
- (2020): *Derecho Administrativo. Parte General*, 16.^a ed., Madrid, Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2018): *Principios de Derecho Administrativo General II*, 5.^a ed., Madrid, Iustel.
- Sesma Sánchez, B. (1998): *Las subvenciones públicas*, Madrid, Lex Nova.
- (2018): «Capítulo 7. El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción», en Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coords.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, 2.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.
- Toscano Gil, F. (2019): «Análisis de las transformaciones actuales del Derecho administrativo en España», en *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 22.
- (2021): «Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones», en Gamero Casado, E. (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Villar Palasí, J. L. (1954): «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», en *Revista de Administración Pública*, núm. 14.

LA GALAXIA SUBJETIVA: LOS «PODERES ADJUDICADORES» DE SUBVENCIONES DEL SECTOR PÚBLICO Y LAS ENTIDADES COLABORADORAS

Elsa Marina Álvarez González

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La «galaxia subjetiva» en materia de subvenciones. 3. El régimen jurídico aplicable a las entidades privadas del sector público cuando otorgan subvenciones públicas. A) Atribución y alcance de la potestad subvencional. B) Los premios como actividad subvencional típica de las fundaciones y empresas del sector público. Bibliografía.

RESUMEN: Esta ponencia analiza los distintos sujetos sobre los que nos podemos plantear, a la vista de la actividad subvencional que desarrollan, su necesaria sujeción o no a la LGS. El término «galaxia subjetiva» sintetiza la disparidad de entes que nos vamos a encontrar y los diferentes conceptos jurídicos sobre los que vamos a tener que reflexionar, tales como los conceptos de sector público, potestad pública, interés general, o fenómenos como la huida del Derecho administrativo y la doctrina del levantamiento del velo.

PALABRAS CLAVE: potestad subvencional; sector público; entidades colaboradoras de la Administración.

ABSTRACT: This paper analyzes the different subjects on which we can consider, in view of the subsidizing activity that they develop, their necessary subjection or not to the LGS. The term «subjective galaxy» summarizes very well the disparity of entities that we are going to find and the legal concepts on which we are going to have to reflect, such as the concepts of the public sector, public

power, general interest, or phenomena such as flight administrative law and the doctrine of lifting the veil.

KEY WORDS: subsidies; public sector; collaborating entities of the Administration.

1. INTRODUCCIÓN

Tras veinte años de la aprobación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS) nos compete aquí y ahora volver sobre sus postulados. Una regulación que, tras la realizada de forma parcial por la Ley General Presupuestaria de 1988 (arts. 81 y 82), sin duda, supuso un gran avance al someter la técnica estrella en el ámbito de la actividad de fomento (la subvención) a las garantías que deben presidir toda actuación administrativa¹, pero que todavía hoy presenta muchos interrogantes como ocurre, en particular, en lo que respecta al objeto de esta ponencia.

A nosotros nos corresponde volver sobre el denominado ámbito subjetivo de la ley o, como expresa el título de la intervención, sobre «*la galaxia subjetiva*» (término que contextualiza muy bien el universo de entes sobre los que nos podemos plantear, a la vista de la actividad subvencional que desarrollan, su necesitada sujeción o no a la LGS). Debo confesar que, cuando acepté mi participación, no era consciente del gran reto que tenía por delante. Primero, porque el ámbito subjetivo no ha sido objeto de especial atención por la doctrina². Y segundo porque, como podrán comprobar en el desarrollo de este trabajo, hablar de ámbito subjetivo no es solo hablar de las entidades a las que pueda resultar de aplicación la norma, pues para intentar si quiera un acercamiento a ellas, hemos tenido que encontrarnos y pelearnos, en muchos casos, con algunos de los fundamentos clásicos de la disciplina como son los conceptos de sector público, potestad pública, interés general, o fenómenos como la huida del Derecho administrativo y la doctrina del levantamiento del velo.

¹ Y es que como afirma Martínez López Muñoz, J. L. (1989: 753), la acción de fomento tradicionalmente ha recibido escasa atención tanto por el ordenamiento jurídico como por la doctrina. Así «*una de las actividades que tal vez vengán mostrándose como más resistente a un efectivo sometimiento a Derecho es la que solemos denominar de fomento*».

² Mientras encontramos importantes trabajos sobre la subvención como actividad de fomento y su régimen jurídico (así, podemos señalar, entre otros, Jordana de Pozas, L. (1949); Villar Palasí, J. L. (1954); Díaz Lema, J. M. (1985); Martínez López Muñoz, J. L. (1989); Sesma Sánchez, B. (2018); Bueno Armijo, A. (2013); Pascual García, J. (2016), solo encontramos algunas referencias al ámbito subjetivo en Fernández Farreres, G. (1983, 2005 y 2012); López Ramón, F. (2004); Martínez López Muñoz, J. L. (2005); Garcés Sanagustín, M. y Monzón Mayo, M. J. (2011); Toscano Gil, F. (2019 y 2021); Gamero Casado, E. (2021), Sesma Sánchez, B. (1998) entre otros, sin que exista ningún trabajo que aborde en profundidad este aspecto de la LGS.

Nuestro punto de partida, como no podía ser de otra manera, lo constituye el art. 3 de la LGS que regula el ámbito subjetivo de aplicación de la ley. Es fácil advertir de su simple lectura que la sujeción de las Administraciones públicas territoriales (Estado, CC.AA. y entes locales) a la LGS no plantea mayores problemas. Es más, como reza el art. 1 de la LGS, el objeto de la misma es «la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas». No obstante, dada la enjundia de los problemas que presentan no solo las entidades de Derecho público y las entidades privadas del sector público sino incluso también otros sujetos de carácter privado como posibles sujetos otorgantes de subvenciones, nos planteamos dos grandes desafíos en este trabajo. Primero, intentar clarificar la entelequia de entes que entran dentro del art. 3.2 LGS cuando se refiere a «entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas», así como a qué se refiere la ley cuando dice en el mismo art. *in fine*: «[...] los entes del párrafo anterior que se rijan por Derecho privado». Como vamos a ver, nuestro intento no es tarea fácil, máxime cuando han sido muchos los esfuerzos del legislador estatal y autonómico por sistematizar y racionalizar estas entidades que han constituido, en su mayoría, el elemento más característico del fenómeno de la huida del Derecho administrativo³. Las dificultades encontradas y la falta de seguridad jurídica detectada nos van a llevar, lo adelantamos ya, a proponer la necesidad de establecer una tipología básica de las entidades instrumentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero nuestro análisis va un poco más allá y no se limita solo a las entidades de Derecho público, pues también abordamos la problemática de las entidades privadas del sector público y otras entidades colaboradoras de la Administración, de carácter privado, a las que en muchas ocasiones se le atribuyen funciones de fomento y, en particular, la concesión de subvenciones.

Desgranar las distintas entidades de Derecho público nos va a permitir llegar a lo que constituye el segundo desafío y que se recoge también en el art. 3.2 LGS: «... que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas». Determinar qué entidades de Derecho público ejercen o pueden ejercer potestades administrativas nos ayudará a dar respuesta sobre cuáles son las entidades de Derecho público a las que resulta o debiera resultar de aplicación la LGS. Ello nos va a obligar a reparar en el propio concepto de potestad pública. Concepto este que, como es sabido, se encuentra en estos momentos en proceso de adaptación y cambio como con-

³ Como ya advirtiera el profesor Clavero Arévalo (1962) y con posterioridad, entre otros, Sala Arquer, J. M. (1992); Borrajo Inieta, I. (1993); Del Saz Cordero, S. (1994); Leguina Villa, J. (1995); Martín Retortillo, S. (1996); Desdentado Daroca, E. (1999); y Barrio Andrés, M. (2011).

secuencia del contexto histórico y social en el que nos encontramos. La elevada complejidad y tecnificación de la actuación administrativa está obligando a una realización de funciones públicas e incluso al ejercicio de potestades públicas no ya por Administraciones públicas o entidades públicas, sino por entidades privadas⁴. Lo que requiere de una reflexión sobre el control que corresponde al Derecho público de estas actuaciones privadas y de la extensión de las garantías del Derecho administrativo a estas actuaciones. Parece claro que el respeto a los principios y valores que presiden la actuación administrativa, así como el respeto a los derechos de los ciudadanos es algo incuestionable. Pero la pregunta clave es si ese control es suficiente o quizás tiene que reservarse el ejercicio de la potestad —como una suerte de núcleo esencial—, en cualquier caso, a la propia Administración pública. Y todo ello, con un trasfondo mayor, la mutación del propio concepto de Derecho administrativo, como no podía ser de otra forma, pues ya no solo regula el Derecho de las Administraciones, sino el de cualquier sujeto que ejerza potestades administrativas.

Por último, dedicamos una especial atención a las entidades privadas del sector público y al régimen jurídico que, entendemos, sería de aplicación en el caso de que estas entidades otorguen subvenciones públicas.

2. LA «GALAXIA SUBJETIVA» EN MATERIA DE SUBVENCIONES

Del tenor literal del artículo 3.2 de la LGS debemos destacar que solo resulta de aplicación la LGS a las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que se rijan por el Derecho público y en la medida en que las subvenciones sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. En consecuencia, si la entrega dineraria realizada por estas entidades no se realiza en el ejercicio de una potestad administrativa, estaremos ante una entrega dineraria sin contraprestación que será otra cosa, pero no una subvención. Y si la entidad se rige por el Derecho privado, igualmente no será una subvención, pero deberá respetar los principios de gestión y de información de la LGS⁵.

⁴ Véase al respecto Canals Ametller, D. (2021: 320 y ss.).

⁵ Como afirman Garcés Sanagustín, M. y Monzón Mayo, M. J. (2011: 296), «Objeto y sujeto se van a combinar en la LGS para fijar el umbral de aplicación, de modo que, dependiendo de estos dos factores, la norma general se aplicará con intensidad plena, con intensidad parcial, con intensidad mínima (principios) o con carácter supletorio». Así, «la ley parte de acotar, por un lado, aquellas estructuras que en dimensión subjetivo-funcional forman parte del sector público y actúan íntegramente al abrigo de normas administrativas, y, de otra parte, las personas jurídicas de titularidad pública que actúan sujetas al Derecho privado. A las primeras, con las modulaciones que se analizarán, les corresponde el monopolio de la categoría jurídica de subvención y, por prolongación, la aplicación plena por razón de sujeto de la LGS, mientras

Podemos observar que la ley maneja un concepto muy estricto del ámbito subjetivo de la subvención, pues prácticamente queda reducido a la Administración pública territorial y, dentro del sector público instrumental, a los organismos públicos, pero solo cuando su actividad subvencional sea resultado del ejercicio de una potestad administrativa. Por tanto, la LGS mantiene un concepto estricto no solo de Administración pública, sino también de potestad administrativa. Y este es el principal problema que encontramos al analizar el ámbito subjetivo de la ley, pues ambos conceptos (Administración pública y potestad administrativa) han sufrido una evolución muy significativa en los últimos años que hace que hoy en día el ámbito subjetivo de la LGS se encuentre, a nuestro entender, superado por la realidad.

La ley parte de la idea de que las potestades administrativas solo se ejercen por la Administración pública y, de forma extensiva, por los organismos públicos. De ahí que deje fuera de su ámbito a cualquier entidad de Derecho público sometida al Derecho privado, y, sobre todo, a las entidades privadas del sector público, pues el legislador considera impensable que una sociedad mercantil o una fundación pública pueda ejercer potestades, si bien para estas últimas, como veremos, el legislador ha establecido alguna singularidad. Además, la ley solo considera subvención la actividad realizada por una entidad de Derecho público sometida al Derecho público en el ejercicio de una potestad, quedando al margen de la ley cuando esa misma actividad, ejercida por el mismo ente, no sea ejercicio de una potestad, algo que, en principio, resulta chocante si esas entidades se encuentran sometidas plenamente al Derecho administrativo⁶.

En estos momentos, la evolución del concepto de Administración pública, sector público y potestad administrativa se observa muy bien en la LPAC y la LRJSP. Creemos que ambas leyes, después de varios intentos a lo largo de los años por parte del legislador estatal, han conseguido sintetizar el concepto de sector público y, dentro de este, el concepto de «entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas».

De esta conceptualización del sector público instrumental podemos extraer una primera idea clara: los organismos y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de

que, en la otra vertiente, las atribuciones patrimoniales de las segundas responden al nombre de “entregas dinerarias sin contraprestación” y les corresponde una aplicación mínima de la LGS, básicamente limitada a la aplicación de los principios del artículo 8 de la LGS y al sometimiento de las reglas de información del artículo 20 de la LGS».

⁶ Como afirma Fernández Farreres (2005: 61) (2012: 141) dicha distinción «resulta artificiosa y carente de justificación, pues viene a admitir que, en unas ocasiones, el otorgamiento de subvenciones es manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, mientras que en otros no, y ello aun cuando el ente otorgante de unas y otras sea el mismo».

las Administraciones públicas a los que se refiere el art. 3.2 de la LGS forman parte del sector público institucional y tienen la consideración de Administración pública. Esta primera afirmación nos lleva a que a todos esos organismos y entidades de Derecho público debe serles de aplicación la LGS pues son Administraciones públicas y, como tales, deben estar sometidas a los mismos controles que las Administraciones públicas territoriales⁷. De hecho, el propio legislador introduce en la disposición final 18 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado, una nueva disposición adicional vigésima sexta a la LGS para aclarar que todas las entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado tendrán la consideración de subvenciones y *su concesión y demás actuaciones contempladas en esta Ley constituirán el ejercicio de potestades administrativas, quedando sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones Públicas.*

Mayores problemas plantean las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas, pues estas forman parte del sector público institucional pero solo les resulta de aplicación la LRJSP cuando ejerzan potestades administrativas, y en todo caso, su actuación está sujeta a los principios del art. 3. Esta posibilidad de ejercer potestades administrativas no se contempla por el art. 3.2 de la LGS. Es más, las sociedades mercantiles ni siquiera son mencionadas en la LGS, lo que significa que, si realizan entregas dinerarias sin contraprestación, dichas entregas ni siquiera deberán observar los principios de gestión e información que se recogen en los arts. 8 y 20 de la LGS.

Entendemos que la LRJSP ha dado un paso importante en el reconocimiento de lo que venía siendo una realidad: el ejercicio de potestades administrativas por entidades de Derecho privado. Y, en consecuencia, si cuando estas entidades ejercen potestades administrativas deben someterse a la LRJSP, entendemos que cuando ejerzan potestades y realicen aportaciones dinerarias sin contraprestación, en realidad, están concediendo subvenciones y deben quedar también sometidas a la LGS. Esto, el sometimiento de las entidades de Derecho privado a la LGS, encuentra su justificación en ese proceso que algunos autores han denominado de «*vuelta al Derecho administrativo*»⁸ para calificar el

⁷ Ya alguna normativa autonómica como la Ley 9/2007, de 13 de junio, de Subvenciones de Galicia había prescindido de ese criterio del ejercicio o no de la potestad subvencional, de manera que, sin excepción alguna, la ley resulta aplicable a las subvenciones establecidas, otorgadas y gestionadas por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y por cualesquiera organismos autónomos y demás entidades de Derecho público a la misma adscritos (art. 3.1.a) y b). Como ha señalado Fernández Farreres, G. (2012: 30), sin duda, una previsión que resulta del todo coherente con el hecho indiscutible de que cuando dichos entes proceden a esas entregas dinerarias, en forma alguna pueden estar actuando con arreglo al Derecho privado.

⁸ Así, Rodríguez-Arana, J. (2005: 37-63); Ortiz Mallol, J. (2011: 257-288); González Ríos, I. (2014: 46 y 54); López González, J. I. (2016: 68); Gimeno Feliu, J. M. (2016); Game-

nuevo régimen jurídico que resulta de aplicación a las entidades de Derecho privado (sociedades mercantiles y fundaciones del sector público) a las que, durante mucho tiempo, no se les ha aplicado el Derecho administrativo sobre la base de su prohibición legal para ejercer potestades públicas aunque, en la práctica, ello se haya traducido en un ejercicio verdadero de funciones y competencias administrativas (esa huida del Derecho administrativo a la que hacíamos referencia)⁹.

Es cierto que el legislador, tanto estatal como autonómico, a la hora de regular el ejercicio de su potestad organizativa no ha estado muy fino en lo que a dichas prohibiciones o limitaciones se refiere. Así, por ejemplo, LBRL, en su antiguo art. 85.3 establecía que: «En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad» (y ello, a pesar de que las entidades de Derecho privado de la Administración son formas personificadas de gestión directa no indirecta de los servicios públicos). La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local que modifica la LBRL da una nueva redacción al art. 85.3 y ahora establece que: «En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad». Y la LOFAGE, en su disposición adicional duodécima, establecía con respecto a las sociedades mercantiles estatales que: «En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública». Y en lo que respecta a las fundaciones del sector público estatal, la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, establece en su art. 46.1 que: «No podrán ejercer potestades públicas».

Por citar alguna normativa autonómica, la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, clasifica las entidades instrumentales de la Administración autonómica en agencias (agencias administrativas, agencias públicas empresariales y agencias de régimen especial) y entidades de Derecho privado (art. 52). Por su parte, el art. 1.2 afirma de modo indiferenciado que las enti-

ro Casado, E. (2018: I-VIII); Sánchez Morón, M. (2018: 37-66). En cambio, García-Andrade Gómez, J. (2019: 179), entiende que más que vuelta o retorno lo que se ha producido es una expansión del Derecho administrativo, pues «el Derecho que surge de este proceso no es el de antaño, sino un Derecho administrativo renovado que extiende sus reglas y principios a sujetos que tradicionalmente no han estado comprendidos en su ámbito de aplicación. Tanto es así que la expansión del Derecho administrativo está exigiendo la reformulación de su ámbito subjetivo de aplicación, ampliándolo sensiblemente hasta conformar la actual categoría del sector público».

⁹ Esta vuelta al Derecho Administrativo y, sobre todo, el sometimiento de toda actuación de estas entidades a los principios del art. 3 de la LRJSP, responde a lo que venían afirmando algunos autores como Martín Retortillo, S. (1996: 41) y Desdentado Daroca (1999: 117) sobre que la CE impone una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa, cuyo incumplimiento podría originar la inconstitucionalidad de la actuación.

dades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía (agencias y entidades de Derecho privado) «sujetarán su actividad a esta ley en todo caso cuando actúen en el ejercicio de potestades administrativas». Pero más adelante, al regular el régimen jurídico de las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz, viene a establecer lo siguiente (art. 52.3): «Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz [...] en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad». Con referencia a las sociedades mercantiles del sector público andaluz, el art. 75.2 afirma que «en ningún caso podrán ejercer potestades administrativas». En cuanto al régimen específico de las fundaciones del sector público andaluz, el art. 78 reenvía a lo establecido anteriormente en la Ley 10/2005, de Fundaciones de la comunidad autónoma de Andalucía, en la que, al igual que en la Ley estatal de Fundaciones, se reafirma que «las fundaciones del sector público de la comunidad autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas».

Galicia, por su parte, regula las entidades instrumentales en la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y Funcionamiento de la Administración General y del Sector Público Autonómico de Galicia, y tras dividir las en entidades públicas instrumentales (organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales, consorcios autonómicos) y otras entidades instrumentales (sociedades mercantiles públicas autonómicas y fundaciones del sector público autonómico) en su art. 45, establece en el art. 103 que «las sociedades mercantiles autonómicas en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas» y en su art. 115 que «las fundaciones del sector público de la comunidad autónoma no podrán ejercer potestades públicas».

Señalamos en primer lugar el modelo andaluz y gallego por resultar los más clarificadores, ya que el resto de las CC.AA. estudiadas presentan importantes discordancias legislativas. Es el caso, por ejemplo, de Castilla y León que regula en la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, en su título VII, la Administración institucional y las empresas públicas, incluyendo dentro del sector institucional a los organismos autónomos y los entes públicos de Derecho privado, pero regulando las empresas públicas (las fundaciones no se regulan) como cosa distinta del sector institucional. Aun así, recoge en el art. 94 que: «*En ningún caso podrá disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas*». En cambio, en la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de la Hacienda y del Sector Público de la Comunidad de Castilla y León, modificada por la Ley 1/2021, de 22 de febrero, de Medidas Tributarias, Financieras y Administrativas, se establece que el sector público institucional de la comunidad se integra por: «a) los organismos autónomos y los entes públicos de Derecho privado integrantes de la Administración institucional de la comunidad; b) las empresas públicas de la comunidad; c) las universidades públicas de la comunidad; d) las

fundaciones públicas de la comunidad; e) los consorcios adscritos a la comunidad; f) el resto de entes e instituciones públicos creados por la comunidad o dependientes de ella y cualesquiera otras personas jurídicas en las que participe mayoritariamente, y g) los órganos con dotación diferenciada en los presupuestos generales de la comunidad no incluidos en los apartados anteriores». Salvo esta clasificación, que integra las empresas públicas y fundaciones públicas en el sector público institucional, no encontramos mayor concreción jurídica.

El modelo de Cantabria también es bastante confuso, pues la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la comunidad autónoma de Cantabria, a pesar de dictarse con posterioridad a la LRJSP y resultar totalmente adaptada a su contenido básico, establece en su art. 4 que el sector público institucional comprende: «a) los organismos públicos, las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración general de la comunidad autónoma y los consorcios; b) las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración general de la comunidad autónoma de Cantabria y las fundaciones del sector público, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta ley que específicamente se refieran a ellas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas; c) La Universidad de Cantabria, que se regirá por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente ley y d) Los fondos sin personalidad jurídica». Ya no es solo que diferencie entre organismos públicos y entidades de Derecho público y entre entidades de Derecho privado y fundaciones del sector público, sino que después, en el art. 86, dice: «el sector público institucional de la comunidad autónoma de Cantabria está integrado por las siguientes entidades: a) Los Organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración general de la comunidad autónoma, que se clasifican en: 1.º Organismos Autónomos, y 2.º Entidades Públicas Empresariales. b) Otras Entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración general de la comunidad autónoma. c) Los consorcios. d) Las sociedades mercantiles autonómicas. e) Las fundaciones del sector público. f) La Universidad de Cantabria. g) Los fondos sin personalidad jurídica».

Del tenor literal de este artículo nos planteamos entonces cuáles son las entidades de Derecho privado a las que hace referencia el art. 4 de la misma ley, ¿solo las sociedades mercantiles? Parece que así sea ya que, según la literalidad del art. 4, quedan fuera de esa categoría las fundaciones del sector público. En cualquier caso, lo que parece claro en la comunidad cántabra es que las sociedades mercantiles «en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que, excepcionalmente, la ley pueda atribuirle potestades administrativas. En tal caso su actividad se ajustará al régimen sustantivo en cada caso establecido, así como a la legislación reguladora del procedimiento administrativo común»

(art. 119.2). Y las fundaciones del sector público autonómico «no podrán en ningún caso disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. Ello, no obstante, excepcionalmente, la ley puede atribuirles potestades administrativas. En tal caso su actividad se ajustará al régimen sustantivo en cada caso establecido, así como a la legislación reguladora del procedimiento administrativo común» (art. 124.3).

La Ley 1/2015, de 6 de febrero, de Hacienda Pública, del Sector Público Instrumental y de Subvenciones de la comunidad valenciana, por su parte, también diferencia entre organismos autónomos y entidades de Derecho público como tipos de organismos públicos (art. 153). Los organismos autónomos son organismos públicos que se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de una consejería, la realización de actividades administrativas, de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos (art. 154), mientras que las entidades de Derecho público son organismos públicos facultados para ejercer potestades administrativas, realizar actividades prestacionales y de fomento, gestionar servicios o producir bienes de interés público susceptibles o no de contraprestación (art. 155). Las entidades de Derecho público 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 la ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria. Las entidades de Derecho público cuyas funciones sean susceptibles de contraprestación son entidades públicas empresariales. Y fuera de esta clasificación se regulan las sociedades mercantiles, las fundaciones y los consorcios. En lo que a nosotros nos interesa, las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica de naturaleza privada, y en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas (art. 156.2) y las fundaciones del sector público tienen personalidad jurídica de naturaleza privada, y en ningún caso dispondrán de facultades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas (art. 157).

Por último, la más reciente, la Ley 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco. Llama la atención su exposición de motivos cuando afirma: «La presente ley trata de incluir todas las necesidades relativas al sector público y así poder ofrecer un texto de referencia que aporte coherencia sobre la organización y el funcionamiento del entramado público de la comunidad autónoma de Euskadi y su conexión con el conjunto de los sectores públicos de los distintos ámbitos institucionales que tienen actividad en esta comunidad autónoma». Y ello porque del contenido del título II, donde se regula la organización institucional del sector público de la comunidad, no observamos la coherencia predicada en la exposición de motivos. Nos referimos, por ejemplo, al art. 8.2 que establece que «la Administración institucional se halla integrada por los siguientes tipos de entes institucionales, que podrán ejercer potestades públi-

cas: a) organismos autónomos y b) entes públicos de Derecho privado», mientras el art. 9.1 establece que «los entes instrumentales de su sector público se clasifican en: a) las sociedades públicas, b) las fundaciones del sector público, y c) los consorcios del sector público». Diferencia el legislador vasco entre «entes institucionales» y «entes instrumentales», cuando ambos términos han venido usándose como sinónimos y han servido para identificar a los mismos entes, los entes públicos no territoriales, como forma de distinguirlos de los entes territoriales. Y más a más, cuando después regula las sociedades públicas en los arts. 40 y siguientes, ya no las denomina así sino «sociedades de capital» —término, a su vez, confuso pues no se sabe si hace referencia a sociedades públicas o privadas—, para las que establece en el apartado 6 que «en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública». Y para las fundaciones de sector público, por su parte, el art. 41.7 dice «en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas ni tener por finalidad la prestación de servicios públicos de carácter obligatorio».

En definitiva, con todos estos ejemplos queremos poner de manifiesto la disparidad organizativa del sector público instrumental autonómico y, como decíamos, demostrar que el legislador no ha ayudado mucho para evitar esa huida del Derecho administrativo y, en consecuencia, la inaplicación de las reglas del Derecho público ante el ejercicio de funciones públicas por las entidades privadas del sector público. En este contexto es muy fácil la confusión y, lo que es peor, la falta de seguridad jurídica en esta materia, algo que afecta sensiblemente al régimen subvencional. El problema, a nuestro entender, es doble: por un lado, la falta de una tipología básica de entes del sector público instrumental y, por otro, la necesidad de aclarar con precisión el concepto de potestad y sus límites, pues hemos visto cómo se utilizan indistintamente conceptos distintos, tales como «potestades públicas», «potestades administrativas» o «ejercicio de autoridad».

En efecto, hasta ahora la configuración de las entidades instrumentales ha constituido la máxima expresión de la competencia de autoorganización de las Administraciones públicas, de ahí que el Estado haya renunciado a establecer una tipología básica, limitándose a formular los principios generales en la materia. Sin embargo, asistimos en estos momentos a un escenario bastante desolador, no sólo por las dificultades para determinar su régimen jurídico y la disparidad de entidades que, incluso bajo una misma denominación, responden a un régimen jurídico distinto, sino sobre todo porque en función de las actividades que desempeñen, tenemos que acudir a toda una variedad de normas públicas como son las de bienes, empleo público, contratación pública, transparencia, jurisdicción contencioso-administrativa, etc., que provoca que en algunas materias haya un claro sometimiento a reglas de Derecho público mientras que, en otras, a las mismas entidades resulta de aplicación el Derecho privado. Por tanto, una regulación básica sería acorde con la situación actual,

pues si el Derecho administrativo ha ampliado su ámbito subjetivo mediante la inclusión de personificaciones privadas, también debería ordenar con carácter básico los principios y reglas estructurales de su régimen jurídico.

En lo que respecta al concepto de potestad, debemos partir del propio concepto de función administrativa, pues una potestad no deja de ser una atribución de funciones a un determinado ente. En este sentido, dentro del concepto de potestad debemos distinguir distintas funciones administrativas con distinto alcance, pues hay potestades que implican ejercicio de autoridad y potestades que no suponen dicho ejercicio. Solo las primeras quedan reservadas a la Administración pública porque implican prerrogativa, privilegios y poderes exorbitantes y, por tanto, estas potestades públicas no puedan ejercerlas las entidades privadas del sector público. Pero existen otras muchas potestades (funciones) que no implican ejercicio de autoridad y que, por tanto, sí pueden ser ejercidas por este tipo de entidades.

Pues bien, dentro de la actividad administrativa subvencional, existen potestades exorbitantes (creación, inspección y reintegro de la subvención), pero el resto no tienen ese carácter. Ahora bien, es el interés público o general que presentan esas potestades que no tienen carácter de autoridad el que impone su determinación como potestad administrativa y su sometimiento al Derecho administrativo. Por tanto, solo si no existe ese interés público, estaremos ante una «entrega dineraria sin contraprestación» sometida al Derecho privado que tendrá naturaleza jurídica de donación.

Esto presenta alguna dificultad, pues ¿cómo se justifica que no hay un interés general o un fin público si los fondos tienen carácter público? Recuérdese, por ejemplo, que sobre la propia naturaleza de los bienes titularidad de las sociedades mercantiles el TS ha afirmado su carácter de patrimonio público (2017). Dicha calificación viene a reforzar lo que queremos subrayar aquí, pues va de suyo el interés general que cumplen los organismos públicos. Pero es que incluso la creación de una sociedad mercantil pública u otra entidad privada del sector público tiene como finalidad última, también, la satisfacción de intereses generales. Por ello, su carácter está publicificado y son de aplicación principios y reglas diferentes a las de las sociedades privadas. Por tanto, solo si se trata de un fin público ajeno a la actividad recogida en los estatutos o normas de creación se podría entender la no aplicación de la LGS.

En definitiva, pues, creemos que las entidades privadas del sector públicos pueden ejercer la potestad subvencional porque satisfacen un interés general y, por tanto, su ejercicio debe estar sometido al Derecho administrativo y, por ende, a la LGS. Y ello, fundamentalmente, por una razón: como garantía de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, ¿cuál es el problema? Pues que, hasta el momento, salvo una previsión muy genérica que hace el art. 85 de la LRJSP, no se han regulado

los instrumentos de supervisión, tutela y control por parte de la Administración del ejercicio de potestades por estas entidades, lo que produce, a nuestro entender, una merma en las garantías de los derechos de los ciudadanos, ya que no queda del todo claro el concreto régimen jurídico aplicable. Algunas propuestas sobre cómo debieran atribuirse, ejercerse y qué alcance tiene la potestad subvencional ejercida por las entidades privadas del sector público se recogen en el siguiente apartado.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS ENTIDADES PRIVADAS DEL SECTOR PÚBLICO CUANDO OTORGAN SUBVENCIONES PÚBLICAS

Lo realmente significativo del cambio que introduce la LRJSP con respecto a las entidades privadas del sector público no es solo que las sociedades mercantiles y fundaciones quedan sometidas a dicha ley cuando ejerzan potestades administrativas¹⁰, sino que toda su actuación debe quedar amparada en los principios de la actuación administrativa recogidos en el art. 3. Es decir que, como sector público que son, su actividad responde (debe responder) a los fundamentos más elementales de la actuación administrativa y que podemos reconducir a la necesidad de satisfacer siempre un interés general. Esto es especialmente importante en materia de subvenciones porque el legislador de la LGS, partiendo de que estas entidades privadas del sector público no satisfacen un interés general ni ejercen potestades administrativas, ha dejado fuera de su ámbito a las sociedades mercantiles y, con respecto a las fundaciones públicas, primero contemplaba que solo quedaban sometidas a los principios de gestión e información, y ahora, tras la modificación de la disposición adicional 16.^a se les reconoce capacidad para otorgar subvenciones pero condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos. Creemos que esta regulación debe ser revisada. Y ello, porque lo relevante ya no es determinar el carácter mercantil o de interés público de la entidad, sino que ahora esto ha cambiado radicalmente, pues debemos poner el foco de atención en la finalidad que cumplen estas entidades con su actuación y, entendiendo que pueden ejercer potestades administrativas y por tanto realizar actividades de interés público, debieran quedar sometidas al Derecho administrativo cuando ejercen la potestad subvencional. No se puede eludir su aplicación.

¹⁰ Existe un sector doctrina que se muestra crítico con la asunción de potestades por las entidades privadas del sector público. Así, por ejemplo, Sánchez Morón, M. (2015: 7) concibe las potestades públicas como «aquellas que no puede realizar ningún particular, ya que son inherentes al poder público y se ejercen en relaciones de supremacía». Martín Rebollo, L. (2015: 17) y Álvarez Herranz, B. (2016: 66) destacan principalmente las complicaciones interpretativas que lleva asociadas.

Por tanto, aunque se actúe a través de una forma de Derecho privado, la identificación de la función pública que desarrolla la entidad conlleva la imposibilidad de burlar o inaplicar el Derecho administrativo. Ello significa pues que debemos atender al fin o naturaleza de la actividad realizada porque es precisamente ese interés público que representa el que justifica que, a pesar de la naturaleza privada de la entidad deba aplicarse la norma administrativa (STS de 18 de mayo de 1995). Lo que prima es el tipo de función realizada por la entidad y su consideración como una «prolongación de la actividad de la propia Administración en el ente instrumental» y, siendo esta actividad de carácter público, no pueden eludirse las obligaciones de Derecho administrativo¹¹. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, mucho antes, por cierto, de que se aprobaran la LPAC y LRJSP, al afirmar que «una sociedad mercantil pública cuando ejerce potestades administrativas debe someterse y regirse por el Derecho administrativo, de manera que sus actos son actos administrativos revisables en vía administrativa y contencioso-administrativa» (STS de 17 de mayo de 2012).

A) ATRIBUCIÓN Y ALCANCE DE LA POTESTAD SUBVENCIONAL

Teniendo claro el sometimiento de las entidades privadas del sector público al Derecho administrativo cuando ejercen potestades públicas, cómo se atribuyen, cómo se ejercen y qué alcance tienen son cuestiones que plantean mayores problemas, dada la indefinición del legislador en general y, en particular, en materia de subvenciones.

En lo que a nosotros nos interesa, en materia de subvenciones, lo cierto es que con respecto a las fundaciones tenemos alguna respuesta a la vista de la nueva disposición adicional decimosexta de la LGS que impone dos condicionantes para que las fundaciones del sector público puedan conceder subvenciones: 1) Deben contar con autorización expresa del Ministerio adscripción u órgano equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita, y 2) La aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia del reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el

¹¹ Así lo establece, González Varas-Ibáñez, S., «Levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración Local», *REALA*, núm. 274-275, 2017, pág. 383.

Protectorado de la fundación. Por tanto, con la modificación de esta disposición que realiza la LRJSP queda clara la facultad de las fundaciones del sector público para otorgar subvenciones con carácter básico.

Aunque también es cierto que este cambio normativo plantea algunos problemas interpretativos de las regulaciones que han hecho algunas CC.AA., siguiendo la estela de la primera regulación de la LGS, sobre las denominadas entregas dinerarias sin contraprestación realizadas por las entidades privadas del sector público. A este respecto entendemos que toda disposición dineraria que encaje en el concepto de subvención está sometida, por su carácter básico, a las previsiones de la disposición adicional 16.^a. Y solo en el caso de encontrarnos con entregas que no encajen dentro de este concepto, debería acudir a lo previsto en la respectiva normativa autonómica. Aun así, creemos que el régimen jurídico de las entidades privadas del sector público debe ser revisado porque lo relevante ya no es determinar el carácter mercantil o de interés público de la entidad, sino que ahora debemos poner el foco en la finalidad que cumplen estas entidades con su actuación.

En cualquier caso, podemos señalar algunas ideas sobre cómo debieran atribuirse, ejercerse y qué alcance tiene la potestad subvencional ejercida por las entidades privadas del sector público. Sobre la atribución de potestades con carácter general a las entidades privadas del sector público se han identificado tres posibles opciones (Gamero Casado, E. 2021: 411). Entendemos que la atribución de la potestad subvencional debe respetar siempre alguna de ellas, y estas son: a) Mediante normas legales o reglamentarias de creación de estas entidades o de atribución a las mismas del ejercicio de potestades; b) Mediante sus Estatutos, que pueden confiar a estas entidades el ejercicio de potestades administrativas propias de la Administración matriz; y c) Mediante la actividad ordenadora de la Administración matriz sobre entidades personificadas de su dependencia.

En lo que respecta a su ejercicio, debemos plantearnos la necesidad de tramitar un procedimiento administrativo. Algo que nos parece claro al hablar de subvenciones, aunque se concedan por una entidad privada del sector público. Es lo que nos asegura que la potestad se ejerce con todas las garantías. Pero también, deberán estas entidades disponer de un registro (electrónico, art. 16 LPAC) para registrar las solicitudes que se presenten a la convocatoria de subvenciones, ya sea propio o de la Administración u organismo del que dependen¹². Entendemos, pues, que les resultarán de aplicación las disposicio-

¹² En este sentido, podemos señalar la Disposición adicional 1.^a de la Ley 9/2007, de la Administración de la Junta de Andalucía, cuando dispone que: «Las agencias públicas empresariales y el resto de entidades de Derecho público que no tengan la consideración de agencia administrativa o de régimen especial dispondrán de oficinas de registro cuando, de acuerdo con su norma reguladora, tengan atribuido el ejercicio de potestades administrativas que requieran

nes relativas al acto y procedimiento administrativo de la LPAC, salvo las previsiones sobre la ejecución forzosa de los actos administrativos que constituye una potestad que entraña ejercicio de autoridad. En este punto, deberíamos considerar, al igual que se ha hecho en el ámbito de la contratación pública, que los actos que dictan estas entidades son análogos a los actos administrativos y deben reunir los mismos requisitos y someterse a las mismas garantías¹³. Y, por supuesto, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, al igual que ocurre con los actos y disposiciones de las corporaciones de Derecho público adoptados en ejercicio de funciones públicas, o los de los concesionarios de servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas, así como algunas manifestaciones de aplicación del Derecho administrativo a entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración —caso de Correos y Telégrafos, S.A.— (art. 2 c) y d) LJCA)¹⁴.

Además, no debemos olvidar que por expresa mención del art. 3.2 LRJSP, estas entidades deben respetar siempre los principios de la actuación administrativa que se recogen en el art. 3 de dicha ley.

Estas afirmaciones nos llevan a proponer que se pudiera hacer en materia de subvenciones una consideración similar a la que establece la LCSP para los poderes adjudicadores no Administración. Es preciso recordar que con el concepto de poder adjudicador el legislador persigue aplicar a las entidades que tengan dicha consideración las mismas reglas que rigen para las entidades del sector público que tienen la condición de Administraciones públicas. Se trata de un concepto funcional y material que prescinde totalmente de la forma y naturaleza jurídica que adopte la entidad contratante, para penetrar en su sustrato material preguntándose por cosas tales como qué hace esa sociedad, quién la financia o quién la controla. Así, aparte de las Administraciones públicas, las fundaciones públicas o las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, lo son: i) todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de

la existencia de dichos órganos. En este supuesto, la consejería o la agencia a la que esté adscrita la agencia pública empresarial ubicará en sus dependencias los registros auxiliares que se estimen necesarios». Algunas entidades de Derecho privado lo han creado, como, por ejemplo, la Sociedad Municipal de Aparcamientos de Las Palmas de Gran Canaria (SAGULPA); o los registros de solicitantes que han articulado muchas de las empresas municipales de vivienda y suelo.

¹³ Descalzo González, A. (2019: 319) defiende en este sentido una interpretación integradora de la LPAC y afirma que si estas entidades se someten a dicha ley cuando ejerzan potestades administrativas, también se encuentran sujetas al régimen de recursos administrativos previstos en la Ley y, por tanto, cabe presentar un recurso de alzada impropio contra el acto dictado por la entidad de Derecho privado ante su Administración matriz. Compartimos con Gamero Casado (2021: 444) que lo deseable sería que el Derecho positivo contemplase expresamente la cuestión, del mismo modo en que lo ha hecho en la Ley 9/2017 respecto a los actos separables de los contratos suscritos por estas entidades.

¹⁴ En el mismo sentido, lo vienen reclamando, entre otros, Martín Retortillo, S. (1996: 52); Del Saz Cordero, S. (1992: 173); Martín Rebollo (2015: 17) y Fernández Farreres, G. (2016: 20).

las anteriores, ii) que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, iii) siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador, bien financien mayoritariamente su actividad, bien controlen su gestión o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de Administración, dirección o vigilancia. Teniendo en cuenta que lo que no tiene que ser «industrial o mercantil» no es la entidad, sino «las necesidades de interés general» para cuya satisfacción ha sido específicamente creada, resulta que si, en una sociedad mercantil del sector público se dan esas circunstancias que, por lo demás, han sido interpretadas por el Tribunal de Justicia de la UE de una forma extraordinariamente amplia, la mercantil contratará con sujeción al Derecho administrativo. Con lo cual esa persona jurídica privada que, en teoría, actúa en régimen de Derecho privado, estará sujeta a las disposiciones de la LCSP en materia —entre otras— de actos de preparación y adjudicación del contrato, modificación de los contratos, revisión de oficio y recurso especial¹⁵.

De esta manera, en el ejercicio de dichas potestades públicas, existiría un control y seguimiento de la Administración titular de la potestad, y una aplicación de las reglas de Derecho administrativo e incluso, se podría exigir su control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello supondría una evolución de la LGS hacia el concepto de sector público que vienen utilizando ya algunas leyes básicas del Estado, como la LPAC, la LRJSP y la LCSP.

Ello sería, además, acorde con la realidad, donde nos encontramos con multitud de sociedades mercantiles y fundaciones cuya principal función atribuida en sus normas de creación es precisamente la actividad de fomento, y especialmente la subvencional. No ir hacia esta evolución de la LGS lleva a lo absurdo de la situación actual en la que nos encontramos con entidades del sector público instrumental que conceden subvenciones, incentivos o ayudas públicas al margen del Derecho administrativo, pero si esas mismas subvenciones o incentivos los otorga una Administración pública estamos ante una potestad administrativa sometida al Derecho administrativo. Gamero Casado (2021: 416) pone un ejemplo muy llamativo con el acceso a las viviendas sociales, pues si es un Ayuntamiento quien concede un alquiler social o la

¹⁵ Véase al respecto el trabajo de la profesora Chinchilla Marín, C. (2017: 17-56). En él la autora incluso cuestiona la propia calificación como contrato privado de los contratos cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de aplicación de la LCSP (obra, suministro, servicios, etc.), solo por el hecho de que la entidad contratante sea una sociedad mercantil pública (u otra entidad del sector público que no tenga la condición de Administración pública), cuando resulta que dichos contratos están regulados por el Derecho administrativo de la contratación pública en tantos y tan sustanciales aspectos como son no solo los referentes a su fase de preparación y adjudicación (los tradicionalmente denominados «actos separables»), sino, también, determinados aspectos de sus efectos y extinción, incluidas las modificaciones contractuales, y cuando, además, la revisión de su legalidad se efectúa en vía administrativa (revisión de oficio y recurso especial) y en vía contencioso-administrativa (pág. 29).

compra de una vivienda de protección oficial estamos en presencia de una potestad administrativa de fomento; pero si las asignaciones de viviendas se articulan mediante empresas municipales con forma de sociedad anónima entonces son meras donaciones que escapan de la aplicación del Derecho administrativo tanto en la aplicación de las reglas y principios sustantivos de otorgamiento —objetividad, no discriminación— como en la necesidad de tramitar un procedimiento administrativo con todas las garantías.

Y en lo que se refiere al alcance del ejercicio de potestades administrativas por las entidades privadas del sector público, ya ha quedado claro que el principal límite o prohibición lo encuentran en la imposibilidad de ejercer potestades que impliquen ejercicio de autoridad. Pero y en el resto de potestades administrativas, hasta dónde llega su ejercicio. ¿Solo pueden ejercer labores técnicas o de soporte administrativo?

Hemos visto como en el ámbito subvencional distinguimos distintos tipos de potestades administrativas. Solo requieren ejercicio de autoridad la potestad de creación, comprobación y reintegro, pero el resto entendemos que son potestades administrativas que se pueden ejercer por las entidades privadas del sector público. Así, además se observa en la práctica. Veamos varios ejemplos:

1. La Orden TED 1018/2021, de 20 de septiembre, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones de la Fundación Biodiversidad, F.S.P., para fomentar actuaciones dirigidas a la re-naturalización y resiliencia de ciudades españolas, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y se aprueba la convocatoria correspondiente al año 2021. Esta norma es muy ilustrativa porque en ella podemos comprobar cómo es la fundación la que convoca la subvención y es ella también la que selecciona al beneficiario y otorga la subvención. Todas estas funciones implican ejercicio de potestades administrativas, y ello, aunque las bases y el procedimiento de reintegro lo asuma la Administración pública (en concreto, el Ministerio de Transición Ecológica).
2. La Resolución de 16 de noviembre de 2022 de la Fundación Parc Científic Universitat de València por la que se convocan ayudas para participar en el programa de apoyo a empresas innovadoras «VLC Startup», para el año 2022. Estamos ante una fundación que tiene entre sus fines fundacionales el impulso de la investigación, la promoción del desarrollo tecnológico, la transferencia de conocimientos y la innovación industrial, así como la promoción de nuevas empresas innovadoras de base tecnológica y del talento emprendedor en general, teniendo como prioridad a la comunidad universitaria. Para realizar esta convocatoria cuenta con la autorización expresa de la Universidad de Valencia que le autoriza para conceder subvenciones para la realización de programas de apoyo a empresas innovadoras «VLC Startup», así como para apro-

bar las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva y para la realización de programas de apoyo a empresas innovadoras «VLC Startup».

3. La convocatoria anual de subvenciones de la empresa municipal de aguas del Ayuntamiento de Málaga (EMASA, S.A.) para proyectos de acción social. La convocatoria del año 2022 ha tenido por objeto la regulación de la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva con la finalidad de apoyar a distintas instituciones con el objeto de potenciar aquellos servicios de interés general para la colectividad que complementen las competencias de EMASA, S.A., dentro de su política de acción social.

En todos estos ejemplos se observa cómo en las funciones que desarrollan estas entidades privadas del sector público existe un ejercicio completo de la potestad administrativa, no limitándose solo a labores técnicas. La potestad de concesión u otorgamiento de la subvención es ejercida plenamente por tales entidades. Este detalle es importante, porque ello permite diferenciar el ejercicio de potestades de estas entidades (fundaciones y sociedades) de las que pueda realizar una entidad privada a través de una encomienda de gestión, que efectivamente debe limitarse a funciones de auxilio o asistencia técnica, salvo que se trate de una potestad pública, en cuyo caso ni las funciones de auxilio o asistencia pueden encomendarse a una entidad privada¹⁶.

B) LOS PREMIOS COMO ACTIVIDAD SUBVENCIONAL TÍPICA DE LAS FUNDACIONES Y EMPRESAS DEL SECTOR PÚBLICO

Nos ha parecido de interés reparar en este último apartado en la concesión de premios como modalidad de la actividad subvencional, y ello, a sabiendas

¹⁶ Así deriva de la STS 1160/2020, de 14 de septiembre, relativa a la impugnación de una sanción impuesta por la Confederación Hidrográfica del Guadiana debido a que sustancialmente el procedimiento fue tramitado por TRAGSATEC (filial de TRAGSA) en virtud de una encomienda de gestión, limitándose la Confederación Hidrográfica a dictar la resolución sancionadora de acuerdo con un expediente instruido por la mercantil. Como manifiesta el Alto Tribunal «*como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales Administraciones sin que sea posible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a entidades públicas empresariales*». Por tanto, al tratarse de un procedimiento sancionador que requiere ejercicio de autoridad, ni siquiera las funciones auxiliares de la tramitación del procedimiento puede encomendarse a este tipo de entidades. Esta interpretación restrictiva de la sentencia es la que mantiene también Gamero Casado (2021: 432), pues se ajusta mejor a lo dispuesto en los arts. 2.2 b) LPAC y LRJSP.

de que estos son objeto de análisis en la ponencia del profesor Toscano Gil. Pero al comprobar que los premios constituyen la actividad principal de muchas entidades privadas del sector público, e incluso, en muchos casos, se han creado y se crean fundaciones específica y exclusivamente con esa función¹⁷, creemos que su análisis nos puede ayudar en la configuración del ámbito subjetivo.

Es preciso destacar que solo nos interesan los premios que sean manifestación de la técnica administrativa de fomento, dejando al margen otros tipos de premios o concurso de ideas que se rigen por la normativa en materia de contratación pública. Pero, además, dentro de los primeros también dejamos fuera por expresa previsión del art. 4 de la LGS «*los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario*». Estos no es que no sean subvención, sino que, no se rigen por la LGS.

Resulta muy interesante el análisis sobre las afinidades y diferencias entre la subvención y el premio que realiza Barba Sánchez, R. (2011: 778 y ss.). Este autor explica que existen dos posturas encontradas. Así, el profesor Fernández Farreres considera que, aunque ambos son técnicas de incentivo y fomento, en el premio es presupuesto previo la realización de la actividad y la subvención se concede para la realización futura de la actividad, lo que obliga a dejar fuera del concepto de subvención a la figura del premio. En cambio, la profesora Sesma Sánchez concibe el premio como una especie de subvención, al considerar que en ambos casos la finalidad es el impulso, fomento y estímulo de la actividad que más tarde se premia. El hecho de que se conceda una vez realizada la actividad no se contradice con el hecho de que el premio se convoque precisamente para fomentar una actividad que es relevante para el interés general.

Compartimos esta última consideración de los premios como una modalidad de la subvención. Por tanto, entendemos que son premios-subvención aquellos que consistan en una cantidad de dinero y que cumplan los requisitos establecidos en el art. 2 LGS: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios, b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido, y c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomen-

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en Fundación Príncipe de Asturias, cuya actividad principal es otorgar los premios del mismo nombre y que se inspiran en los de la Fundación Nobel, la Fundación Premios Real Academia Española o la Fundación Princesa de Girona.

to de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública¹⁸.

En materia de premios, igual que ocurre con las subvenciones, nos podemos encontrar con premios que se conceden mediante la tramitación de un procedimiento de concurrencia competitiva y premios que se otorgan de forma directa sin convocatoria previa cuando así venga impuesto por norma de rango legal o, excepcionalmente, cuando se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública. En cualquier caso, todos deben responder a los principios básicos de publicidad y transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

En consecuencia, haciendo esta equiparación entre premios y subvenciones, entendemos que en materia de premios serían aplicables todas las reflexiones y propuestas que hemos realizado a lo largo de este trabajo. Por tanto, a los premios-subvención que se otorgan previa petición del interesado, usualmente a través de convocatoria, y que son convocados por entidades privadas del sector público les debe resultar de aplicación la LGS. Solo si se puede justificar que el premio no satisface ningún interés general o público y que responde a un puro interés mercantil, quedaría excluido de la LGS, respetando, eso sí, los principios de información y gestión.

Algún problema plantea en la práctica la concesión de premios de carácter educativo por las fundaciones universitarias, algo por otra parte, bastante habitual en estas entidades. Y ello, por varios motivos. Primero porque la disposición adicional 10.^a de la LGS prevé que reglamentariamente se establecerá el régimen especial de «los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza», el cual «deberá ajustarse al contenido de esta Ley, salvo en aquellos aspectos en los que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulte aplicable». Esta previsión genera una preocupante indeterminación sobre cuáles son esos aspectos, ya que hasta la fecha no se ha dictado el citado desarrollo reglamentario. Pero, además, al tratarse de entidades de naturaleza fundacional creadas por las respectivas universidades públicas, constituyen entidades privadas del sector público, si bien un sector público

¹⁸ En el mismo sentido Izu Belloso, M. J. (2009: 134). Este autor destaca que la referencia a «disposición dineraria» no excluye subvenciones —y premios— que consistan en la entrega de otros bienes distintos del dinero en metálico, y así se prevé en la Disposición Adicional 5.^a de la LGS dedicada a las «ayudas en especie» que, tras remitir las entregas a título gratuito de bienes y derechos a la legislación patrimonial, añade que es de aplicación «cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero». En realidad, todo premio suele conllevar, acompañando o no al dinero, la entrega de algún bien, habitualmente de insignificante valor económico, diplomas, medallas o trofeos cuyo principal valor es el simbólico, pero en ocasiones el objeto entregado como premio también puede tener valor económico.

como es la universidad que se rige por su propia normativa. Aquí debemos plantearnos si estas fundaciones ejercen potestades administrativas y si, en consecuencia, pueden otorgar subvenciones o premios. El carácter básico del art. 2.2. de la LPAC y de la LRJSP nos lleva a afirmar que, sí pueden ejercer potestades administrativas y, por tanto, conceder subvenciones y premios. Ahora bien, ¿estarían sometidas a la disposición adicional decimosexta de la LGS? Recordemos que esta disposición tiene carácter básico, por lo que, aunque el legislador en materia de universidades no haya previsto nada al respecto, dicha disposición resulta de aplicación. Ello nos lleva a la necesidad de contar la fundación universitaria no solo con una autorización expresa de la universidad para conceder subvenciones, sino además a que debe ser la universidad respectiva la que apruebe las bases de la convocatoria. No entenderlo así nos llevaría a considerar estos premios como una donación sometida al Derecho privado y que quedaría al margen del control del Derecho administrativo, cuando, en realidad, estamos ante entidades que satisfacen un claro interés general y que se nutren en su mayor parte de fondos públicos.

En cualquier caso, en materia de premios es cierto que tanto si son otorgados por la Administración pública como por sus entidades instrumentales, asistimos a ciertas carencias regulatorias, no solo porque un buen número de premios quedan fuera de la aplicación de la ley, lo que no permite controlar si los mismos se conceden con las necesarias garantías, sino también por el abuso en el uso de la orden ministerial o norma autonómica equivalente para crear, regular o conceder premios que generan algunas dudas sobre su ajuste al principio de legalidad. En esencia, se sigue viendo la concesión de premios como una actividad graciable, más que discrecional, todavía inmune a las garantías y controles exigibles a cualquier actuación de los poderes públicos en un Estado de Derecho¹⁹.

En conclusión, es ese criterio funcional que ahora parece el criterio determinante en la conceptualización del Derecho administrativo y que pone el énfasis en las funciones que se realizan más que en el sujeto que las ejerce, el que está latente en todas mis reflexiones y planteamientos. Si bien, teniendo muy presente que este criterio presenta una contrapartida que debe ponerse de manifiesto, pues no debemos olvidar que la creación de entidades sometidas al Derecho privado responde a una necesidad de actuar con cierta flexibilidad para conseguir una actuación eficiente. Esta y no otra es la razón por la que se recurre a este tipo de entidades instrumentales. Con esa extensión de la aplicación del Derecho administrativo debemos ser cautelosos pues podemos arriesgarnos a que estas entidades dejen de ser útiles para los fines que persiguen. De ahí que yo entienda, como he intentado justificar en mi trabajo, que la flexibilidad debe seguir existiendo, si bien habrá actuaciones (como ocurre

¹⁹ Izu Belloso, M. J. (2009: 56).

en el caso de la actividad subvencional) que deben quedar sujetas al Derecho administrativo como garantía de la satisfacción del interés general y del respeto a los derechos de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Herranz, B. (2016), «Ámbito subjetivo de aplicación», en Recuerda Girela, M. A. (dir.), *Régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común*, Aranzadi.
- Barrio Andrés, M. (2011), «La huida del Derecho administrativo y sus nefastas consecuencias para la Administración pública», *Diario La Ley*, núm. 7664.
- Borrajó Iniesta, I. (1993), «El intento de huir del Derecho administrativo», *REDA*, núm. 78.
- Bueno Armijo, A. (2013), *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Canals Ametller, D. (2021), «El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado», en Gamero Casado, E., *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Ed. Tirant lo Blach.
- Chinchilla Marín, C. (2017), «Las sociedades mercantiles públicas. su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?», *Revista de Administración Pública*, núm. 203, págs. 17-56.
- Clavero Arévalo, M. (1962), «Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas», *Revista Documentación Administrativa* núm. 58.
- Descalzo González, A. (2019): «El acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa de las decisiones objetivamente administrativas de las entidades de Derecho privado», en López Ramón, F. y Valero Torrijos, J., *20 años de la Ley de lo contencioso-administrativo*, INAP.
- Del Saz Cordero, S. (1992): «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», en Chinchilla Marín, C.; Lozano Cutanda, B. y Del Saz Cordero, S. *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Civitas.
- (1994), «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *Revista de Administración Pública*, núm. 133, págs. 57 y ss.
- Desdentado Daroca, E. (1999), *La crisis de identidad del Derecho administrativo, Privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Ed. Tirant lo Blanch.
- Díaz Lema, J. M. (1985), *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, Ministerio de Hacienda.

- Fernández Farreres, G. (1983), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Ed. Instituto de Estudios Fiscales.
- (2005), «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley», en Fernández Farreres, G., *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas.
 - (2012), «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», en Fuentes i Gasó, J. R., Gifreu i Font, J. y Casado Casado, L. (coords.), *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica.*, Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012), INAP.
 - (2016): «El procedimiento administrativo común en la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 41.
- Gamero Casado, E. (2018), «¿El “retorno” al Derecho administrativo?: manifestaciones en las leyes de procedimiento, régimen jurídico y contratos del sector público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, págs. I-VIII.
- (2021), *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Ed. Tirant lo Blach.
- Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (2011) (coords.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas públicas*, Ed. Aranzadi.
- García-Andrade Gómez, J. (2019), «El sector público como referente actual del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 209, págs. 175-208.
- Gimeno Feliu, J. M. (2016), «La incidencia de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público en régimen de contratación de ciertos poderes adjudicadores: la “vuelta” al Derecho administrativo», en <www.obcp.es>.
- González Ríos, I. (2014), «Hacia una racionalización “estructural” de los entes instrumentales: principios y reglas de inexcusable cumplimiento», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 88.
- González Varas-Ibáñez, S. (2017), «Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local», *REALA*, núm. 274-275.
- Izu Belloso, M. J. (2009), «El régimen jurídico de los premios concedidos por las Administraciones públicas», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, págs. 125-180.
- Jordana de Pozas, L. (1949), «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48.
- Leguina Villa, J. (1995), «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19.

- López González, J. I. (2016), «El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de Derecho privado de la Administración», *Foro, Nueva Época*, vol. 19, núm. 1, págs. 65-76.
- López Ramón, F. (2004), «Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 165, págs. 34 a 38.
- Martín Rebollo, L. (2015), «La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común», *REDA*, núm. 174.
- Martín Retortillo, S. (1996), «Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 140, págs. 25 y ss.
- Martínez López Muñoz, J. L. (1989), «La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento, en la teoría de los modos de acción de la Administración pública», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí* coordinado por Gómez-Ferrer Morant, R., Civitas.
- (2005), «Sujetos y órganos competentes para establecer y otorgar subvenciones», en Fernández Farreres, G., *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas.
- Ortiz Mallo, J. (2011), «Una reforma del sector público de la Administración andaluza: la vuelta al Derecho administrativo y la reducción del gasto público como principios inspiradores», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 79, págs. 257-288.
- Pascual García, J. (2016), *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 6.^a ed., BOE, Madrid.
- Rodríguez-Arana, J. (2005), «La vuelta al Derecho administrativo (a vueltas con lo privado y lo público)», *Revista Andaluza de Derecho Administrativo*, núm. 57, págs. 37-63.
- Sala Arquer, J. M. (1992), «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75.
- Sánchez Morón, M. (2015): «La regulación del sector público institucional en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público», *Documentación Administrativa* (nueva época), núm. 2.
- (2018), «El retorno del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 206, págs. 37-66.
- Sesma Sánchez, B. (1998), *Las subvenciones públicas*, Ed. Lex Nova.
- (2018), «El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción», en Garcés Sanagustín, M. y Palomar Olmeda, A. (coord.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, 2.^a ed., Ed. Aranzadi.
- Toscano Gil, F. (2019), «Análisis de las transformaciones actuales del Derecho administrativo en España», en *Revista digital de Derecho administrativo*, núm. 22.

— (2021), «Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones», en Gamero Casado, Eduardo (dir.), *La potestad administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch.

Villar Palasí, J. L. (1954), «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», en *Revista de Administración Pública*, núm. 14.

COMUNICACIONES

SUBVENCIÓN Y CONTRATO DE PATROCINIO

*Cecilia Álvarez Losa
Juan José González López*

SUMARIO: 1. Regulación del contrato de patrocinio. 2. Finalidad del contrato de patrocinio y confusión de la misma. 3. Dificultades para reaccionar al recurso indebido al contrato de patrocinio. 4. Medidas para evitar el recurso inapropiado al contrato de patrocinio. Bibliografía.

RESUMEN: En la presente comunicación se aborda la problemática generada por el uso indebido por las Administraciones Públicas del contrato de patrocinio para articular lo que en realidad son subvenciones. A tal fin, tras realizar un somero contraste de ambas figuras y plantear los problemas que se presentan para controlar la adecuada utilización del contrato de patrocinio, se proponen algunas medidas destinadas a mejorar la fiscalización de éste.

PALABRAS CLAVE: patrocinio; subvención; control.

ABSTRACT: This paper addresses the problem generated by the improper use by Public Administration of the sponsorship contract to articulate what are actually grants. To this end, after carrying out a brief contrast of both figures and raising the problems that arise to control the correct use of the sponsorship contract, some measures to improve the inspection are proposed.

KEY WORDS: sponsorship; grant; control.

1. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE PATROCINIO

La regulación del contrato de patrocinio se reduce a la contenida en el artículo 22 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General Publicitaria, a cuyo tenor «El contrato de patrocinio publicitario es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador». Esta previsión se complementa por la también recogida en dicho precepto de que este contrato se regirá, en cuanto le sean aplicables, por las normas del contrato de difusión publicitaria (artículos 17 a 19 de la misma Ley, en que, además de definir dicho tipo de contrato, se establecen las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso). De tal regulación se desprende que el contrato de patrocinio es un contrato sinalagmático y oneroso.

Celebrado por Administraciones Públicas y, por ende, sujeto a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP en adelante), se presenta como un contrato privado (artículo 26.1.a) LCSP)¹.

2. FINALIDAD DEL CONTRATO DE PATROCINIO Y CONFUSIÓN DE LA MISMA

En teoría no existe dificultad alguna en la delimitación de los ámbitos propios del contrato de patrocinio y la subvención. Como contrato sinalagmático y oneroso que es, la causa del contrato de patrocinio es, por aplicación del artículo 1274 del Código Civil, la prestación o promesa de un servicio por la otra parte; en este caso, la ayuda económica para el patrocinado y la publicidad que recibe para la Administración patrocinadora. En cambio, las subvenciones tienen como finalidad contribuir dinerariamente al cumplimiento de un objetivo, ejecución de un proyecto, realización de una actividad o adopción de un comportamiento o atender a una situación de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública (artículo 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, LGS en adelante).

Idealmente, al celebrar un contrato de patrocinio el acento se pone por parte de la Administración Pública en la publicidad que se pretende obtener, de modo que el elemento determinante no es el tipo de actividad a que se

¹ F. J. Bauzá Martorell (2017), E. Hernáez Salguero (2019). En el mismo sentido se pronuncia el Informe 7/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Frente a ello, en T. Moreo Marroig (2022) se aboga por una regulación específica del contrato de patrocinio celebrado por entes del sector público, con exclusión legal de la aplicación de la LCSP.

contribuye económicamente, más allá de que necesariamente debe ser del tipo de las enunciadas en el artículo 22 de la Ley 34/1988 (deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, análoga, cabe entender), sino el «retorno publicitario»². Cuanto mayor sea la repercusión pública de la actividad patrocinada, mayor será el interés de la Administración en el contrato. En cambio, la subvención se otorga sin contraprestación por parte del subvencionado y con la vista puesta en la actuación o situación que se subvenciona. Ocurre, sin embargo, que es muy sencillo que se desenfoque el propósito del contrato de patrocinio y la atención no se centre en la publicidad, sino en la relevancia o interés público que se advierta en la actividad patrocinada, de manera que se convierta en principal algo que, o bien no debería tomarse en consideración, al menos teóricamente, o bien debería ser secundario, y simultáneamente se desplace la trascendencia de la publicidad hasta transformarla en un requisito que se cumple formalmente o incluso, en los peores casos, solo en apariencia.

Es lógico, y diríamos que, hasta deseable, que la Administración, al plantearse la oportunidad de celebrar un contrato de patrocinio, tenga en cuenta no solo el impacto publicitario de la actividad que podría patrocinar, sino también el interés público de esa actividad³. Ahora bien, que sea aceptable no significa que ese aspecto pueda erigirse en decisivo, pues, de ser así, se estaría revisitando de contrato de patrocinio lo que en realidad es una subvención a la que se acompaña de una contraprestación (la publicidad) puramente cosmética o ficticia y, en definitiva, se podría estar incurriendo en desviación de poder (artículos 48.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP en adelante, y

² Al respecto, señala el Informe 13/2012, de 11 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que lo que se ha dado en llamar «retorno publicitario» consiste fundamentalmente en que «el patrocinado permite que el patrocinador haga pública su colaboración económica en la actividad del patrocinado y también, si así se estipula, en que el patrocinado realice comportamientos activos con esa misma finalidad. El patrocinador a cambio disfruta de la notoriedad y de la resonancia de la actividad que desarrolla el patrocinado, con el fin de incrementar entre el público el conocimiento de su nombre o marca y de favorecer su imagen». Añade a continuación que «el patrocinado es una persona física o jurídica que no necesariamente tiene que desarrollar una actividad profesional, al contrario de lo que ocurre en el contrato de publicidad que se concierta con una agencia publicitaria, o en el contrato de difusión publicitaria, en el que el contratista necesariamente es un medio de difusión».

³ En este sentido, y a propósito de las actividades deportivas, interesa destacar que en la nueva Ley del deporte (Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte) se configuran como cuestiones de interés público el deporte de alto nivel y aquellas competiciones en las que se promueva el deporte inclusivo, la participación de las mujeres en el deporte, la formación en valores y en el juego limpio desde el deporte base, la preservación de la naturaleza a través del deporte o cualquier acontecimiento deportivo que dé respuesta a los valores del deporte del siglo XXI que tengan que ver con la igualdad, la participación y la mejora de la condición física, psíquica o emocional.

70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

3. DIFICULTADES PARA REACCIONAR AL RECURSO INDEBIDO AL CONTRATO DE PATROCINIO

La complejidad se relaciona con el régimen de recursos y, más concretamente, con la legitimación para interponerlos. Exceptuado el recurso especial en materia de contratación, por tratarse de un contrato atípico (artículo 44.1 LCSP), resta el régimen ordinario de recursos (artículo 44.6 LCSP)⁴. La legitimación en este supuesto se reconoce a los «*interesados*» (artículo 112.1 LPACAP), lo que en este ámbito la constriñe a los licitadores o, excepcionalmente, quienes hubieran podido serlo⁵. El problema que se plantea, más allá de la procedencia de que la posibilidad de concurrir a la eventual nueva licitación resultante de la anulación de la impugnada aparezca como razonable y no meramente hipotética, es que lo controvertido no son las restricciones o condiciones que puedan limitar la concurrencia, sino la admisibilidad de la licitación en un supuesto propio de subvención⁶. El interés no puede ser, por ello, el de participar en la licitación o tener la posibilidad de hacerlo, de modo que el fundamento para censurar la opción por el contrato se reconduce a la defensa de la legalidad, por presentarse como una cuestión abstracta sobre la fórmula jurídica adecuada, extramuros de concretos intereses en liza⁷.

⁴ Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 106/2018, de 2 de febrero (rec. 1191 y 1192/2017).

⁵ Así, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 70/2018, de 28 de enero de 2019 (rec. 537/2017), en que se reconoce legitimación para accionar en vía contencioso-administrativo contra unos pliegos cuyas condiciones impedían al recurrente participar en el procedimiento.

⁶ En el sentido apuntado de que no basta con la especulación sobre los términos en que se efectuaría la nueva licitación se pronuncia la Resolución 193/2019, de 18 de noviembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, rec. 155/2019.

⁷ Tampoco la legitimación reconocida a entidades que representan intereses colectivos ofrece una solución a esta problemática, pues la misma está vinculada a la defensa de la concurrencia, como se advierte en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 267/2013, de 10 de julio (rec. 2825, 285 y 286). Y expresamente en relación con el recurso especial se dispone que: «En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados» (artículo 48 LCSP).

Y tampoco lo hace la legitimación reconocida a los sindicatos, al relacionarse con las cláusulas o ejecución del contrato, es decir, con la vertiente laboral del contrato y no con la procedencia en sí de este instrumento. Así, Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 329/2017, de 6 de abril (rec. 182/2017). Expresamente se les reconoce legitimación para interponer el recurso especial «cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del

En esta tesitura, la única legitimación admisible en un ámbito, el de la contratación del sector público, en que no se contempla la acción pública sería la de los concejales para impugnar acuerdos de la Corporación o de la de las Comunidades Autónomas respecto de la Administración local, al amparo del artículo 65 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local⁸. Esto es, una solución de reducido ámbito subjetivo y claramente insatisfactoria.

Al margen de lo anterior, resta el control efectuado por el Tribunal de Cuentas y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, que ciertamente puede poner de manifiesto el indebido recurso a la figura del contrato de patrocinio pero que, por los tiempos que maneja, amplitud de su foco de atención y tipo de respuesta, no se halla en disposición de constituir una solución idónea. Y cabe también la posibilidad de acudir a los mecanismos de protección de operadores económicos previstos en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM en adelante), ya que en virtud de su artículo 9.1 todas las autoridades competentes deben velar «en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación» por la observancia, entre otros principios reconocidos en la misma norma, por el principio de no discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico⁹.

4. MEDIDAS PARA EVITAR EL RECURSO INAPROPIADO AL CONTRATO DE PATROCINIO

Existen dos aspectos en que ha de incidirse para verificar si la celebración del contrato de patrocinio es o no idóneo: la necesidad y la consistencia de la contraprestación.

Por lo que se refiere a la primera, el artículo 28.1 LCSP exige la determinación, con precisión y antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación, de la «naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden

contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación» (artículo 48 LCSP).

⁸ Al respecto, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de febrero de 2005 (rec. 6401/2001).

Es lo que sucede en el caso resuelto en Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo 29/2021, de 22 de enero (rec. 45/2020).

⁹ El concepto de «autoridad competente» es definido en el apartado c) del Anexo LGUM como «cualquier organismo o entidad que lleve a cabo la regulación, ordenación o control de las actividades económicas o que adjudique contratos de conformidad con la normativa de contratación pública, o cuya actuación afecte al acceso a una actividad económica o a su ejercicio y, en particular, las autoridades administrativas estatales, autonómicas o locales y los colegios profesionales y, en su caso, consejos generales y autonómicos de colegios profesionales».

cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas», la cual debe justificarse adecuadamente en el expediente de contratación (artículo 116.1 y 4.e) LCSP). En este caso la necesidad que pretende cubrirse es la de dar publicidad a la Administración. Los términos amplios en que se define la «publicidad institucional» permiten dar cabida a prácticamente cualquier campaña o difusión, siempre que tenga una dimensión de interés público, hasta el punto de realizarse con vistas a publicitar no ya a la propia Administración, sino a la entidad territorial en términos absolutamente genérico¹⁰. Sería deseable, por ello, que en línea con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de Publicidad y Comunicación Institucional, de aplicación exclusiva al sector público estatal (artículo 1.1), se acotase el objeto de la publicidad institucional o se exigiera una mayor concreción del objetivo publicitario con el fin de facilitar la comprobación de que la actividad patrocinada está en disposición de contribuir a satisfacer ese objetivo, bien sea por la proyección de la misma o por su relación directa con los destinatarios de la publicidad¹¹. La especialidad o especificación es, además, aún más necesaria si cabe, atendido el hecho de que las subvenciones también tienen un componente de publicidad, aunque no se erija en contraprestación (artículo 18.3 LGS), de modo que, como se ha señalado, pueden comportar un retorno publicitario, aunque no sea su finalidad ni lo pretendido con ellas¹².

Esa exigencia cualificada de motivación permitiría salir al paso de las objeciones que se han hecho a la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad¹³. La cuestión no radica en el procedimiento de adjudicación que debe seguirse una vez decidida la actividad patrocinada, pues en la práctica totalidad de los casos éste no puede ser otro que el negociado sin publicidad, ya que generalmente nadie más que la entidad patrocinada se halla en disposición de realizar esa concreta actividad¹⁴. Lo determinante es la selección de

¹⁰ Así, en el artículo 2 de la Ley 4/2009, de 28 de mayo, de Publicidad Institucional de Castilla y León, se define como «aquella forma de comunicación pública realizada por uno o varios de los sujetos previstos en el artículo anterior a través de cualquier medio y utilizando soportes pagados o cedidos, con la finalidad de transmitir a los ciudadanos mensajes de interés público relacionados con sus objetivos y actividades».

¹¹ En este sentido, en A. Huergo Lora (2021) se aboga por vincular el retorno publicitario a la transmisión de un mensaje u otro objetivo que no se limite a reproducir el nombre de la entidad patrocinadora en la cartelería, al ser la entidad sobradamente conocida por tratarse de una Administración Pública.

¹² A. Angulo Garzaro y N. Angulo Garzaro (2019).

¹³ Al respecto, F. J. Bauzá Martorell (2017).

¹⁴ Como argumenta el Informe 28/2008, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón: «Entiende esta Junta, por tanto, la extrapolación de lo dispuesto en el precepto mencionado a los contratos de patrocinio deportivo, porque, cualquier intento de forzar la concurrencia en una cuestión de esta naturaleza, siempre y a cualquier precio, solo podría acabar mezclando entidades con actividades muy

la actividad, a que se halla vinculado el contratista. Al ser la publicidad el propósito que ha de guiar la elección del contrato como instrumento jurídico, cabría plantearse una licitación pública y concurrente en que se adjudicase la publicidad a aquella entidad que se hallase en disposición de ofertar la mayor publicidad, pero se trata de un supuesto inviable en la *praxis*¹⁵. Por eso el énfasis debe hacerse en la motivación de la actividad patrocinada (que en la práctica va unida a una entidad determinada) a fin de que se acredite que es apropiada desde la óptica de la publicidad que se persigue, la cual debe concretarse al máximo, de manera que facilite esa comprobación¹⁶. Es decir, ha de reclamarse un especial esfuerzo justificativo de la singularidad como fuente de retorno publicitario.

Relacionada con lo anterior se halla la realidad de la contraprestación. En este supuesto el valor estimado (artículo 101 LCSP) ha de fijarse en atención al «retorno publicitario» que se espera obtener con la actividad patrocinada. Éste es el factor clave, porque es la contraprestación que caracteriza al contrato de patrocinio y constituye un elemento ausente en la subvención. Se ha apuntado que debe existir equivalencia en las prestaciones y, para ello, justifi-

diferentes, de difícil o imposible homogeneización, tanto en cuanto al presupuesto de la actividad, como en lo que a la difusión publicitaria pretendida se refiere. Normalmente se tratará de un contrato por razón de la persona o “intuitu personae”, en el que la concurrencia resultaría, si no en todos los casos, al menos, en muchos de ellos, incompatible con la naturaleza y objeto del contrato».

¹⁵ Verbigracia, cuando se patrocina a un club de fútbol no se persigue dar publicidad con ocasión de la competición futbolística en general, sino aprovechar la concreta actuación de ese club, sea por su presencia mediática, por la categoría en que compite o por otras cualidades particulares del club que lo singularizan.

¹⁶ En este sentido, en la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 4 de Oviedo 29/2021, de 22 de enero (rec. 45/2020), se rechaza que quepa identificar como contrato de patrocinio el de una actividad de promoción del ocio y la cultura destinado a las familias, niños y jóvenes denominada «Espacio de Navidad en Oviedo» por las características de la actividad: escasa duración, elevado precio y repercusión limitada en el marco de las fiestas navideñas generalizadas en la región y en el país, que conducen al Magistrado a concluir que la razón y esencia del contrato no la publicidad institucional, sino la realización de actividades culturales y de ocio que pueden interesar al Ayuntamiento, lo que, añadimos, suscita la idea de que en realidad el contrato era de servicios, como posteriormente se sugiere en la sentencia.

Y al hilo de ello se entiende la censura del pronunciamiento a la elección del procedimiento negociado sin publicidad porque «[...] ciertamente, se ha constatado que la empresa adjudicataria ofrece unos servicios que resultan interesantes para el Ayuntamiento demandado pero no parece que sea la única en la región, en nuestro país o en la Unión Europea que pueda prestar servicios de estas o análogas características» y que: «En este caso no hay duda de que el propio Ayuntamiento ha ido restringiendo las posibilidades de competencia con el único fin de encomendar, no tanto la publicidad o patrocinio, que puede hacerla una empresa de publicidad, sino la prestación de unos servicios de ocio y recreativos a una determinada empresa, la que finalmente ha sido la adjudicataria». Una vez que se concluye, como hace el juzgador, que no existe base para el contrato de patrocinio atendido el tipo de actividad decae necesariamente la posibilidad de acudir al procedimiento negociado sin publicidad.

carse documentalmente que la cuantía económica que se abonará se corresponde con el retorno publicitario que obtendrá el poder adjudicador¹⁷. Sin embargo, basta con que el precio sea igual o inferior al retorno publicitario, en coherencia con la posibilidad de que el contratista oferte un importe inferior al fijado como presupuesto base de licitación¹⁸.

Es habitual es que el retorno se justifique con un estudio de impacto mediático elaborado por una consultora especializada que señala el coste que supondría contratar espacios publicitarios de duración o localización equivalente. La objeción que cabe hacer es que actualmente no existe actividad deportiva, cultural, recreativa o de cualquier otra índole semejante que no tenga repercusión pública, de manera que, aplicando tal metodología de estimación, hasta la actividad más modesta o más limitada en su ámbito de posibles interesados es capaz de generar un impacto en medios de cuantificación económica desproporcionada respecto de lo que una mirada profana consideraría que es el alcance publicitario de la actividad. Para hacer frente a esta problemática se antoja necesario establecer pautas que eviten o al menos reduzcan el riesgo de que el retorno publicitario, aunque cuantificable, sea en realidad ficticio. En línea con lo apuntado respecto de la motivación de la entidad patrocinada, estas pautas han de relacionarse con la idoneidad de la publicidad, esto es, deben perseguir la vinculación de la actividad con el tipo de difusión perseguida (sectores de población concretos, marco de actividad económica, social o cultural específica, etc.) y, particularmente, cuando se promoción turística se trata, que la publicidad exceda del ámbito territorial de la entidad patrocinadora. El retorno publicitario, así, no sería genérico, sino que habría de ceñirse a la esfera de la publicidad pretendida previa identificación razonada de esta.

Lo ideal sería una reforma normativa que estableciera un régimen particularizado del contrato de patrocinio aplicado a las Administraciones Públicas e incluso que abordara un régimen especial de control externo con el objetivo de que la estricta legitimación para impugnar los contratos no los exonere del análisis de la adecuación de la figura jurídica elegida. Mas en tanto no se produzca esa intervención legislativa, resulta conveniente que en el marco de cada Administración se dicten instrucciones que acoten y guíen tanto la elección de la actividad patrocinada como la determinación del retorno publicitario que se

¹⁷ A. Angulo Garzaro y N. Angulo Garzaro (2019).

¹⁸ Compartimos lo razonado en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 106/2018, de 2 de febrero (rec. 1191 y 1192/2017): «Trasladado el concepto al ámbito público es claro que, salvo que la contraprestación publicitaria del patrocinado en favor de la entidad del sector público contratante tenga una equivalencia con lo que se denomina en la definición “ayuda económica”, o al menos, suponga un beneficio propio para la entidad patrocinadora pues si no, estaríamos más bien ante una subvención. Por tal razón resulta esencial la valoración de la contraprestación económica publicitaria y de su equivalencia con la retribución que pudiera derivar del procedimiento de licitación».

pretende. Ello con vistas a que los órganos encargados del control interno dispongan de unas pautas claras que faciliten su labor fiscalizadora y contribuyan a un uso adecuado del contrato de patrocinio.

BIBLIOGRAFÍA

- Angulo Garzaro, A. y Angulo Garzaro, N. (2019): «Los contratos de patrocinio en el sector público: la concreta delimitación entre patrocinio y subvención», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5.
- Bauzá Martorell, F. J. (2017): «La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional», en *Observatorio de Contratación Pública*, 31 de julio.
- Hernández Salguero, E. (2019): «Contratación pública y subvenciones. Unas relaciones peligrosas», en *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1.
- Huergo Lora, A. (2021): «Anulación judicial de un contrato de patrocinio por ser una subvención encubierta», en <<https://www.obcp.es/opiniones/anulacion-judicial-de-un-contrato-de-patrocinio-por-ser-una-subvencion-encubierta>>.
- Moreo Marroig, T. (2022): «Los patrocinios: ¿subvenciones o contratos?», en <https://www.administracionpublica.com/los-patrocinios-subvenciones-o-contratos/#_ftn-ref10>.

EL CONCIERTO EDUCATIVO NO ES UNA SUBVENCIÓN. ¿UNA CONTROVERSIA YA SUPERADA?

Juan José Guardia Hernández

SUMARIO: 1. Antecedentes. 2. Desarrollo legal del concierto educativo. A) Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (LGE). B) Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE). C) Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE). D) Resto de leyes educativas nacionales. 3. Jurisprudencia contradictoria en relación con el concierto. 4. Evolución de la doctrina administrativista. 5. Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN: El concierto educativo constituye el instrumento jurídico elegido por el legislador orgánico para el desarrollo del art. 27.9 CE. Su naturaleza jurídica ha sido controvertida. Una línea jurisprudencial mayoritaria afirma su carácter subvencional, sin embargo, otra minoritaria le atribuye naturaleza contractual. La mayoría de la doctrina administrativista apoya esta segunda interpretación.

PALABRAS CLAVE: derecho a la educación; concierto educativo; libertad de enseñanza; bono escolar.

ABSTRACT: The education agreement is the legal instrument chosen by the legislator for the development of art. 27.9 CE. In terms of its legal nature, it has been controversial. On one line of jurisprudence, it is said to be a subsidy, on the other, however, it is said to be contractual in nature. The majority of administrative doctrine supports this second interpretation.

KEY WORDS: right to education; charter schools; teaching freedom; school voucher.

No resulta infrecuente leer en los medios de comunicación españoles alusiones sobre las *subvenciones* recibidas por los colegios concertados, de tal modo que se refieren a ellos con expresiones como «colegios subvencionados» u otros análogos. También es posible encontrar en la doctrina española jurídica y no jurídica referencias a los conciertos como subvenciones. Este artículo pretende disertar precisamente sobre este punto: ¿Los conciertos educativos derivados de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) tienen naturaleza jurídica subvencional o, en realidad, responden a otra lógica jurídico-administrativa?

1. ANTECEDENTES

Como es conocido, el art. 27 CE recoge los derechos educativos. Este precepto fue el fruto de un pacto político que permite que «con el mismo texto constitucional, son válidas distintas políticas educativas»¹. Lamentablemente ese espíritu de reconciliación en este punto fue pronto soslayado, si es legítimo expresarse en estos términos, en una carrera de leyes educativas nacionales y autonómicas sinfín.

A los efectos que nos interesa el art. 27.9 CE contiene un mandato constitucional dirigido a los Poderes Públicos para que ayuden económicamente a los centros docentes no estatales que reúnan los requisitos que la ley establezca². El desarrollo legal de este derecho constitucional de configuración legal se podría dividir en dos etapas. Una primera correspondiente a la legislatura post-constituyente (1979-1982) en la cual el ejecutivo intentó desarrollar un sistema que financiaba la *demanda educativa*, es decir, financiaba a las madres y padres de familia. Y una segunda etapa que empieza en la II legislatura (1982-1986) y que llega a nuestros días, en la que se sostenía principalmente la *oferta educativa*, es decir, a los centros docentes mediante el denominado concierto educativo. Con este sencillo marco introductorio, podemos analizar cuál era la naturaleza jurídica de los dos modelos que hemos detallado con precedencia.

¹ F. Rey (2021: 15).

² JJ. Guardia (2019: 326): «La primera tarea que se impone al intérprete de la Carta Magna es precisar la naturaleza del mandato contenido en el citado art. 27.9 de la CE [...], pues el tiempo verbal empleado (“ayudarán”) sugiere que no estamos ante una mera posibilidad al albur del legislador. En otras palabras, dada la literalidad del artículo parece que, si no se arbitrase algún sistema para articular este mandato, se estaría incumpliendo la Carta Magna».

2. DESARROLLO LEGAL DEL CONCIERTO EDUCATIVO

A) LEY 14/1970, DE 4 DE AGOSTO, GENERAL DE EDUCACIÓN Y FINANCIAMIENTO DE LA REFORMA EDUCATIVA (LGE)

Hasta 1970 la legislación configuraba las prestaciones económicas en los centros no estatales como subvenciones, por más que existiese dispersión normativa con respecto a esta institución. La LGE supuso una regulación unitaria de la enseñanza que propiciaba un tratamiento homogéneo de los derechos (y deberes) educativos. Y articuló el sostenimiento económico de la educación no estatal a través de una nueva figura que denominó *concierto*, cuya naturaleza jurídica *ex lege* fue la tradicional subvención como manifestación de la actividad de fomento [art. 94.4 a) y b) LGE]³.

B) LEY ORGÁNICA 5/1980, DE 19 DE JUNIO, POR LA QUE SE REGULA EL ESTATUTO DE CENTROS ESCOLARES (LOECE)

La democracia trajo nuevos aires a nuestro sistema jurídico también en el educativo. En la I legislatura el desarrollo del art. 27.9 CE debía pivotar sobre dos normas. La primera la constituye la LOECE, que versó sobre distintos aspectos de los centros docentes, difiriendo el aspecto económico a otra norma que, por coyuntura social y política, nunca llegó a aprobarse. Esta segunda norma *non nata* constituyó el *proyecto de ley de Financiación de la Enseñanza Obligatoria*⁴.

La razón de ser de su mención en esta sede radica en que el primer ejecutivo de la democracia española desechó el modelo heredado del pasado y pretendió dar un giro al sistema educativo español. El mencionado proyecto de ley articuló la gratuidad de la enseñanza como un derecho de todos los alumnos a percibir del Estado una cantidad pecuniaria equivalente al coste del puesto escolar estatal. Los padres (o tutores legales) debían escoger a qué centro educativo se destinaría esta ayuda. *Se financiaba la demanda*.

³ Ahora bien, pese a lo afirmado por el legislador, ya existían voces que destacaban que el concierto de la LGE tenía una naturaleza próxima al contrato administrativo: J. L. Villar Ezcurra (1979: 171). En cualquier caso, para una valoración global de la ley Villar-Palasi: P. Meix Cerceda (2020: 358-360).

⁴ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes, 160, 11 octubre 1978, pp. 3558-3552. Este proyecto fue deudor de trabajo científico de la denominada *Escuela de economía de Chicago*, en especial del premio nobel de economía Milton Friedman. Se introdujeron relevantes enmiendas por el Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático en 1979, que exceden el objeto de esta comunicación. Con referencia a esta técnica, con posterioridad, Embid Irujo afirmó que hubiera constituido «un vuelco radical sobre el actual sistema de financiación de la enseñanza privada que toma como objeto de referencia el “centro”, que es el que concierta (contrata) con el poder público competente»: A. Embid Irujo (1997: 96).

Es cierto que ni en el preámbulo ni en el articulado del proyecto se menciona el término «subvención»⁵. Tampoco se usa el término «contrato», todo lo cual podría inducir a confusión. Con las debidas reservas, dado que se trató de un proyecto no aprobado, la naturaleza jurídica de aquella «ayuda a la gratuidad» se acercó claramente a la subvención y no al contrato. No existe el menor atisbo de contrato con los centros docentes, sino de ayuda a las familias⁶.

C) LEY ORGÁNICA 8/1985, DE 3 DE JULIO, REGULADORA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN (LODE)

El segundo ejecutivo de la democracia (1982-1986), sin embargo, volvió al sistema tradicional en España: *financiar la oferta*, es decir, financiar los centros docentes. Y rescató, por así decirlo, la categoría de «concierto» de la LGE, pero mudando su naturaleza jurídica. Así como, de modo expreso, la LGE afirmó que el concierto era una subvención, la LODE en ningún momento lo asevera. Y ello tiene especial relevancia por cuanto que esta ausencia parece constituir una opción deliberada. Entre otros preceptos de la LODE, merecen ser destacados en este momento los siguientes:

El art. 47.1 LODE (derogado por la LOCE) añadió a este respecto que «los citados Centros deberán *formalizar* con la Administración educativa que proceda el pertinente *concierto*». El art. 48.1 LODE (derogado por la LOCE) complementa el anterior y abunda en la bilateralidad. Por ello estableció que el concierto establecerá los derechos y obligaciones recíprocas de administración y el titular del centro docente. El art. 63.1 LODE, por su parte, emplea el término «rescisión⁷ del concierto» para aludir al fin del concierto a los efectos de escolarizar a aquellos alumnos que deseen continuar bajo régimen de enseñanza gratuita sin que sufran interrupción en sus estudios⁸.

⁵ En realidad, para ser exactos, se menciona una sola vez en la Disposición Final Segunda, por la que mantuvo transitoriamente el sistema subvencional hasta ese momento existente.

⁶ Se trata del denominado en España «cheque escolar». G. Fernández Farreres (2000: 76): «Ninguna razón hay, sin embargo, para que la actual fórmula del concierto escolar sea sustituida por otros mecanismos dirigidos a subvencionar directamente a los padres de los alumnos el coste del puesto escolar».

⁷ El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define *rescisión* como: «Acción dirigida a la rescisión de contratos cuando hayan sido válidamente perfeccionados, pero conlleven consecuencias injustas».

⁸ La Disposición transitoria segunda LODE vuelve ahondar en la diferencia con el régimen anterior afirmando que: «Hasta tanto no se desarrolle reglamentariamente el régimen de conciertos, se mantendrán las subvenciones a la enseñanza obligatoria». Algo análogo ocurre con la Disposición transitoria tercera.

Por lo tanto, la terminología empleada por el legislador (y la no empleada⁹) sugiere que el concierto de la LODE es un modelo de sostenimiento con fondos públicos de la enseñanza no gubernamental que implica la *suscripción* o *formalización* de un concierto entre el centro docente y la Administración educativa con obligaciones para las dos partes. Y ello parece indicar que no es una subvención. El carácter bilateral se observa en el conjunto de derechos y deberes de unos y otros: el centro debe ofrecer de modo gratuito las unidades escolares de educación obligatoria concertadas, constituir un órgano de participación de la comunidad escolar e implementar un sistema de acceso de los alumnos análogo al de los centros estatales, y recibir una contraprestación por todo ello. La Administración educativa, por su parte, se compromete a asignar fondos públicos suficientes para asegurar la gratuidad. Por lo tanto, sin ser concluyente, las categorías usadas por el legislador en 1985 aleja al concierto de la categoría de subvención —como sí hacía el proyecto de ley de Financiación de la Enseñanza Obligatoria de 1978— y lo introduce en el ámbito de lo contractual.

En este sentido, coadyuva a esta interpretación el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos (RNBCE). Y ello porque, de modo sorprendente, es una norma que no ha sufrido ningún cambio desde el año 1985 hasta hoy¹⁰. Este largo reglamento de 60 artículos usa el verbo «suscribir» (art. 2), «formalizar» (arts. 4 y 25) «celebrar» (art. 17) para referirse al acto por el que se comprometen la Administración y un centro educativo que aspira a acogerse al régimen de concierto. Nunca se emplea el término *subvención* más que para referirse a la extinción y régimen transitorio de los existentes heredados del régimen político anterior. En este punto se puede aludir al art. 25 RNBCE que afirma que: «Los conciertos educativos se formalizarán en documento administrativo en el que se harán constar los derechos y obligaciones recíprocos, así como las características concretas del centro». Su dicción literal nuevamente acerca el concierto a los contratos administrativos. Con todo, no deja de suscitar ambigüedad que no se afirme ni en la LODE y en el RNBCE la aplicabilidad supletoria de la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, vigente hasta 1995.

⁹ A. Angulo y N. Angulo (2016: 3): «La entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación supuso la desaparición del término subvención».

¹⁰ Para hablar con propiedad hay unas irrelevantes correcciones de erratas, y otra irrelevante modificación de la Disposición adicional primera relativa a los centros clasificados de modo provisional o de autorización excepcional y transitoria.

D) RESTO DE LEYES EDUCATIVAS NACIONALES

Finalmente, es oportuno aludir escuetamente a la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), a la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) y a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) ya que confirman estas conclusiones. Estas normas no califican el concierto como subvención en ningún momento, ni tampoco como contrato. Sin embargo, la LOGSE en sus disposiciones transitorias nuevamente usa el verbo «suscribir» y su art. 75 usa el verbo «formalizar» de nuevo. El art. 116.1 LOE vuelve a emplear el verbo «formalizar» para referirse al documento del concierto. Sí alude a la supervisión de la «concesión» de subvenciones y becas para estudiantes entre las competencias de la Alta Inspección (art. 150 LOE)¹¹.

En conclusión de este apartado, se puede afirmar que la legislación educativa vigente es ambigua, pero una lectura atenta tanto de los textos vigentes (LODE, RNBCE y LOE) como del histórico precedente (LGE, LOECE, LOGSE y LOCE) permite afirmar que la *voluntas legislatoris* es configurar el concierto como algún tipo de relación convencional o contractual administrativa, con exclusión del régimen subvencional.

3. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA EN RELACIÓN CON EL CONCIERTO

La guerra educativa judicial que, por desgracia, se entabló en España tras el momento constituyente no ha ayudado a la mejora del sistema. Sin embargo, podría haber dado un fruto positivo, como es aclarar todas las lagunas y aporías de la legislación nacional y autonómica en lo relativo a los derechos educativos. En el punto concreto que nos interesa, lo cierto es que la jurisprudencia no ha aportado claridad. Nos explicamos. Hemos analizado un número singularmente elevado de sentencias del TS y de todos los TSJ desde 1985 hasta 2022. En todas las resoluciones buscábamos pronunciamientos judiciales sobre la naturaleza jurídica del concierto educativo. Y el resultado es confuso. En resumen, encontramos un número elevado de sentencias que afirman que se trata de una subvención, y un número menor que, con matices, le atribuyen una cierta naturaleza convencional. Para mayor claridad lo resumimos en el siguiente cuadro:

¹¹ Además, como es sabido, la LOE ha sufrido dos modificaciones destacables. La primera es la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). La segunda reforma deriva de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE). No introducen nada relevante al objeto de este trabajo.

Naturaleza jurídica del concierto educativo

	Convencional	Subvencional
Tribunal Supremo	STS 70/2022, 27 de enero	STS 8464/2007, de 21 de diciembre
	STS 7573/2004, 22 de noviembre	STS 3595/1994, de 12 de mayo
	STS 6158/2001, 13 de julio	STS 19447/1992, de 20 febrero
	STS 8321/2000, 15 de noviembre	
Tribunales Superiores de Justicia	STSJ Comunidad Valenciana 203/2018, de 25 de mayo	STSJ Castilla-La Mancha 148/2022, 8 de abril
		STSJ Asturias 1757/2018, 21 de mayo
	STSJ Castilla y León 508/2014, 10 de marzo de 2014	STSJ Comunidad Valenciana 1182/2007 de 10 julio.
		STSJ La Rioja 145/2003, de 28 de marzo (híbrido)
		STSJ La Rioja 17/2003, 21 de enero

A modo de ejemplo, la reciente STS 70/2022, 27 de enero afirma: «La *naturaleza convencional* de los conciertos educativos supone que la Administración asume determinados compromisos, principalmente aportar esos fondos públicos, y el centro también se compromete a impartir gratuitamente las enseñanzas correspondientes [...] El concierto, por tanto, es una fuente de obligaciones recíprocas». Esta sentencia, por ejemplo, casa mal con la STS 8464/2007, de 21 de diciembre que dijo que «no se desprende un derecho subjetivo a una prestación pública concreta, en cuanto que esta prestación, materializada en la técnica *subvencional* [...]». Ahora bien, no es fácil encontrar, si es que existe, una sentencia que argumente por qué un concierto es una subvención. Y en cambio, aunque de modo minimalista, sí que podemos encontrar alguna resolución que invoque algún tipo de justificación del carácter convencional o contractual que se le atribuye. A modo de ejemplo, la STS 6158/2001 de 13 de julio afirma: «los conciertos educativos tienen [...] la naturaleza de un convenio mediante el cual la Administración asume determinados compromisos [...] y estos últimos, por su parte, se comprometen a impartir gratuitamente las enseñanzas correspondientes, [...]». De esta naturaleza convencional deriva la aplicabilidad a los mismos del principio de autonomía

de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. Ahora bien, este artículo permite a las partes contratantes establecer cuantos pactos, cláusulas y condiciones no sean contrarios a la ley¹²».

En cualquier caso, tampoco parecen existir sentencias que afirmen la aplicabilidad supletoria de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (o normativa pasada) o la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (o normativa previa). Una excepción a esta afirmación la constituye la singular STSJCV 203/2018, de 25 de mayo que viene a reconocer una suerte de *tertius genus*: «no debemos olvidar que podemos calificar el “concierto educativo” como *un híbrido entre la contratación pública y la subvención* por parte de la Administración¹³».

Con todo, con carácter general, nuestros tribunales parecen evitar la categoría *contrato*, y usan *naturaleza convencional*, que permitiría, quizás, afirmar que los conciertos educativos son *instrumentos organizativos no contractuales para la prestación de servicios dirigidos a las personas*¹⁴. A nuestro juicio los distintos tribunales parecen decantarse (con mayor o menor fortuna según los casos) por resolver las controversias jurídicas sin necesidad de entrar en cuestiones dogmáticas.

4. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA

Con estos mimbres es fácil prever cierta disparidad doctrinal. Entre nosotros destacó singularmente Díaz Lema que consideró en 1992 que «bajo el ropaje de los conciertos se esconde, por tanto, la subvención a centros privados de enseñanza¹⁵». Por el contrario, en 1995, De los Mozos afirmó que: «La estruc-

¹² En esta argumentación quizás pueda entreverse influencia de De los Mozos (1995: 309-314).

¹³ Es probable que esta sentencia sea deudora de Míguez Macho ya que asume sus conclusiones: L. Míguez Macho (2015: 244): «Estos conciertos, ciertamente, no se rigen por la legislación de contratos del sector público, sino por la propia legislación educativa [...], pero no son tampoco simples convenios de otorgamiento de subvenciones [...]. Se puede decir que son una *figura híbrida*». En ese sentido, también se escapa de la dicotomía mayoritaria la STSJ La Rioja 145/2003, de 28 de marzo que habla de «naturaleza contractual (sinalagmática) o subvencional» o la STSJ La Rioja 17/2003, de 21 de enero: «conciertos educativos, los cuales tienen naturaleza jurídica de subvención convencional o contractual».

¹⁴ Con todo, a nuestro juicio, este planteamiento encuentra algunas dificultades si estas formas de gestión de servicios alternativa requieren que sea convenida con entidades sin ánimo de lucro, pues ello implicaría que los centros concertados tuvieran *necesariamente* una finalidad benéfico-asistencial. Y ello podría no ser conforme con el art. 27 CE. A modo de ejemplo, si el titular de un centro es una persona física, ¿sería exigible que no tuviera afán de lucro? Y si es una cooperativa, teniendo en cuenta que estas entidades sí son sociedades mercantiles, ¿también se les proscibiría el concierto?: Guardia (2022: 339-361).

¹⁵ J. M. Díaz Lema (1992: 43).

tura sinalagmática de su contenido y la dinámica de sus efectos (modificación y extinción) revelan que se trata de una relación contractual; en cuanto tal, puede calificarse como contrato público administrativo especial de financiación en favor de tercero»¹⁶. En 1997 Embid Irujo escribió que los conciertos de la LODE son «equivalentes desde el punto de vista de la naturaleza jurídica a contratos entre la Administración y los titulares de los centros»¹⁷. En 2000 Farreres no duda en calificarlos como «auténticos contratos administrativos especiales¹⁸» y Agoués como «actos de base negocial¹⁹». Míguez Macho en 2015 tras afirmar que se trata de una figura híbrida, entiende que estamos más bien ante contratos de gestión de servicios públicos, no subvenciones²⁰. Por su parte, Esteve en 2017 lo incluyó entre las fórmulas de gestión por particulares de servicios de interés general no económicos²¹.

5. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia mayoritaria y la doctrina iusadministrativista más común en las últimas décadas no coinciden en lo relativo a la naturaleza del concierto educativo. Un número considerable de sentencias le atribuyen naturaleza subvencional y, sin embargo, muchos autores de modo razonado le atribuyen naturaleza contractual. Un análisis detallado de la aparente dicotomía, no obstante, obliga a introducir matices. En efecto, también existen sentencias, incluso recientes, que más bien le atribuyen naturaleza convencional. Y aquellas resoluciones judiciales que continúan afirmando que se trata de una subvención, lo hacen más bien en consideraciones *obiter dicta*. Y en cualquier caso no hemos encontrado ninguna que argumente por qué es una subvención y no otro instituto jurídico-administrativo.

A nuestro juicio, hay razones de peso para predicar de los conciertos una naturaleza contractual. La literalidad de la normativa educativa vigente acerca el concierto al ámbito convencional o contractual en contraposición al sistema de la LGE y el desarrollo *non-nato* de la LOECE. En especial el carácter si-

¹⁶ I. De los Mozos (1995: 646).

¹⁷ A. Embid Irujo (1997: 93 y 96).

¹⁸ G. Fernández Farreres (2000: 71).

¹⁹ C. Agoués Mendizábal (2000: 109): «El acuerdo de voluntades, es decir, el sustrato negocial de los conciertos constituye el soporte jurídico del mismo, lo cual supone que una vez firmado por ambas partes, su contenido vincula a las mismas con el alcance jurídico que todo pacto que no sea contradictoria a la norma legal y reglamentaria implica».

²⁰ L. Míguez Macho (2015: 243-245). Otros autores afirman que, dado que en el concierto existe contraprestación, ello excluiría al concierto de la actividad de fomento, y sería más correcto considerarlos como contratos, si bien con particularidades específicas: A. Angulo y N. Angulo (2016: 7).

²¹ J. Esteve Pardo (2017: 455). Un resumen de fórmulas alternativas tras la LCSP 2017: A. Zancajo, A. Verger, C. Fontdevila (2021: 12-14).

nalagmático del concierto y la existencia de contraprestación parecen muy relevante a estos efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- Agoués Mendizábal, C. (2000): *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, Granada, Comares, 233 pp.
- Adrián Zancajo, A.; Verger, A. y Fontdevila, C. (2021): *La concertada a debate*. Barcelona, Fundació Bofill, 301 pp.
- Angulo Garzaro, A. y Angulo Garzaro, N. (2016): «Los conciertos educativos. La difícil delimitación entre subvención y contrato», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, pp. 231-238.
- De los Mozos, I. (1995): *Educación en libertad y concierto escolar*. Montecorvo, 686 pp.
- Díaz Lema, J. M. (1992): *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional, y en el derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 174 pp.
- Embid Irujo, A. (1997): «La Enseñanza privada en España: Consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea sobre educación», en *Revista de Administración Pública*, núm. 142, pp. 75-102.
- Esteve Pardo, J. (2017): *Lecciones de Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons.
- Fernández Farreres, G. (2000): «El Sistema Educativo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, pp. 67-80.
- Guardia Hernández, J. J. (2019): «Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas a futuro», en *Estudios constitucionales*, núm. 1, pp. 321-362.
- Guardia Hernández, J. J. (2022): «Lucro y gratuidad en la enseñanza básica no estatal sostenida con fondos públicos en España», en Santos, P. (ed.), *Libertad y responsabilidad educativas. Claves para renovar el diálogo social*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 339-361.
- Meix Cerceda, P. (2020): «La ordenación de la enseñanza no universitaria en España (1970-2013)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 211, pp. 349-372.
- Míguez Macho, L. (2015): «La polémica sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la Administración con los centros que imparten educación diferenciada», en *Persona y derecho*, núm. 72 pp. 237-264.
- Rey, F. (2021): *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Villar Ezcurra, J. L. (1979): «El derecho a la educación como servicio público», en *Revista de Administración Pública*, núm. 88, pp. 155-207.

PREMIOS Y SUBVENCIONES. CONCEPTO Y CONTROL¹

Fernando García Rubio

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. El premio como medida de fomento. 3. Análisis de la normativa sobre premios. 4. El premio como subvención. 5. El control de los premios por los tribunales de justicia. 6. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: El presente trabajo aborda la naturaleza de los premios otorgados por las AA.PP. en el marco de su política de fomento y la aplicabilidad o no de la Ley General de subvenciones, así como el control de estos por la jurisdicción contencioso-administrativa.

PALABRAS CLAVE: premio; subvenciones; fomento y control judicial.

ABSTRACT: This paper deals with the nature of the prizes awarded by the Public Administrations within the framework of their promotion policy and the applicability or not of the General Subsidies Law; as well as their control by the contentious-administrative jurisdiction.

KEY WORDS: award; subsidies; promotion and judicial control.

¹ Esta comunicación es resultado del proyecto de I+D+i «El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos» (referencia PID2020-112688GB-I00), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La vigente Ley General de subvenciones 38/2003, de 17 noviembre (LGS) recoge en su artículo 4.º a) la exclusión del ámbito de aplicación de la misma de *Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario*, lo que nos hace reflexionar sobre la naturaleza de estos, en tanto en cuanto son o no subvenciones y la interpretación que de la misma hacen los tribunales.

Por «premio» debemos indicar conforme al DRAE², *Recompensa, galardón o remuneración que se da por algún mérito o servicio*. Este concepto supone un reconocimiento o galardón, que puede otorgarse por muy diversas personas o entidades, diferenciándose en lo que aquí nos afecta, entre personas privadas y personificaciones jurídico-públicas, que son las que nos interesan.

Cuando los premios se otorgan por entidades de carácter público, a las cuales les es de aplicación la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de subvenciones (LGS), es cuando debemos plantearnos la naturaleza estos reconocimientos y sus efectos jurídicos.

En primer lugar, podemos establecer una gran diferenciación de los premios otorgados por entidades públicas, a los efectos de la aplicación de la LGS, puesto que hay premios con dotación económica y otros galardones que simplemente implican un reconocimiento público con diploma, trofeo o similar.

El art. 2.º.1 del RD 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LGS señala: «Lo previsto en la Ley General de Subvenciones así como en el presente Reglamento será de aplicación a toda disposición dineraria que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones, sea realizada por cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de dicha Ley a favor de personas públicas o privadas, cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se deriva dicha disposición».

En un análisis sistemático de la LGS la referencia que esta hace a «disposición dineraria» no excluye subvenciones —y premios— que consistan en la entrega de otros bienes distintos del dinero en metálico, y así se prevé en la DA 5.ª de la LGS sobre las «ayudas en especie» que, añade que es de aplicación «cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero»³. En realidad, todo premio suele conllevar, acompañando o no al dinero, la entrega de algún bien, habitualmente de insignificante valor económico, diplo-

² Disponible en <<https://dle.rae.es/premio?m=form>>.

³ El art. 3.º del reglamento precisa esto y determina la gestión presupuestaria y los reintegros.

mas, medallas o trofeos, cuyo principal valor es el simbólico, pero en ocasiones el objeto entregado como premio también puede tener valor económico.

Ahora bien, también los premios pueden recibirse como reconocimientos individualizados por el mero paso del tiempo, o como reconocimiento personal rogado en base a unos requisitos generales y así la STSJ de Cataluña n.º 269/2003, de 3 de noviembre (JUR 2004/4454) recoge la *doble naturaleza* al conjugar un derecho del funcionario y una medida de fomento y así debemos matizar el concepto de premio otorgado por las AA.PP. y su relación con las subvenciones, puesto que hay que excluir de dicha equiparación los premios otorgados por razones de prestación de servicios a estas, ya sean meramente honoríficos (p. ej., cruces policiales), ya sean de las denominadas pensionadas (aquellas que llevan equiparadas un aumento en la retribución derivada de la relación de servicio) y los denominados premios de jubilación, muy extendidos y controvertidos en la Administración local⁴.

Todos estos premios obviamente se perciben previa solicitud individual del peticionario y tras la tramitación del correspondiente expediente previo a la concesión, por lo que entendemos que pese a la teórica inclusión en la exención anteriormente señalada del artículo 4.º.1 de la LGS, por su propia naturaleza vinculada a una relación de servicio, no pueden considerarse como premios sometidos a la LGS.

Por tanto y a sensu contrario los premios que impliquen una concurrencia competitiva, o que exijan de una solicitud individual, deberán entenderse incorporados al régimen LGS.

Pero debemos nuevamente precisar que cabe también el otorgamiento directo de los premios sin convocatoria. No sólo de los que se otorgan sin previa solicitud del beneficiario, el art. 4 LGS les excluye de su ámbito de aplicación (no impide que se sometan a convocatoria si su normativa específica así lo establece), también de los que Izu Belloso⁵ denomina *premios-subvención*, ya que el art. 22.2 LGS permite la concesión directa cuando venga impuesta por norma de rango legal o, excepcionalmente, cuando se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública. La casuística, pues, es variada, existiendo premios mediante concurrencia como sin ella.

⁴ Así la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, Sentencia 1183/2021 de 29 Sep. 2021, Rec. 698/2020 idéntico al ya resuelto por dicha Sala en sentencias de 20 de marzo de 2018 (rec. n.º 2747/2015) y de 14 de marzo de 2019 (rec. n.º 2717/2016). En dichas sentencias se sienta el criterio de que el llamado «premio por jubilación anticipada» constituye una retribución de los funcionarios públicos y, por consiguiente, sólo es válido en la medida en que tenga la necesaria cobertura legal.

⁵ Izu Belloso, M. J. (2009, p. 140).

En cualquier caso debe indicarse que el Tribunal Constitucional pone el acento para definir los premios de forma separada de la subvención en que constituyen una recompensa, galardón o remuneración que se da por algún mérito o servicio, mientras que se distingue de la subvención en que esta última es una disposición ordinaria de fondos para la realización o el sostenimiento de una determinada actividad, que no persigue, como el premio, otorgar reconocimiento institucional a una labor concreta (STC 212/2012, de 14 de noviembre de 2012).

2. EL PREMIO COMO MEDIDA DE FOMENTO

Nuestra doctrina desde Jordana de Pozas⁶ recoge a la actividad administrativa de fomento y con carácter general siempre se ha entendido que los premios, al igual que las subvenciones forman parte de esa actividad de fomento, con alguna opinión minoritaria en contra⁷, pero como señala Martín-Retortillo Baquer⁸: «Se trata, siempre y, en cualquier caso, del logro de una serie de objetivos. Su consecución es la que directamente modula la actuación de la Administración; también la de los beneficiados, cuyos comportamientos quedan así condicionados para el logro de esos fines». Desde luego los premios otorgados por las AA.PP. son muy variados y persiguen finalidades de estímulo a la creación literaria, investigación científica, defensa de ese interés en casos como la igualdad, la protección ambiental, etc.

Fernández Farreres⁹, es partidario de un concepto estricto (atribución patrimonial no devolutiva realizada por la Administración a persona privada y afectada a un fin determinado) y afirma que «el premio, en efecto, aún actuando también como una técnica de incentivo y de fomento, jurídicamente no creo que sea equiparable a la subvención si se tiene en cuenta que, para la concesión del mismo, es presupuesto previo la realización de la actividad, sin entablarse relación jurídica previa alguna entre el otorgante y el aspirante al premio» aunque reconoce que las variedades de premios son tantas que no cabe una afirmación general no acompañada inmediatamente de su excepción.

En cualquier caso, la mayor parte de los premios convocados por AA.PP.¹⁰ se acogen en sus bases reguladoras a la LGS, remitiendo a esta supletoriamente, por lo que cualquier disquisición teórica queda superada por la práctica

⁶ Jordana De Pozas, L. (1949, p. 46).

⁷ Así, López-Nieto y Mallo, F. (2006, p. 28), niega que los premios formen parte de la actividad de fomento.

⁸ Martín-Retortillo Baquer, S. (1988, p. 443).

⁹ Fernández Farreres, G. (1983, p. 280).

¹⁰ Por ejemplo la Orden UNI de 30 de diciembre de 2022, por la que se convocan, por tramitación anticipada, los premios del XXXIV Certamen «Jóvenes Investigadores»... (BOE

3. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA SOBRE PREMIOS

Lógicamente en los premios públicos los criterios de adjudicación han de ser objetivos, conforme al art. 17.3.e) Ley General de Subvenciones. Criterio que ha de objetivarse con los principios que, según el art. 8.3 de esta, han de regir la gestión de las subvenciones: se enumeran, entre otros, los de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. Criterios y principios que, a nuestro entender, no se vulneran por el hecho de que en el baremo se incluyan por ejemplo en premios artísticos criterios de carácter estético, acordes con la naturaleza de la finalidad perseguida.

Por otra parte, dentro del conjunto de disposiciones aplicables a la actividad de subvención, ocupan un lugar destacado, no por su rango, sino por su función, las Bases reguladoras, que constituyen normas reglamentarias que, conforme al art. 9.2, deben aprobarse con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones. A través de dichas Bases se pueden establecer o crear premios, en la medida en que se le encomienda «la definición del objeto de la subvención» y de los requisitos de los beneficiarios para su obtención.

La DA 10.^a LGS prevé que reglamentariamente se establecerá el régimen especial de «los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza», el cual deberá ajustarse al contenido de la Ley, salvo en aquellos aspectos en los que, por la naturaleza de este se disponga. Por tanto, la regla general dejando al margen los premios que no requieren de concurrencia por parte del futuro beneficiario, se ajustarán a la LGS, al menos supletoriamente tras sus bases específicas.

Los premios se vienen clasificando tradicionalmente en: premio-subvención (tiene un contenido económico relevante y está sujeto a la normativa de subvenciones), premio-honorífico (carece de contenido económico y persigue el enaltecimiento del interesado por haber realizado alguna conducta que redunde en beneficio de la comunidad) y premio-jurídico (además de un contenido honorífico o económico otorga algún otro derecho o el establecimiento de una determinada relación jurídica). Caben 2 matizaciones: En primer lugar, el ya indicado artículo 4, letra a), de la LGS excluye de su ámbito de aplicación los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario. Y en segundo lugar la ya indicada DA 10.^a de la LGS, que sigue sin cumplimentarse.

No obstante, la normativa autonómica Navarra tiende a introducir confusión, puesto que la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de Subvenciones de Navarra, en su art. 3 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a

de 3-1, la DSA/1360/2022, de 23 de diciembre, por la que se crean los Premios Derechos de los Animales... (BOE de 6-1) y la TAS/159/2006, de 12-1, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de los Premios INJUVE... (BOE 12-1-2006).

«los premios oficiales que convoquen con publicidad las Administraciones Públicas de Navarra y aquellos otros que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario», es decir, en la práctica, tal y como destaca Izu Belloso¹¹, excluye todos. Esta Ley, que regula las subvenciones otorgadas con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra (no las de las EE.LL.), no hace la menor referencia a la legislación básica, resultando más que dudoso que pueda ignorarla.

Igualmente, no se rigen por la LGS los premios que convoca una Administración con destino a otras y así por ejemplo la Resolución de 15 de noviembre de 2019, del INAP, por la que se convoca la 6.^a edición de los Premios a la Calidad en la Formación para el Empleo de las Administraciones Públicas (BOE 26-11), que lógicamente se rigen por las leyes 39 y 40/2015.

4. EL PREMIO COMO SUBVENCIÓN

Finalmente, respecto del procedimiento de concesión, el art. 22 establece el de concurrencia competitiva, de manera que se hagan efectivos los principios inspiradores del otorgamiento de subvenciones, anteriormente referenciados.

Tampoco podemos olvidar la especialidad que la propia Ley contiene respecto a esta modalidad de subvención, pues la disposición adicional décima remite a la regulación reglamentaria el régimen, que considera especial, aplicable al otorgamiento de los premios de distinta naturaleza, que, si bien han de ajustarse al contenido de la Ley, se excepcionan aquellos aspectos en que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulten aplicables.

En resumen, estamos ante una forma de subvención, por lo que no puede consignarse en el Capítulo VI, sino en el IV, pero las Bases reguladoras pueden incluir sin ningún problema criterios de carácter estético entre los que se hayan de tener en cuenta para el otorgamiento del premio.

Habitualmente la concesión de las subvenciones se rige, como hemos indicado, además de por las disposiciones de la LGS, por las bases reguladoras que, de conformidad con lo que dispone su art. 17, se aprueban en la Administración General del Estado mediante OM salvo cuando existan normas sectoriales específicas que las incluyan, y en la Administración Local se deben contener en las bases de ejecución del presupuesto o en una ordenanza general o específica. Ha existido cierta incertidumbre al respecto de si esas bases reguladoras tienen carácter de disposición reglamentaria o de acto administrativo con destinatario plural.

¹¹ Izu Belloso, M. J. (2009, p. 145).

Así el ATS de 17 de enero de 2000 (Arz. 2000/1266) en relación con las bases reguladoras recuerda que «...*negando la caracterización de disposición de carácter general y de naturaleza reglamentaria a órdenes, como las reseñadas, pues tales resoluciones, aunque participan de alguna de las características de las disposiciones generales, son simplemente actos administrativos de destinatario plural...*». No obstante, en alguna otra ocasión se matiza esta doctrina, así en STS de 15 de noviembre de 2005 (RJ 2005/9879): «*su naturaleza jurídica podríamos clasificarla, en adecuada sistemática jurídica, de híbrida...*». Aunque es habitual realizar la comparación con las bases de las convocatorias de los procedimientos de selección de empleados públicos, en este ámbito la cuestión está mejor definida. El art. 15 del RGIPP (RD 364/1995, de 10 de marzo) se refiere a la publicación de convocatorias juntamente con sus bases, que es lo ordinario, con lo cual se agotan con su aplicación y tienen carácter de acto, pero prevé específicamente que el convocante apruebe bases generales, que suelen ser menos frecuentes y que tendrán el carácter de disposición general.

Para las CC.AA. habrá que estar a lo dispuesto en cada caso por su normativa. Varias han aprobado leyes de subvenciones que desarrollan las disposiciones de la LGS, debiéndose recordar en este sentido que las bases reguladoras revistas para artículo 17 no tienen carácter básico

5. EL CONTROL DE LOS PREMIOS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciar los actos de las AA.PP. y por tanto los premios y subvenciones por ellas otorgados en caso de discusión jurídica, pero como veremos no omnímodamente y así, la STSJ de Asturias n.º 1381/2006, de 21 de julio (JUR 2006/252586) en torno al premio de un concurso de pintura indicó: «*no ofrece duda alguna que su concesión, en cuanto que se deben de valorar cuestiones técnicas, corresponde al jurado nombrado a tal efecto... Por otra parte, corresponde al Órgano Organizador determinar si los concursantes cumplen con las condiciones establecidas para participar*».

La STSJ de la Comunidad Valenciana n.º 1137/2001, de 6 de julio (RJCA 2002/530), cita una STS relativa a tribunales de oposiciones¹² (STS de 14 de julio de 2000 (Arz. 2000/7714)) pero señala también que «*afirmar que la propia puntuación resulta expresión bastante “de la valoración formulada” contraría, para nosotros: —las declaraciones abstractas que recogen los artículos 5 y 7 de la normativa reguladora de los premios extraordinarios de*

¹² Vid. De Vicente Domingo, R. (2022).

doctorado; —la propia exigencia legal vigente en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992; —el sentido que ha concederse al concepto de “motivación”, por reclamar éste el detalle exacto, ...y que en este supuesto litigioso resulta inaplicable dicha doctrina legal a partir de estos dos sedimentos argumentales: a.-la singularidad de la normativa legal propia de los premios extraordinarios de doctorado de la Universidad de Valencia...; b.-los autos inciden sobre una actuación administrativa en la que las posibilidades de justificación son mucho más simples (y regladas) que en un actuar consistente —tal y como aparece en las controversias judiciales de las que se extrae la doctrina jurisprudencial standard de la “discrecionalidad técnica”— en la calificación de los puntos que se asignan a un examen oral o escrito efectuado por los opositores o por quienes han concursado en sede de función pública».

En los premios que se conceden previa convocatoria, se suelen establecer determinadas obligaciones comunes a las subvenciones, que Fernández Farreres¹³ discute si constituyen una carga, un modo o una condición, o incluso contraprestaciones (v. gr., ceder la propiedad de la obra premiada) cuyo incumplimiento puede conllevar la revocación o la devolución del premio. Su existencia lleva en ocasiones a hablar sin total rigor de un «carácter contractual» de las subvenciones como indico la SAN de 10 de marzo de 2004 (JUR 2004/145930).

La LGS (art. 37) no habla de revocación, sino de reintegro total o parcial de la subvención. En el caso de los premios rara vez se producirá el reintegro ya que la cantidad entregada no suele estar afectada a un destino particular; sino que es de libre disposición por el premiado. Por el mismo motivo tampoco resultará de aplicación todo el Título III de la LGS sobre control financiero, cuya principal finalidad es el cumplimiento por parte de beneficiarios y entidades colaboradoras de las obligaciones sobre su gestión y aplicación y sobre la adecuada y correcta justificación, diferenciando la Audiencia Nacional entre concesión del premio (que no puede condicionarse a la obligación de estar al corriente de pago tributario) y el pago del mismo y así la Sentencia de 19 Jul. 2013, Rec. 420/2011, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.^a.

En cuanto al control de la adjudicación de los premios, cuestión polémica máxime en supuestos de dotación económica y alta concurrencia competitiva, cabe la posibilidad de interponer el correspondiente recurso administrativo y en cualquier caso el acceso a la jurisdicción contenciosa, pero debiéndose recordar la importante jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica de los jurados y el límite del art. 71.2 LJCA. Ahora bien, si cabe analizar el procedimiento los requisitos formales, la adecuación a las bases reguladoras, etc.

¹³ Fernández Farreres, G. (1983).

Así la STS de 10 de noviembre de 2004 (RJ 2004/6884) afirma que *«en materia de subvenciones, esta Sala del Tribunal Supremo, tiene reiteradamente declarado, entre otras en sentencias de 19 de enero de 1991, 5 de marzo de 1993, 28 de julio de 1997, 3 de noviembre de 1998 y 25 de noviembre de 2003, a) que la Administración, puede o no crearlas, pero una vez creadas y convocadas ha de concederlas en los términos anunciados; b) que quienes soliciten la subvención y reúnan las condiciones de la convocatoria de la subvención, tienen derecho a obtenerla en las condiciones establecidas; y c) que la obligación de la Administración que crea y convoca la subvención y el derecho de que quienes la soliciten, estén delimitadas por la cuantía fijada en la convocatoria o en los presupuestos a que la misma se remite»*.

Igualmente, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Sentencia de 19 Feb. 2001, Rec. 1189/1994, examinó la variación en el procedimiento y en la composición del jurado de un premio extraordinario de licenciatura, revocándolo y ordenando su repetición.

6. CONCLUSIONES

De las disposiciones contenidas en la LGS, hemos de concluir que nos encontramos, con respecto a los premios aquí tratados, ante una subvención. Así se desprende de los arts. 2.º y 4.º de dicha Ley. En consecuencia, presupuestariamente debe encuadrarse en el Capítulo IV de la estructura presupuestaria, concretamente en el concepto 481, destinado a prever las consignaciones para premios, becas y pensiones de estudio e investigación.

Cabe resumir, con Gómez Zamora¹⁴, que se aplicará la LGS a un premio si cumple los siguientes requisitos:

- a) Tratarse de una disposición dineraria sin contraprestación directa de los beneficiarios; sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar; que tiene por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.
- b) Los premios convocados en régimen de concurrencia, en los que medie solicitud del beneficiario.
- c) No se aplicará la LGS a los premios que no supongan una disposición dineraria (art. 2.1 LGS), o que su importe no sea significativo sino simbólico o aquellos premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario (art. 4 a) LGS). Estos premios, se pueden reconocer porque su objeto es un reconocimiento institucional, recompensa, galardón o

¹⁴ Gómez Zamora, L. J. (2022).

remuneración por algún mérito o servicio y no para el fomento de una actividad, pero puede resultar complicado aplicar únicamente este criterio subjetivo para excluir la tramitación de la subvención.

Con carácter general, por tanto, los premios están sujetos a la legislación sobre subvenciones salvo en los aspectos que resulte incompatible su aplicación por la propia naturaleza del premio, quedando excluidos de la aplicación de la LGS los premios que se concedan sin la previa solicitud del beneficiario (como los premios nacionales de bellas artes, del deporte, Cervantes, etc.).

No obstante, sería deseable, no solo por clarificar sino por el cumplimiento de la ley aprobar un desarrollo reglamentario específico, o modificar el vigente, contemplando un régimen jurídico específico de los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza, tal y como recoge la DA 10.^a de la LGS, una de tantas cuestiones olvidadas en el desarrollo reglamentario de normas legales.

En cualquier caso, la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de sus capacidades, tendrá un papel controlador y de precisión de los aspectos formales legales del otorgamiento de estos premios, como de los requisitos para reintegro previstos en la LGS.

BIBLIOGRAFÍA

- Barba Sánchez, R. (2018). «El régimen jurídico de los premios», en M. Garcés Sanagustín, A. Palomar Olmeda e I. M.^a Arteagabeitia Gómez, *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, págs. 889-928
- De Vicente Domingo, R. (2022). *La revisión jurisdiccional de los actos de calificación de las pruebas selectivas para el acceso al empleo público*, Tirant lo Blanch.
- Fernández Farreres, G. (1983). *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Gómez Zamora, L. J. (2022). *Premio o subvención, esa es la cuestión*, 30 de junio de 2022, en <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/premio-o-subvencion-esa-es-la-cuestion-2022-06-30/>>.
- IZU BELLOSO, M. J. (2009). «El régimen jurídico de los premios concedidos por las administraciones públicas», en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 47, pp. 125-180.
- Jordana de Pozas, L. (1949). «Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48.
- López-Nieto y Mallo, F. (2006). *Honores y protocolo*, 3.^a ed., Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- Martínez Giner, L. A. y Navarro Fauve, A. (2010). *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1988). *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley.

LA NECESARIA SUSTITUCIÓN DE LAS SUBVENCIONES AUTONÓMICAS A LAS ENTIDADES LOCALES EN ANDALUCÍA POR LAS TRANSFERENCIAS DE FINANCIACIÓN

Pilar Navarro Rodríguez

SUMARIO: 1. Introducción. Planteamiento de la cuestión. 2. Regulación actual de las competencias autonómicas de fomento y financiación local en Andalucía. 3. Propuesta de regulación específica de las subvenciones autonómicas a las entidades locales en Andalucía. Bibliografía.

RESUMEN: En este trabajo se plantea una propuesta de mejora de la regulación de la actividad de fomento que realiza la Junta de Andalucía, como Administración autonómica, en favor de las entidades locales andaluzas, de modo que tras ese cambio regulatorio propuesto, los procedimientos subvencionales quedarían circunscritos a la actividad de fomento de la Junta de Andalucía en beneficio de los particulares, reservándose para el caso del fomento de la actividad de las entidades locales andaluzas la figura de las transferencias de financiación, mucho más coherentes y respetuosas con el concepto de autonomía local.

PALABRAS CLAVE: subvenciones autonómicas; entidades Locales; financiación incondicionada; autonomía local.

ABSTRACT: In this paper we put forward a proposal to improve the regulation of Development activity carried out by the Junta de Andalucía, as an autonomous administration, in favor of local Andalusian entities, so that after this proposed regulatory change, the subsidy procedures would be limited to the development activity of the Junta de Andalucía for the benefit of the individuals, reserving for the case of promoting the activity of local Andalusian entities the figure of fi-

nancial transfers, much more coherent and respectful of the concept of local autonomy.

KEY WORDS: regional subsidies; local entities; unconditional financing; local autonomy.

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Son numerosas las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de subvenciones y, por ende, sobre las técnicas subvencionales¹, tanto antes como después de la importante STC 13/1992, a la que suele hacer referencia casi toda la doctrina que se ha ocupado de la materia², para resaltar la principal consideración que debemos tener en cuenta a estos efectos: las políticas de fomento³ entre Administraciones (véase: del Estado hacia las CC.AA. o de las CC.AA. hacia las Entidades Locales) no deben responder a la fuerza del mayor presupuesto; sino que, por el contrario, deben hacerse a través (y no al margen) de la distribución de competencias⁴.

Y ello porque, como es lógico, la relación entre la normativa autonómica y la municipal debe estar regida por el principio de competencia y no por el de jerarquía; y como consecuencia directa de ello, la potestad normativa municipal en el ámbito de las subvenciones⁵ no debe limitarse a ejecutar la legislación autonómica, sino que debe poder desarrollarse conforme a criterios de decisión política.

Por tanto, y siguiendo lo señalado por el profesor Fernández Farreres⁶, en puridad, no cabe asimilar el régimen jurídico de una subvención a particulares (cuyo procedimiento está regulado en la actualidad en Andalucía en el Decreto 282/2010, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía)

¹ Sobre las técnicas subvencionales, *vid, in extenso*, el artículo de F. López Ramón (2004: 29-52).

² Destacando G. Fernández Farreres (1993, pp. 225-239), B. Sesma Sánchez (2017: 51-70), y M. Medina Guerrero (1992: 63 y ss.).

³ Sobre la actividad de Fomento de la Administración en general, *vid.* R. Galán Vioque, en la obra colectiva coordinada él mismo y por C. Barrero Rodríguez (2018: 89-118).

⁴ Como señala M. Zafra Víctor (2020: 254), «como niveles de gobierno equiparados en el art. 137 de la Constitución Española, su interacción transcurre por cauces procedimentales de negociación y deliberación que garanticen una cierta paridad institucional para que la posición de ventaja del mayor presupuesto no provoque asimetría y subordinación».

⁵ Así lo ha puesto de manifiesto F. Toscano Gil, en la obra de E. Gamero Casado (2021: 870).

⁶ G. Fernández Farreres (2009: 28).

con la regulación de la financiación para el ejercicio conjunto de competencias compartidas entre una Comunidad Autónoma y los municipios que la componen. En el primer caso se trata de una técnica de fomento; en el segundo, de una relación intergubernamental sujeta a negociación política en el seno de los órganos previstos para ello en la Ley autonómica de que se trate.

O dicho de otra forma: no cabe equiparar las subvenciones, concebidas como técnica de fomento impulsadas por los poderes públicos⁷ (y dirigidas en su inmensa mayoría a particulares), a las relaciones financieras entre diferentes niveles de gobierno. En el primer caso, la relación tiene lugar entre poderes públicos y particulares mediante convocatoria sujeta a concurrencia competitiva; en el segundo se trata de una relación intergubernamental para el ejercicio conjunto de competencias, en el caso que nos ocupa, autonómicas y municipales.

Esto, que por otra parte parece algo lógico y evidente, no es más que una traslación de lo previsto a nivel europeo en el artículo 9 de la Carta Europea de la Autonomía Local, ratificada por España el 20 de enero de 1988⁸ (en adelante, también, «CEAL»), que en su punto 1 establece que: «Las Entidades Locales tienen derecho, en el marco de la política económica nacional, a tener recursos propios suficientes de las cuales puedan disponer libremente en el ejercicio de sus competencias». Y añade en su punto 7 que, «[...] En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las Entidades Locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las Entidades Locales, en su propio ámbito de competencias».

Pero en el sistema vigente de distribución de competencias en España en materia de autonomía local, aún inacabado, nos encontramos con que todo ello está en manos del legislador sectorial de cada Comunidad Autónoma, de forma que se podría afirmar que «hay una clara ruptura del principio de conexión entre competencias y financiación en el ámbito local, dado que el gobierno que atribuye competencias no financia y el que financia no atribuye competencias»⁹.

Y así, mientras que algunas CC.AA. sí han resuelto completamente esta cuestión con una regulación explícita y detallada de su política de fomento hacia otras Administraciones, como es la Comunidad de Extremadura, que lo

⁷ La subvención, en sentido estricto, y tal y como se define en el art. 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, es una técnica de incentivo y fomento consistente en la aportación de una suma dineraria otorgada afectadamente al cumplimiento por su beneficiario de una actividad, que es lo que justifica y legitima precisamente su otorgamiento. Así lo ha puesto de manifiesto G. Fernández Farreres (1993: 227).

⁸ BOE número 47/1989.

⁹ *Id.*, M. Zafra Víctor (2020: 168).

ha hecho con en la Ley 3/2019¹⁰, de 22 de enero, de Garantía de la Atención Municipal de Extremadura¹¹, otras CC.AA., como es el caso singular de Andalucía, aún no han regulado esta cuestión en su Ley de Autonomía Local, esto es, la Ley 5/2015, de 10 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (en adelante, también, la «LAULA»), por lo que se deja la puerta abierta en esta comunidad autónoma a que se puedan producir algunas situaciones en las que la autonomía local pudiera verse afectada o limitada, tal y como se describe en el siguiente apartado.

2. REGULACIÓN ACTUAL DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS DE FOMENTO Y FINANCIACIÓN LOCAL EN ANDALUCÍA

Como acabamos de indicar en el punto anterior, en Andalucía no existe una regulación explícita en la normativa local autonómica andaluza (la LAULA), sobre las competencias de fomento autonómicas, por lo que se deja la puerta abierta a que la Administración Andaluza no siempre aplique en sus justos términos lo previsto en el art. 9.7 de la CEAL, que, recordemos, señala que la financiación condicionada a los municipios (esto es, mediante subvenciones) debe tener carácter excepcional y, cuando se justifique, los municipios han de disponer de un ámbito de decisión para el ejercicio de las competencias propias afectadas.

Además de ello, hay que tener en cuenta lo señalado en el punto 2 del art. 192 de la Ley Orgánica 2/2017, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que señala que: «Adicionalmente (a lo previsto en el punto 1 del mismo artículo: la participación de las Entidades Locales en los tributos de la Comunidad Autónoma, se regulará en una Ley —se entiende que ordinaria, esto es, que no precisa de mayoría cualificada para su modificación— en la que se instrumentará un fondo de nivelación municipal, de carácter incondicionado), la Comunidad Autónoma podrá establecer programas de colaboración financiera específica para materias concretas».

Así, una interpretación sistemática y gramatical de ambos apartados del referido precepto nos lleva claramente a la misma conclusión: la norma gene-

¹⁰ Para más información, *vid.*, la crónica sobre la situación jurídico-pública de Extremadura realizada por V. J. Álvarez García, Arias Aparicio, M. F. y Hernández Díez, E. (2019: 635-700).

¹¹ En efecto, tal y como se destaca en la propia Exposición de Motivos de la referida norma, «se recoge una importante regulación de la financiación incondicionada, en la línea de lo establecido en el artículo 9 de la Carta Europea de Autonomía Local, admitiendo exclusivamente un sistema de excepciones tasadas, siempre que se justifiquen los supuestos por los cuales se acude a ese sistema excepcional de subvención condicionada».

ral debe ser la financiación incondicionada, y la excepción los programas de colaboración. Los términos «específicos» y «materias concretas» dejan pocas dudas al respecto.

Por tanto, y aunque una interpretación adecuada de los arts. 9.7 de la CEAL¹² y 192.1 y 2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (programas de colaboración financiera específica para materias concretas), nos indica claramente que la subvención deberá tener carácter excepcional, y que en cualquier caso deberá dejarse capacidad decisoria a los municipios, hemos podido comprobar en el último lustro cómo la Junta de Andalucía ha impulsado desde el año 2018 una serie de políticas de fomento en determinadas materias que podrían ser entendidas como en menoscabo de la autonomía municipal, al aprobar una serie de subvenciones para las Entidades Locales andaluzas en régimen de concurrencia competitiva¹³, como es el caso, entre otras, de la Orden de 19 de abril de 2021, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a entidades locales, en régimen de concurrencia competitiva, destinadas a la adquisición de equipamiento y a la realización de actuaciones en edificios, edificaciones e instalaciones de titularidad pública dentro del ámbito del Plan de Cooperación Municipal¹⁴.

En dichas convocatorias, la Junta de Andalucía limita su competencia subvencional a un objetivo general (por ejemplo, en la Orden de 19 de abril de 2021, a la lucha contra el despoblamiento), pero en la medida en que precisa al detalle las materias subvencionables y los criterios de valoración y puntuación correspondientes¹⁵ (de hecho, la referida Orden se remite expresamente a la Resolución de 12 de mayo de 2021 de la Dirección General de Administración Local, donde se explicitan los referidos criterios con todo lujo de detalle), se impide que los municipios susceptibles de beneficiarse de la técnica de fomento, dispongan de margen de maniobra alguno.

Además, dichas materias y criterios debieron ser debatidos tanto en el Consejo de Gobiernos Locales como en el Consejo de Concertación Local, según la LAULA, al constituir criterios de necesidad para la financiación incondicio-

¹² En la línea de lo señalado de forma insistente por M. Zafra Víctor (2020: 168 y 197), entre otras.

¹³ En todas estas convocatorias se remiten a la Orden de 5 de octubre de 2015, por la que se aprueban las bases reguladoras tipo para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva (BOJA 215, de 5 de noviembre de 2015).

¹⁴ Para más detalles sobre esta y otras disposiciones similares de la Junta de Andalucía durante el año 2021, *vid.*, la reseña de E. Guichot Reina (2022: 361-370).

¹⁵ La orden enumera los criterios de valoración y la puntuación correspondiente, hasta un máximo de 100 (Artículo 14): población; tasa de desempleo (máximo de veinticinco puntos); criterios objetivos contra el riesgo de despoblación: densidad de población, crecimiento vegetativo, índice de envejecimiento; índice de envejecimiento (máximo de veinte puntos). Importe de los ingresos de las entidades locales, de acuerdo con el presupuesto liquidado indicado en la convocatoria (máximo de quince puntos).

nada. Más en concreto, el art. 24 de la LAULA obliga a que cualquier norma de carácter general, plan o programa con impacto sobre las competencias locales, pase por el Consejo de Gobiernos Locales, donde la representación local tiene la facultad de participar en la fijación de los parámetros para la adjudicación de dichos fondos. Sin embargo, en el ejemplo señalado y en otros similares, la Junta de Andalucía ha determinado de forma unilateral estas convocatorias de subvenciones, saltándose este trámite preceptivo, por lo que en todos esos casos ha incurrido además en una causa de nulidad de la norma subvencional, por defecto de forma.

Ello implica que, tal y como se ha avanzado con anterioridad, en Andalucía se está utilizando en exceso en los últimos años una política de fomento autonómica hacia las Entidades Locales, canalizada a través de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, lo que elimina el margen de maniobra municipal previsto en la CEAL y saltándose los órganos de concertación local, por lo que dicha política de fomento, por tanto, podría reputarse como en menoscabo de la autonomía local de dichas entidades.

Y ello porque así está previsto en la LAULA, que señala que si la comunidad autónoma andaluza decide financiar políticas donde las competencias propias de los municipios se vean afectadas, esta cuestión debe pasar por el Consejo de Concertación, para valorar la oportunidad política y la articulación jurídica de la iniciativa. Por ejemplo, si la financiación prevista debe redefinirse como incondicionada en la Ley 6/2010, de 11 de junio, de Participación en los Tributos de la Comunidad Autónoma (en adelante, también, la «PATRI-CA»), o queda justificada la afectación de los recursos, salvaguardando el libre ejercicio de la competencia municipal afectada.

3. PROPUESTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS SUBVENCIONES AUTONÓMICAS A LAS ENTIDADES LOCALES EN ANDALUCÍA

Para evitar que se produzcan situaciones indeseadas como la señalada en el punto anterior de este trabajo, se propone incluir un Título específico en la LAULA para la regulación específica de las políticas de fomento autonómicas, similar al previsto en la Ley de Garantía de la Autonomía Municipal de Extremadura.

Dicho de otra forma: las políticas de fomento de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberían tener un título específico en la Ley de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), cuyo desarrollo normativo traería causa directa de la previsión estatutaria del art. 192.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, sobre los Programas de colaboración financiera específica para materias concretas.

Y como complemento de lo anterior, debería también modificarse en la LAULA el orden y sentido de la intervención de los órganos previstos para la relación intergubernamental entre la Junta de Andalucía y las Entidades Locales andaluzas¹⁶ (esto es, el Consejo de Gobiernos Locales y el Consejo de Concertación Local), de forma que sea el Consejo de Concertación Local el que intervenga en primer lugar y quede el Consejo de Gobiernos Locales para apreciar política y jurídicamente lo acordado previamente.

La vía más adecuada para llevar a cabo este cambio normativo sería regular ambos consejos en la LAULA siguiendo la secuencia temporal que entendemos más adecuada: primero la intervención del órgano paritario y, luego, la del órgano de composición exclusivamente municipal.

Por tanto, y como recapitulación, la nueva regulación con la creación de un título específico en la LAULA sobre las políticas de fomento autonómicas, debería incluir los siguientes aspectos:

- Con carácter general, debería señalarse de forma expresa que la financiación de todas entidades locales en Andalucía tendrá carácter incondicionado.
- Y sólo como excepción, se añadiría que los mecanismos de financiación condicionada solo podrán adoptarse de manera excepcional cuando así se prevea expresamente en una disposición normativa, y siempre que se ajusten a las siguientes reglas y condiciones:
 - A) Los programas deberán ejecutarse a través de convenios entre la Administración Autonómica y las Entidades Locales (Municipios) a las que vayan dirigidos.
 - B) En todo caso se garantizará la intervención de las Entidades Locales por sí mismas o por medio de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias (FAMP) en la concreción de los objetivos y condiciones de las actuaciones programadas, correspondiendo la ejecución íntegra de las actuaciones a las entidades locales, incluida la gestión de los fondos previstos para su realización que se les transfieran desde la Comunidad Autónoma, así como la tramitación administrativa de los mismos.
 - C) La aportación de la Comunidad Autónoma en el desarrollo de estos programas adoptará la forma de transferencias de financiación, que deberán ser justificadas mediante acreditación de asiento contable en la respectiva hacienda local y certificación final, acreditativa del

¹⁶ La relación se califica de intergubernamental porque requiere negociación política y acuerdo para la delimitación competencial en una materia en la que las competencias autonómicas y municipales son compartidas.

destino a que se han aplicado los fondos recibidos. En el caso de que los fondos que se transfieran provengan de otras instancias públicas, incluida la Unión Europea, la certificación final y el pago correspondiente se ajustarán a lo que dispongan las normas de la institución origen de los fondos.

- D) Cualquier política de fomento que afecte o pueda afectar a las competencias propias de los municipios andaluces deberá debatirse obligatoriamente, primero en el Consejo de Concertación Local (como órgano paritario) y, después, en el Consejo de Gobiernos Locales, como órgano de composición exclusivamente municipal.

Como conclusión final, y a modo de recapitulación, podemos afirmar que, de realizarse la doble modificación normativa aquí propuesta, se lograría que ni siquiera en los casos de financiación condicionada (que sería siempre la excepción), se utilice para la financiación de políticas y actuaciones concretas de los municipios andaluces, la técnica de las subvenciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía a las Entidades Locales, sino que por el contrario, la técnica utilizada sea la de las transferencias de financiación, por ser mucho más coherentes y respetuosas con el concepto de Autonomía Local.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez García, V. J., Arias Aparicio, M. F. y Hernández Díez, E. (2019): «Informe anual sobre la situación jurídico-pública de la Comunidad Autónoma de Extremadura en 2019», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 35, Universidad de Extremadura, pp. 635-700.
- Galán Vioque, R. (2018): «La actividad de fomento», en Barrero Rodríguez, C. y Galán Vioque, R. (coords.), *Lecciones de derecho administrativo: Parte general. Volumen II*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, pp. 89-118.
- Guichot Reina, E. (2022): «Reseña de las Disposiciones generales de la Junta de Andalucía», en *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n.º 112, pp. 361-370.
- López Ramón, F. (2004): «Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones», *Revista de Administración Pública*, n.º 165, pp. 29-52.
- Fernández Farreres, G. (1993): «La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, pp. 225-239.
- (2009): «Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las comunidades autónomas», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 21, pp. 28-39.
- Medina Guerrero, M. (2004): «La protección constitucional de la autonomía financiera de los entes locales frente a las alteraciones de su ámbito competencial», *Claves*

del Gobierno Local, n.º 3, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, pp. 63 y ss.

Sesma Sánchez, B. (2017): «Subvenciones Autonómicas y Entidades Locales», en *Presupuesto y gasto público*, n.º 89, pp. 51-70.

Toscano Gil, F. (2021): «Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones», en Gamero Casado, E. (dir.), *La potestad administrativa: concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, pp. 827-879.

Zafra Victor, M. (2020): *La autonomía local en una constitución reformada*, 1.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 278 pp.

LA BIODIVERSIDAD DE ESPACIOS AGRARIOS COMO OBJETO DE SUBVENCIÓN¹

Maite Uriarte Ricote

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El nuevo régimen de condicionalidad de las ayudas directas a la agricultura. 3. La conectividad ecológica en el sistema agrario como parte de la eco-condicionalidad. 4. La subvención de la conectividad ecológica en la agricultura desde otros ámbitos de actuación. Bibliografía.

RESUMEN: La normativa comunitaria sobre financiación de la política agrícola común (PAC) ha otorgado una importancia creciente al valor protector de la biodiversidad que se atribuye a determinados espacios y actividades agrarias. La misma perspectiva se aprecia recientemente en los pronunciamientos relativos a otros ámbitos, como el referido a la conectividad y a la restauración ecológica. Esta confluencia justifica un primer análisis para conocer las previsiones que permiten la interrelación entre el crecimiento económico y la llamada inversión verde, en un área en la que la transición apenas ha comenzado y es, a día de hoy, insuficiente, como sucede con el llamado capital natural referido a los sumideros de carbono, la biodiversidad y la conservación de ecosistemas.

PALABRAS CLAVE: programas de financiación de la UE; política agraria común; conectividad ecológica; condicionalidad.

ABSTRACT: Community regulations on the financing of the common agricultural policy (CAP) have given increasing importance to the protective value of

¹ Trabajo realizado en el contexto del proyecto de investigación PID2021-128884OB-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación y titulado «La conectividad ecológica: instrumentos y propuestas para evitar la fragmentación del territorio».

biodiversity which is attributed to certain areas and agricultural activities. The same perspective can be recently seen in the pronouncements related to other areas, such as those referring to connectivity and ecological restoration. This confluence justifies a first analysis in order to find out the forecasts that allow the interrelation between economic growth and the so-called green investment, in an area in which the transition has barely begun and is, to this day, insufficient, as it also happens with the so-called natural capital referred to carbon sinks, biodiversity and ecosystem conservation.

KEY WORDS: EU funding programmes; common agricultural policy; ecological connectivity; conditionality.

1. INTRODUCCIÓN

La normativa sobre las ayudas estatales cumple un importante papel de apoyo a la Unión Europea en su tarea de lograr los objetivos estratégicos recogidos en el Pacto Verde Europeo aprobado en 2019. A la vista de algunas iniciativas comunitarias recientes, es pertinente detenerse en las necesidades de adaptación de la normativa estatal a nuevos objetivos que faciliten una transición eficiente y justa hacia la neutralidad climática y, al mismo tiempo, garanticen unas condiciones equitativas de competencia en el mercado interior. Conscientes de la variedad de ámbitos comprometidos, dedicamos este análisis a las novedades que inciden en el valor protector de la biodiversidad de determinados espacios y actividades agrarias como posible objeto de las ayudas, tras constatar que la intensificación de la agricultura y la falta de espacio para la naturaleza constituyen amenazas urgentes para los ecosistemas y sus servicios.

2. EL NUEVO RÉGIMEN DE CONDICIONALIDAD DE LAS AYUDAS DIRECTAS A LA AGRICULTURA

La aplicación de buenas prácticas en diferentes sectores económicos y, en especial, en el agrícola, genera sistemas antrópicos de alto valor natural que previenen la pérdida de diversidad biológica, y que las políticas europeas comenzaron a considerar a principios de los 90. La relación de dependencia entre estos dos elementos, la conservación de la biodiversidad y la continuación de los sistemas agrícolas tradicionales de baja intensidad, es una realidad creciente cuya piedra angular son los pastos, los prados y las tierras de cultivo seminaturales que proporcionan un mosaico de hábitats esencial, brindan múltiples servicios para la sociedad, incluidos los servicios ecosistémicos², y

² Almacenamiento de carbono, agua limpia, prevención de incendios forestales o almacenamiento de diversidad genética [vid., M. J. Ruiz Torres (2022: 50)].

contribuyen a la riqueza del tejido social y al carácter de los paisajes. La especial importancia de este último factor, el paisajístico, se suma a los dos anteriores y cierra el círculo con la creación de una tríada de elementos fuertemente vinculados, en la medida en que muchos de los paisajes y hábitats de importancia para la biodiversidad en Europa son el resultado de prácticas centenarias de pastoreo extensivo y cultivos de baja intensidad.

Pero es un hecho que la viabilidad y mantenimiento de los sistemas agrícolas de alto valor natural que resultan de la sinergia entre los tres elementos descritos, se encuentra amenazada por la agricultura intensiva en expansión. Un uso más agresivo de maquinarias, fertilizantes, biocidas y ganado reduce las oportunidades de vida silvestre en las tierras de cultivo y pastoreo y, al mismo tiempo, afecta a los márgenes de los campos y a las zonas sin cultivar que terminan por degradarse.

El sistema de condicionalidad como parte integrante de la ayuda comunitaria concedida en virtud de pagos directos³, se introdujo en 2003⁴ para evitar el abandono de las tierras agrarias y garantizar su productividad y valor ambiental⁵, marco comunitario que se consolidó en 2009⁶ y que en 2013 fue objeto de un enfoque más global e integrado⁷. Las consecuencias previstas en dicha normativa para los supuestos de vulneración de las normas, constatado el incumplimiento por parte del agricultor de las condiciones requeridas para recibir la ayuda de acuerdo con lo previsto en el Reglamento, se concretaban en la reducción y la exclusión del pago o de parte del mismo que se hubiere otorgado.

El nuevo sistema aplicable a partir de 2023 va a descansar en las previsiones contenidas en dos Reglamentos (UE), el 2021/2115, relativo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER)⁸ y el Reglamento 2021/2116⁹, ambos del 2 de

³ A. Bueno Armijo (2011: 100).

⁴ Reglamento (CE) 1783/2003 del Consejo, de 29 de septiembre, que modifica el Reglamento (CE) 1257/1999 sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de orientación y Garantía Agrícola (FEOGA).

⁵ M. T. Cantó López (2004).

⁶ Por el derogado Reglamento (CE) 73/2009 del Consejo, de 19 de enero.

⁷ Se distingue un «pago verde» (de componente ecológico), del «pago básico» y del resto de pagos específicos que sustituyen a los pagos únicos y revinculan los instrumentos con sus objetivos específicos [Reglamentos (UE) 1303 a 1308/2013].

⁸ Por el que se establecen normas en relación con la ayuda a los planes estratégicos que deben elaborar los Estados miembros en el marco de la política agrícola común, financiada con cargo al Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (FEADER) y por el que se derogan los Reglamentos (UE) 305/2013 y (UE) 1307/2013 [que deroga el Reglamento (UE) 1305/2013 con efecto a partir del 1 de enero de 2023].

⁹ Sobre la financiación, la gestión y el seguimiento de la política agrícola común y por el que se deroga el Reglamento (UE) 1306/2013.

diciembre de 2021. El Reglamento (UE) 2021/2115, se apoya en las bases instauradas por su predecesor (de aplicación hasta 2022¹⁰), a las que añade una vinculación más intensa entre el cobro íntegro de las ayudas de la PAC y el cumplimiento de una normativa básica en materia medioambiental, de cambio climático, salud pública, sanidad vegetal y bienestar animal. Se trata de una lista de requisitos legales y de gestión y de normas en materia de buenas condiciones agrarias y medioambientales conocidas como normas BCAM¹¹. Su contenido se completa por el Reglamento (UE) 2021/2116 que lo apuntala, al presentarlo como indispensable para garantizar que los pagos promuevan un alto grado de sostenibilidad y de igualdad de condiciones de los agricultores tanto dentro de la Unión como en el seno de cada Estado miembro.

Su eficacia exige una actividad de control del cumplimiento de las condiciones y, en caso de necesidad, aplicar sanciones, además de adoptar a escala comunitaria determinadas normas generales sobre la condicionalidad y sobre los controles y sanciones aplicables. Serán los Estados miembros quienes deberán establecer las particularidades en materia de sanciones, y garantizar que la aplicación y cálculo de las mismas por incumplimiento de la condicionalidad en cada caso¹² atienda a los requisitos de proporcionalidad, efectividad y carácter disuasorio.

El refuerzo del sistema de condicionalidad también se manifiesta en la forma en que se consideran los elementos de carácter social dirigidos a proteger las condiciones de trabajo y empleo y las normas laborales aplicables. El Reglamento (CE) 1257/1999 del Consejo de 17 de mayo de 1999 sobre la ayuda al desarrollo rural a cargo del Fondo Europeo de orientación y Garantía Agrícola (FEOGA) ya previó este aspecto en su art. 2 como posible objeto de las ayudas a las actividades agrarias. Lo destacable ahora es que el nuevo Reglamento (UE) 2021/2116 introduce los elementos sociales de la PAC en el planteamiento mismo del principio de condicionalidad, junto a los medioambientales y climáticos, los referidos a la sanidad y al bienestar animal, y no como una de las posibles circunstancias a considerar en la concesión de la ayuda. En su capítulo V se regula, así, un sistema *ad hoc* de control y sanciones administrativas en relación con la condicionalidad social, que viene a completar el sistema previsto en el capítulo IV aplicable a la condicionalidad de carácter general. En resumen, se distinguen, de un lado, las obligaciones

¹⁰ El marco comunitario inicial se completó con las Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020, cuya vigencia se prorrogó debido a las necesidades de adaptación sobrevenidas fruto de las consecuencias económicas y financieras del COVID-19.

¹¹ Lista de requisitos y de normas que se previeron en el Anexo III del Reglamento (UE) 1306/2013 de 17 de diciembre de 2013, sobre la financiación, gestión y seguimiento de la Política Agrícola Común.

¹² Apdo. 68 del Reglamento (UE) 2021/2116, de 2 de diciembre de 2021.

previstas en el Reglamento (UE) 2021/2115, en cuyo art. 12.1 se enmarca la aplicación de principio de condicionalidad a los siguientes ámbitos específicos: a) el clima y el medio ambiente, incluidos el agua, el suelo y la biodiversidad de ecosistemas; b) la salud pública y fitosanitaria; y c) el bienestar animal¹³. Y, de otro lado, se prevé un sistema de control y sancionador específico solo para las obligaciones introducidas en el art. 14 relativo a las condiciones de trabajo y empleo aplicables, y referidas a dos ámbitos específicos, el empleo y la salud y seguridad¹⁴.

También se observan novedades en relación con las antes mencionadas normas BCAM que deben cumplir los agricultores que soliciten ayudas de la PAC, y que junto a los Requisitos Legales de Gestión y los Requisitos Mínimos de Utilización de Abonos y Fitosanitarios constituyen las partes en las que cabe articular la condicionalidad. Se refuerza, por tanto, el marco de las normas BCAM en virtud de la ecologización de los pagos directos, la mitigación del cambio climático y la necesidad de mejorar la sostenibilidad de explotaciones y su contribución a la biodiversidad. Su aplicación requerirá que los Estados miembros, teniendo en cuenta las características específicas de las superficies de que se trate, aprueben una norma adicional para cada una de las ya fijadas en el ámbito de la Unión, que permitan mejorar los resultados medioambientales y climáticos¹⁵.

3. LA CONECTIVIDAD ECOLÓGICA EN EL SISTEMA AGRARIO COMO PARTE DE LA ECO-CONDICIONALIDAD

Las exigencias para afrontar la fragmentación de los ecosistemas y su recuperación derivadas de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, sobre el Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB), llevaron a distinguir inicialmente un listado de elementos indispensables a considerar por la Estrategia estatal de infraestructura verde (ENIVCRE¹⁶) para garantizar la conectividad ecológica y la restauración del territorio. La LPNB introdujo en ese repertorio, entre otros, los ya mencionados sistemas de alto valor natural originados como consecuencia de las buenas prácticas aplicadas por los diferentes sectores económicos. Es así como los espacios sujetos a actividades agrarias protectoras

¹³ Art. 83.1 del Reglamento (UE) 2021/2116.

¹⁴ En materia de empleo la normativa aplicable es la contenida y derivada de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, y, en relación con la seguridad, el marco normativo se concreta en la Directiva 83/391/CEE sobre salud y seguridad en el trabajo.

¹⁵ Arts. 9 y 13 del Reglamento (UE) 2021/2115.

¹⁶ Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, por la que se aprueba la Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas.

de la biodiversidad se presentan como una de las categorías que resulta del ejercicio de concreción que en 2021 ha realizado la ENIVCRE (Anexo III).

Son cinco los espacios susceptibles de cumplir dicho requisito: las parcelas agrícolas sujetas a figuras de la PAC relacionadas con el objetivo de la intensificación del cuidado del medio ambiente, las áreas agrarias y forestales de alto valor natural, los espacios sujetos a Contratos Territoriales Agrarios, las áreas incluidas en Planes de razas autóctonas ganaderas, y las Zonas de protección establecidas en el contexto de la Gestión Integrada de Plagas. Si bien la infraestructura verde como tal no aparece mencionada en la PAC, los pilares sobre los que se asienta ofrecen un conjunto de instrumentos para abordar la gestión sostenible de los recursos naturales y la acción climática que, a su vez, pueden contribuir a la infraestructura verde en función de su diseño y aplicación.

Por lo que respecta a su funcionalidad como parte de la infraestructura verde, los sistemas y áreas cuyo valor natural es consecuencia de las prácticas agrarias sostenibles y los sistemas agrarios de alto valor natural contemplados en la reglamentación europea de la PAC, componen lo que se conoce como «áreas núcleo» de la Infraestructura Verde¹⁷, caracterizadas bien por contar con una biodiversidad que tiene una importancia prioritaria o bien por tratarse de terrenos que, aunque no se encuentren legalmente protegidos, se consideran importantes para garantizar la continuidad ecológica.

El sector agrario se ve concernido en esta tarea de dos formas distintas; indirectamente, cuando se actúa sobre la agricultura con el propósito de que incida en la restauración ecológica de los montes y, directamente, en la medida en que las actuaciones de restauración ecológica se diseñan expresamente en beneficio del sistema agrario. Bajo esta segunda modalidad se encuentran, entre otras, las medidas dirigidas a implantar buenas prácticas agrícolas, las estrategias de compartir la tierra bajo criterios de agricultura sostenible y de separar aquella destinada a la agricultura de la dedicada a la conservación, las restauraciones que busquen el cumplimiento de los objetivos medioambientales de la PAC bajo criterios de conectividad paisajística, implantar de forma generalizada una Infraestructura Verde que se valga de elementos lineales presentes en el paisaje¹⁸, o impulsar la trashumancia de razas autóctonas mediante la protección, recuperación y restauración de las vías pecuarias y su incorporación a la Infraestructura Verde.

¹⁷ Los elementos que conforman la infraestructura verde por su funcionalidad son, además de las áreas núcleo, los corredores ecológicos, otros elementos multifuncionales, las áreas de amortiguación y los elementos urbanos verdes.

¹⁸ La plantación de setos o cercas vivas, la restauración de la vegetación natural de los sistemas de riberas y la revegetación de los márgenes de la red de infraestructura viaria, serán las principales formas de llevar a cabo la restauración.

Las zonas agrarias de alto valor natural se califican como elementos del paisaje que cumplen la función de corredores ecológicos y constituyen una realidad necesitada de ser estudiada y extendida a otras zonas del territorio. Este propósito deberá llevarse a cabo mediante el cumplimiento de una de las líneas de actuación, la dirigida a integrar la infraestructura verde en los instrumentos estratégicos, en la planificación y en la gestión del sector agropecuario y de desarrollo rural. Una de las medidas que se proponen para materializar dicha integración es, precisamente, que los programas sobre áreas agrarias de alto valor natural incluyan incentivos para el mantenimiento de sistemas extensivos de producción agrícola y ganadera que garanticen la conservación de paisajes agrarios complejos con elevados niveles de biodiversidad. El conjunto de fincas que realicen prácticas agrarias o forestales consideradas extensivas por no sobreexplotar la fertilidad del suelo con productos químicos o sistemas de riego y aprovechar las condiciones y recursos naturales de cada lugar, constituyen los denominados sistemas agrarios de alto valor natural que, como sabemos, también se contemplan en la reglamentación europea de la PAC.

Tampoco la normativa sobre desarrollo sostenible del medio rural contiene referencias a la conectividad ecológica, pero el cambio de perspectiva en las políticas públicas de los últimos años es evidente, especialmente, tras constatar los problemas derivados de un agrarismo deficitario por su visión reduccionista. La Ley 45/2007 para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural quiso ofrecer una visión integral en la que se previó la regulación y fomento de la suscripción de contratos territoriales de zona rural como técnica para contribuir a promover el mantenimiento y la mejora de una actividad agrícola, ganadera y forestal suficiente y compatible con un desarrollo sostenible del medio rural (art. 16.2). Creados como instrumento de apoyo a las políticas de desarrollo rural sostenible, la finalidad general de los contratos territoriales es incentivar las actividades agrarias¹⁹, conformando un marco contractual en virtud del cual los titulares de las explotaciones asumen desarrollar un modelo que genere externalidades positivas con vistas al interés público y participación de la Administración, al margen del interés o beneficio que puedan suponer para la propia explotación²⁰.

Este objetivo general de fomentar la mejora significativa de los aspectos económico, social o ambiental que describen la sostenibilidad del territorio, se desglosa en una serie de finalidades específicas, la mayoría de ellas coincidentes y coherentes con las previsiones en materia de conectividad ecológica previstas en la ENIVCRE²¹.

¹⁹ B. Lozano Cutanda y J. M. Rabadé Blanco (2013: 350).

²⁰ Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural (art. 2.1).

²¹ Descritas en el art. 3.3 del Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regula el contrato territorial como instrumento para promover el desarrollo sostenible del medio rural.

4. LA SUBVENCIÓN DE LA CONECTIVIDAD ECOLÓGICA EN LA AGRICULTURA DESDE OTROS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN

A las posibilidades ofrecidas por los programas directamente referidos a la agricultura y al desarrollo rural, se unen las oportunidades de subvención que se derivan del actual marco financiero plurianual de la UE correspondiente a los años 2021-2027, y que pueden clasificarse en atención a los siguientes campos de actuación de cada fondo o programa.

Desde la perspectiva de *la mejora medioambiental y a la acción climática*, se encuentra el programa LIFE²², el Fondo de Innovación²³ y el Fondo de Modernización²⁴. El primero trata de fomentar soluciones innovadoras que contribuyan a mejorar la sostenibilidad, en particular, para el desarrollo de prácticas agrícolas sostenibles relacionadas con los ámbitos del clima, el agua, el suelo, la biodiversidad y los residuos. Destacan los proyectos integrados LIFE por permitir que los Estados miembros hagan uso de otras formas de financiación de la UE, entre las que se encuentra el uso de fondos agrícolas²⁵. El Fondo de Innovación apoya proyectos que demuestren contar con tecnologías, procesos o productos altamente innovadores, que sean lo suficientemente maduros y tengan un potencial significativo para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, y el de Modernización fomenta la generación y uso de energía a partir de fuentes renovables, o la eficiencia energética.

Si atendemos en particular a *la inversión y la innovación*, cabe destacar el lanzamiento en 2021 del Programa InvestEU que combina en un solo instrumento trece mecanismos financieros de la UE gestionados de forma centralizada y el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE). Entre las áreas elegibles para operaciones de financiamiento e inversión de este programa, se encuentran la agricultura sostenible y la restauración de los ecosistemas y sus servicios, en particular, mediante proyectos de infraestructura verde. En esta misma línea se sitúa el programa Horizonte Europa²⁶ que contempla los recursos naturales, la agricultura y el medio ambiente como ámbitos de intervención reforzada y uno de los bloques en cuyo seno se llevan a cabo las actividades de I+i, únicas destinatarias de la financiación. Su Pilar II, Clúster 6, se centra

²² Reglamento (UE) 2021/783, de 29 de abril de 2021 por el que se establece un Programa de Medio Ambiente y Acción por el Clima.

²³ Reglamento Delegado (UE) 2019/856 de la Comisión, de 26 de febrero de 2019, por el que se completa la Directiva 2003/87/CE en lo que respecta al funcionamiento del Fondo de Innovación.

²⁴ Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1001 de la Comisión, de 9 de julio de 2020.

²⁵ El mejor exponente actual de este primer instrumento es el proyecto danés *BioScape – Improving Biodiversity in the landScape*.

²⁶ Reglamento (UE) 2021/695, de 28 de abril, de 2021.

en acelerar la transición de los sistemas de explotación agrícola y en la recuperación de la biodiversidad. Los resultados de la investigación y de las soluciones innovadoras deberán implantarse con el apoyo de otros programas, en virtud de sinergias con el FEAGA y FEADER en el marco de la PAC.

El *desarrollo regional* es, sin duda, uno de los campos de actuación a los que prestar especial atención si se atiende al número de instrumentos de financiación disponibles para nuestro objetivo, como es el caso del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) que junto al Fondo de Cohesión apoyan mejorar la protección y preservación de la biodiversidad y la infraestructura verde desde la perspectiva de reducir las disparidades entre los niveles de desarrollo de las distintas regiones de la Unión. Esta cohesión debe practicarse en un marco en el que se fomente la cooperación territorial europea, objetivo también de los programas Interreg, comprometidos con el apoyo a actividades que respeten los niveles de protección climáticos y medioambientales.

El recientemente creado Fondo Social Europeo Plus (FSE+) está pensado, asimismo, para contribuir a una Europa más verde mediante el impulso de nuevos empleos en sectores relacionados la transición ecológica. Igual de innovador es, por último, el Fondo de Transición Justa, aprobado en apoyo a los territorios más afectados por las desigualdades en el contexto del Pacto Verde Europeo, y con la finalidad de contribuir a un único objetivo específico, permitir que las regiones aborden los impactos medioambientales derivados de una transición hacia los objetivos previstos para 2050, sobre la base del Acuerdo de París. Entre sus objetos de financiación se contempla, precisamente, la renaturalización de sitios, el desarrollo de infraestructura verde y la gestión del agua como parte de proyectos de restauración de tierras²⁷.

Esta aproximación a la nueva política de financiación europea relacionada con las virtualidades medioambientales de la agricultura, en concreto, como actividad imprescindible para cubrir las necesidades de conectividad ecológica, muestra, en conclusión, el panorama actual que viene a completar el dibujado en 2020 por los fondos *Next Generation* con nuevas posibilidades y con las sinergias derivadas de la aplicación conjunta de los instrumentos analizados.

BIBLIOGRAFÍA

- Bueno Armijo, A. (2011): *Reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 100 y ss.
- Cantó López, M.^a T. (2004): *Ordenación ambiental de la agricultura (Ayudas condicionadas y técnicas de mercado)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 470 pp.

²⁷ Reglamentos (UE) 2021/523, 695, 1058, 1059, 1057 y 1056, respectivamente.

Lozano Cutanda, B. y Rábade Blanco, J. M.^a (2013): «El pago por servicios ambientales para el desarrollo sostenible del medio rural: los contratos territoriales», en Sanz Larruga, F. J., García Pérez, M. y Pernás García, J. J. (dirs.), *Libre mercado y protección ambiental: intervención y ordenación ambiental de las actividades económicas*, Madrid, INAP, pp. 337-357.

Ruiz Torres, M. J.: «La adopción de servicios ecosistémicos del olivar, una prioridad para el sector productor», en *Vida rural*, núm. 513, pp. 50-56.

EL PROGRAMA ESTATAL DE AYUDAS PARA LA IMPLANTACIÓN DE ZONAS DE BAJAS EMISIONES

Antonio Fortes Martín

SUMARIO: 1. La descarbonización en la senda de la recuperación. 2. La descarbonización a escena a través de las zonas de bajas emisiones. 3. El paquete estatal de ayudas para la implantación de zonas de bajas emisiones. 4. La ejecución de las ayudas al establecimiento de zonas de bajas emisiones. Bibliografía.

RESUMEN: Esta contribución ofrece un análisis crítico del programa estatal de ayudas para la implantación de zonas de bajas emisiones. A las dificultades iniciales para acceder a una de estas ayudas y la incertidumbre de conseguir ejecutar en plazo la actuación comprometida se le suma, en el marco del Plan de recuperación y los fondos *EU Next Generation*, un férreo y novedoso control que trasciende el régimen normativo tradicional en materia de subvenciones y obliga a las entidades locales a un desempeño y pericia mayúsculos.

PALABRAS CLAVE: subvención; ayudas; plan de recuperación; entidades locales; descarbonización.

ABSTRACT: This paper offers a critical analysis of the state aid program for the implementation of low-emission zones. To the initial difficulties in accessing one of these aids and the uncertainty of being able to execute the action on time is added, within the framework of the Recovery Plan and the EU Next Generation funds, a strong and innovative control that goes beyond the traditional regulatory regime on subsidies and forces local authorities to a major performance and expertise.

KEY WORDS: *subvention; aids; recovery plan; local authorities; decarbonization.*

1. LA DESCARBONIZACIÓN EN LA SENDA DE LA RECUPERACIÓN

La crisis ocasionada por la COVID-19 ha traído consigo la mayor movilización de recursos en la historia de la UE con el objetivo inmediato de iniciar la recuperación de las economías y los sistemas productivos de los Estados miembros.

El Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MERR) pone a disposición de los Estados miembros apoyo a través de transferencias directas y préstamos para incrementar las inversiones públicas y acometer reformas tendentes a abordar los principales retos económicos y sociales en la etapa post-COVID. El art. 17 del Reglamento (UE) 2021/2014, de 12 de febrero, por el que se establece el MERR insta a los Estados miembros a elaborar planes nacionales de recuperación y resiliencia para alcanzar los objetivos del art. 4. En el caso concreto de nuestro país, el Gobierno aprobó el 27 de abril de 2021 el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia «España Puede» (PRTR¹). Plan que tiene, a modo de «llave» jurídica para posibilitar su ejecución, el RD-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PRTR².

El PRTR persigue la movilización de fondos económicos priorizando la inversión en proyectos maduros y con un fuerte potencial tractor a través de subvenciones a fondo perdido a favor de entidades públicas, privadas y particulares. Las medidas que recoge el PRTR cumplen con los seis pilares establecidos por el MERR y se articulan alrededor de cuatro ejes principales a los que se condiciona la ayuda financiera, entre ellos la transición ecológica. Estos cuatro ejes de trabajo se desarrollan, a su vez, en diez políticas palanca de entre las que nos ocupa ahora la relativa a la agenda urbana y rural y lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura. A su vez, esta política palanca integra diversos componentes o líneas de acción. Concretamente, la Componente 1 descansa en el plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos donde, entre otros, se encuentra el objetivo de impulsar la descarbonización de la movilidad urbana mediante la implantación de zonas de bajas emisiones (en adelante ZBE).

¹ *Vid.* <<https://planderecuperacion.gob.es>>. Cfr. Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, de 29 de abril de 2021, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, por el que se aprueba el PRTR.

² *Vid.* entre los trabajos publicados sobre este concreto particular, J. M.^a Baño León (2021) y M.^a A. Salvador Armendáriz (2021a y 2021b). Posteriormente, cfr. también R. Rivero Ortega (2021), M.^a C. Campos Acuña (2021), J. J. Rastrollo Suárez (2021), M. A Bernal Blay y G. Navarro Molinés (2021) y J. Pintos Santiago (2022)

2. LA DESCARBONIZACIÓN A ESCENA A TRAVÉS DE LAS ZONAS DE BAJAS EMISIONES

La aprobación de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (LCCTE³) ha traído consigo el reto efectivo de la descarbonización. El art. 14.3 LCCTE impone a los municipios de más de 50.000 habitantes⁴ (así como a los territorios insulares) la adopción, antes de 2023, de planes de movilidad urbana sostenible (PMUS) comprensivos de medidas de mitigación de las emisiones derivadas de la movilidad. Y entre esas medidas de mitigación se encuentra «el establecimiento de zonas de bajas emisiones antes de 2023» como áreas dentro de las ciudades donde se aplican restricciones de acceso, circulación y estacionamiento de vehículos para mejorar la calidad del aire y mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero.

Según el INE, y a partir de los datos del Registro de Entidades Locales, de los 8.131 municipios de nuestro país 148 de ellos cuentan con una población superior a 50.000 habitantes lo que atestigua que la obligación de contar con un PMUS y la implantación de ZBE afecta a un porcentaje residual del 1.82% de la realidad municipal. Sin duda, se trata de un dato muy pobre⁵ si lo que se pretende es impactar con una profunda descarbonización en el conjunto del territorio nacional. Ahora bien, detrás de esta decisión del legislador de situar el foco en los municipios de más de 50.000 habitantes, aparte la razón sustantiva de tratarse de municipios que vienen obligados a prestar el servicio de transporte colectivo urbano de pasajeros⁶, se encuentra una justificación económica y/o presupuestaria. Es así como la obligación de establecer PMUS e implantar ZBE a los municipios de más de 50.000 habitantes ha venido acompañada de un «colchón» financiero⁷ en forma de ayudas. Porque a nadie se le escapa que la

³ Para un estudio completo de la LCCTE remitimos a la obra colectiva coordinada por J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz (2022).

⁴ El umbral poblacional de los 50.000 habitantes no es un valor absoluto comoquiera que el párrafo segundo del art. 14.3 LCCTE abre la posibilidad a que la exigencia también se imponga a los municipios de más de 20.000 habitantes «cuando se superen los valores límite de los contaminantes regulados en el RD 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire».

⁵ De los 148 municipios sólo 19 de ellos han acreditado estar en condiciones de cumplir con la obligación de instaurar ZBE a partir del 1 de enero de 2023, esto es, el 13%, lo que representa únicamente el 0.23% del total de los municipios afectados por la obligación.

⁶ Conforme al art. 26.1.d) de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

⁷ La planificación de la movilidad sostenible se ha venido fomentando vía condicionamiento financiero hasta el punto que el legislador estatal (art. 102 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible) ya supeditaba la concesión de cualquier ayuda o subvención a las Administraciones autonómicas o locales con destino al transporte público urbano o metropolitano, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (DA 84.^a de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre de PGE para el año 2023), a la disponibilidad de un PMUS previamente aprobado. También ahora la Orden TMA/ 892/2021, de 17 de agosto, obliga (art. 5.4) a las entidades lo-

movilidad cuesta dinero y, en los últimos tiempos, está conduciendo a los municipios a un *sudoku* presupuestario para que las cuentas cuadren.

3. EL PAQUETE ESTATAL DE AYUDAS PARA LA IMPLANTACIÓN DE ZONAS DE BAJAS EMISIONES

El «golpe» financiero que para muchos municipios puede suponer la implantación obligatoria de ZBE se ha intentado amortiguar por el Gobierno de la Nación, vía fondos *EU Next Generation*, a través de un programa específico de ayudas como parte de la inversión de la Componente 1 del PRTR. Este paquete de ayudas aparece regulado por la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto⁸. El objeto de la Orden TMA/892/2021 es establecer las bases reguladoras y primera convocatoria pública para la concesión de subvenciones nominativas a entidades locales destinadas a la financiación de actuaciones⁹ para la implantación de ZBE y la transformación del transporte urbano y metropolitano a través de un procedimiento ajustado a los principios del art. 8.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS).

Pese al bienintencionado propósito de contribuir al sostenimiento financiero de los municipios que se ven obligados a soportar la carga de instaurar ZBE, el paquete de ayudas nace adoleciendo de una serie de mínimas certezas. En este sentido, no deja de resultar sorprendente que antes de conocerse el régimen jurídico acabado de las ZBE se hayan aprobado las ayudas para su establecimiento. De forma que la implantación de las ZBE se ha venido produciendo «un tanto a ciegas¹⁰» por parte de las entidades locales comoquiera que el reglamento regulador de las ZBE se ha aprobado a escasos días de hacerse obligatorio el cumplimiento del mandato del art. 14.3 LCCTE¹¹.

cales potencialmente beneficiarias de una ayuda para la implantación de ZBE a tener aprobado y vigente un PMUS al tiempo de presentar su solicitud.

⁸ Modificada por la Orden TMA/354/2022, de 25 de abril y la Orden TMA/1012/2022, de 20 de octubre.

⁹ El programa de ayudas se estructura en cuatro líneas de actuación la primera de las cuales aparece representada por las actuaciones de implementación de ZBE. El listado completo y detallado de actuaciones potencialmente subvencionables se recoge en el art. 34 de la Orden TMA/892/2021.

¹⁰ Con el fin de posibilitar el desarrollo de las ZBE, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico ha elaborado, en colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias, unas Directrices para la creación de ZBE que se hicieron públicas en noviembre de 2021. Estas directrices se han convertido en el documento guía para la instauración de las ZBE hasta la aprobación del Reglamento que fija homogéneamente los requisitos mínimos que deben cumplir todas las ZBE.

¹¹ *Vid.* RD 1052/2022, de 27 de diciembre, por el que se regulan las ZBE cuya DF 4.^a dispone que entra en vigor el día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el 29 de diciembre de 2022.

Por otra parte, se ha pergeñado un paquete de ayudas que se dirige a posibilitar la implantación de ZBE con una provisión de 1.500 millones de euros¹² y que toma por igual la realidad de todos los municipios de más de 50.000 habitantes (y territorios insulares) sin discriminar la situación completamente distinta de los municipios que alcanzan por poco¹³ esa cifra —y que pueden presentar más dificultades— que la que tienen, por contra, las capitales de provincia o las seis principales ciudades del país.

A partir de su definición inicial, la ulterior puesta en marcha de las ayudas a las ZBE no ha podido ser más accidentada demostrándose con ello que la consecución de la descarbonización no es tan sólo una cuestión de voluntad sino también de tiempo y, sobre todo, de dinero. Porque una vez hecho público el anuncio¹⁴ de la Resolución Provisional de la Secretaría General de Transportes y Movilidad de concesión de las ayudas de la primera convocatoria se revela que no hay ayudas para todas las solicitudes por existir un remanente de crédito insuficiente¹⁵. Esta falta de remanente de crédito sumado a la dilación en la adjudicación de las ayudas a las solicitudes en reserva, tras las renunciaciones producidas, ha provocado la demora en la publicación de la Resolución definitiva de adjudicación. Esta circunstancia dificulta que las entidades beneficiarias puedan cumplir el primer hito de gestión establecido en el art. 39.2 de la convocatoria a la hora de certificar el inicio de los procesos de licitación de las actuaciones objeto de subvención antes del 30 de abril de 2022 lo que ha obligado al Gobierno a flexibilizar¹⁶ el plazo inicialmente fijado.

¹² La cuantía total máxima de las ayudas en el marco de la primera convocatoria es de 1.000 millones de euros con cargo a las anualidades 2022 y 2023 y de 500 millones de euros en la segunda convocatoria de 2024.

¹³ Tampoco se discrimina la realidad de aquellos municipios que no llegan a los 50.000 habitantes pero que cuentan con más de 20.000, disponen de un servicio de transporte público colectivo urbano, un PMUS aprobado y que, por todas las anteriores razones, también pueden ser beneficiarios de las ayudas conforme a la Orden TMA/892/2021.

¹⁴ Ese anuncio, de fecha 23 de febrero de 2022, declaró admitidas al procedimiento de revisión y evaluación un total de 262 solicitudes, anulando otras 8 solicitudes adicionales por petición expresa de las entidades interesadas. Finalmente, y tras una serie de inadmisiones por incumplimiento de los requisitos de elegibilidad, así como por no superarse los umbrales mínimos de puntuación requeridos en cada fase de valoración, un total de 179 solicitudes (que representan 656 actuaciones) cuentan con subvención aprobada.

¹⁵ La Orden TMA, de 20 de mayo de 2022, por la que se conceden las ayudas a municipios en la primera convocatoria deja fuera y desestima 50 solicitudes (Anexo III) por agotamiento del crédito disponible.

¹⁶ Modificando la Orden TMA/892/2021, de 17 de agosto por la Orden TMA/354/2022, de 21 de abril.

4. LA EJECUCIÓN DE LAS AYUDAS AL ESTABLECIMIENTO DE ZONAS DE BAJAS EMISIONES

Aparte ahora el incumplimiento en el que han incurrido la mayor parte de los municipios —por no contar, antes de 2023¹⁷, con una ZBE operativa— cabe centrarnos en la situación de aquellos otros municipios solicitantes y/o beneficiarios de las ayudas. Porque a la de por sí compleja gestión diaria de la realidad local en municipios con un volumen poblacional considerable se le suma una nueva dificultad (urbanística y ambiental) en forma de implantación forzada y «a toda prisa» de ZBE. Ello, además, en un contexto inédito hasta ahora para una Administración local que, pese a las reformas normativas emprendidas por el RD-Ley 36/2020, no goza aún de toda la flexibilidad, agilidad y capacidad de respuesta que demandan las problemáticas ciudadanas en un escenario de emergencia climática. Sin duda, ser beneficiario de una de estas ayudas constituye un importante espaldarazo y logro político ante el elevado coste que supone acomodar la movilidad y la reordenación urbanística del tráfico rodado de toda una ciudad. Pero tampoco puede perderse de vista el coste procedimental o burocrático al que tienen que hacer frente las entidades locales beneficiarias donde las exigencias habituales de los programas de subvención se han visto acentuadas considerablemente por encontrarnos ante un tipo de ayudas soportadas por los fondos *EU Next Generation*. Estar en disposición de recibir un montante económico de forma rápida y efectiva «se paga» a costa de verse involucrado en una espiral administrativa de preparativos y justificaciones sin parangón hasta ahora en la LGS. De entrada, las entidades locales solicitantes de ayuda se ven compelidas a cumplir íntegramente con unos estrictos requisitos en sus actuaciones presentadas (art. 5.1 de la Orden TMA/892/2021). A ello se suma que la actuación cuya subvención se solicita ha de ser «suficientemente madura¹⁸» y «solvente técnica y financieramente» lo que a su vez introduce grandes incógnitas y siembra de dudas la decisión de las entidades locales para dar el paso y presentar sus actuaciones.

¹⁷ La Orden TMA/892/2021 enfatiza que, de cara a contribuir a los objetivos finales del PRTR y garantizar el efecto transformador en la economía «con la mayor prontitud posible», las actuaciones a financiar deben ser lo suficientemente maduras y solventes técnica y financieramente como para que puedan estar efectivamente implantadas y en funcionamiento «antes de diciembre de 2024» y puedan cumplir todos los hitos y objetivos establecidos para el uso de los fondos europeos. Cabe constatar así un evidente desacoplamiento temporal entre la obligación sustantiva de la LCCTE (antes de 2023) y la fórmula subvencional de la Orden TMA/892/2021 que toma el 2023 como simple punto de partida financiero y no como fecha límite infranqueable.

¹⁸ La propia Orden TMA/892/2021 reconoce «la necesidad de que las solicitudes de ayudas se refieran a actuaciones con alto grado de madurez que permita su ejecución en los plazos ajustados del Plan de Recuperación». De hecho, el art. 12.1.a) relativo a los criterios de valoración detalla que la madurez de la actuación se puntúa con 40 de los 75 puntos totales teniendo en cuenta el estado de preparación de las actuaciones propuestas y la disposición a iniciar la ejecución de las actuaciones lo antes posible y concluir las de manera exitosa en el plazo previsto.

A mayor abundamiento, y superado este primer filtro, una vez obtenida la ayuda recaen sobre las entidades beneficiarias, además de las obligaciones generales del art. 14 LGS y las contenidas en las bases reguladoras, las recogidas en el art. 19 de la Orden TMA/892/2021. El resultado último es un férreo escrutinio ante el obligado cumplimiento de los mecanismos reforzados de evaluación de proyectos, de control de ejecución y de rendición de cuentas de un régimen subvencional claramente «blindado» respecto de la LGS. Régimen que, por razón de su inserción en el MERR, no responde cabal y miméticamente a los presupuestos tradicionales de la LGS y, por superposición, presenta una justificación (art. 23) y control (art. 24) mucho más exigente para el que muchas entidades locales no cuentan con la suficiente *expertise* y a las que, a buen seguro, lesogerá «con el pie cambiado».

Por si fuera poco lo anterior, como el programa de ayudas está financiado con cargo a los fondos *EU Next Generation*, todas las actuaciones subvencionadas deben cumplir, además de con el RD-Ley 36/2020, con lo dispuesto por la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre y por la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre. La ejecución del MERR, a través del PRTR, obliga a los Estados miembros a establecer un sistema de control interno eficaz y eficiente lo que ha provocado diversas adaptaciones de los mecanismos clásicos de control, basados principalmente en la certificación del gasto, para pasar a sustentarse en sistemas de información de gestión y seguimiento así como, constituyendo la principal novedad, en el cumplimiento de ciertos hitos y objetivos según la Decisión de Implementación del Consejo (arts. 11 y 3 de la Orden HFP/1030/2021). Porque, con independencia de la flexibilización en los plazos de licitación, sigue manteniéndose la obligatoriedad del cumplimiento de los hitos de adjudicación y objetivos de terminación establecidos en el art. 39 de la convocatoria para cada una de las actuaciones financiadas¹⁹. De modo que es causa de pérdida de la subvención y obligación de reintegro de las cuantías percibidas el incumplimiento en los hitos en cuanto a obligaciones de licitación, adjudicación o terminación de las actuaciones cuando no se pueda garantizar el cumplimiento de los objetivos globales comprometidos para la Com-

¹⁹ Las entidades beneficiarias deben certificar haber adjudicado al menos el 60% de la subvención concedida antes de la conclusión de noviembre de 2022 sin perjuicio de la finalización de todas las actuaciones dentro del plazo establecido en la convocatoria (hasta diciembre de 2024 prorrogable de manera extraordinaria hasta un máximo de un año adicional más). De lo contrario se les penaliza aplicando una reducción del 5% en el importe del pago anticipado correspondiente a la anualidad 2023 por cada mes de retraso o fracción respecto a dicha fecha hasta que se acredite que se ha adjudicado el importe mínimo, siendo la subvención concedida reducida en una cuantía equivalente al importe detruido de este pago anticipado. No obstante lo anterior, el incumplimiento de este hito en la fecha original puede conllevar la pérdida de la subvención y la obligación de reintegro de las cantidades ya percibidas, al menos cuando el incumplimiento impida el retorno de fondos europeos al Tesoro, de conformidad con lo establecido en el art. 25.5 de la Orden TMA/892/2021.

ponente 1 del PRTR. Este régimen de ayudas, acomodado a los postulados europeos del MERR, obliga a la instauración de nuevos mecanismos internos de control relacionados con la utilización de los fondos lo que conduce a la implantación obligatoria de un Plan de medidas antifraude por parte de todas las entidades locales beneficiarias (art. 6 de la Orden HFP/1030/2021). A ello se suma, además, la puesta en escena de nuevos compromisos y la necesidad de justificar las ayudas recibidas de forma extremadamente rigurosa (arts. 23 y 40 de la Orden TMA/892/2021).

Por último, el hándicap de las penalizaciones que, a buen seguro, llegarán y a las que se verán expuestas muchas entidades locales por los posibles retrasos no sólo en la fecha de entrada en funcionamiento de las ZBE sino en la certificación de la adjudicación de la subvención concedida. A lo que se suma la amenaza del reintegro de la totalidad de la ayuda en caso de un eventual incumplimiento que se puede producir, no tanto por el hecho de que, a fecha 1 de enero de 2023, no haya ninguna ZBE implantada, como por no mantener operativa una ZBE durante al menos cinco años desde su puesta en funcionamiento (art. 5 de la Orden TMA/892/2021). Con todo, no se trata de llegar a tiempo y cumplir con la ejecución y justificación de la ayuda, así sin más, implantando las ZBE y, a partir de entonces, «olvidarse del asunto». La letra pequeña del programa de ayudas obliga a los gobiernos locales a un «salto sin red» trasladándoles una auténtica «patata caliente» a la hora de apuntalar presupuestariamente y sostener en el tiempo una actuación altamente costosa y para la cual se ha de acreditar que se dispone, por sí mismo y con medios propios, de los recursos técnicos y financieros necesarios. Esto mismo explica que el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible arbitre una suerte de «desahogo financiero» al prever la creación de la tasa por aprovechamiento especial de la ZBE²⁰. Pese a que el Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible justifica la creación de esta nueva tasa en «la ampliación del catálogo de medidas que los municipios pueden adoptar para garantizar la adecuada calidad del aire en sus términos municipales y minorar las emisiones producidas por los vehículos a motor» sin duda alguna nos encontramos ante una jugosa fuente municipal de ingresos de cara a contribuir, una vez finalizado el programa de ayudas, al sostenimiento económico de las ZBE.

²⁰ La DF 2.ª del Proyecto de Ley estatal de movilidad sostenible procede a la modificación de los arts. 20.3 y 24.1 del RD-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales con el fin de habilitar a los municipios a introducir una tasa por la circulación de vehículos que superen los límites o categorías máximas de libre circulación estipuladas en las ZBE.

BIBLIOGRAFÍA

- Alenza García, J. F. y Mellado Ruiz, L. (coords.) (2022). *Estudios sobre cambio climático y transición energética. Estudios conmemorativos del XXV aniversario del acceso a la cátedra del prof. Iñigo del Guayo*. Madrid: Marcial Pons, 977 p.
- Baño León, J. M.^a (2021). «La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria», en *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, n.º 7, pp. 1-29
- Bernal Blay, M. Á. y Navarro Molinés, G. (eds.) (2021). *Fondos europeos para la recuperación, transformación y resiliencia: ejecución y auditoría*. Zaragoza: Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 367 p.
- Campos Acuña, M.^a C. (dir.) (2021). *La gestión de los Fondos Next Generation: claves de la revolución administrativa*. Madrid: Wolters Kluwer, 740 p.
- Pintos Santiago, J. (dir.) (2022). *El nuevo instrumento next generation EU*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 624 p.
- Rastrollo Suárez, J. J. (dir.) (2021). *Guía para la planificación, gestión y ejecución de los fondos del Plan para la Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 256 p.
- Rivero Ortega, R. (dir.) (2021). *Modernización de la Administración Pública para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: comentarios de urgencia al Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre*. Salamanca: Ratio Legis, 180 p.
- Salvador Armendáriz, M.^a A. (2021a). «Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el Derecho Administrativo», en *Revista catalana de Dret Públic*, n.º 63, pp. 61-80
- (2021b). «El reto de las Administraciones españolas para gestionar los fondos europeos para la recuperación: análisis de urgencia de las reformas iniciadas», en *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 55, pp. 52-87

CLÁUSULAS AMBIENTALES Y SOCIALES EN CONTRATOS Y SUBVENCIONES PÚBLICAS. ¿LÍMITES CONCURRENTES?

Alejandro Román Márquez

SUMARIO: 1. Las cláusulas ambientales y sociales en la contratación pública.
2. El uso de cláusulas ambientales y sociales en las subvenciones públicas.
3. Principios y límites en el uso de cláusulas ambientales y sociales en las subvenciones públicas. Una reflexión acerca de la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y concurrencia. Bibliografía.

RESUMEN: En este breve escrito se pretende dar noticia del proceso, iniciado en los últimos tiempos, de *ambientalización* y *socialización* de las subvenciones públicas mediante el uso de cláusulas ambientales y sociales, culminando con una reflexión acerca de los principios que deben inspirar la actividad subvencional de las Administraciones públicas y sus límites inquebrantables.

PALABRAS CLAVE: cláusulas sociales y ambientales; subvenciones; contratos públicos.

ABSTRACT: This brief paper aims to give notice of the process, begun in recent times, of greening and socialization of public subsidies through the use of environmental and social clauses, culminating with a reflection on the principles that should inspire the subsidizing activity of the Public administrations and their unbreakable limits.

KEY WORDS: social and environmental clauses; subsidies; public procurement.

1. LAS CLÁUSULAS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La inclusión de cláusulas de sostenibilidad en la contratación pública ha sido contemplada por la Comisión Europea como un mecanismo deseable para lograr el cumplimiento de los principios del Derecho Europeo desde hace décadas, en un primer momento respecto de su variante ambiental y posteriormente en relación con la perspectiva social¹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha jugado un papel primordial en la consolidación de este instrumento de *ambientalización* y *socialización* de los contratos públicos a través de su jurisprudencia, que ha evolucionado desde una postura inicial reticente a su plena admisibilidad², si bien siempre dentro de ciertos límites: vinculación con el objeto del contrato —en el sentido de que las cláusulas sociales y ambientales deben estar referidas exclusivamente a la prestación contratada y no a circunstancias relativas al contratista—, mención expresa en el anuncio de licitación y en los documentos contractuales, prohibición de la *libertad de elección ilimitada* por parte del poder adjudicador y respeto de los principios fundamentales de la Unión Europea —entre otros, los de libre concurrencia, igualdad de trato, no discriminación, libre circulación, transparencia y proporcionalidad—. En la actualidad, tanto las Directivas europeas sobre contratación pública de *cuarta generación*³ como la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público* (en adelante, LCSP), incluyen previsiones relativas al uso de cláusulas ambientales y sociales en la contratación pública, tanto de carácter voluntario como obligatorio para los órganos de contratación. Estas cláusulas pueden estar presentes en todas las fases de la contratación pública: delimitación del objeto contractual, admisión de licitadores, selección de la oferta y ejecución del contrato.

Como expuse en su momento (Román Márquez, 2019: 494), la postura de la Unión Europea sobre el uso de cláusulas ambientales y sociales en la contratación pública se basa en el respeto a los principios de la Economía Social de Mercado y el equilibrio entre sus dos componentes: la libre iniciativa eco-

¹ Tales consideraciones se remontan, al menos, a Comisión Europea (1996: 44 y ss.). Sobre los orígenes de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública *vid.* Román Márquez (2018 y 2019).

² Una evolución que se aprecia si se contemplan, por ejemplo, las sentencias de 20 de septiembre de 1988 (*Gebroeders Beentjes*, asunto 31/87) o de 17 de septiembre de 2002 (*Concordia Bus Finland*, asunto C-513/99); y las sentencias de 10 de mayo de 2012 (*Comisión Europea vs Reino de los Países Bajos*, asunto C-368/10) o de 17 de noviembre de 2015 (*RegioPost*, asunto C-115/14).

³ Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE; y 2014/25/UE, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

nómica en combinación con un elevado progreso social, tal y como establece el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea. Es precisamente este equilibrio el que ha impuesto un *freno* a la admisión ilimitada de las cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública ante el riesgo de que el principio de concurrencia, esencial en este ámbito, pudiese verse mermado si se anteponen los aspectos relativos a la sostenibilidad ambiental y social de las ofertas frente a sus características cualitativas y cuantitativas (precio/coste)⁴. El mecanismo más importante para limitar el uso de cláusulas ambientales y sociales en la contratación pública es la citada necesidad de vinculación entre éstas y el objeto del contrato en cualquiera de las fases de la contratación (art. 145.6 LCSP). En virtud de este requisito, solamente resultan admisibles aquellas cláusulas ambientales y sociales *vinculadas* con la prestación objeto del contrato, es decir, que afecten a la naturaleza de la prestación a contratar (*v. gr.* se exige o valora la adquisición de coches eléctricos o alimentos ecológicos, que son materialmente diferentes de sus equivalentes de combustión o no ecológicos) o a los trabajadores encargados de ejecutar la prestación (*v. gr.* se exige o valora la contratación de desempleados de larga duración o las mejoras en sus condiciones de trabajo)⁵. Por el contrario, no resultan admisibles aquellas cláusulas que se refieran a circunstancias generales de los contratistas ajenas a la prestación a contratar (*v. gr.* las referidas a otros productos o servicios no contratados o a trabajadores que no participan en la ejecución del contrato). Se trata de un mecanismo razonable en orden a mantener el citado equilibrio entre los objetivos de la política ambiental y social y la salvaguarda de una efectiva concurrencia en los procedimientos de contratación que garantice la libre competencia en el mercado.

2. EL USO DE CLÁUSULAS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS

Como ocurre en la contratación pública, la posibilidad u obligación de incluir cláusulas ambientales y sociales abarca todas las fases del procedimiento de otorgamiento de subvenciones públicas, desde la aprobación de las bases

⁴ Pues no debe olvidarse, en primer lugar, la relevancia del principio de eficiencia en el uso de los recursos públicos, que no puede verse completamente relegado por los objetivos de la política social y económica, y, en segundo lugar, porque unos estándares ambientales y sociales demasiado exigentes pueden provocar la exclusión de parte de las empresas que operan en mercado, afectando negativamente al principio de concurrencia, capital para la contratación pública.

⁵ Sin embargo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha negado la admisibilidad de determinadas cláusulas de naturaleza social, como las relativas a medidas de conciliación o de mejora salarial de los trabajadores encargados de ejecutar el contrato, a pesar de existir vinculación entre éstas y el objeto del contrato (sobre esta cuestión *vid.* Pernás García, 2020).

reguladoras y convocatorias a la ejecución del montante recibido, pasando por la admisión de los candidatos y la valoración de las solicitudes. A pesar de que la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGSubv), así como su normativa de desarrollo, guardan silencio respecto de esta posibilidad, en los últimos años varias normas, planes y guías, tanto a nivel estatal como autonómico o local, han recogido previsiones relativas a esta materia.

Respecto de las prohibiciones para concurrir a las convocatorias de subvenciones, la LGSubv (art. 13.3), en concurrencia con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación (art. 4.5), proscriben que las asociaciones que discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social puedan ser receptoras de cualquier ayuda pública. La Ley vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres, prohíbe la concesión de subvenciones a actividades que resulten discriminatorias por razón de sexo, o a aquellas personas físicas o jurídicas que hayan sido sancionadas o penadas por incurrir en discriminación por razón de sexo (art. 3.1 y Disp. Final Sexta)⁶. Por su parte, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, prohíbe que los sancionados por diversas infracciones previstas en esta norma pueden obtener subvenciones públicas en materia medioambiental durante un plazo que va, dependiendo de la gravedad de la infracción cometida, de los dos a los cuatro años (art. 59). En cuanto a los requisitos para participar en una convocatoria de subvenciones, el Decreto valenciano 118/2022, de 5 de agosto, por el que se regula la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública y en las convocatorias de ayudas y subvenciones, que puede considerarse la norma más completa y ambiciosa en esta materia, habilita expresamente a las bases reguladoras de las subvenciones para establecer criterios de solvencia de carácter social o medioambiental relativos a las entidades colaboradoras, «siempre que ello resulte proporcionado y adecuado a las características de la actividad de colaboración» (art. 21.3)⁷.

También existen previsiones relativas a la composición paritaria de los órganos que tramitan y resuelven las convocatorias de subvenciones, tanto desde una perspectiva general —la Ley Orgánica 3/2007, de 30 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, obliga a los Poderes Públicos a promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas

⁶ En el mismo sentido, el artículo 12.4 de la Norma Foral 3/2007, de 27 de marzo, *de subvenciones del Territorio Histórico de Guipúzcoa*, o el artículo 11 de la Ley balear 11/2016, de 28 de julio, *de igualdad de mujeres y hombres*.

⁷ Otros ejemplos de requisitos de acceso a las subvenciones de naturaleza ambiental y social en Diputación Foral de Guipúzcoa (s/f: 49), Castilla-La Mancha (2004: 91) o Diputación Foral de Vizcaya (2018: 8 y ss.).

electorales así como en los órganos de selección y valoración relativos al acceso al empleo público y al desarrollo de la carrera profesional (arts. 14.4 y 51 letra *d*)— como específicamente referidas a esta materia —por ejemplo, el artículo 20 de la Ley vasca 4/2005, Lesmes Zabalegui (2018: 74) o Diputación Foral de Vizcaya (2018: 13)—. Además, en estos órganos debe estar presente, al menos, una persona con conocimientos y experiencia en las materias relativas a las cláusulas sociales o ambientales utilizadas (Alonso Cuervo y González González, 2013: 35, Gobierno Vasco, 2016: 12).

Uno de los aspectos sobre los que más profusamente se han pronunciado normas y documentos ha sido respecto de los criterios para la valoración de las solicitudes. Así, por ejemplo, la referida Ley Orgánica 3/2007 permite valorar actuaciones de *efectiva consecución de la igualdad* por parte de los solicitantes (entre otras, medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar; de responsabilidad social corporativa o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad) (art. 35)⁸. El citado Decreto valenciano 118/2022 exige que las bases reguladoras y sus respectivas convocatorias incluyan obligatoriamente todos los criterios de valoración previstos en el apartado 2 del punto I de su Anexo I, así como alguno o algunos de los incluidos en el resto del señalado Anexo⁹ (art. 19.2). También fija como criterios para el desempate de solicitudes que hayan obtenido idéntica puntuación una serie de cuestiones de naturaleza eminentemente social, como ser solicitantes calificados como *entidades valencianas socialmente responsables* o tratarse de cooperativas sin ánimo de lucro (art. 11).

Finalmente, la fase de cumplimiento de la subvención también es susceptible de incluir cláusulas ambientales y sociales, tanto en lo que respecta a obligaciones concretas para el beneficiario (art. 14.1 letra *a* LGSUBV) como a mecanismos de control de su efectivo cumplimiento, pudiendo preverse, además, la imposición de sanciones o la obligación de reintegro en caso de incum-

⁸ Otros ejemplos de criterios de valoración de carácter ambiental y social en Diputación Foral de Guipúzcoa (s/f: 54 y 55), Alonso Cuervo y González González (2013: 33 y ss.), Gobierno Vasco (2016: 12 y 13), Diputación Foral de Vizcaya (2018: 14 y ss.), Gobierno de España (2021: 5 a 7), el apartado 9.º del Acuerdo del Consell de Gobierno Valenciano de 27 de marzo de 2015 o el artículo 40.3 de Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía.

⁹ Entre los primeros están, por ejemplo, el compromiso de emplear en la plantilla, y en los casos de nuevas contrataciones, bajas y sustituciones, mayor proporción de mujeres que el porcentaje de mujeres ocupadas en la rama de actividad del sector correspondiente, o, en aquellos sectores de actividad notoriamente feminizados, el compromiso de emplear en la plantilla que ejecutará el contrato a un número de mujeres en puestos de responsabilidad superior al x% de los mismos. Entre los segundos están, por ejemplo, la presentación y compromiso de aplicación de un protocolo, procedimiento o sistema equivalente que garantice la reducción y gestión sostenible del consumo energético, o la aportación o la utilización de productos o suministros con etiquetas ecológicas u otros distintivos equivalentes.

plimiento. El Decreto valenciano 118/2022 obliga a que las bases reguladoras y las convocatorias de subvenciones establezcan compromisos específicos de carácter medioambiental y social «en la medida en que ello resulte adecuado a la naturaleza de la actividad subvencionada» (art. 21.1). Concretamente, señala que cuando el gasto subvencionable se proyecte sobre adquisiciones de bienes muebles o productos, podrá exigirse que los mismos cumplan con los criterios de comercio justo y con requisitos vinculados a la sostenibilidad energética y ambiental¹⁰. Por lo que se refiere a la comprobación del cumplimiento de estas cláusulas, es habitual que las normas y documentos en la materia incluyan mecanismos de control tales como memorias justificativas o informes de evaluación de resultados (Generalidad Valenciana 2016: 71 o Gobierno de España, 2021: 8). Como advierte la guía elaborada por el Instituto Andaluz de la Mujer, resulta esencial que entre las condiciones de ejecución de las subvenciones se detalle un sistema de seguimiento que posibilite acceder con facilidad a la información relativa a este aspecto en cualquier momento de su cumplimiento (Alonso Cuervo y González González, 2013: 36).

3. PRINCIPIOS Y LÍMITES EN EL USO DE CLÁUSULAS AMBIENTALES Y SOCIALES EN LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LA NECESIDAD DE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y CONCURRENCIA

Si bien la actividad contractual y subvencionadora son materias independientes entre sí, la LGSubv reconoce expresamente en su exposición de motivos haber tomado como referencia a la legislación de contratos a la hora de seleccionar los principios que informan la concesión de subvenciones, esto es, los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 8.3 LGSubv). También reconoce haber tomado como modelo a la LCSP en relación con los requisitos que deben cumplirse para proceder al otorgamiento de subvenciones, así como para obtener la condición de beneficiario o de entidad colaboradora. No es de extrañar, por tanto, que contratación pública y actividad subvencionadora compartan las mismas *fases* respecto de sus respectivos procedimientos: preparación, admisión de candidatos, selección del contratista/beneficiario, ejecución/cumplimiento y extinción. En cuanto al uso de cláusulas ambientales y sociales, contratación públi-

¹⁰ Otros ejemplos de obligaciones de carácter ambiental y social en Diputación Foral de Guipúzcoa (s/f: 58 y 59), Alonso Cuervo y González González (2013: 35), Gobierno Vasco (2016: 13 y 14), Generalidad Valenciana (2016: 70), Diputación Foral de Vizcaya (2018: 17 y ss.).

ca y actividad subvencionadora también comparten una misma estrategia y objetivos: utilizar el enorme impacto económico que la actividad administrativa genera sobre el mercado para impulsar unos mayores estándares sociales y medioambientales, sirviendo de ejemplo para el resto de operadores económicos, que deben adaptar su actividad a los requisitos exigidos o valorados por las Administraciones públicas en sendos ámbitos si desean contratar con éstas o ser beneficiarios de subvenciones públicas¹¹. Como señala, por ejemplo, la Diputación Foral de Vizcaya, «[l]a Administración [...] debe ser un referente en esta materia en la medida en que a través de las subvenciones se hace uso de importantes recursos públicos que pueden producir efectos positivos en las personas o colectivos a veces más vulnerables»¹².

Los documentos elaborados por las Administraciones públicas para guiar a los aplicadores del Derecho en relación con el uso de cláusulas ambientales y sociales en la actividad subvencional insisten en la mayor flexibilidad respecto de los contratos públicos, manteniendo que no existen apenas limitaciones a la hora de exigir o valorar circunstancias de naturaleza ambiental o social en cualquiera de sus fases (Alonso Cuervo y González González, 2013: 29; Lesmes Zabalegui, 2018: 59 y ss.; Generalidad Valenciana, 2016: 52). Así ocurre, por ejemplo, con el distintivo empresarial en materia de igualdad. Mientras que en el ámbito de la contratación pública este tipo de distintivos o *etiquetas* han sido rechazados por referirse a toda la plantilla de la empresa en cuestión y no exclusivamente a los trabajadores encargados de la ejecución del contrato (faltando, por lo tanto, la necesaria vinculación entre la cláusula que exige o valora dicho distintivo y el objeto contractual)¹³, en el ámbito de las subvenciones han sido admitidos hasta el momento sin mayores problemas¹⁴. Sin embargo, y como ya se ha venido advirtiendo en el ámbito de la contratación pública (Rázquin Lizárraga, 2015: 123; Tavares da Silva, 2018: 61), el uso inmoderado de cláusulas ambientales y sociales puede afectar muy negativamente al principio de concurrencia, restringiendo desproporcionadamente la competencia en este sector, ya que no todos los interesados están en condiciones de cumplir tales exigencias ambientales o sociales, ya sea por cuestiones

¹¹ Para el ámbito de la contratación pública *vid.* el pionero Libro Verde de la Comisión Europea «La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro», de 27 de noviembre de 1996 (apartados 5.45 y ss.).

¹² Exposición de motivos del Decreto Foral de la Diputación Foral de Bizkaia 16/2018, de 27 de febrero.

¹³ Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 32/2011, de 16 de febrero; 223/2012, de 11 de octubre; 476/2016, de 17 de junio; 334/2018, de 6 de abril; 405/2018, de 23 de abril; 898/2014, de 5 de diciembre; 456/2019, de 30 de abril; 786/2019, de 11 de julio; 976/2020, de 11 de septiembre; 51/2021, de 22 de enero; y 1245/2021, de 23 de septiembre, entre otras.

¹⁴ *V. gr.* en el artículo 35 de la Ley Orgánica 3/2007, de 30 de marzo, *para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

económicas o tecnológicas. El principio de concurrencia es un parámetro capital de la actividad subvencional de las Administraciones públicas. No en vano la LGSubv convierte el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva en la regla, calificándolo expresamente como «procedimiento ordinario de concesión de subvenciones» (art. 22.1). El propio Gobierno de España (2021: 6) exige tener en cuenta las características del sector en el que se utilicen las cláusulas ambientales y sociales, de modo que no se restrinja el acceso a las convocatorias, poniendo en riesgo los objetivos perseguidos por la propia subvención¹⁵. También cobra especial importancia, a pesar de no estar recogido expresamente en la LGSubv, el principio de proporcionalidad, que debe ordenar toda la actividad administrativa¹⁶. Así lo pone de manifiesto, igualmente, el Gobierno de España (2021: 7 y 8), que recomienda el uso limitado de todas aquellas cláusulas que puedan suponer una carga burocrática excesiva para aquellos interesados con menor capacidad económica, como personas físicas o PYMES. Como ocurre en el ámbito de la contratación pública, las cláusulas ambientales y sociales exigidas o valoradas en las subvenciones deben resultar proporcionadas, puesto que lo contrario implicaría una vulneración del principio de concurrencia prohibida por el ordenamiento jurídico¹⁷.

Por las razones expuestas, y a falta de un mecanismo específico que exija expresamente la vinculación de las cláusulas ambientales y sociales con el objeto subvencionado, resulta imprescindible vigilar su proporcionalidad y adecuación respecto de la materia subvencionada, de forma que se garantice la salvaguarda de los principios que deben regir la actividad subvencional de las Administraciones públicas y, muy especialmente, el principio de concurrencia.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Cuervo, I. y González González, Á. (2013): *Incorporación de cláusulas de igualdad en contratos, subvenciones y convenios públicos*, Instituto Andaluz de la Mujer, Junta de Andalucía.

Castilla-La Mancha (2004): *Plan de igualdad entre hombres y mujeres*.

Comisión Europea (1996): *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*, Libro Verde, Comunicación adoptada el 27 de noviembre de 1996.

¹⁵ En el mismo sentido Lesmes Zabalegui (2018: 68).

¹⁶ Así lo advierte el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 55/1996, de 28 de marzo, entre otras.

¹⁷ *Vid. ad exemplum* las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales n.º 898/2014, de 5 de diciembre (Fundamento de Derecho Quinto); y n.º 334/2018, de 6 de abril (Fundamento de Derecho Sexto).

- Diputación Foral de Guipúzcoa (s/f): *Incorporación de cláusulas sociales relacionadas con la igualdad de mujeres y hombres en los contratos públicos y en las subvenciones públicas de la Diputación Foral de Gipuzkoa.*
- Diputación Foral de Vizcaya (2018): *Guía para la inclusión de cláusulas sociales, medioambientales y relativas a otras políticas públicas en los procedimientos de subvenciones.*
- Generalidad Valenciana (2016): *Guía práctica para la inclusión de cláusulas de responsabilidad social en la contratación y en subvenciones de la Generalitat y su sector público.*
- Gobierno de España (2021): *Orientaciones para la incorporación de criterios transversales para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia, Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.*
- Gobierno Vasco (2016): *Guía para la inclusión de cláusulas de igualdad de mujeres y hombres en subvenciones, ayudas, becas y premios.*
- Lesmes Zabalegui, S. (2018): *Incorporación de la perspectiva de género en contratos, subvenciones, convenios y conciertos*, Instituto Navarro para la Igualdad, Gobierno de Navarra.
- Pernas García, J. J. (2020): «Compra pública verde y circular: el largo (y lento) camino hacia una amplia aplicación práctica de la contratación estratégica», en García Álvarez, G., Jordano Fraga, J., Lozano Cutanda, B. y Nogueira López, A. (coords.) *et al., Observatorio de Políticas Ambientales 2020*, Ministerio de Ciencia e Innovación, pp. 873-915.
- Razquin Lizárraga, M. M.^a (2015): «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», en *Revista de Administración Pública*, n.º 196, enero-abril, pp. 97-135.
- Román Márquez, A. (2018): «Contratación pública ecológica y objeto del contrato el diseño “verde” de las prestaciones contractuales en el derecho comunitario e interno», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n.º 39, pp. 97-132
- (2019): «Tutela y promoción de los derechos sociales y laborales por las directivas europeas sobre contratación pública de cuarta generación: Su incorporación al ordenamiento jurídico español», en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, n.º 2, pp. 477-500.
- Tavares da Silva, Susana (2018): «Sostenibilidad ambiental en las directivas sobre contratación pública», en Galán Vioque, R. (coord.) *et al., Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla, pp. 49-63.

RELACIÓN CONCLUSIVA

EL UNIVERSO DE LOS INCENTIVOS: ÁMBITOS MATERIAL Y SUBJETIVO

María Amparo Salvador Armendáriz

SUMARIO: 1. Grandes cuestiones que siguen abiertas: el sujeto del derecho administrativo. 2. La perspectiva objetiva de la actividad de otorgamiento de ayudas y los límites de un concepto estricto de subvención. 3. A modo de cierre.

RESUMEN: Trascurridos 20 años desde la publicación de la LGSubv, la XVII reunión anual de la AEPDA abordó diversos problemas que han ido surgiendo en relación con la aplicación de dicha Ley. En la primera ponencia, se abordó, en primer lugar, el problema relativo al alcance subjetivo de la Ley, en la medida en que las administraciones instrumentales gestionan subvenciones, lo que ha hecho necesario ajustar normativamente la referencia al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley. En segundo lugar, se retomó el viejo asunto de las formas que puede adoptar la actividad promocional y su compatibilidad con el concepto estricto de subvención incorporado a la Ley de 2003.

PALABRAS CLAVE: Ley General de Subvenciones; Administración pública; subvención; incentivos económicos.

ABSTRACT: Twenty years after the publication of the LGSubv, the XVII annual meeting of the AEPDA addressed various problems that have arisen in relation to it. The first presentation addressed the problem related to the subjective scope of the Law to the extent that the instrumental administrations manage subsidies. This situation has made it necessary to adjust the Law with respect to its subjective scope. Secondly, the old issue of the forms that promotional activity may take and its compatibility with the strict concept of subsidy incorporated into the 2003 Law was taken up again.

KEY WORDS: General Law on Subsidies; Public Administration; Subsidies; Economic Advantages.

La primera de las sesiones de la XVII reunión anual de la Asociación Española de Derecho Administrativo, celebrada en Sevilla el 27 de enero de 2023, tuvo por título *El Universo de los incentivos: ámbitos material y subjetivo*. Fue moderada por la profesora Mercedes Fuertes, de la Universidad de León y participaron como ponentes los profesores Francisco Toscano Gil, de la Universidad Pablo de Olavide que nos acogía y la profesora Elsa M. Álvarez González, PTU, Universidad de Málaga. Se presentaron siete comunicaciones, que se recogen en estas actas, de las cuales se defendieron en público dos, las de los profesores Juan José Guardia Hernández y Fernando García Rubio.

A resultas de las ponencias defendidas por los profesores Toscano y Álvarez, surgió la ocasión para el debate, donde destacaron las intervenciones de los profesores De la Sierra, Meix, Domenech, Jordano Fraga, Nogueira, Gamero, Martínez López-Muñiz y Montoya.

En el capítulo de conclusiones, destacan las siguientes:

1. GRANDES CUESTIONES QUE SIGUEN ABIERTAS: EL SUJETO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La reflexión que planteó la profesora Álvarez, bajo el título de *La galaxia subjetiva: los «poderes adjudicadores» de subvenciones del sector público y las entidades colaboradoras*, dio pie a reflexionar sobre uno de los temas clásicos de nuestra disciplina: quién es el sujeto específico del derecho administrativo y las distintas formas en las que este se puede presentar, como consecuencia del ejercicio de la potestad de autoorganización de las AA.PP. Y, en relación con esta cuestión, qué derecho ordena su actividad.

En 2003, al momento de aprobarse la LGSubv, el derecho administrativo español venía de la crítica y reflexión que se había suscitado con ocasión de la llamada *huida del derecho administrativo*. La entonces vigente LOFAGE y, de ese mismo año 2003, la nueva LGP pretendieron, entre otras cosas, poner un poco de orden en el uso de las formas jurídicas por parte de las AA.PP., restringiendo cuando menos el uso de potestades públicas en el caso de los entes instrumentales bajo formas jurídicas privadas. La muy citada Disposición adicional 12.^a de la LOFAGE era taxativa en su prohibición respecto de la atribución de potestades públicas a las sociedades mercantiles de capital público. Por su lado, la Ley 30/2002, de Fundaciones también había querido salir al paso de la disfunción que, en determinados aspectos —régimen de contratación, patrimonial y de empleo—, suponía el uso de la forma fundacional y su sometimiento al derecho privado, en el caso de que el fundador fuese un poder público. Entre tanto, la legislación de Contratos Públicos, vigente en aquel momento, esto es, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Admi-

nistraciones Públicas, suscitaba no pocas dudas en cuanto al alcance de su marco de aplicación, como la jurisprudencia del TJUE pondría de manifiesto en no pocas sentencias.

En definitiva, en 2003, el marco legal de las subvenciones en España, y al menos durante un tiempo, se construyó a partir de la premisa que separaba el uso de las formas jurídico-privadas vinculadas al poder público del ejercicio de ciertas tareas públicas, como es la de otorgar subvenciones.

Así se entiende que, la LGSubv, en sus art. 3.1 y 3.2, limite su ámbito subjetivo de aplicación a las Administraciones públicas de carácter territorial y a los «organismos y demás entidades *de derecho público* con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas». No incluye, obviamente, a los entes instrumentales con forma jurídico-privada, tal y como cabía esperar en el contexto jurídico y doctrinal en que la LGSubv se aprueba. Cosa distinta es que este tipo de sujetos pudieran, en su caso, actuar en condición de *entidades colaboradoras*, como expresamente prevé el art. 12.2. En este caso actuarían «en nombre y por cuenta del órgano concedente», pudiendo colaborar en la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios o colaborando en la gestión de la subvención. Como, por otra parte, podían hacer los sujetos privados-privados en general, igualmente en calidad de entidades colaboradoras.

Pero, como bien sabemos, el paso del tiempo y el uso de las posibilidades que el marco jurídico ofrece es dinámico y cambiante. Con el paso de los años fueron perdiendo fuelle las críticas vertidas por la doctrina en relación con el fenómeno de la *huida de derecho administrativo*. Ello dio lugar a la aparición de nuevas situaciones y a la búsqueda de nuevas *vías de fuga* y, en consecuencia, a la necesidad de formular nuevas respuestas.

En este sentido hay que interpretar la Disposición Adicional 26, añadida a la LGSubv por la Disposición final 18 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales para 2018. En ella se aborda precisamente el caso de las *subvenciones y otras ayudas concedidas por las entidades de derecho público del sector público estatal que se rijan por el derecho privado*.

Algo similar cabría decir también la Disposición adicional 16.^a, de la LGSubv en relación con «las fundaciones del sector público». Aunque en su redacción inicial de 2003 declaraba que las «entregas dinerarias sin contraprestación que realicen» se regirían por el derecho privado, con posterioridad, la LRJSP, en 2015, modificó el párrafo primero, estableciendo que «únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice [...] de forma expresa mediante acuerdo del Ministerio de adscripción u órgano equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita».

Al margen de las soluciones que el derecho positivo ha ido arbitrando para dar respuesta al problema generado en el caso de los entes del sector público regidos por derecho público, utilizados para otorgar subvenciones, lo cierto es que la actual redacción de la LGSubv, en su art. 3, bien requeriría una revisión. Desde la perspectiva de la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación y a la vista del uso que hacen los poderes públicos de su potestad de autoorganización la solución podría pasar por una aproximación funcional en relación con el sujeto otorgante de la subvención, al modo en que la legislación de contratos regula su ámbito subjetivo de aplicación.

Esa opción, en una hipotética reforma de la LGSubv, aunque ciertamente podría suponer una mejora en su sistemática, corre el riesgo de consolidar el fuerte relativismo existente en el uso de los instrumentos jurídico-institucionales. Al desvincular el tipo de forma institucional de su régimen jurídico y de la tarea o función pública encomendada, se está generando un sistema jurídico complejo, frente al diseño de un régimen jurídico en el que la naturaleza jurídico-pública de la entidad sea acorde con la eventual atribución de potestades.

En este sentido, si la claridad y la simplicidad se han erigido, junto con la eficacia, la descentralización, la desconcentración y la coordinación, además de la racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades de gestión y resto de principios generales que ordenan la actuación de los poderes públicos (art. 3 LRJSP), en eficaces principios ordenadores, no estaría de más replantearse una vez más el establecimiento de límites a la creación de nuevos entes instrumentales. Límites que reserven la utilización de las formas jurídico-privadas por parte de los poderes públicos a la realización de tareas propias de aquellas, cuando se trate, por ejemplo, de la participación en los mercados. Y al tiempo, reservar la atribución de potestades públicas a los entes jurídico-públicos.

No obstante, en mi opinión, y mientras no se alcance un consenso de esta naturaleza —y no parece fácil que llegue a alcanzarse— en relación con las formas institucionales, la ordenación de la actividad subvencionadora reclamará un mayor y mejor abordaje en lo que se refiere a la determinación del ámbito subjetivo y, por tanto, a la extensión de la aplicación de propia LGSubv.

2. LA PERSPECTIVA OBJETIVA DE LA ACTIVIDAD DE OTORGAMIENTO DE AYUDAS Y LOS LÍMITES DE UN CONCEPTO ESTRICTO DE SUBVENCIÓN

La segunda ponencia, defendida por el profesor Toscano Gil, bajo el título de *La galaxia material: de las subvenciones a los incentivos económico-patrimoniales* también ha ofrecido la oportunidad de retomar una vieja, pero aún viva, cuestión: la de las técnicas de la acción de fomento. En 1949, Jordana de

Pozas presentó a la doctrina su *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo*, planteando una propuesta sistemática de las técnicas de fomento. Como es bien sabido, a partir de ese momento, se han sucedido —hasta hoy— reflexiones críticas sobre el tema, en un largo proceso que intenta identificar cómo la actividad administrativa promocional incide en la esfera jurídica de los ciudadanos y, en relación con ello, qué papel ha de atribuirse el derecho administrativo.

En esta trayectoria doctrinal, destaca de forma sobresaliente la tesis del profesor Fernández Farreres, publicada en 1983 sobre *La subvención: concepto y régimen jurídico*. No en vano, la solidez de su propuesta ha determinado el marco regulador de la subvención del derecho español, desde 1990 cuando la Ley de Presupuestos Generales para 1991 incluyera una nueva redacción a los art. 81 y 82 de la Ley General Presupuestaria, entonces vigente. Este antecedente marcó el camino de la LGSubv cuyo veinte aniversario ahora conmemoramos.

Solo dos años después de aquella publicación, en 1985, vio la luz una segunda tesis, la del profesor Díaz Lema, prematuramente fallecido. Su trabajo, titulado *Subvenciones y crédito oficial*, abordaba el fenómeno «subvencional» desde una perspectiva distinta, funcional; en parte puede decirse que adelantada a su tiempo. En aquel momento, España aún no se había adherido a la entonces CEE. La política comunitaria de ayudas de Estado era por aquel momento una realidad ajena y lejana, que el derecho español tardaría tiempo en ubicar en nuestro ordenamiento como, por otro lado, aún sigue ocurriendo en algunos programas de nuestra disciplina. Por su parte, el profesor Martínez López-Muñiz, en 1989, publicaría su trabajo sobre «La actividad dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública», en el *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Su reflexión aporta una propuesta que, al tiempo que otorga su espacio al concepto estricto de subvención, en sus elementos caracterizadores, abre la mirada al fenómeno promocional según el criterio de funcionalidad, propios del concepto europeo de ayuda de Estado.

Lo cierto es que estos planteamientos, y otros tantos, han permitido ahondar el diálogo doctrinal, diálogo al que se ha querido sumar el trabajo colectivo llevado a cabo en XVII Congreso de la AEPDA, en 2023.

En primer lugar, durante los veinte años transcurridos desde 2023 se han afianzado los elementos caracterizadores de la subvención entendida en sentido estricto. Ello ha permitido el significativo avance en la materia que ha supuesto, a mi juicio, el diseño de una norma coherente y sistemática como es la LGSubv. La formulación de un concepto de subvención referido a las *disposiciones dinerarias, otorgadas sin contraprestación, sujetas al cumplimiento de un determinado objetivo o actividad de utilidad pública, interés social o finalidad pública* (art. 3.1 LGSubv) y la correspondiente vinculación a un ré-

gimen jurídico que ordena su otorgamiento, gestión, recuperación y, en su caso, sanción, es un paso de gigante en orden la juridificación de la actividad promocional.

Ello no impide que subsistan espacios de actividad promocional ausentes de un marco regulador más acorde con los principios de nuestro Estado de Derecho y del correspondiente sometimiento de nuestros poderes públicos a *la ley y al derecho*. En este sentido, el avance que en su momento supuso la aprobación de la LGSubv y la consolidación de un marco legal y básico para esta forma de actividad, es lo que ha propiciado que se pueda ahora seguir profundizando en una mejora del marco jurídico aplicable de la actividad promocional. Precisamente, esa ha sido la pretensión de la ponencia defendida por el profesor Toscano, al dar cuenta de la existencia de otro tipo de incentivos económico-financieros, distintos de la subvención, que requieren una respuesta oportuna por parte de nuestra disciplina.

En este sentido, y desde la perspectiva objetiva, a mi juicio, coexisten en el derecho positivo español dos marcos jurídicos ordenadores de la actividad promocional o de otorgamiento de ayudas. Uno y otro funcionan en planos distintos, aunque en algunas ocasiones se entrecrucen. La principal complejidad que implica esta doble regulación es que uno y otro modelo parten de principios jurídicos contradictorios entre sí.

Así, el derecho español, con la Constitución a la cabeza y la LGSubv como régimen general y básico, parte de una habilitación general —que podríamos formular como *principio de habilitación promocional*— que permite disponer de los recursos públicos y destinarlos al otorgamiento de todo tipo de ayudas o ventajas, siempre que se respeten ciertos condicionantes de carácter general, entre los que destaca, la interdicción de la arbitrariedad, la vinculación al interés general, la legalidad presupuestaria, el marco de la libertad de empresa y los requisitos procedimentales contenidos en la LGSubv, en el caso de que el instrumento elegido adopte la forma de subvención.

Junto a este bloque normativo, se aplica también el derecho europeo relativo a las ayudas de Estado, contenido en los arts. 107 y ss. del TFUE y en el resto de normas de derecho derivado dictadas por las instituciones europeas. Este régimen de ayudas públicas parte, como es bien sabido, de un *principio general de incompatibilidad* con el derecho europeo. Una incompatibilidad que queda posteriormente atemperada, en primer lugar por la determinación de qué sea —y qué no— ayuda de Estado y, de otra parte, por una panoplia de situaciones o ayudas compatibles y/o autorizables, tanto *ope legis*, como singularmente o por la vía de los reglamentos de excepción. Estas excepciones operan a modo de válvulas de presión en relación con las distintas políticas públicas que los Estados miembros pretenden llevar a cabo a través de instrumentos de fomento. Este derecho europeo es, a todos los efectos, derecho público interno,

en el sentido en que determina y limita las decisiones de los poderes públicos españoles en orden adoptar instrumentos de promoción o fomento.

El espacio de conexión entre uno y otro —TFUE y LGSubv— es el de las subvenciones que por su cuantía, características y finalidad entran dentro del concepto europeo de ayuda de Estado (como contempla el art. 8.2 LGSubv). Fuera de ese supuesto, que implica la puesta en marcha, en su caso, de los procedimientos de notificación y de autorización que exige el régimen de ayudas y que remite, en definitiva, a la Comisión europea, coexisten en el derecho español otros tres espacios:

- a) el de las subvenciones que no son susceptibles de entrar dentro del concepto europeo de ayudas de Estado, y para las que se aplica el *principio de habilitación promocional* antes formulado, eso sí, en el marco de los requisitos previstos por la LGSubv;
- b) el de las ayudas públicas bajo formas distintas a la subvención que sí son susceptibles de ser consideradas ayudas de Estado en sentido europeo y para las que se aplica el régimen jurídico del art. 107 y ss. del TFUE, regido por el principio de incompatibilidad del derecho europeo y sus eventuales excepciones;
- c) y el de las ayudas públicas distintas a la subvención que, ya sea por su cuantía o porque no encajan en el concepto europeo de ayudas de Estado, quedan al margen del derecho europeo pero también de la LGSubv y a las que se aplicaría ese mismo *principio de habilitación promocional*, susceptible de decisiones discrecionales, en todo caso limitadas por los principios constitucionales de igualdad, economía y eficiencia, interdicción de la arbitrariedad, vinculación al interés general, además de las exigencias de la disciplina presupuestaria, empezando por la legalidad presupuestaria.

Este tercer supuesto es el que, en mi opinión, ofrece mayor interés doctrinal debido a la ausencia de un marco legal específico. Aunque es cierto que el art. 11 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia atribuye a la CNMyC potestades en relación con las ayudas públicas —las que quedan fuera del ámbito competencial de la Comisión Europea—, dichas potestades se limitan a la redacción de informes y la elaboración de propuestas al Gobierno. Se trata por tanto de un margen muy limitado de actuación, tanto en sus efectos como en su extensión, puesto que las ayudas públicas susceptibles de ser analizadas a la luz de las competencias de la CNMyC se circunscriben a las que puedan tener impacto sobre el funcionamiento de mercado. Y, evidentemente, estas serán solo una parte de las que podrían incluirse en el supuesto aquí mencionado.

La variedad de técnicas que implican el otorgamiento de ayudas susceptibles de ser incluidas en esta categoría —o si se prefiere, las que tienen la condición de «incentivos económico-patrimoniales»— es grande.

Se incluye aquí, en primer lugar, todo tipo de mecanismos que incorporen *ventajas financieras*, que se suman al clásico *crédito oficial*, estudiado por Díaz Lema. Se incluyen en esta categoría el otorgamiento de avales y garantías, la disponibilidad de seguros de crédito para coberturas no accesibles en el mercado, así como las aportaciones de capital en condiciones distintas a las de un *inversor privado en una economía de mercado*, que existen en el ámbito estatal y son habituales en el ámbito autonómico a través de sociedades públicas de inversión, como en su día explicó el profesor Laguna de Paz en su monografía sobre *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*. Recientemente, los fondos carentes de personalidad jurídica [art. 84.1.f) y arts. 137 y ss. LRJSP] han comenzado a tomar protagonismo en este ámbito, como bien ha explicado la profesora Hernández López en su trabajo *Los fondos públicos. Estudio de su régimen jurídico-administrativo*. Bien es cierto que esta vía de fomento o promoción no necesariamente concretará las ayudas bajo fórmulas de financiación ventajosa, de carácter contractual, pudiendo también otorgar auténticas subvenciones, en sentido estricto.

La ventaja otorgada a través de este tipo de fórmulas de carácter financiero, bajo fórmulas contractuales, consiste en permitir una financiación a menor coste, ya sea vía aligeramiento de las garantías exigidas, ya sea facilitando el acceso a tipos de interés por debajo al de mercado, o ya sea vía disponibilidad a la propia financiación, cuando ésta no exista en los mercados privados. En la actualidad, la Disposición Adicional 6.^a de la LGSubv solo menciona el caso de los «créditos sin interés, o con interés inferior al de mercado» y solo en el caso de que sean concedidos por los entes públicos mencionados en su art. 3. En estos casos, la ley prevé que se rijan por su normativa específica y, en su defecto, *por las prescripciones de esta ley que resulten adecuadas a la naturaleza de estas operaciones, en particular, los principios generales, requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, y procedimiento de concesión*. Fuera de esta previsión, el resto de fórmulas financieras ventajosas carecen de una regulación propia, desde el punto de vista de su consideración como medio de promoción.

Por otro lado, y entre las variadas técnicas de otorgamiento de ayudas, hay que incluir también todas aquellas que implican para quien se beneficia de ellas un menor coste en cualquier otro factor de producción, distinto del financiero. En este capítulo, por supuesto, quedan incluidas en primer término las ventajas de carácter fiscal: beneficios y exenciones de cualquier tipo que permiten aligerar la carga tributaria. El caso de las ventajas fiscales ofrece, desde el punto de vista del principio de legalidad, la cobertura propia de la ley tributaria.

Junto a las ayudas públicas bajo fórmulas fiscales, pueden existir otras cuyo efecto ventajoso consiste en aprovechar bienes y servicios sin tener que abonar su coste. Es el caso de las que Santamaría Pastor llama *transferencias económicas indirectas*, como la organización de ferias o campañas comerciales, así como las exenciones en el pago de ciertos bienes y servicios. Podrían entrar también en esta categoría, por ejemplo, la disponibilidad de suelo para usos industriales en condiciones económicas por debajo del precio de mercado. En general, cualquier ventaja económica que implique obtener bienes o servicios a precios por debajo de mercado.

Al margen de estos supuestos, hay que señalar el caso particular de los *premios*, que también fue objeto de atención en la sesión aquí reseñada. Los premios, distinciones, reconocimientos, etc., ofrecen interés desde el punto de vista de su categorización como ayudas solo en la medida en que su otorgamiento sea previsible por quien lo recibe y/o solicita. De otra manera, difícilmente puede decirse que el premio o distinción fomenta o promueve nada, algo que es inherente a la propia tarea de otorgamiento de ayudas: impulsar, promover, animar... Y ello es así por razones meramente temporales, dado que el premio recibido sin esperarlo —con o sin dotación económica— jamás pudo haber impulsado, promovido o fomentado la acción premiada. Es lo que el profesor Martínez López-Muñiz calificó en su momento como «recompensas», distinguiendo su régimen respecto de la «dispensación de ayudas».

3. A MODO DE CIERRE

El planteamiento expuesto por las dos ponencias defendidas en la primera de las sesiones, bajo el título general de *El Universo de los incentivos: ámbitos material y subjetivo* permitió retomar la reflexión sobre la acción de otorgamiento de ayudas, sus fines, sus protagonistas y sus técnicas. Una y otra dieron pie para apuntar hacia situaciones que desbordan el marco dibujado en su día por la LGSubv, cuyo aniversario se conmemoró.

El fenómeno jurídico-administrativo de la acción de otorgamiento de ayudas se expande más allá de las Administraciones públicas tradicionales, buscando cauces más flexibles a los previstos en la LGSubv, tanto para la gestión y la selección de los beneficiarios, como probablemente también para los controles de la función de intervención. Conviene pues, una vez identificada esta tendencia, analizar hasta qué punto conviene —o no— reconducirla y, en su caso, en qué circunstancias, contexto y condiciones sería razonable mantener la existencia de algunos de estos nuevos cauces.

En cuanto a la galaxia de las ayudas públicas, la cuestión abordada no es nueva pues desde el inicio, la opción del legislador español por un concepto estricto de subvención implicaba aceptar su convivencia con otras técnicas de

otorgamiento de ayudas con las que coexistía. La cuestión ahora es saber si el sistema está maduro para ir más allá y proponer una solución legislativa más amplia, cuyo objeto pudiera incluir, junto con la subvención clásica, al resto de las ayudas públicas, al menos en cuanto a la aplicación de los principios del actual art. 8.1 LGSubv. Ello supondría un avance significativo en orden a la todavía incompleta juridificación de la actividad de otorgamiento de ayudas, generadora de no pocos riesgos desde el punto de vista de la gestión y ética pública. Si esta es la opción, se hace imprescindible construir un concepto coherente y sistemático de ayuda pública. Para este proceso, contamos con la tarea de depuración conceptual que ha llevado a cabo el TJUE, que en este sentido tiene mucho que enseñar y no deja de ser también derecho español.

SEGUNDA SESIÓN

**REPARTO COMPETENCIAL Y
PROCEDIMIENTOS**

PONENCIAS

EL REPARTO Y LA CONFLICTIVIDAD COMPETENCIAL

Antonio Calonge Velázquez

En memoria del profesor Gaspar Ariño Ortiz

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. Análisis de la jurisprudencia constitucional. A) Los inicios: una década de jurisprudencia. a) El punto de partida: la previsión de las subvenciones. b) La regulación de las ayudas. c) Las competencias ejecutivas de las subvenciones condicionadas. d) La primera excepción a la doctrina del Tribunal Constitucional. B) La segunda etapa: consolidación y avances en la doctrina jurisprudencial. a) El punto de referencia. b) El desarrollo de la doctrina constitucional. C) La tercera etapa: la actualidad. D) A modo de conclusión. Bibliografía.

RESUMEN: En este trabajo se estudia el sistema de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de subvenciones. Para ello, se analiza la jurisprudencia constitucional recaída en este tema a lo largo de los más de cuarenta años de funcionamiento del Tribunal Constitucional. Se distinguen tres etapas presididas por las principales sentencias en la materia. A través de esta labor jurisprudencial se ha elaborado una doctrina constitucional consolidada con sus avances y retrocesos no exenta de crítica.

PALABRAS CLAVES: Estado; Comunidades Autónomas; distribución de competencias; jurisprudencia constitucional; subvenciones.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to evaluate the system of distribution of competences between the State and the Autonomous Communities in the field of subsidies. To this end, the constitutional jurisprudence is analyzed over the more than forty years of operation of the Constitutional Court. Three stages are

distinguished, presided over by the main sentences in this area. Through this jurisprudential work, a consolidated constitutional doctrine has been developed, with its advances and setbacks that are not exempt from criticism.

KEY WORDS: State; Autonomous Communities; distribution of competences; constitutional jurisprudence; subsidies.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La piedra angular de un Estado basado en la descentralización política y administrativa es el tema de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CC.AA.). Así lo entendió la totalidad de la doctrina que lo consideró «la pieza clave del llamado Estado de las Autonomías»¹.

Por ello, se convierten en imprescindibles los estudios que afrontan esta cuestión, de tal manera que en nuestro Estado compuesto resulta casi imposible abordar análisis jurídico alguno sobre cualquier materia sin dedicar un espacio a conocer cómo el Estado central y los entes autónomos se han distribuido el sector o actividad de que se trate o, más en concreto, el alcance y naturaleza de los títulos competenciales del Estado y de las CC.AA.

El presente trabajo se enmarca en este tipo de estudios, más necesarios aún por la materia de indudable trascendencia para un Estado que se califica de social. Desde hace años, los presupuestos generales de nuestras Administraciones contemplan cada vez más partidas que tienen por finalidad esta actividad.

El tema que exponemos e, incluso, desde la perspectiva que lo hacemos no es nuevo. Sin adentrarnos en el Derecho comparado donde ya se abordó la centralización de las competencias económicas a través del llamado poder de gasto del Estado o *spending power*², lo cierto es que nuestra jurisprudencia constitucional, primero, y nuestra doctrina después, abordaron esta cuestión tempranamente; y tratándose de un asunto que por no estar previsto ni en la Constitución ni en los Estatutos de Autonomía dio lugar a numerosos conflictos, lo que, probablemente, tuvo como consecuencia una doctrina jurisprudencial consolidada en la materia no exenta de avances y retrocesos.

No es este un asunto menor. Aquí está en juego el difícil equilibrio entre los principios de unidad económica y unidad de mercado, y el de autonomía financiera de las CC.AA. Si bien es consustancial al Estado la existencia de una política económica en todo el territorio nacional y su dirección atribuida al Estado, también lo es a las CC.AA. que tengan la capacidad de decidir sin condicionamientos indebidos a qué objetivos pueden destinar sus recursos.

¹ F. Garrido Falla (1981: 14).

² M. Medina Guerrero (1983: 33-307).

Cuando el Estado dedica parte de sus recursos económicos a fomentar una determinada actividad o sector está condicionando la autonomía política y financiera de las CC.AA.

Nuestro propósito es dar cuenta de esta doctrina jurisprudencial o, mejor expresado, nuestra intención es analizar las principales sentencias constitucionales en esta materia que no es tal, pues las subvenciones no están relacionadas entre los listados de los artículos 148 y 149 CE, lo que constituye ya la primera dificultad interpretativa a la que tendrá que enfrentarse nuestro Tribunal Constitucional (TC), si bien algunos Estatutos de primera generación sí contenían alguna referencia a esta medida de fomento, aunque nunca de los títulos atributivos de competencias³.

Cuando nos referimos a subvenciones lo estamos haciendo a aquellas aportaciones patrimoniales de carácter dinerario de fondos públicos a favor de terceros destinados a una determinada finalidad⁴, o aún más precisos, nos limitaremos a las denominadas subvenciones condicionadas en su finalidad a una actividad concreta, y en las que participen de alguna manera las CC.AA.

Abordaremos este trabajo en tres etapas *grosso modo*: la primera se inicia con el primer pronunciamiento habido sobre la materia: la STC 39/1982, de 30 de julio; la segunda, tiene su arranque con la STC 13/1992, de 6 de febrero, calificada por mucho de decisiva; y la tercera tiene su hito principal en las SSTC 130 y 135/2013 de 6 de junio, que resolvieron sendos recursos de inconstitucionalidad planteados contra determinados preceptos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS).

Hemos señalado tres etapas *grosso modo* porque esta doctrina jurisprudencial tiene sus avances y retrocesos, lo que significa que ni estas etapas son monolíticas ni están tan perfectamente diferenciadas como en un principio pudiera parecer.

Para concluir estas consideraciones generales, resaltemos que pese a los cuarenta y cuatro años de vigencia de la Constitución de 1978 y de cuarenta de funcionamiento del TC, el debate sobre la distribución competencial está muy lejos de concluir; es un debate inacabado, y, por ende, el de la distribución de competencias en materia subvencional. Podemos afirmar, que la conflictividad constitucional en esta materia sigue presente y de actualidad.

³ En este sentido, L. Pomed Sánchez (2006: 228).

⁴ Sobre el concepto de subvención, G. Fernández Farreres (1983: 71 y ss.). Con posterioridad a la LGS, del mismo autor (2005: 30-31).

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

A) LOS INICIOS: UNA DÉCADA DE JURISPRUDENCIA

En esta primera etapa, que es la de los inicios de la jurisprudencia constitucional en la materia, pero también en la que el Tribunal formará buena parte de su doctrina, nos centraremos en cuatro pronunciamientos de los más de una veintena que, teniendo por objeto directo la materia subvencional, se produjeron durante una década de funcionamiento del TC.

a) El punto de partida: la previsión de las subvenciones

La primera sentencia a la que dedicamos nuestra atención es la STC 39/1982, de 30 de junio, pero lo hacemos no porque se trate del primer pronunciamiento jurisprudencial dictado sobre la materia, sino porque sienta afirmaciones que perdurarán, casi, como verdades inmutables a lo largo de estos cuarenta años de jurisprudencia sobre la materia. Esta decisión constituye «el punto de partida de la construcción jurídica»⁵ que se confirmará en numerosas sentencias hasta llegar prácticamente a nuestros días. Este pronunciamiento jurisprudencial establece la base del cuerpo de doctrina jurisprudencial.

El Tribunal afirmará desde el primer momento, quizás, según ha expresado Pomed Sánchez⁶, como constatación de la realidad de que la subvención no figura en las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, que «la subvención no es un concepto que delimite competencias, atrayendo toda regulación que, desde uno u otro aspecto, tenga conexión con aquella» (FJ 5); ni «puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda la competencia sobre los variados aspectos a que pueda dar lugar la misma», dirá en sentencia posterior (FJ 10); ni «podrán los poderes autonómicos al abrigo de sus potestades respecto al gasto público recabar para sí una competencia sobre áreas reservadas al Estado» (FJ 5).

Estos asertos, referidos a la Comunidad Autónoma demandada, también son predicables del Estado, lo que nos interesa poner de relieve en tanto en cuanto el representante del Estado, de manera reiterada, alegará a lo largo de toda esta década el poder de gasto como título competencial legitimador de la intervención del Estado en la materia, citando, incluso, esta sentencia que, de manera expresa, lo desestima.

⁵ M. Sánchez Morón (1990: 89).

⁶ L. Pomed Sánchez (2006: 228).

El Tribunal rechazará, esta alegación del Abogado del Estado significando que la acción subvencional debe venir amparada, por la competencia material correspondiente, sentando que «corresponde a los poderes autonómicos la reglamentación de las subvenciones y por tanto de sus requisitos o presupuestos, de su contenido y del régimen de cumplimiento, incluidos los mecanismos de control, dentro de lo que es su competencia» (FJ 5) y manifestará, de manera expresa, que «la “facultad de gastar” no constituye un título competencial autónomo» citando, incluso el FJ 5 de la STC 39/1992 (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1). En una resolución posterior, el Tribunal —supuestamente— arrumbará definitivamente con la tesis del poder de gasto como legitimador de la potestad subvencional que le permite intervenir, incluso, en materias cuya competencia exclusiva esté atribuida a las CC.AA., apartándose de esta manera del modelo anglosajón.

Sentado lo anterior, debemos determinar la legitimidad constitucional del Estado para incidir con sus propios recursos en materias de competencia, incluso exclusivas, de las CC.AA. en virtud de las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

Si bien en esta primera sentencia el Tribunal ya indicó que los poderes públicos en el ejercicio de su potestad subvencional deberían tener en cuenta el orden de reparto de competencias establecido en el bloque de constitucionalidad (FFJJ 5 y 10), lo cierto es que, en principio, no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión principal planteada por la sencilla razón de que las CC.AA. no cuestionaban la competencia estatal para establecer el régimen jurídico de las subvenciones ni su procedimiento, aunque sí su alcance. De ahí que el TC en el FJ 3 de la STC 75/1989, de 24 de abril, llegará a afirmar que «el Estado no está legitimado para fomentar cualquier actividad... ni tiene una competencia general e indeterminada de fomento paralela o concurrente con la competencia asumida por las Comunidades Autónomas, ya que ello supondría no solo alterar el sistema competencial, sino incluso distorsionar de una manera permanente el sistema de financiación autonómico. El Estado solo puede establecer medidas de fomento en razón de sus atribuciones sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica».

De estos pronunciamientos se deduce con claridad el principio de que el Estado está constitucionalmente legitimado para intervenir con el ejercicio de su potestad subvencional en materias de competencia de las CC.AA., siempre que disponga de un título competencial que le habilite. «El ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención solo se justifica en los casos en que, por razón de la materia, sobre la que opera dicho gasto o subvención, la Constitución o los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de la competencia» (STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 3).

Pese a esta posición inicial del Tribunal o, como señalara Aymerich Cano, de estas «buenas intenciones»⁷, lo cierto es que el propio TC la matizará notablemente en, al menos, dos sentidos: en un primer sentido porque no dará un trato igual a la «soberanía financiera del Estado» (nótese el término que emplea) que a la «autonomía financiera de las Comunidades Autónomas»; y, en otro, por la interpretación tan extensa que ha dado a la competencia de ordenación general de la economía del artículo 149.1.13 CE.

En estos primeros pronunciamientos, el Tribunal asienta la primera de las fases que hay que distinguir, al decir de Fernández Farreres⁸, en toda actividad subvencional: la previsión.

b) La regulación de las ayudas

Si el Estado está constitucionalmente legitimado para otorgar subvenciones sobre materias competencias de las CC.AA. cuando actúe amparado por algún título competencial y con el alcance que determine dicho título, es lógico que el Tribunal le reconociera también, como mínimo, la capacidad de decidir el destino de esos fondos, las condiciones de otorgamiento, los posibles beneficiarios, etc., atendiendo a la competencia de la que es titular sobre la materia, sector o actividad objeto de la subvención. Ya la primera sentencia dictada había señalado que «corresponde a los poderes autonómicos la reglamentación de las subvenciones... dentro de lo que es su competencia...» (FJ 5), y, aunque el Tribunal esté dirigiendo sus afirmaciones a la Comunidad Autónoma demandada, también su pronunciamiento es aplicable al Estado, lo que significa que éste legítimamente podrá precisar aquellos aspectos de dicha regulación inherentes a la finalidad de provisión que persiguen las medidas arbitradas, tal y como escribiera Recasens Calvo⁹.

Los títulos competenciales que habilitan las intervenciones estatales han ido siendo desgranados por el Tribunal, pues en sus pronunciamientos ha llevado a cabo como primera y valiosa tarea el encuadramiento competencial de la materia objeto de subvención, esto es, ha ido buscando la materia competencial en que podría encuadrarse el objeto de la subvención a efectos de conocer el titular de la competencia material y, de esta manera, las facultades que le asisten. Los títulos transversales de los apartados 1.º y, sobre todo, 13.º del artículo 149.1CE han sido los más empleados por el TC para justificar las facultades estatales en la materia (SSTC 144/1985, de 23 de octubre, FJ 2; 95/1986, de 10 de julio, FJ 2; 96/1986, de 10 de julio, FJ 2; 152/1988, de 20 de julio, FJ 4;

⁷ C. Aymerich Cano (1994: 319).

⁸ G. Fernández Farreres (1998: 167).

⁹ J. Recasens Calvo (1990: 96).

201/1988, de 27 de octubre, FJ 2; 75/1989, de 24 de abril, FJ 3; 145/1989, de 21 de septiembre, FJ 2; 188/1989, de 16 de noviembre, FJ 4) pero, también, ha encontrado esta habilitación para actuar en otros apartados de este listado de competencias exclusivas del Estado como los números 11.º (STC 152/1988, de 20 de julio, FJ 3), 14.º (STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1), 23.º (STC 201/1988, de 27 de octubre, FJ 2) 25.º, 27.º (STC 64/1989, de 6 de abril, FJ 3 y STC 189/1989, de 16 de noviembre, FJ 2) y 30.º (STC 84/1983, de 24 de octubre, FJ 2) e, incluso, otros preceptos constitucionales que de ser principios de actuación de todos los poderes públicos han devenido en títulos atributivos de competencias estatales, incluso, en materias de competencia exclusiva de las CC.AA. como es el caso del artículo 9.2CE (STC 146/1986, de 25 de noviembre, FJ 4).

Distintos serán los pronunciamientos que versarán sobre la cuestión objeto de este epígrafe (SSTC 95/1986, de 10 de julio, 152/1988 de 20 de julio, 75/1989, de 24 de abril o 188/1989, de 6 de noviembre), pero queremos llamar la atención de la STC 152/1988, de 20 de julio, porque, además de ser la que más clarifica la doctrina que se había venido produciendo y en la que el Tribunal hiciera un mayor esfuerzo teórico para delimitar el encuadre de las técnicas subvencionales en el sistema de distribución de competencias, en opinión de Sánchez Morón¹⁰, será el primer pronunciamiento que bosqueje un test conforme al cual identificar con objetividad cuál ha de ser la regulación esencial que corresponde fijar al Estado, de acuerdo con ese título competencial que le atribuye la ordenación y dirección general de la política económica general del país.

Después de encuadrar competencialmente el asunto, se pregunta el Tribunal hasta dónde alcanzan las competencias básicas del Estado y nos recuerda que no es metodológicamente adecuada y puede resultar artificiosa e inútil toda distinción entre lo básico y lo no básico, si pretende aplicarse a los preceptos integrantes de una medida que solo puede ser considerada y aplicada como unidad, señalará cuatro aspectos inherentes a la finalidad de las medidas arbitradas y que constituirán los límites que delimitarán la esfera dentro de la cual deberá desarrollarse la actividad de regulación estatal. Estos son:

- a) La definición misma de las actuaciones protegibles;
- b) La forma de protección: subvenciones, créditos cualificados, subsidia-
ción de préstamos, etc.;
- c) El nivel de protección que se intenta ofrecer en cada caso; y
- d) La aportación misma de recursos estatales.

¹⁰ M. Sánchez Morón (1999: 137).

La regulación de cada uno de estos aspectos no invade competencia autonómica alguna, pues se halla legitimada por lo dispuesto en el artículo 149.1.13 CE (FJ 4).

La STC 188/1989, de 16 de noviembre, establecerá de manera más acabada esta doctrina sobre los límites a la regulación de las subvenciones condicionadas por parte del Estado. Dirá que deberán considerarse incluidos en la competencia del Estado aquellos preceptos que regulan los aspectos inherentes a la finalidad de promoción o fomento de las medidas arbitradas por el Gobierno; y manifestará que deben entenderse que no exceden de la competencia estatal la determinación de la finalidad de las subvenciones, las características esenciales y objetivas que deben reunir los beneficiarios, el montante máximo de las subvenciones, así como la condición que se impone a quienes pretendían obtener las subvenciones (FJ 6).

El Tribunal también ha señalado que la regulación estatal de las subvenciones no significa que las CC.AA. no puedan dictar norma alguna en este ámbito, máxime cuando conforme a sus Estatutos han asumido competencias de desarrollo legislativo en la materia de que se trate. «En cualquier caso —expondrá—, ello no significa que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de vivienda hayan de quedar absolutamente desprovistas de cualquier actuación por lo que se refiere a las actuaciones protegibles en el sector». «Es evidente que, en función de aquellas competencias estatutarias, pueden definir y llevar a cabo una competencia propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado con cargo a sus recursos propios» (FJ 4), pues, como dirá después, la intervención del Estado no puede producir el vaciamiento de las competencias de las CC.AA., que siempre deben disponer de un margen de libertad para establecer sus propias políticas en su territorio, si bien en el marco de las competencias estatales de la planificación económica general.

Esta sentencia se acompaña de un Voto particular del magistrado Rubio Llorente quien discreparía de la mayoría, si bien solo en lo relativo al título competencial estatal habilitante, pues si para la mayoría lo fue la regla 13.^a del artículo 149.1 CE para el magistrado discrepante debería ser su regla 1.^a, ya que el artículo 149.1.13 CE sería un título inadecuado, no solo porque lo es, sino porque dada su naturaleza lleva a la total ablación de competencias autonómicas. Con este voto lo que está haciendo el magistrado es apuntar a otro sistema de distribución de competencias distinto del de la sentencia¹¹.

¹¹ Así se expresa Sánchez Morón (1999: 154).

c) Las competencias ejecutivas de las subvenciones condicionadas

Admitido que el Estado puede allegar recursos propios sobre materias de competencia autonómica y que, en función del título competencial que le sirva de soporte, puede regular las condiciones de otorgamiento o el régimen jurídico-normativo de estas subvenciones, corresponde conocer qué instancia es la competente para ejecutar las subvenciones condicionadas.

La sentencia que traemos a colación es la 95/1986, de 10 de julio. En un pronunciamiento anterior, el TC apuntó esta cuestión, si bien no llegó a dilucidar quién debería ser la Administración pública competente por la sencilla razón de que la Comunidad Autónoma impugnante no lo planteó.

El Tribunal la primera afirmación que realizará es que «la cuestión se complica si pasamos al plano de la gestión de las medidas de fomento reguladas por la disposición estatal»; y se cuestionará «si tiene sentido y es eficaz un sistema de subvenciones centralizadas a un sector económico como el agrícola que ha sido descentralizado y atribuido a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas»; e indicará que si la regulación o normación de las subvenciones pertenece, preferentemente, al ámbito de la competencia estatal, la gestión es el territorio propio de las CC.AA. y ello porque los Estatutos de Autonomía han contemplado entre las funciones que asumen las CC.AA., mayoritariamente, las de ejecución y porque las funciones correspondientes a la gestión no están incluidas en el ámbito de las normas básicas que corresponden al Estado¹², lo que determina la titularidad de la competencia autonómica.

Esta Sentencia, además, ya nos señaló cuales serían los componentes de la gestión de las subvenciones: la aprobación de los programas de inversiones, la propuesta de concesión de créditos y la aprobación de las subvenciones vinculadas a los préstamos otorgados, así como las facultades de control del cumplimiento de las condiciones estipuladas por parte de los beneficiarios de las ayudas (FJ 5).

La STC 188/1989, de 16 de noviembre, en su FJ 7, contendrá la más acabada doctrina sobre este particular.

Ahora bien, si antes indicamos que la atribución de la regulación de las subvenciones condicionadas al Estado, teniendo en cuenta el título competencial que las justifica, no significa que las CC.AA. quedaran desapoderadas de este tipo de facultades, ahora también podríamos afirmar lo mismo en relación con las competencias ejecutivas, pues, como ha señalado el TC, el hecho de que las CC.AA. sean las competentes para ejecutar las subvenciones estatales,

¹² Así nos lo ha explicado, con acierto, A. Monreal (1992: 115).

ello no significa que el Estado no pueda ejecutar en algunos casos las subvenciones otorgadas en materias de competencia autonómica.

La misma Sentencia reconocerá que la gestión centralizada de las subvenciones condicionadas será constitucionalmente legítima si «resultase imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo al tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales o los créditos que hayan de destinarse al sector» (FJ 5). No obstante, al margen de estos supuestos, el TC también ha reconocido algunas potestades de gestión de estas subvenciones justificadas en el artículo 149.1.13 CE.

El TC ha considerado el modelo de gestión descentralizada de las subvenciones condicionadas como el más adecuado al modelo de Estado autonómico que pergeña nuestra Constitución, sin perjuicio de que en supuestos excepcionales pueda darse la gestión centralizada.

d) La primera excepción a la doctrina del Tribunal Constitucional

No tardará mucho el Tribunal en enmendar alguna de sus afirmaciones o, mejor expresado, en corregir lo que hemos dicho constituirá un punto de arranque de la doctrina constitucional en la materia; y lo hará cuando tenga que enfrentarse a una materia tan compleja y sobre la que las CC.AA. disponen de todo el haz posible de facultades como es la Asistencia Social.

En este apartado damos cuenta de la STC 146/1986, de 25 de noviembre.

El TC en esta resolución, como ha indicado Sánchez Morón¹³ no solo comienza reiterando la doctrina que venía construyendo, sino que, incluso, la refuerza con nuevos argumentos hasta que da un giro radical para justificar la intervención del Estado en una materia sobre la que no disponía de competencia, ya que hasta ese momento la conclusión no podría ser otra que dar la razón a la Comunidad Autónoma demandante y considerar que el Estado había invadido el ámbito competencial autonómico.

El Tribunal entiende que «la promoción de la igualdad sustancial puede justificar el empleo a este fin de fondos públicos estatales —y no por una abstracta facultad de gasto público—» (FJ 4). Y, también, entiende que tratándose de problemas específicos que requieran de «un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción e, incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario que pueda corresponder al Estado»

¹³ M. Sánchez Morón (1999: 123-125).

está justificada la intervención de éste «en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global» (FJ 4).

En suma, el Tribunal considera que en esta materia las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación social del Estado; y, por ello, aunque éste carezca de título competencial para intervenir en la materia según el artículo 149.1 CE, títulos tan genéricos como el principio del Estado social y la promoción de la igualdad real y efectiva de los individuos y de los grupos en que se integran servirán de títulos habilitantes para la intervención del Estado en la materia de idéntica naturaleza a las enumeradas en el precepto constitucional que atribuye las competencias estatales¹⁴, de tal manera que lo que es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma se convierte en una competencia concurrente.

Con ser importante esta consideración, más lo es, a mi juicio, otra consecuencia que se extrae de este pronunciamiento como es permitir que el poder de gasto del Estado, al que de manera expresa en esta misma sentencia, no se le concibe como título competencial legitimador de la intervención del Estado, actúe, *de facto* —como ha expresado Medina Guerrero¹⁵— como un mecanismo corrector de las pretendidas deficiencias existentes en el reparto constitucional de competencias y acabe concibiéndosele como título justificativo de la intervención estatal, aunque sea, siempre que se trate de alcanzar los objetivos constitucionales —principalmente, la igualdad material de los españoles, así como los contenidos en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución—, y que esos objetivos solo puedan ser conseguidos en un ámbito supraautonómico o supracomunitario.

Observamos, como el Tribunal corrige su doctrina anterior relativa al poder de gasto del Estado y afirma, en la práctica, un poder de gasto público incondicionado materialmente.

No es de extrañar que Sánchez Morón calificara a esta sentencia como la «más polémica dictada hasta ahora en el tema que nos ocupa»¹⁶.

No podemos olvidar que esta resolución cuenta con un Voto particular del magistrado Leguina Villa, que disiente por cuanto entiende que no ha sido coherente la fundamentación jurídica con el fallo y por cuanto no existe título competencial que habilite la intervención del Estado en una materia que ha sido regionalizada, por lo que si el Estado quiere destinar recursos financieros a la asistencia social debe respetar el sistema de distribución de competencias. El magistrado discrepante no se aparta de la doctrina general, por lo que concluye que el Tribunal debió declarar que las resoluciones en conflicto habían

¹⁴ En este sentido se ha expresado A. Monreal (1992: 118).

¹⁵ M. Medina Guerrero (1993: 83).

¹⁶ M. Sánchez Morón (1999: 131).

invadido la competencia que la Comunidad Autónoma ostenta, dentro de su territorio, en materia de asistencia social.

B) LA SEGUNDA ETAPA: CONSOLIDACIÓN Y AVANCES EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Esta segunda etapa se abre con la STC 13/1992, de 6 de febrero, y se extiende durante más de dos décadas hasta los pronunciamientos que resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LGS.

a) El punto de referencia

El punto de referencia y quien preside esta segunda y muy definitiva etapa es la «importante», «importantísima», «decisiva» y «capital», como la ha calificado la doctrina¹⁷, STC 13/1992, de 6 de febrero.

Esta Sentencia, recapitula y sistematiza la jurisprudencia dictada hasta ese momento y, además, aporta soluciones a problemas pendientes, si bien no los resuelve todos y, de ahí, que Fernández Farreres expresara que esta resolución no había acertado a clarificar definitivamente esta problemática¹⁸. Nuestro interés está más en esa segunda parte que en la primera, sin perjuicio de que resumamos los puntos más sobresalientes de la jurisprudencia anterior.

Es el FJ 4 quien contiene resumida y exhaustivamente sistematizada la doctrina constitucional elaborada en la década anterior en los seis puntos siguientes:

- 1.º No existe una competencia subvencional diferenciada. La subvención no es un concepto que delimite competencias ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda la competencia sobre los variados aspectos a que puede dar lugar la actividad de financiación, al no ser el poder de gasto del Estado título competencial autónomo que pueda desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que correspondan a las CC.AA.
- 2.º El ejercicio de competencias estatales, anejo al gasto o la subvención, solo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opere dicho gasto o subvención, la Constitución o, en su caso, los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de tales competencias sobre las materias subvencionadas. La sola decisión

¹⁷ V. Tena Piazuelo (1993: 171); J. Ramallo Massanet (1992-1993: 407), E. Aja (1993: 283); y L. Pomed Sánchez (2007: 229), respectivamente.

¹⁸ G. Fernández Farreres (1993: 226).

de financiar no autoriza al Estado para invadir competencias ajenas, sino que, aun si estima que lo requiere el interés general, deberá desenvolver su actividad al amparo de una autorización constitucional y respetando en todo caso las competencias que la Constitución ha reservado a otros entes territoriales.

- 3.º Esto significa que la persecución del interés general que representa el Estado se ha de materializar «a través de» no «a pesar de» los sistemas de reparto de competencias articulado en la Constitución, excluyéndose así que el ámbito de competencias pueda ser extendido por meras consideraciones finalísticas. La legitimidad constitucional del régimen normativo y de gestión de las subvenciones fijadas por el Estado depende de las competencias genéricas o específicas que el Estado posea en la materia de que se trate, competencias que, necesariamente, serán concurrentes con la que ostente la Comunidad Autónoma a la que transfiera la subvención. Si se admitiera una competencia general e indeterminada de fomento de las actividades productivas por parte del Estado se produciría, junto a la indicada alteración del ámbito competencial, una distorsión peramentente del sistema ordinario de financiación autonómica.
- 4.º El Estado no puede condicionar las subvenciones o determinar su finalidad más allá de donde alcancen sus competencias de planificación y coordinación, la cual resultará excedida si la especificación del destino de las subvenciones se realiza con tal grado de concreción y detalles que se prive a la Comunidad Autónoma de todo margen para desarrollar una política propia dentro de las orientaciones de programación y coordinación que el Estado disponga para el sector como componente del sistema económico general.
- 5.º En relación con la gestión de las subvenciones estatales, la regla general es la gestión autonómica o descentralizada de las subvenciones de acuerdo con la normativa estatal básica. Solo es constitucionalmente admisible su centralización si resulta imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas de fomento dentro de la ordenación básica del sector, y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute de las mismas por parte de sus destinatarios potenciales en todo el territorio nacional, siendo al mismo tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos o de los créditos que hayan de destinarse al sector.
- 6.º Las subvenciones concedidas para la realización de los programas que figuran en los Presupuestos de gastos de los distintos Ministerios deben considerarse transferencias presupuestarias que dotan los Presupuestos de las CC.AA. El Estado no podrá exceder los títulos competencias que aparen su intervención y habrá de respetar las competencias que titu-

lan las CC.AA., las cuales determina, en última instancia, la normativa general, la medida y alcance de la gestión subvencionada por la Comunidad Autónoma.

A partir de aquí, el TC introduce algunas importantes novedades en su doctrina y/o ratifica principios o criterios de su doctrina que exponemos a continuación.

Nuestra atención se centra en tres cuestiones: La primera tiene por objeto el cambio de doctrina en relación con el alcance del poder de gasto del Estado; la segunda contiene la exposición de los supuestos de hecho de distribución competencial y las consecuencias jurídicas que comporta cada uno de ellos; y la tercera versa sobre el tema de la gestión centralizada de las subvenciones condicionadas.

Al poco tiempo de iniciados sus pronunciamientos y pese a la rotundidad de su afirmación de que el poder de gasto del Estado no constituye título competencial alguno ni puede operar al margen del sistema de distribución de competencias, el Tribunal matizará su criterio y considerará que el *spending power* justificará la intervención del Estado en una materia sobre la que no dispone de título competencial, esto es, que la Constitución y los Estatutos de Autonomía habían atribuido con carácter exclusivo a las CC.AA., convirtiéndola de esta manera en una competencia concurrente. Pues bien, pese a ratificar en el FJ 4 de la sentencia referencial las afirmaciones antedichas, y, en su FJ 6, de manera más expresa aún al explicitar que es claro que el Estado no dispone de un poder general para subvenciones entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial y ahondar en que el poder de gasto es siempre un poder instrumental que se ejerce «dentro de» y no «al margen» del orden de competencias, más adelante, en su FJ 7, seguirá el camino que inició en la STC 146/1986 y, ahora, afirmará que el poder de gasto del Estado, manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales, no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece, al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las CC.AA. que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyan los respectivos Estatutos y las Leyes. Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de su soberanía financiera, asignar fondos públicos a unas finalidades u otras, pues existen otros preceptos constitucionales (y singularmente los del Capítulo III del Título I) que legitiman la capacidad del Estado para disponer de su presupuesto en la acción social o económica.

El Tribunal desconecta el poder de gasto del Estado del orden constitucional de distribución de competencias y permite que aquél pueda allegar fondos públicos a cualquier finalidad lícita con independencia de que ostente título

competencial alguno en la materia¹⁹. El TC encuentra el fundamento del poder de gasto del Estado en su soberanía financiera y no en el sistema de distribución de competencias, aunque no deja de haber autores que defienden que esta sentencia prosigue el empeño jurisprudencial de mantener a salvo el reparto competencial de los embates del «mayor Presupuesto»²⁰. A nosotros no nos lo parece.

Con razón Ramallo Massanet ha hablado de la asimetría que existe entre el poder de gasto del Estado y la autonomía financiera de las CC.AA.²¹. Mientras éstas solo pueden actuar en el ámbito de sus competencias, el Estado puede destinar sus fondos a cualquier finalidad se encuentre o no en el marco de su haz competencial.

Esta novedad, como ha expresado Medina, no es baladí, pues, por una parte, viene a quebrar el rígido principio de conexión entre financiación y orden competencial, lo que implica el riesgo de que el ente que ostente la supremacía financiera vea potenciada su capacidad de penetración en esferas competenciales ajenas; y, de otra, porque los argumentos que se emplean para llevar a cabo este cambio de doctrina no son muy persuasivos, apelando a la soberanía del Parlamento para justificar esta decisión cuando no hay nada en los preceptos reguladores del sistema de financiación de las CC.AA. que permitan entender que el poder presupuestario es un poder independiente y no un poder instrumental al servicio de las competencias sustantivas del Estado²².

Este poder de gasto del Estado no es ilimitado, pues en ejercicio de este poder, el Estado tiene que respetar el orden competencial establecido. Admitido esto —manifestará el Tribunal en el FJ a que venimos refiriéndonos— tanto en la programación como en la ejecución de ese gasto del Estado debe respetar el orden competencial. Como bien ha señalado Aymerich Cano²³, el TC con esta decisión ha logrado la cuadratura del círculo a través de una sutil distinción entre la asignación de fondos, que sí operaría al margen del reparto competencial, y la programación y ejecución de ese gasto en el que el Estado

¹⁹ G. Fernández Farreres (1998: 169) ha criticado, con acierto, esta interpretación extensiva del poder de gasto del Estado indicando que «la conclusión a la que llega resulta inconsistente e incluso aparece como una solución contraria a los intereses autonómicos, pues por mínima que sea la afectación de las subvenciones que, en uso de la soberanía del gasto, el Estado decida prever, esa afectación condiciona a las CC.AA., con lo que, sin necesidad de contar con título competencial, el Estado de hecho decide la orientación de la propia política autonómica, por lo que la respuesta a la cuestión debería haberse ajustado al criterio más correcto de que si el Estado no dispone de competencias sobre una determinada materia, no podrá prever subvenciones que incidan en actividades reconducibles a dicha materia».

²⁰ M. Medina Guerrero (1992: 167). Más adelante, hablará de una «concepción poco estricta o matizada del principio de conexión entre competencia y gasto» (2012: 738).

²¹ J. Ramallo Massanet (1993: 47).

²² M. Medina Guerrero (1992: 169).

²³ C. Aymerich Cano (1993: 960).

tiene que respetar el orden competencial. Otros, tratando de encontrar una mejor explicación a este pronunciamiento, consideran que el Tribunal ha realizado la única interpretación posible del poder de gasto compatible con la propia existencia del Estado de las Autonomías²⁴, si bien no es esta nuestra opinión, pues convenimos con Fernández Farreres en la interpretación tan extensiva de este poder, de una parte, y, de otra, afirma, en la práctica, un poder de gasto público incondicionado materialmente, lo que supone una constrictión a la autonomía política y financiera de que gozan las CC.AA.

El TC se mueve en una diatriba que resuelve con una suerte de decisión salomónica reconociendo al Estado el poder de subvencionar todas las finalidades que considere oportunas, pero limitándole el ejercicio de este poder a lo establecido por el sistema de distribución de competencias.

En resumen, el Tribunal reconoce al Estado por primera vez el poder de disponer sus fondos presupuestarios sobre cualquier finalidad lícita con independencia de que disponga o no de título competencial sobre la materia objeto de subvención. Mientras que la autonomía financiera de las CC.AA. solo puede ejercerse en el marco de las competencias que éstas han asumido en virtud de lo dispuesto en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y otras leyes. Pero, este poder de gasto del Estado no es absoluto o ilimitado. Está desconectado de la distribución de competencias en cuanto a la disposición de fondos, pero está limitado por ésta en su ejercicio. O, como ha escrito Torres, «la potestad de gasto estatal no está limitada por la distribución de competencias, pero queda sujeta a la distribución funcional del poder»²⁵.

La segunda cuestión que abordamos es la que, en opinión de Fernández Farreres²⁶, constituye lo más destacado de esta sentencia y donde se encuentran las principales novedades. Me refiero al contenido de su FJ 8²⁷ que concreta los supuestos principales en que pueden inscribirse las subvenciones y establece el régimen jurídico respectivo. En este FJ se encuentra su doctrina acerca del régimen competencial aplicable a las medidas de fomento dotadas económicamente por el Estado y que se proyectan sobre materias o competencias autonómicas, tema que había tratado de manera poco sistemática en los pronunciamientos de la década anterior cuando iba perfilando hasta donde llegaba la competencia estatal de regulación de las subvenciones que destinaba a distintas materias competencia de las CC.AA., incluso de carácter exclusivo y, asimismo, hasta donde podía extenderse, si ello fuera posible, la capacidad de gestionar las subvenciones condicionadas de fondos estatales.

²⁴ A. Monreal (1992: 110).

²⁵ A. Torres Pérez (1992: 28).

²⁶ G. Fernández Farreres (1993: 237).

²⁷ «Un Fundamento Jurídico verdaderamente capital en la lógica de la doctrina constitucional en materia subvencional», como ha escrito L. Pomed Sánchez (2005: 109).

La STC 13/1992 contempla cuatro supuestos diferenciados en función de la delimitación sectorial de competencias establecido por el bloque de constitucionalidad, si bien algunos autores hablan solo de tres, pues entienden que los supuestos b y c no presentan apenas diferencias²⁸, o son tres supuestos contemplados distintos que pueden ser matizados en cuanto a su gestión se centralizase o descentralizase²⁹, mientras que otro expone cinco supuestos, pues desdobra el supuesto b³⁰, aunque entendemos que lo hace a efectos de exposición, pero sin que existan consecuencias jurídicas distintas, y el propio TC advierte que no se pueden excluir cualesquiera otros que en el futuro pudieran derivarse de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Vamos a analizar los tres primeros supuestos que se corresponden con los casos en que existan competencias exclusivas, concurrentes o compartidas, dejando para un punto posterior el cuarto supuesto que tiene por objeto la gestión centralizada de las subvenciones.

El primer supuesto se produce cuando la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma. En estos ámbitos, el Estado puede asignar fondos presupuestarios a estas materias o sectores, pero la determinación de su destino no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad, y esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las CC.AA., de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible en los mismos Presupuestos Generales del Estado.

Lo que importa retener de este supuesto, como bien nos ha explicado Fernández Farreres³¹, es que han de ser las CC.AA. las que concreten y decidan el modo, las condiciones y la manera en que se van a emplear esos fondos que, además, les han de ser transferidos a la Hacienda autonómica como transferencias corrientes o de capital. Por ello, el Estado no puede tomar decisión alguna respecto de estas subvenciones que vaya más allá de la mera especificación de las actividades genéricas o globales a las que debe afectarse el gasto. Las CC.AA. —añadimos nosotros— son, las que, por tratarse de un ámbito material de su exclusiva competencia, tienen el principal protagonismo —y casi único— en este supuesto.

²⁸ G. Fernández Farreres (1998: 170), «En el FJ 8 de la STCE 13/1992 se aíslan cuatro supuestos que bien pueden reducirse a tres».

²⁹ V. Tena Piazuelo (1993: 174).

³⁰ A. Torres Pérez (2012: 29-31).

³¹ G. Fernández Farreres (1998: 170).

El segundo supuesto constituye una superposición, en determinadas materias, de competencias autonómicas, aun cuando se clasifiquen de exclusivas, con competencia del Estado. El Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las CC.AA. sobre una materia, aún si ésta se califica de exclusiva (*v. gr.* la ordenación general de la economía), o bien tiene competencias sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las CC.AA. las competencias de desarrollo normativo y ejecución. En este supuesto, el Estado puede especificar el destino de sus fondos y regular sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde le permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las CC.AA. para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación.

De nuevo tenemos que recurrir a Fernández Farreres³² para observar que en este apartado la sentencia resulta cuando menos confusa o ambigua porque parece trazar una distinción —más que discutible— entre una «competencia genérica de interés» y «una competencia sobre las bases o coordinación» a la que no termina por vincular claramente competencias distintas. Se trata de partidas que deben territorializarse bien en los Presupuestos Generales del Estado, si ello es posible, bien en un momento posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

Un tercer supuesto es aquel en el que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En estos casos la única diferencia con respecto al supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.

La tercera cuestión que vamos a abordar en el análisis de esta sentencia versa sobre la gestión centralizada de las ayudas o subvenciones que es acerca de lo que trata el último de los «cuatro supuestos generales» de que estamos dando cuenta.

El cuarto supuesto es aquél que contempla la posibilidad, si bien excepcional, de que el Estado (un órgano de la Administración del Estado u organismo de esta dependiente, para ser más exactos) gestione las subvenciones que asigna a una materia, aunque cuando ésta pertenezca al ámbito de competencias exclusivas de las CC.AA.

³² G. Fernández Farreres (1998: 170).

La regla general, se encarga de recordar el FJ 4, es la gestión autonómica o descentralizada de las subvenciones de acuerdo con la normativa estatal básica, pues se trata de una competencia de ejecución que, con carácter general, la Constitución y los Estatutos de Autonomía han atribuido a las CC.AA.

En los otros supuestos anteriores se exige la territorialización de los fondos, pero este último constituye una excepción a la regla general, ya que permite, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado, la gestión estatal siempre que, como ya venía señalando, resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. El Tribunal añade, a modo de criterios que deben seguirse en este supuesto de gestión centralizada de las subvenciones, que la procedencia de esa gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate.

b) El desarrollo de la doctrina constitucional

Esta «intachable» doctrina, que formal y materialmente perdura hasta nuestros días³³, no fue, sin embargo, plenamente seguida por su hacedor en pronunciamientos posteriores.

Además de la ya expuesta fabulosa extensión del poder de gasto del Estado, tenemos que señalar que el supuesto primero de los enunciados en el FJ 8 de la STC 13/1992, como han puesto de manifiesto distintos autores³⁴, no ha tenido aplicación práctica alguna. Y, asimismo, ha sucedido que los supuestos siguientes han sido interpretados en el sentido de incrementar la centralización de la regulación y, también, de la gestión de las subvenciones.

El TC sentó la regla según la cual la resolución de aquellas controversias que se susciten respecto a la regulación y aplicación de las ayudas o subvenciones que puedan establecerse en las distintas áreas o segmentos de la acción pública ha de tener en cuenta la distribución de competencias existente en la materia en que proceda encuadrar la subvención de que se trate (por todas, SSTC 138/2009, de 15 de junio, FJ 3 y 87/2016 de 26 de abril FJ 3), lo que el propio TC denominara el «encuadramiento competencial», una valiosa doctrina que le ha servido para justificar la intervención del Estado en todo tipo de

³³ A. Torres Pérez (2012: 122).

³⁴ Por todos, L. Pomed Sánchez (2007: 233) donde manifiesta que este primer supuesto no ha servido de *ratio decidendi* en ninguna de las resoluciones posteriores.

materias, incluso de la competencia exclusiva, amparándose en títulos competenciales horizontales o transversales que se entrecruzan con otras materias como, de manera singular la regla 13.^a del artículo 149.1 CE que, como es conocido, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre «las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica» o, expresado en otros términos y siguiendo la interpretación del Tribunal sobre este precepto, la dirección de la política económica del Estado.

Si bien el TC ha sostenido que esta regla competencial no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1988, de 17 de octubre y 133/1997, de 16 de julio), pues de no ser así «se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico» (STC 21/1999, de 21 de febrero, FJ 5), en la práctica, y dada la indudable *vis expansiva* de este título al atribuir al Estado la posibilidad de aprobar normas de naturaleza económica sobre diversos sectores sobre los que las CC.AA. han asumido competencias, ha hecho una lectura extensa del ámbito de actuación que dicha competencia permite al Estado, de suerte que la ha convertido en uno de los principales factores de centralización de la regulación de las medidas de fomento³⁵. O, aún más, como ha explicitado Carrasco Durán, «la interpretación amplia del artículo 149.1.13 ha sido el elemento principal para centralizar en el Estado la decisión sobre política económica de una forma extensa, al extremo de que la doctrina considera que dicha competencia en nuestro sistema juega el mismo papel que la *commerce clause* en los Estados Unidos»³⁶.

El TC ha señalado que este precepto al que nos referimos atribuye al Estado «una competencia para la ordenación general de la economía que responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de medidas necesarias para garantizar la realización de los mismos» (por todas, STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2), o que cobija también las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector (SSTC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4 y 13/1992, de 4 de febrero, FJ 7). Se trata, pues, de una regla de carácter transversal en el orden económico que responde a la «necesaria coherencia de la política económica» y que «exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la

³⁵ A. Torres Pérez (2012: 37).

³⁶ M. Carrasco Durán (2008: 11).

interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores» (STC 186/1988, FJ 2).

Esta competencia estatal no solo alcanza a las bases, sino también a la coordinación. Respecto a ésta, el TC, en STC 32/1983, de 28 de abril, ha señalado que «presupone lógicamente la existencia de competencias autonómicas, aun de mera ejecución, que deben ser respetadas y con la que se persigue, en esencia, la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema» (FJ 2) y exige la adopción de las «medidas necesarias y suficientes» para lograr tal integración (STC 111/1984, FJ 6), bien tras la correspondiente intervención económica, bien incluso de carácter preventivo, para asegurar la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias (por todas, STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 4).

Así es, esta regla competencial ha sido utilizada para justificar la intervención estatal en materias de competencia exclusiva de las CC.AA. como agricultura y ganadería (STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 4), comercio interior (STC 77/2004, de 29 de abril, FJ 3), turismo rural y otras actividades turísticas (STC 75/1989, de 24 de abril, FJ 4) y vivienda (STC 59/1995, de 17 de marzo FJ 4), por solo citar los ejemplos más significativos.

Aunque el TC siempre ha manifestado pretender no menoscabar la autonomía política y financiera de las CC.AA. con motivo de la actividad subvencional del Estado, así como que esta competencia de carácter horizontal reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE ha de emplearse con cierta cautela con la finalidad de evitar el vaciamiento de diversas competencias autonómicas que tienen incidencia en el ámbito económico, en la práctica, sostenemos con el último autor citado³⁷, que, al interpretar de manera tan extensa esta regla competencial, ha dotado al Estado de un instrumento que le ha permitido asumir la regulación de cualquier aspecto de las medidas de fomento en que se plasman decisiones de política económica, reservando a las CC.AA. el papel de entes destinados a ejecutar las medidas de fomento previstos por el Estado, mientras que en el aspecto normativo ha reducido su papel a la regulación de aspectos de índole procedimental o técnico. Así, al Estado le corresponde la regulación y a las CC.AA. la ejecución en una suerte de federalismo ejecutivo perfecto. O, de manera más matizada, como ha escrito Canal Muñoz³⁸, el TC

³⁷ M. Carrasco Durán (2008: 12). En un sentido más amplio, ya después de la STC 13/1992, algunos autores como G. Fernández Farreres (1993: 239) y L. Pomed Sánchez (2008: 43) afirmarán que la STC referida sentará una doctrina contraria a los intereses autonómicos.

³⁸ J. Canal Muñoz (2018: 139).

ha mantenido una posición que podríamos calificar de equilibrada en la determinación del reparto de competencias en esta materia. Por un lado, se muestra generoso con el Estado en la delimitación del alcance de la potestad normativa básica hasta el punto que abarca la casi totalidad de la competencia normativa Y, por otro parte, afirma el carácter autonómico de la función ejecutiva, adoptando un criterio enormemente restrictivo para su eventual centralización, lo que, pensamos, se compadece plenamente con el reparto competencial que atribuye a las CC.AA., siempre o casi siempre, en todas las materias, la función ejecutiva con carácter exclusivo.

De esta suerte, el TC ha reconocido al Estado, en virtud de su competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, las facultades de:

- Determinar la finalidad u objeto de las subvenciones, lo que incluye la definición de las acciones y actividades subvencionables, de los objetos sobre los que deben realizarse tales actividades, las acciones y las líneas de financiación preferentes.
- Establecer su ámbito de aplicación, así como el ámbito temporal o período subvencionable.
- Determinar los requisitos y condiciones para su obtención, así como sus beneficiarios.
- Señalar la documentación a aportar con la solicitud y el plazo de presentación de éstas.
- Acordar la cuantía máxima de los recursos destinados a cada tipo de subvenciones y los elementos y reglas que se deben tener en cuenta para el cálculo del montante que pueden recibir los beneficiarios de las ayudas.
- Señalar el momento de concesión de las ayudas.
- Y, los criterios y garantías del cumplimiento, esto es, las sanciones de las que serían merecedores los beneficiarios que no cumplieran con los elementos de la subvención que han obtenido.

C) LA TERCERA ETAPA: LA ACTUALIDAD

La tercera etapa y última de este recorrido por las principales sentencias recaídas en materia subvencional, está presidida por aquellas que se dictaron resolviendo los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos preceptos de la LGS y que concluyeron con las SSTC 130 y 135/2013, de 4 y 6 de junio, respectivamente.

No es que estos pronunciamientos hayan dado un vuelco o inaugurado una nueva senda en la que venimos calificando de doctrina jurisprudencial consolidada en materia de subvenciones, pero sí aportan algunos elementos nuevos que merecen ser destacados.

Así, en primer término, añade un supuesto nuevo a esos cuatro generales que explicitara la STC 13/1992, o, en sentido inverso, elimina el primero de los supuestos enunciados. En segundo lugar —lo más novedoso, a nuestro juicio—, la declaración de constitucionalidad de la regulación que lleva a cabo la LGS de un «procedimiento subvencional común» amparado en el artículo 149.1.18 CE que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las CC.AA. Amén de continuar interpretando de una manera expansiva el artículo 149.1.13 CE y ofrecer una nueva interpretación a la competencia estatal sobre la Hacienda General (artículo 149.1.14 CE) que habilitan, aún más, la intervención del Estado o, mejor, la centralización de las competencias.

Comenzando por el primer de los puntos señalados, como ha advertido Aymerich Cano³⁹, la STC 130/2013, añade un supuesto nuevo a los cuatro ya tipificados al señalar, en su FJ 8, que las subvenciones instrumentadas por las CC.AA. y financiadas con fondos autonómicos en las materias de su competencia también están sujetas a la normativa básica sectorial que corresponda —si bien no con la misma virtualidad que cuando opera sobre subvenciones financiadas por el Estado—, pues, de lo contrario, «convertiría el hecho de financiación en un poder autonómico e independiente del sistema constitucional de distribución de competencias, lo que, *de facto*, supone la eliminación del primero de los supuestos contemplados en la STC de 1992 o, cuando menos, su equiparación con el segundo de los supuestos». En consecuencia, la intervención del Estado también se producirá en aquellas materias de competencia exclusiva de las CC.AA. y sobre las que aquél no podía esgrimir ningún título competencial sobre la materia de que se tratara, de tal suerte que por obra de esta decisión el Tribunal ha convertido las competencias exclusivas de las CC.AA. en un conjunto vacío al señalar que por encima de esa pretendida exclusividad siempre existirá un título competencial estatal que permitirá al Estado, cuando menos, regular los aspectos centrales del régimen subvencional.

En relación con el segundo de los puntos señalados, el Tribunal da una interpretación completamente nueva al artículo 149.1.18 CE. La Comunidad Autónoma recurrente, a la vista de la reiterada doctrina constitucional, entiende que el procedimiento subvencional es un procedimiento especial *ratione*

³⁹ C. Aymerich Cano (2013: 229).

materiae, por lo que el precepto constitucional invocado por el Estado no ampara que éste establezca normas procedimentales respecto de todas las subvenciones, puesto que dicho precepto no se refiere de forma específica a las mismas, como si lo hace, en cambio, respecto a la expropiación, los contratos y concesiones o el sistema de responsabilidad patrimonial. El TC modificará su doctrina al respecto. Mantiene que los procedimientos *ratione materiae* deberán seguir el régimen de distribución de competencias en cada materia o sector, pero recuerda que ya ha admitido, en virtud del artículo 149.1.18 CE, que el Estado establezca normas comunes de procedimiento específicas para procedimientos administrativos *ratione materiae* (STC 61/1997 FJ 25 c), lo que significa que la competencia del Estado en materia de procedimiento administrativo común no se detiene única y exclusivamente en la regulación de la institución desde una perspectiva meramente abstracta y desvinculada de los procedimientos especiales.

Por otro lado, teniendo presente que las subvenciones no constituyen una materia a efectos de la distribución de competencias, y que el artículo 149.1.18 CE no confiere un título competencial al Estado para la regulación de las subvenciones como sí lo hace para las otras materias explicitadas en este precepto, de ello no puede deducirse que el Estado no pueda establecer una regulación común del procedimiento de otorgamiento de las subvenciones. Para el Tribunal, el procedimiento subvencional regulado desde una perspectiva general y abstracta no es un procedimiento *ratione materiae*, puesto que la subvención no es una materia, sino una técnica de fomento administrativa del artículo 149.1.18 CE que tiene un efecto irradiador sobre todas las materias previstas en el artículo 149.1 CE. En consecuencia, el Tribunal entenderá que nos encontramos ante un supuesto de concurrencia competencial. El Estado puede regular, desde una perspectiva general y abstracta, el procedimiento subvencional común, mientras que las CC.AA. pueden establecer «las especialidades derivadas de la organización propia».

Como bien ha expuesto Caicedo Camacho⁴⁰, siguiendo la nueva interpretación del procedimiento de subvenciones, el Tribunal parece extraer tres ámbitos del sistema competencial relativo al procedimiento administrativo común:

- 1.º Un procedimiento general y abstracto que sigue los principios básicos de todo procedimiento de la Administración y que competencialmente corresponde al Estado por la vía del artículo 149.1.18 CE.
- 2.º Un procedimiento general y abstracto predicable de cada ámbito material concreto, en este caso la subvención, que también corresponderá al Estado por vía del artículo 149.1.18 CE, y

⁴⁰ N. Caicedo Camacho (2016: 391).

- 3.º La regulación del procedimiento subvencional de cada materia concreta, que, dependiendo del sistema de distribución de competencias, corresponderá a una Administración u a otra.

Por último, debemos abordar la continua interpretación extensiva que hace del artículo 149.1.13 y la nueva interpretación que hace de la regla 14.ª del artículo 149.1 CE.

En el FJ 5 de la Sentencia que comentamos, el Tribunal hace un resumen de su doctrina acerca de esta regla competencial que se ha convertido ya en una competencia transversal que habilita al Estado para intervenir en todos los sectores económicos o, como hemos dicho más arriba, en una suerte de *commerce clause* que permite al Estado ostentar la dirección de la política económica e intervenir en cualquier materia que tenga incidencia económica. De ahí que nos encontremos en el FJ 14 de este pronunciamiento con la justificación de la constitucionalidad de un buen número de preceptos de la LGS amparados en la competencia estatal relativa a la planificación general de la actividad económica, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final 1.ª de la Ley.

Por su parte, en el mismo FJ 5 de la Sentencia nos encontramos con la reinterpretación que hace el TC de la regla competencial relativa a la Hacienda General, que pasa a tener un ámbito de aplicación más extenso al incluir los aspectos que inciden en el gasto público.

El Tribunal recuerda que este título permite al Estado regular su propia Hacienda, así como establecer las instituciones comunes a las distintas Haciendas y las medidas para su coordinación y para subvenir a su eficiencia. Nada impide deducir que el artículo 149.1.14, en relación con los artículos 133 y 157.3 CE, no es solo competente para regular sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y los principios generales comunes del mismo. Del mismo modo sostiene que la organización por las CC.AA. de sus Haciendas es una exigencia que se deriva directamente de su potestad de autoorganización. Pues bien, nada de ello es obstáculo para extender esta doctrina a la otra vertiente de la hacienda pública, la vertiente del gasto, de tal forma que corresponde al Estado no solo el régimen jurídico de la ordenación de los gastos de la Administración del Estado, sino también el establecimiento de las normas y principios comunes de la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que han de regir el gasto público, sin perjuicio del respeto a la autonomía financiera de las CC.AA.

Así, con la extensión del ámbito de aplicación de esta regla competencial, el Tribunal justifica también la constitucionalidad de numerosos preceptos de la LGS y prosigue su vía de centralización de esta materia subvencional.

No podemos dejar de mencionar el contundente Voto particular que acompaña a esta STC, discrepante tanto de la fundamentación jurídica como del fallo.

Entienden los magistrados disidentes que solo una interpretación tan desmesuradamente extensa de los títulos competenciales estatales en los que dice fundarse la LGS permite a la mayoría avalar la constitucionalidad de esta Ley. Así, disienten de la nueva interpretación que la mayoría ofrece del artículo 149.1.14 CE al extender el ámbito de aplicación de este precepto también al gasto público con base a un pretendido paralelismo entre la ordenación del régimen tributario y el régimen jurídico de la ordenación del gasto que no existe. Los firmantes del Voto particular entienden que el carácter esencialmente coordinador que la doctrina constitucional atribuía a este precepto, ahora es transformado en un título regulador que se extiende al establecimiento del régimen jurídico de la ordenación del gasto de las distintas haciendas. De otra parte, tampoco entienden que este título pueda ser aplicable en este caso con preferencia sobre otros títulos estatales. «Entender —se puede leer en el Voto particular— que, por producirse esa disposición de fondos, el título competencial de hacienda general puede servir para encuadrar la actividad subvencional de las Administraciones públicas supondrá admitir que es susceptible de inscribirse dentro de dicho título toda actuación administrativa que conlleve efectos económicos en la vertiente del gasto, independientemente de la existencia de otros títulos competenciales más específicos».

Con todo, lo más grave para los magistrados está en «la principal y más criticable novedad de la Sentencia» que no es otra que el hallazgo de una competencia estatal nueva desarrollada a partir del concepto de «procedimiento subvencional común» o «procedimiento administrativo común singular». Para los magistrados discrepantes esta original construcción se asienta en bases bastantes frágiles que nada justifican modificar la doctrina que distingue entre procedimiento administrativo común y procedimiento especial *ratione materiae*. No consideran que deba admitirse la pretensión de tratar a las subvenciones como las actuaciones administrativas que sí aparecen expresamente mencionadas en el texto constitucional. La decisión de convertir tales procedimientos especiales en procedimiento administrativo común quedaría en manos de la libérrima decisión del legislador estatal, vaciándose con ello sustancialmente de contenido las competencias autonómicas en cada ámbito material. Aplicado al ámbito de las subvenciones, esta construcción implica desconocer las competencias autonómicas para establecer los procedimientos de tramitación de las subvenciones en los casos en que ostenten competencias normativas, así como en aquellas subvenciones en materias de competencia autonómica financiadas por las CC.AA.

D) A MODO DE CONCLUSIÓN

A través de lo expuesto, hemos podido comprobar que el TC ha asentado una clara doctrina jurisprudencial, no exenta de imprecisiones, en un tema capital para el Estado social en el que vivimos. Una doctrina minuciosa y detallada, pero que no ha impedido la conflictividad en la materia y de ahí el abundante número de pronunciamientos recaídos en estos cuarenta años de funcionamiento del Tribunal.

También, hemos podido comprobar que si bien el TC intentó mantener ese difícil equilibrio entre los principios de unidad económica y autonomía financiera de las CC.AA., lo cierto es que cada vez ha ido adquiriendo un sesgo más centralizador hasta el punto de poder afirmar hoy que no hay materia de competencia autonómica que no pueda ser intervenida por la potestad subvencional del Estado, así como que la regulación del régimen jurídico de las subvenciones con bastante grado de detalle corresponde al Estado, mientras que las CC.AA. han quedado reducidas a un papel protagonista solo en el campo de la ejecución de las subvenciones condicionadas.

Si bien al principio el TC sostuvo que el poder de gasto del Estado no constituía título atributivo de competencias, lo cierto es, *de facto* lo es.

La interpretación tan desmesuradamente extensiva de determinadas reglas competenciales como, sobre todo, la 13.^a del artículo 149.1 CE, han habilitado al Estado para ampliar su ámbito de actuación, así como su alcance.

Y el colofón, de esta línea de centralización, por ahora, lo encontramos en ese descubrimiento tan novedoso y original como falta de base del artículo 149.1.18 CE al establecer una distinción entre un procedimiento general y abstracto que sigue los principios básicos de todo procedimiento de la Administración y que competencialmente corresponde al Estado, un procedimiento general y abstracto predicable de cada ámbito material concreto, un procedimiento subvencional común en este caso, que también corresponderá competencialmente al Estado por vía del último precepto citado y la regulación del procedimiento subvencional de cada materia, procedimiento *ratione materiae* que, dependiendo del sistema de distribución de competencias corresponderá a una u otra Administración.

La centralización se ha impuesto, pues, en la materia subvencional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aja, E. (1992), «Las subvenciones del Estado a las Comunidades Autónomas», *Informe Pi i Sunyer sobre Comunidades Autónomas, 1991*, Barcelona, Institut Pi i Sunyer, pp. 283-297.

- Aymerich Cano, C. (1994), *Ayudas públicas y Estado autonómico*, A Coruña, Universidade da Coruña, pp. 534.
- (1993), «Las relaciones financieras entre el Estado y las Comunidades Autónomas: dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional español (Sentencias 13/1992, de 6 de febrero y 79/1992, de 28 de mayo)», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 260, pp. 951-974.
- (2013), «Subvenciones y Estado autonómico», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 97, pp. 221-258.
- Caicedo Camacho, N. (2016), «La utilización del poder subvencional del Estado en el marco de la asistencia social», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 105, pp. 355-398.
- Canal Muñoz, J. (2008), «La competencia estatal en materia de becas y ayudas al estudio: fundamento y alcance», *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 102, pp.124-154.
- Carrasco Durán, M. (2008), «Repercusión de los Estatutos de Autonomía en la actividad de fomento estatal», *El desarrollo del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, coord., Miguel Ángel Zamora, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, Consejería de Presidencia, Sevilla, 2008, pp. 5-32.
- Fernández Farreres, G. (1993), *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid IEF, pp. 848.
- (1993), «La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 38, pp. 225-239.
- (1998), «La ordenación de los sectores económicos. El poder de gasto del Estado y de las Comunidades Autónomas», *El funcionamiento del Estado autonómico*, Madrid, INAP, pp. 187-200.
- (2005), «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de la aplicación de la Ley», en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 29-63.
- Garrido Falla, F. (1981), «El desarrollo legislativo de las normas básicas y leyes marco estatales por las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública*, n.º 94, pp. 13-32.
- Medina Guerrero, M. (1992), «Supremacía financiera, distorsión del orden competencial y cooperación en el Estado autonómico: algunas consideraciones en torno a la STC 13/1992», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35, pp. 155-177.
- (1993), *La incidencia del sistema de financiación en el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas*, Madrid CEC, pp. 612.
- (2012), «Artículo 45», en Cruz Villalón, Medina Guerrero y Pardo Falcón, J. (coord.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, II, Sevilla, Parlamento de Andalucía, pp. 734-747.

- Monreal, A. (1992), «Potestad estatal de gasto y distribución de competencias», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 33, pp. 105-132.
- Pomed Sánchez, L. (2005), «Los ámbitos territorial y temporal de aplicación de la Ley», en Fernández Farreres, G. (dir.), Madrid, *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Thomsom-Civitas, pp. 67-129.
- (2006), «Jurisprudencia constitucional sobre subvenciones», *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, CGPJ, Madrid, pp. 223-298.
- (2008), «La potestad subvencional en el Estado autonómico», *Revista de Estudios de Administración Financiera*, n.º 7, pp. 37-78.
- Sánchez Morón, M. (1990), *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, pp. 207.
- Ramallo Massanet, J. (1992-1993), «El poder de gasto del Estado: subvenciones y orden competencial», *Documentación Administrativa*, n.ºs 232-233, pp. 403-422.
- (1993), «La asimetría del poder tributario y del poder de gasto de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, pp. 43-62.
- Recasens Calvo, J. (1990), «Los límites constitucionales de la actividad estatal de fomento en sectores económicos de competencia de las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 245, pp. 85-102.
- Tena Piazuelo, V. M. (1993), «Incidencia de la técnica subvencional en el correcto funcionamiento del sistema de financiación autonómica y en el concepto de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 77, pp. 167-180.
- Torres Pérez, A. (1992), *La proyección de la potestad subvencional sobre la distribución competencial. Análisis de la práctica estatal*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònomic, pp. 132.

LOS PROCEDIMIENTOS SUBVENCIONALES. DE LA BUROCRACIA A LA IA: EFICACIA O GARANTÍA¹

Eva M.^a Menéndez Sebastián

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La nueva relación entre Administración y ciudadanía. A) La noción de ciudadanía administrativa: de la Administración democrática a la democracia administrativa. B) La buena administración: un puente entre la ciudadanía administrativa y el uso de la IA. C) El reflejo administrativo del cambio de paradigma: del modelo *weberiano* a la *New Public Governance*. 3. El eterno juego de equilibrios. A) ¿IA lógica o IA conexionista?. B) Actividad material y actividad formal. C) Beneficios y riesgos. D) Potestades regladas y potestades discrecionales. E) ¿Mejores servicios o más control?. F) Eficacia *versus* garantías: a modo de síntesis. 4. De la teoría a la práctica: posibles usos en el ámbito de las subvenciones. A) Tipos de procedimientos subvencionales. B) Aplicación de IA a los procedimientos de subvenciones. 5. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: Estamos inmersos en una auténtica transformación de la relación entre la Administración y la ciudadanía. En este contexto de *New Public Governance*, buena administración y buen gobierno, se debe analizar la disrupción tecnológica que vivimos. Son muchos los retos a afrontar en esa constante tensión entre eficacia y garantías. El ámbito de las subvenciones es propicio para analizarlos, para visualizar, en definitiva, la evolución de la burocracia a la IA.

PALÁBRAS CLAVE: subvenciones, IA, buena administración y gobernanza.

¹ Esta actividad es parte del proyecto «Digital citizenship: administrative implications» TED2021-129283B-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR del proyecto «Reorganización administrativa y de los servicios públicos a los ciudadanos en la post-pandemia», PID2021-126784NB-ICO, así como de la Cátedra Rafael del Riego de Buen Gobierno. Un desarrollo mayor del tema puede consultarse en E. M.^a Menéndez Sebastián (2023).

ABSTRACT: We are immersed in a real transformation of the relationship between the Administration and the citizenry. In this context of New Public Governance, good administration and good governance, the technological disruption we are experiencing must be analysed. There are many challenges to be faced in this constant tension between efficiency and guarantees. The field of subventions is propitious to analyse them, to visualise, in short, the evolution from bureaucracy to AI.

KEY WORDS: subventions, IA, good administration and governance.

1. PLANTEAMIENTO

«There is nothing either good or bad, but thinking makes it so». Con esta famosa frase de William Shakespeare, quiero representar, con cierta ironía, dos premisas latentes en este trabajo. La primera, que la IA no es en sí misma ni buena ni mala²; la segunda, el papel que en esta disrupción tecnológica juega el pensamiento humano, pues no en vano se viene traduciendo en «no existe nada ni bueno ni malo, el pensamiento humano lo hace así».

Que la IA ya está presente en nuestras vidas es un hecho, también que paradójicamente se proyecta hacia un futuro incierto por muchas razones —no solo la propia del uso de la IA—, y que oscila entre el sueño de un mundo mejor, casi perfecto, y la pesadilla de la esclavitud de la humanidad por la máquina o el miedo a la manipulación mental³. En todo caso, es un tema que a nadie deja indiferente.

Aún sin pecar de un excesivo optimismo, pero sí de una firme creencia en lo público, me inclino por imaginar un mañana con mejores servicios públicos, con una Administración proactiva, más eficaz, preocupada por los ciudadanos y que respeta sus derechos.

En definitiva, siguiendo a Umberto Eco, me posiciono con los integrados más que con los apocalípticos, y desde esta postura he afrontado el estudio de este tema, buscando las oportunidades, aunque sin dejar de lado los riesgos⁴, a los que inevitablemente debemos referimos los juristas.

Partiendo de esta perspectiva, es preciso comenzar por encuadrar el tema sentando una serie de premisas. La primera de ellas que la IA no deja de ser una herramienta más de la que disponen las Administraciones públicas, es decir, un medio al servicio del interés general y no un fin. La segunda, que el desarrollo e implementación de la IA no se puede disociar del contexto global

² I. Martín Delgado (2022).

³ Sobre los *nudges*, *hypernudges digitales* y patrones oscuros J. Ponce Solé (2022).

⁴ A. Barone (2020: 63-67).

de la transformación digital de la acción pública, donde aún queda mucho camino por recorrer, y no por casualidad el propio título de esta ponencia se refiere a esa evolución. La tercera, que se trata de un elemento que se incardina dentro de una nueva forma de gestión de lo público, la *nueva gobernanza pública*, así como de la necesidad de acompasar su integración en el sector público de una cultura del cambio que debe permear también en la organización.

En este contexto, he acometido este estudio entendiendo que debe intentar responder a su vez a un triple objetivo. A saber, comprender el marco general en que se está produciendo esta transformación de la que el último eslabón, por el momento, parece ser la aplicación de sistemas de IA. En segundo lugar, el difícil equilibrio entre garantías y eficacia, y el contexto normativo —por el momento insuficiente y, especialmente disperso—, en que deben buscarse respuestas. Y, finalmente, la posible aplicación concreta a los procedimientos subvencionales. Es decir, de la teoría descender a la práctica, buscando propuestas, en *pro* —acertadas o no— de una mejora constante.

Si he comenzado con una cita de William Shakespeare para desvelar el punto de partida, quiero ahora referirme a un clásico de nuestra disciplina, Maurice Hauriou, para explicar muy brevemente el enfoque de este trabajo, que en gran medida se deduce del propio título de la ponencia.

En el mismo se alude a dos cuestiones, la primera, la evolución de la burocracia a la IA, lo que evoca uno de los aspectos que ya he mencionado, que estamos inmersos en una nueva forma de gestionar lo público, que está pasando del modelo *weberiano* burocrático a la nueva gobernanza pública, con todo lo que ello implica, y que trataré de vincular a los diversos aspectos a tomar en consideración al afrontar el reto de la utilización de IA en el sector público⁵, en general, y en los procedimientos de subvenciones, en particular.

Sin embargo, es el segundo aspecto, la tensión entre la eficacia y las garantías, lo que me recuerda inevitablemente la dualidad a la que el maestro francés se refirió. Una dualidad, que, es constante en el Derecho administrativo, y que, como trataré de exponer, subyace permanentemente en el tema que ahora nos ocupa.

Pues ya debo adelantar que lejos de una verdad absoluta en el tema, de una línea recta que recorrer, existen múltiples bifurcaciones⁶, diversas cuestiones a ponderar que dificultan la toma de decisiones al respecto, y que, en definitiva, ofrecen un gran reto a la sociedad actual, y, también a quienes nos dedicamos al Derecho y, en particular, al Derecho administrativo⁷.

⁵ P. K. Agarwal (2018).

⁶ E. Laszlo (1990).

⁷ J.-B. Auby (2020: 15) y A. Cerrillo i Martínez (2019).

2. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y CIUDADANÍA

En este camino descendente, de lo general a lo particular, es preciso comenzar por exponer muy brevemente el panorama general de cambio de paradigma en que estamos inmersos. Dado que la comprensión de ese contexto no servirá únicamente para entender el cambio que vivimos, sino que también supone un apoyo en la búsqueda adecuada de soluciones a los retos que dicha transformación nos presenta.

Así, por ejemplo ¿sería posible una mayor eficacia de la gestión pública, sin que esta responda a las necesidades de la sociedad o esté envuelta en una opacidad contraria a la transparencia y rendición de cuentas que marcan el renovado papel que en la escena juegan la Administración y los ciudadanos? Y es que además de la dualidad entre eficacia y garantías, es preciso tener en cuenta la necesidad, ya apuntada por el propio *Conseil d'État* francés (2022), de la aceptabilidad del uso de la IA por los destinatarios de la acción pública, los ciudadanos.

A estas dos cuestiones y su conexión ya he tenido ocasión de dedicarme en mayor profundidad en trabajos anteriores⁸, a los que me remito. Por lo que ahora me limitaré a dar unas brevísimas pinceladas.

A) LA NOCIÓN DE CIUDADANÍA ADMINISTRATIVA: DE LA ADMINISTRACIÓN DEMOCRÁTICA A LA DEMOCRACIA ADMINISTRATIVA

El paso de la consideración de quien tiene una relación con la Administración o utiliza un servicio público de administrado o usuario⁹ a ciudadano ha implicado toda una transformación que se refleja en la noción de *ciudadanía administrativa*.

Esa nueva posición que ha ido adquiriendo el ciudadano respecto de la Administración es la que justifica la introducción de los principios sobre los que en gran medida pivota la *nueva gobernanza pública*, pues, al fin y al cabo, no deja de ser un fiel reflejo de esta ciudadanía renovada, en este caso, a nivel de gestión. Se trata de una profunda transformación de la relación entre Administración y los ahora ciudadanos, en línea con lo que se ha venido considerando el paso de la *administración democrática* a la *democracia administrativa*.

⁸ E. M.^a Menéndez Sebastián (2021); E. M.^a Menéndez Sebastián y J. Ballina Díaz (2021 y 2022); y E. M.^a Menéndez Sebastián y B. M.^a Mattos Castañeda (2022).

⁹ V. Donier (2008: 13).

El creciente uso de la noción de *democracia en la administración pública* refleja claramente este cambio, que conlleva la concesión de nuevos derechos para todos los ciudadanos, *implicándoles* también en los procesos administrativos en el marco de los mecanismos de deliberación y participación¹⁰.

De este modo, al reconocer que el administrado es también un ciudadano se transforma la naturaleza de la relación administrativa, en la que los ciudadanos tienen derecho a participar en la acción administrativa y a acceder a la Administración, debiendo la Administración rendir cuentas ante ellos. De ahí también, como se dirá, que la opacidad en el empleo de la IA por la Administración deba desterrarse.

En fin, la ciudadanía administrativa que surge entonces implica, al mismo tiempo, ser ciudadano *de* la Administración y ciudadano *en* la Administración¹¹.

B) LA BUENA ADMINISTRACIÓN: UN PUENTE ENTRE LA CIUDADANÍA ADMINISTRATIVA Y EL USO DE LA IA

Sin entrar en mayor profundidad respecto a qué se entiende o qué debe implicar la noción de *buena administración*¹², cabe ahora simplemente ofrecer una idea aproximada, dado su papel destacado en relación con el uso de sistemas de IA en la Administración.

La noción de *buena administración* se utiliza aquí como aquella que realiza bien su función, que, por tanto, sirve al interés general¹³, pero también sin menoscabo o con respeto de los intereses particulares¹⁴, en fin, que hace una ponderación adecuada de los medios, las circunstancias, los hechos, los elementos presentes —lo que conecta con la motivación, la obligación de *due care* o *due diligence* de la que habla el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵, base de la equidad—; y adopta la mejor decisión, en cuya elección será relevante, para el acierto de la misma, el procedimiento oportuno; ya que este, entre otras funciones, cumple dos de forma destacada: la mejor toma de decisiones y la garantía de los derechos de los interesados en el mismo. Elementos que están presentes en el debate en torno a la implementación de la IA en el ámbito público.

¹⁰ J. Chevallier (2011: 217-227).

¹¹ G. Dumont (2002: 666-667).

¹² E. M.^a Menéndez Sebastián (2021).

¹³ Sobre el buen comportamiento administrativo H. A. Simon (1957: 38-39).

¹⁴ Agenzia per l'Italia Digitale (2018: 55).

¹⁵ STJUE, de 4 de abril de 2017, asunto C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017: 256, o la de 22 de noviembre de 2017, asunto C-691/15 P, ECLI:EU:C:2017:882.

La necesidad o conveniencia de conectar la noción de *buena administración* y la de *ciudadanía administrativa*¹⁶, se pone de relieve en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En fin, recuérdese que la ciudadanía administrativa implica que los ciudadanos tienen derecho a conocer a la Administración —transparencia—, a participar en la acción administrativa —participación—, y la Administración debe responder ante ellos —*accountability* o rendición de cuentas—. Además, se entiende que con el cumplimiento de todo ello se logrará una Administración más eficaz y eficiente —lo que conecta a su vez con la *buena administración*, pudiendo jugar un papel relevante al respecto la IA—, y al mismo tiempo con mayor legitimidad.

C) EL REFLEJO ADMINISTRATIVO DEL CAMBIO DE PARADIGMA: DEL MODELO *WEBERIANO* A LA *NEW PUBLIC GOVERNANCE*

Si en esta ciudadanía renovada resulta fundamental involucrar a los ciudadanos en la toma de decisiones y, en general, en la vida de la Administración, ello debe encontrar fiel reflejo en un nuevo modelo de gestión pública.

Esta es la idea de la que se parte aquí, es decir, de la nueva gobernanza pública en cuanto modelo de organización y su conexión con las ideas de ciudadanía administrativa y buena administración, para comprender el nuevo panorama en que se incardina el debate en torno al uso de la IA en el ámbito público¹⁷.

3. EL ETERNO JUEGO DE EQUILIBRIOS

El segundo paso de los tres en que se divide este trabajo responde a la dualidad inherente al Derecho administrativo mismo, a la difícil búsqueda del equilibrio constante, representado aquí principalmente en la tensión entre eficacia y garantías.

Es preciso recordar, que la vinculación de las nuevas herramientas de las que se dispone (no solo la IA, sino también la automatización, la digitalización, etc.) con la buena administración expuesta, pivota esencialmente, sobre la eficacia, un principio este básico de la acción administrativa que encuentra reconocimiento a nivel constitucional en el emblemático art. 103.1 de la CE.

¹⁶ F. Delpérée (2020: 205).

¹⁷ A. Antonov (2022: 54).

En esta línea apunta precisamente la legislación italiana, cuando prevé el uso de las nuevas tecnologías¹⁸.

No obstante, no dejemos que la tecnología nos deslumbré, no siempre su utilización implicará una mayor eficacia, especialmente, si no se hace de manera adecuada¹⁹. Es más, la buena administración puede avalar el uso de la IA o, al contrario, desaconsejarlo. O acaso ¿la discriminación algorítmica o la opacidad o falta de motivación no suponen flagrantes violaciones de esa buena administración?

Sentadas estas premisas, cabe abordar —brevemente— esa elección entre algunas bifurcaciones presentes en el tema.

A) ¿IA LÓGICA O IA CONEXIONISTA?

Comenzando por el principio, será necesario saber de qué hablamos cuando nos referimos a IA, si bien tratándose de un concepto evolutivo, como este, se presta particularmente mal a la adopción de una definición legal. La propia Unión Europea en el proyecto de regulación de la IA, propuso inicialmente —abril de 2021— una definición basada en tres aspectos: naturaleza, método de diseño y función, que ya en diciembre de 2021 la presidencia eslovena propuso matizar con el fin de reducir su ámbito²⁰.

Teniendo en cuenta esta amplia definición, además de la idea ya expuesta de que este trabajo no se ciñe a la misma, puesto que en esa evolución de la burocracia a la IA existen diversas etapas y matices, resulta evidente que dentro de esta panoplia de herramientas se incluyen, tanto lo que desde una perspectiva más estricta se consideran sistemas de IA, es decir, el aprendizaje automático (la llamada IA conexionista, *machine learning* o incluso *deep learning*), alimentar a la máquina con ejemplos para que deduzca las reglas relevantes para resolver un problema; como desde un sentido más amplio, los sistemas cuyas reglas de funcionamiento están explícitamente parametrizadas por humanos (la llamada IA simbólica), pero que tienen cierta libertad para determinar la solución satisfactoria u óptima de un problema complejo.

Se ha llegado a afirmar que el sistema de IA simbólico está programado explícitamente por expertos, el conexionista está capacitado²¹, y aunque este es incluso más antiguo, ha adquirido éxito en los últimos diez años.

¹⁸ Art. 3-bis de la Legge 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo.

¹⁹ C. Castelluccia and D. Le Métayer (2019: 3).

²⁰ El pasado 14 de junio el Parlamento Europeo aprobó su posición negociada sobre regulación de la IA, dando paso a las conversaciones sobre la formalidad de la regulación en el Consejo, junto a los países de la UE.

²¹ F. Chollet (2020).

Simplemente apuntar ahora dos cuestiones más por la relevancia a efectos de analizar la normativa existente en la materia, una, que la IA no es sinónimo de algoritmo, el cual se define clásicamente como una serie de instrucciones y operaciones que permiten resolver una categoría de problemas, es decir, los pasos que convierten los datos de entrada en datos de salida, por tanto, en respuesta. De otro, que el código fuente viene a ser la materialización del modelo que constituye el sistema, el texto de la receta, las instrucciones de montaje, la guía completa de razonamiento, que puede ser ejecutada por un ordenador.

Podría decirse que la IA se refiere al modelado de ciertas funciones cognitivas humanas y su implementación por parte de una máquina (capacidad de memorizar, hablar, procesar información, aprender, actuar, tomar decisiones, planificar, interactuar con el entorno ...), pero, de momento, no está dotada de sentido común, ni autoconsciencia, ni capacidad de corregirse a sí misma de forma completamente autónoma. Una IA general que sea capaz de combinar las funciones cognitivas y desarrollar capacidades autónomas para la imitación completa de la inteligencia humana sigue siendo, a día de hoy, ciencia ficción.

Quedémonos también con que no existe una correlación absoluta entre lo que la IA y los humanos pueden hacer, pues tareas sencillas para uno pueden ser complejas o imposibles para el otro y viceversa. Por lo que se trata de complementar y no tanto de sustituir, así, por ejemplo, el empleo de estas herramientas para tareas rutinarias y repetitivas permitirán que el humano se dedique a otras labores que requieren su inteligencia única²².

Volviendo a esa lógica de la dualidad, ¿IA simbólica o aprendizaje automatizado en la acción pública? Difícil elección, respecto de la que no cabe una respuesta «automática» sin previo análisis de las ventajas e inconvenientes. Basta ahora simplemente quedarse con un aspecto clave para el tema central de este trabajo: eficacia y garantías.

Así, y teniendo en cuenta múltiples particularidades derivadas de la complejidad de los modelos, la IA simbólica, tiene, en principio, el gran mérito de ser explicable, ya que se basa en reglas definidas por humanos, algo esencial para garantizar la rendición de cuentas²³, la transparencia y la motivación de las decisiones; a diferencia del *deep learning*, cuyos patrones están más allá de la comprensión humana²⁴; y encontrándose a medio camino el *machine learning*.

²² Conseil d'État (2022).

²³ A. Asatiani, *et al.* (2020).

²⁴ Pues, como bien ha indicado E. Gamero Casado (2021), no podrá utilizarse este tipo de IA mientras no sea explicable, porque ello incumple el deber de motivación.

B) ACTIVIDAD MATERIAL Y ACTIVIDAD FORMAL

Si bien es evidente que el objeto de este trabajo, es decir, los procedimientos subvencionales, son actividad formalizada, no quiero dejar de hacer referencia a esta otra dualidad, por lo que se verá en la tercera parte de este trabajo.

En cuanto a los diferentes usos de la IA en el sector público, cabe remitirse a diversos documentos²⁵, esbozando aquí una simple tipología.

Así, podemos referirnos a la automatización de tareas repetitivas o tediosas²⁶, relación con la ciudadanía o los empleados públicos²⁷, sistemas de apoyo a la decisión pública²⁸, actividades de control²⁹ y la robótica aplicada a la acción pública.

Muchos de estos sistemas de IA ya se están empleando, especialmente en la actividad material de prestación de servicios, aunque también en la actividad formalizada, en la cual se requiere de mayores precisiones, en particular, respecto a las decisiones administrativas individualizadas.

C) BENEFICIOS Y RIESGOS

Los beneficios del empleo de sistemas de IA en el sector público son variados, algunos muy conectados con los principios básicos de la prestación de servicios públicos, como la universalidad, la continuidad, e, incluso, la cláusula de progreso.

Baste simplemente indicar la mejora de las decisiones, acciones y servicios prestados, gracias a un manejo adecuado de los datos³⁰, por ejemplo, con los simuladores que permiten vislumbrar los posibles efectos de las decisiones, lo que resulta crucial en la evaluación *ex ante* de las políticas públicas³¹.

Una segunda utilidad es la calidad del servicio, al estar permanente disponible y de forma constante en el tiempo, lo que conecta con la continuidad del servicio, pero sin olvidar el llamado «botón de parada».

²⁵ Anexo 9 del Conseil d'Etat (2022); M. Manzoni *et al.* (2022).

²⁶ Anonimización de decisiones judiciales en Francia, liquidación de prestaciones o la equiparación de oferta y demanda.

²⁷ *Chatbots y voicebots*, traducción automática, la codificación digital, etc.

²⁸ Gestión de residuos, transporte, predicción de inundaciones o picos de tráfico, etc.

²⁹ Es un ámbito privilegiado para el uso de estas herramientas, también para mejorar, por ejemplo, en materia de control del gasto, como en Francia el Arrêté du 29 janvier 2019, portant création d'un traitement automatisé d'analyse prédictive relatif au contrôle de la dépense de l'État.

³⁰ En contra de esta opinión M. Bellotti (2021).

³¹ A. Cerrillo i Martínez (2020b: 17) y OCDE (2019: 16-19).

Sin duda otro potencial beneficio es la agilización de procedimientos, por ejemplo, a través de tareas repetitivas, como la verificación de autenticidad, del cumplimiento de las condiciones para conceder una subvención, incluso clasificar la posición de las solicitudes. También cabe apuntar a la simplificación, claro está que no si se digitaliza la burocracia, pues no se debe copiar la complejidad sino convertirla en simplificación³².

Otra cuestión importante a tener en cuenta es la necesidad de que las Administraciones estén al nivel requerido por la sociedad³³. A este respecto, cabe recordar la cláusula de progreso en los servicios públicos; llegando incluso a plantearse si existe un derecho a la IA, lo que conecta con la necesaria elección adecuada de medios, incluso, la eficacia y la buena administración. Así, por ejemplo, el *Consiglio di Stato* italiano ha venido vinculando esta cuestión con el *buon andamento* del art. 97 de la Carta Magna Italiana³⁴. Y en otros sistemas se viene exigiendo incluso legalmente el empleo de IA siempre que los beneficios sean mayores que los riesgos³⁵. Sin embargo, ninguna duda cabe de la dificultad en la práctica de exigir judicialmente este hipotético derecho.

Desde la otra cara de la moneda, destaca la interesante idea del deber de la Administración de modernización para garantizar la mejor calidad de su actuación y, en consecuencia, la calidad de vida de los ciudadanos.

Finalmente, cabe mencionar la optimización de los recursos materiales y personales, que llevará a una transformación de la propia organización y su personal, pues requerirá cambio de funciones, reubicación, formación, cultura del cambio, dotarse de expertos, etc.

Así, por ejemplo, si para los casos favorables se despliegan sistemas de IA, se pueden destinar más recursos a una atención personalizada³⁶, especialmente, en los casos desfavorables, un incremento de la dedicación a los asuntos de mayor complejidad, etc. En definitiva, a mejorar el servicio y el rendimiento de nuestras Administraciones.

Con intención de sintetizar estos diversos usos y beneficios de la IA en el sector público, cabe reconducirlos a tres tipos elementales, a saber, la mejora de los procesos de toma de decisiones y los resultados en la formulación de

³² D.-U. Galetta (2020).

³³ Conseil d'État (2021).

³⁴ Sentencia núm. 2270, de 8 de abril de 2019, o la núm. 8472, de 13 de diciembre de 2019. S. De La Sierra (2021).

³⁵ Es el caso en Estados Unidos de la Executive Order 13960 of December 3, 2020, *Promoting the Use of Trustworthy Artificial Intelligence in the Federal Government*, basándose en el «performance principle».

³⁶ K. Nyman Metcalf (2022).

decisiones públicas³⁷; la mejora de la prestación de servicios públicos y la interacción entre las Administraciones y los ciudadanos³⁸; y, en tercer lugar, la optimización de la gestión interna³⁹.

Sin embargo, es evidente que a pesar de todos estos beneficios el despliegue de sistemas de IA en el ámbito del sector público es aún tímido. Esto se debe a varias razones, entre ellas, la falta de recursos adecuados, no solo personales, económicos, de tiempo y materiales⁴⁰, sino también de datos de calidad, imprescindibles teniendo en cuenta que son el ingrediente elemental de la receta; así como ciertos riesgos asociados a su utilización, como la discriminación algorítmica⁴¹.

De otro lado, para llegar a una nueva mejor Administración es preciso pasar el proceso de transición digital que, como evoca su propia denominación, implica ir paso a paso, entre ellos, destacan la desmaterialización de los documentos, el cumplimiento del principio de «*once only*», una buena interoperabilidad, etc.⁴².

Respecto de los riesgos que, en esa constante dualidad, se contraponen a los beneficios indicados, destacan los de carácter legal; el riesgo de aceptabilidad por los ciudadanos y los empleados públicos —que conecta con la falta de cultura del cambio, la nueva relación con la ciudadanía, y, en definitiva, la confianza en lo público—; y, finalmente, los riesgos desde la perspectiva técnica, es decir, la garantía de la seguridad, donde entra de lleno la ciberseguridad⁴³.

Por lo que se refiere al primer tipo de riesgos, los de carácter legal, cabe mencionar brevemente, entre otros, la vulneración del derecho de protección de datos⁴⁴ —a este respecto destaca la huella de acceso del sistema estonio, K. Nyman Mecalf (2022)—, daños que pueden dar lugar a la responsabilidad patrimonial⁴⁵, la falta de una adecuada transparencia, la difícil explicabilidad y motivación de las decisiones⁴⁶ —cuestión a la que dedicaré una mayor atención—, dudas en torno a la imputabilidad⁴⁷, la posibilidad de discriminación, o, incluso, ciertos cuestionamientos éticos. Y todo ello, sin olvidar otros aspectos cruciales, como el impacto y

³⁷ Detectar problemas más rápidamente, monitorear la implementación de decisiones públicas, mejorar la participación ciudadana, etc.

³⁸ Prestando servicios más eficientes y eficaces, pero también nuevos.

³⁹ Por ejemplo, asignando mejor los recursos humanos y financieros.

⁴⁰ M. Manzoni *et al.* (2022: 18).

⁴¹ E. M.^a Menéndez Sebastián y B. M.^a Mattos Castañeda (2022).

⁴² D.-U. Galetta (2020).

⁴³ M. Fuertes López (2022b) y D. Canals i Atmeller (2021).

⁴⁴ J. L. Domínguez Álvarez (2021: 304-326) y R. Martínez (2019: 64-81).

⁴⁵ R. Martínez Gutiérrez (2012).

⁴⁶ En palabras de M. Mazoni *et al.* (2022) el mencionado sesgo algorítmico, la opacidad y complejidad de los algoritmos

⁴⁷ M.-C. Cavallaro (2020: 69-74).

destrucción de ciertos puestos de trabajo —si bien a la larga puede ser un efecto positivo, requerirá de reasignación de tareas—⁴⁸; o incluso el daño al medioambiente natural —por ejemplo, a través del gasto energético⁴⁹—.

D) POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES

De forma resumida, cabe referirse a la distinción entre las potestades regladas y las discrecionales. A este respecto, no existe unanimidad, así, hay quien sostiene que no procede tomar decisiones discrecionales a través de sistemas de IA⁵⁰, mientras que otros autores tienen posiciones matizadas, en el sentido de que, sin excluir radicalmente ese tipo de aplicación de IA, la restringen en mayor medida que en el ámbito de la potestad reglada, más adecuado para el empleo de estas herramientas⁵¹.

Con carácter previo y general, es preciso convenir que para que haya potestad discrecional debe haber cierto criterio de oportunidad⁵²: política, técnica o, incluso jurídica.

De otro lado, en mi opinión, tanto las decisiones regladas como las discrecionales deben contar con una motivación adecuada. Así, aunque en las primeras no se exige estrictamente motivación formal ello no implica que no la tengan⁵³, pues en caso de impugnación habrá que poder comprobar que se han cumplido las reglas fijadas en la norma. Piénsese, por ejemplo, en la aplicación de un baremo, cuyos criterios están fijados con claridad en la convocatoria de la correspondiente subvención.

También hay que distinguir entre una decisión tomada totalmente por un sistema de IA u otras herramientas similares y aquella en que estas le sirven de apoyo⁵⁴. Sin olvidar tampoco que IA y actuación automatizada no son términos coincidentes. Matización que es preciso tener en cuenta, dado que existen regulaciones que se basan en uno u otro aspecto.

Así, la *Verwaltungsverfahrensgesetz* alemana⁵⁵, en el art. 35a se refiere a la emisión totalmente automatizada de los actos⁵⁶, prohibiendo su producción de

⁴⁸ D. Acemoglu *et al.* (2018).

⁴⁹ R. Schwartz *et al.* (2019).

⁵⁰ J. Ponce Solé (2019).

⁵¹ I. Martín Delgado (2022) y M. Fuertes López (2022a).

⁵² M. Sánchez Morón (2020: 90-96).

⁵³ El art. 296 del TFUE establece que toda decisión conlleva una mayor o menor motivación.

⁵⁴ G. Vestri (2021: 393).

⁵⁵ <http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/_35a.html>.

⁵⁶ Que se incluyó en la reforma de 2016, E. Buoso (2020: 113-122).

este modo cuando exista discrecionalidad o margen de apreciación. Mientras que la regulación francesa pivota sobre el término verdaderamente amplio de «procesamiento algorítmico» (art. L311 del CRPA).

Nuestra escasa y dispersa normativa, también alude a las decisiones automatizadas⁵⁷, que recuérdese no son necesariamente IA, por ejemplo, en el art. 41 de la Ley 40/2015⁵⁸ y el art. 13 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo; donde se recoge la necesidad de contar con una previsión normativa que autorice en cada caso que la actuación administrativa se lleve a cabo de esta forma, confluyendo en este sentido con el art. 22.2, b) del RGPD^{59/60}. También existen ciertas previsiones en alguna regulación sectorial⁶¹.

Es con el art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuando se hace referencia a la IA y los mecanismos de toma de decisión automatizados. También el art. 16.1, l) de la Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana, se refiere a los sistemas algorítmicos o de IA, exigiendo su publicidad.

Igualmente es necesario tener en cuenta que incluso en las decisiones discrecionales no hay nada indiferente para el Derecho⁶², pues, a mi juicio, la buena administración obliga a la toma de la mejor decisión, siguiendo la diligencia y el procedimiento debido⁶³.

Asimismo, no se debería utilizar este tipo de herramientas cuando en la toma de decisiones es necesario o conveniente que la relación humana deba captar, a través de la empatía, los factores clave de la situación⁶⁴. Empatía a la que acertadamente se ha referido el profesor Juli Ponce (2019) y que no debe confundirse con falta de imparcialidad. Por ello, comparto que en determinados supuestos debe mantenerse la reserva de humanidad a que se ha referido el citado autor⁶⁵.

⁵⁷ E. Gamero Casado (2023).

⁵⁸ E. M.^a Menéndez Sebastián (2017: 77-90).

⁵⁹ Téngase en cuenta que dentro del contenido de este derecho fundamental se incluye el derecho a ser informado sobre el tratamiento de datos (STC 292/2020). También M. Medina Guerrero (2022: 143) o A. Palma Ortigosa (2019).

⁶⁰ En la misma línea que el art. 47 de la Loi n.º 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁶¹ Por ejemplo, el Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo, convalidado por acuerdo de 18 de febrero de 2021.

⁶² J. Ponce Solé (2016a).

⁶³ E. M.^a Menéndez Sebastián (2021).

⁶⁴ Conseil d'État (2022: 73).

⁶⁵ También G. Gallone (2023).

Tampoco hay que olvidar que las predicciones algorítmicas suponen una forma distinta de aproximarse a un problema o de tomar una decisión⁶⁶, ya que llegan al resultado a través de correlaciones, no de relaciones de causalidad (*correlation is not causation, and prediction is not certainty*)⁶⁷, ni a través de la percepción personal o intuición.

¿Lo dicho excluye necesariamente el uso de IA? En mi opinión, dependerá del caso concreto, siendo más sencillo en supuestos reglados. Esto nos lleva incluso a la necesidad de delimitar con precisión qué se entiende por discrecionalidad, distinguir el margen de apreciación en la constatación de la concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados (también conocida como discrecionalidad débil) de la discrecionalidad técnica, etc. En resumidas cuentas, los casos en que más claramente cabe recurrir a estas herramientas son aquellos en los que es posible parametrizar, sin duda alguna, los elementos a tener en cuenta sin que concurra oportunidad alguna, por ejemplo, un baremo claro y preciso.

En definitiva, cabe partir del principio de precaución, así como el de proporcionalidad, para analizar en cada concreto si el sistema de IA es mejor que la toma de decisiones por humanos⁶⁸. Y a la vez no despreciar aquellos sistemas que faciliten o apoyen la toma de decisiones⁶⁹, con todas las garantías necesarias⁷⁰, en particular, la transparencia y la explicabilidad⁷¹.

Eso sí, no parece adecuado su uso para tomar la decisión final en aquellos supuestos en que se requieren para ello capacidades propias del ser humano de las que carece la IA, como la empatía. Y teniendo en cuenta además que incluso cuando sirven de apoyo a la decisión se debe poder conocer en qué grado ha influido en la misma y cómo funciona, tal y como prevé el sistema francés (art. L311 CRPA)⁷².

También en esta dirección apunta la jurisprudencia del *Consiglio di Stato* italiano⁷³, que ha venido definiendo las condiciones de admisibilidad de las decisiones algorítmicas⁷⁴, así como la doctrina italiana⁷⁵.

⁶⁶ A. Huergo Lora (2022: 84).

⁶⁷ J. Berryhill *et al.* (2019).

⁶⁸ A los principios de lealtad y de vigilancia ya aludía el CNIL (2017: 61).

⁶⁹ M. Fuertes López (2022a).

⁷⁰ J. Valero (2020: 55-61).

⁷¹ El papel de principios como la transparencia, la rendición de cuentas o la responsabilidad son claves en una IA confiable OECD (2022a).

⁷² Desde la perspectiva de la protección de datos véase A. Boto Álvarez (2018: 6-7).

⁷³ N. Muciaccia (2020).

⁷⁴ E. Carloni (2020).

⁷⁵ A. G. Orofino (2020: 193-236).

E) ¿MEJORES SERVICIOS O MÁS CONTROL?

Muy brevemente, solo indicar otra bifurcación. Y es que, en aras de una mayor aceptabilidad por parte de la ciudadanía, es preciso hallar el equilibrio entre los sistemas de IA dedicados al control, como, por ejemplo, los destinados a perseguir el fraude, y aquellos otros tendentes a facilitar o mejorar el servicio a los ciudadanos.

Es cierto que se puede entender que la utilización de sistemas de IA para la persecución del fraude se incluye dentro del interés general, tal y como así lo ha avalado el *Conseil Constitutionnel* francés en su decisión de 27 de diciembre de 2019, n.º 2019-796, e incluso expresamente en alguna norma⁷⁶; sin olvidar el principio de igualdad ante los impuestos⁷⁷; pero este uso siempre ha de ser proporcionado y respetuoso con los derechos y garantías, entre ellos, especialmente, aquellos de carácter fundamental, como la protección de datos, la privacidad, etc.

F) EFICACIA *VERSUS* GARANTÍAS: A MODO DE SÍNTESIS

Para concluir con esta segunda parte, resulta imprescindible hacer referencia a la idea subyacente a este trabajo y que se destaca en el título mismo, el equilibrio entre la eficacia y las garantías. A varias cuestiones vinculadas con estos dos aspectos ya se ha hecho referencia, por lo que procede ahora simplemente hacer una síntesis⁷⁸.

Muy brevemente, ya se han expuesto algunas de las principales ventajas que en favor de la eficacia y eficiencia y, por ende, de la buena administración, puede aportar el uso de sistemas de IA en la vida de las Administraciones públicas y en sus relaciones con los ciudadanos. También se ha advertido que no es óptimo su empleo para todo tipo de actividad, especialmente formalizada, así como que su implementación debe ser analizada y planificarse estratégicamente y a largo plazo⁷⁹. De igual modo, se han mencionado algunos de los riesgos asociados al uso de este tipo de herramientas⁸⁰, que se «oponen» a esa pretendida mayor eficacia.

⁷⁶ Véase, la Disposición Adicional Tercera de la Ley valenciana 22/2018, de 6 de noviembre. También el informe de la Oficina antifraude de Cataluña, en relación con los sistemas automatizados de alerta en materia de contratación pública de septiembre de 2022.

⁷⁷ L. Cluzel-Métayer et Ch. Prébissy-Schnall (2022).

⁷⁸ Cuando están en juego derechos fundamentales, M. A. Presno Linera (2022) y (2023).

⁷⁹ Agenzia per l'Italia Digitale (2018: 75).

⁸⁰ A. Cerrillo (2020a) o L. Contino Hueso (2019b), entre otros.

A pesar de la ausencia en nuestro sistema de una regulación exhaustiva del despliegue de la IA en la esfera de la Administración⁸¹, ello no implica que no existan garantías y derechos que ineludiblemente deben ser respetados, sino, al contrario, debe regirse por el Derecho administrativo, principios éticos y derechos humanos⁸², es decir, el *Administrative Law by Design* propio del sistema danés⁸³.

En primer lugar, cuando se trata de actividad formalizada, por ejemplo, la adjudicación de subvenciones, resulta evidente que todos y cada uno de los derechos procedimentales que deben ser respetados y garantizados con carácter general también han de cumplirse cuando se utilice IA en el procedimiento concreto. Unos derechos que alcanzaron en el ámbito de la Unión Europea el carácter de fundamental en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Entre ellos, por razones evidentes, adquiere gran relevancia la motivación de las decisiones, dado que en el seno de la buena administración esta ocupa un papel destacado⁸⁴, así como la diligencia debida en cuanto a la toma en consideración de los hechos⁸⁵, pues solo esa adecuada ponderación de todas las circunstancias y elementos presentes en cada caso servirá para adoptar la medida más adecuada⁸⁶. En fin, se trata de la obligación de *due care* o *due diligence* de la que habla el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁷.

Ello enlaza fácilmente con el uso de medios TIC para llevar a cabo una investigación adecuada⁸⁸; o con el *inquisitorial principle* del sistema danés, es decir, en el sentido de que debe garantizarse que las decisiones dirigidas a los ciudadanos se basen en información pertinente, necesaria y correcta⁸⁹.

Recuérdese además que aquí se sostiene que, aunque de forma diferente, la motivación ha de existir tanto en el ejercicio de potestades discrecionales como regladas, valga el ejemplo ya explicitado de la aplicación de un baremo perfectamente objetivado. Lo dicho implica, por tanto, que incluso en el caso de utilizar IA en la toma de decisiones de carácter reglado, sea necesario poder conocer la lógica de funcionamiento del algoritmo o sistema de IA empleado,

⁸¹ L. Cotino Hueso (2019a) o C. Napoli (2020: 353).

⁸² Leslie *et al.* (2021).

⁸³ H. M. Motzfeldt (2022).

⁸⁴ Por todas la STS de 2 de octubre de 2014, recurso de casación núm. 2229/2012; o la de 19 de octubre de 2015, ECLI:ES:TS:2015:4326.

⁸⁵ STS de 14 de mayo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:2340.

⁸⁶ J. Ponce Solé (2016b: 94).

⁸⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 4 de abril de 2017, asunto C-337/15 P, ECLI:EU:C:2017:256, o la del Tribunal de Justicia (sala Sexta), de 22 de noviembre de 2017, asunto C-691/15 P, ECLI:EU:C:2017:882.

⁸⁸ D.-U. Galetta (2022).

⁸⁹ H. M. Motzfeldt (2022).

así como la posibilidad de comprobar que responde adecuadamente a lo establecido en la norma o convocatoria.

La motivación a su vez conecta con otros dos elementos, como son la transparencia y la explicabilidad. Y ello porque no es suficiente con poder conocer el sistema, código fuente o algoritmo utilizado, sino que además ha de ser entendible. Lo que a su vez está relacionado con otra cuestión crucial, como es la igualdad y la posibilidad de crear diferencias en atención a la dificultad de comprensión de cómo se ha decidido, pues ello puede repercutir incluso en el acceso a la tutela judicial efectiva. Sin olvidar tampoco que no es buena administración obligar a los afectados a acudir a los tribunales para poder tener acceso y entender cómo se ha tomado una decisión que les ha perjudicado.

Transparencia y explicabilidad son dos cuestiones a las que la doctrina se ha dedicado profusamente, por lo que cabe ahora centrarse únicamente en alguna cuestión concreta, pero necesaria. Así, en primer lugar, recuérdese que en nuestro sistema hay una doble vía o normativa que influye en esta cuestión, la propia del procedimiento administrativo y régimen jurídico y la de la transparencia, principalmente, en la LTAIBG.

Conforme a esta regulación, en mi opinión, la transparencia en el uso de sistemas de IA por las Administraciones es obligatoria, en línea con las más recientes previsiones, en concreto, el art. 23 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que, aunque con un carácter muy genérico, tras mencionar tanto la Estrategia Nacional de IA (ENIA), como la Carta de Derechos Digitales⁹⁰ y las iniciativas europeas en torno a la IA, se refiere, respecto a los algoritmos involucrados en la toma de decisiones por las Administraciones, a los criterios de minimización de sesgos, transparencia y rendición de cuentas, aunque con el matiz, en cierto modo peligroso, de siempre que ello sea factible técnicamente.

A mi juicio, no deben existir «cajas negras»⁹¹ que impidan conocer cómo se ha decidido, especialmente cuando hablamos de actos desfavorables, ni tampoco que se obligue a los afectados a acudir a los tribunales, ni mucho menos que en sede judicial no quepa un control profundo de la decisión⁹². Se trata de un gran reto científico, especialmente, respecto a los sistemas de aprendizaje profundo, puesto que existe una tensión entre su mayor eficiencia y su explicabilidad, la cual además de ser una garantía es un requisito imprescindible para la propia aceptabilidad social⁹³.

⁹⁰ En especial, su art. XVIII.

⁹¹ H. Guillaud (2018).

⁹² L. Cluzel-Métayer (2020: 101-103).

⁹³ C. Villani *et al.* (2018: 141-142).

La *explanability*⁹⁴, en sentido amplio, exige que el responsable del sistema sea capaz de comprender las operaciones que ha realizado la máquina para producir sus resultados, por tanto, lo que viene denominándose *interpretabilidad*⁹⁵; y además los elementos clave del «razonamiento» han de presentarse en un lenguaje comprensible —lo que sería la explicabilidad en sentido estricto—⁹⁶, o inteligibilidad⁹⁷. Cabe destacar igualmente la triple dimensión a que se ha referido I. Martín Delgado (2022) dentro de la transparencia, a saber, la trazabilidad, la explicabilidad y la auditabilidad.

A este respecto, resulta quizás insuficiente lo dicho en el art. 13 del proyecto de reglamento europeo, que parece referirse a un requisito de interpretabilidad, limitada al usuario, y no de explicabilidad en beneficio de las personas respecto de las cuales este usuario (como pueda ser la Administración) implementan el sistema.

Sin perjuicio de lo dicho, la explicabilidad pura y perfecta no puede constituir una condición *sine qua non* para el despliegue de sistemas públicos de IA, lo cual debe ser aceptado por la ciudadanía⁹⁸, como tampoco se conoce y entiende de forma completa el funcionamiento del cerebro humano en una situación dada⁹⁹. A este respecto, las auditorías previas de expertos podrían venir en cierto modo a cubrir esa necesidad.

En definitiva y al igual que en otros sistemas como el francés, debe regir el principio de transparencia por defecto¹⁰⁰, limitado solo en casos justificados por la concurrencia de otros derechos o intereses jurídicamente protegibles, por ejemplo, ciertos límites de la LTAIBG, y tras la previa y adecuada ponderación.

También es preciso apuntar, relacionando la cuestión con lo dicho en la primera parte de este trabajo, la importancia de la transparencia misma en el diseño, así como la participación¹⁰¹ y/o colaboración en el mismo¹⁰², por ejemplo, a través de la inteligencia colectiva, pues ello redundará en la aceptabilidad.

⁹⁴ L. Edwards *et al.* (2018: 46-54).

⁹⁵ ¿Cómo consiguió el modelo este resultado? ¿Usando qué datos? ¿Mediante qué cálculos? En relación con la interpretabilidad E. D. Peet *et al.* (2022).

⁹⁶ ¿Por qué se produjo este resultado y no otro?

⁹⁷ Inteligibilidad del procedimiento e inteligibilidad de los resultados, según indican M. Pégny et I. Ibnouhsein (2018).

⁹⁸ Conseil d'état (2022).

⁹⁹ I. Martín Delgado (2022).

¹⁰⁰ J. Valero (2019).

¹⁰¹ M. Veale *et al.* (2018).

¹⁰² G. Pinotti (2021: I.88), y Conseil D'État (2017).

Otra cuestión relevante en el tema de las garantías es el de las mencionadas auditorías. Especialmente vinculadas a la necesidad de garantizar la igualdad y trato no discriminatorio.

A este respecto, destaca la *good administration impact assessment* de los sistemas de IA impuesta en Dinamarca¹⁰³, cuya denominación no puede ser más expresiva en cuanto a su conexión con la buena administración, y que requiere de pruebas exhaustivas y medidas de implementación previas, sin olvidar tampoco los programas de vigilancia permanentes a fin de recabar información sobre errores, fallas o deficiencias que surjan posteriormente durante el uso de dicha tecnología.

También es preciso aludir a la responsabilidad patrimonial como garantía ante los posibles perjuicios que no exista el deber jurídico de soportar, por ejemplo, por el empleo inadecuado de sistemas de IA o, incluso, por no haberlo hecho, recurriendo quizás a la figura de la pérdida de oportunidad. Sin duda, temas todos ellos que requieren de desarrollos concretos que no cabe abordar aquí.

Igualmente, dentro de las garantías es preciso mencionar la tutela judicial efectiva. A este respecto, cabe recordar lo dicho en cuanto a la posible opacidad o reducción de la explicabilidad de las decisiones, así como el incremento de dificultades que el aspecto técnico puede conllevar, con la consiguiente discriminación para personas con menor capacidad y/o medios para comprender cómo se ha decidido.

Finalmente, entre otras garantías, también hay que tener en cuenta la creación de ciertos organismos en la materia. Así, en concreto, en nuestro sistema está prevista la creación de la Agencia Estatal de Administración Digital y la Agencia Española de Supervisión de IA¹⁰⁴; así como el Observatorio sobre el impacto social de los algoritmos¹⁰⁵. Especial interés tiene la figura del *Difensore civico digitale* italiano o el comité para evaluar el impacto de los algoritmos en las decisiones administrativas en Canadá.

4. DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: POSIBLES USOS EN EL ÁMBITO DE LAS SUBVENCIONES

Una vez que en las dos primeras partes de este trabajo se ha analizado con carácter general el uso de IA por las Administraciones públicas y la dicotomía constante en que esta se encuentra inmersa, además del contexto de la nueva

¹⁰³ H. M. Motzdelt (2022).

¹⁰⁴ D. A. 117.^a de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de presupuestos generales del Estado.

¹⁰⁵ En la ENIA.

gobernanza pública en que debe incardinarse, procede en tercer lugar analizar las posibilidades concretas de despliegue de estos sistemas en los procedimientos de subvenciones¹⁰⁶.

A) TIPOS DE PROCEDIMIENTOS SUBVENCIONALES

A tales efectos cabe recordar, muy brevemente, que no existe un único procedimiento en materia de subvenciones, sino distintas modalidades en las que la utilización de IA tendrá distinta graduación.

Así, en primer lugar, cabe recordar que la concesión de subvenciones puede ser en régimen competitivo, a través de la prelación de las solicitudes, o, *excepcionalmente*, por adjudicación directa.

Brevemente, recordar en cuanto a la tramitación, a efectos de analizar la posibilidad de emplear diversos sistemas de IA en la misma, la convocatoria; la solicitud; la petición de informes; en su caso, la evaluación de las solicitudes o peticiones, e, incluso, la preevaluación en la que se verificará el cumplimiento de las condiciones impuestas para adquirir la condición de beneficiario de la subvención; la propuesta de resolución provisional, debidamente motivada; las alegaciones; la propuesta de resolución definitiva, que deberá expresar el solicitante o la relación de solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención, y su cuantía, especificando su evaluación y los criterios de valoración seguidos para efectuarla; en los casos que proceda la aceptación; y la resolución final. Sin olvidar la posibilidad de reformulación cuando así esté previsto en las bases reguladoras.

Por otro lado, respecto al procedimiento de concesión directa, es preciso partir de la idea de que se fijan unos beneficiarios en la convocatoria o convenio que las prevea, de tal modo, que todo aquel que entre en dicho ámbito, para el caso de que no esté mencionado expresamente y de forma nominativa, tendrá derecho a la misma, por lo que la instrucción del procedimiento se referirá principal e, incluso, únicamente, a la comprobación de que el solicitante cumple los requisitos para estar entre los beneficiarios.

No obstante, si estas son las dos modalidades de concesión, existen otros tipos de procedimientos en este ámbito, como el de gestión y justificación de las subvenciones, el procedimiento de gestión presupuestaria, el reintegro, el procedimiento de control financiero o el procedimiento sancionador.

¹⁰⁶ G. Fernández Farreres (1983) y A. Bueno Armijo (2011 y 2022).

B) APLICACIÓN DE IA A LOS PROCEDIMIENTOS DE SUBVENCIONES

Una vez expuesta muy gráficamente esta tipología de procedimientos y alguna de sus claves principales, es preciso ahora hacer propuestas concretas de aplicación en los mismos de algunos de los sistemas de IA expuestos en la segunda parte de este estudio.

No sin antes recordar la necesidad de garantizar el respeto de los derechos de los destinatarios, pero, muy especialmente, la igualdad. Discriminaciones¹⁰⁷ como las sufridas en los Países Bajos¹⁰⁸ por razones étnicas o raciales en el empleo de algoritmos, son absolutamente intolerables, por lo que es preciso partir del principio de precaución y recurrir a los controles *ex ante*, *in itinere* y *ex post* necesarios para evitar estas situaciones.

Dicho esto, el miedo tampoco debe impedir el desarrollo e innovación necesarios, recuérdese la idea italiana del deber de modernización de las Administraciones. De otro lado, téngase en cuenta que el supuesto neerlandés (*SyRI*) se debió a un mal diseño, al introducir el sesgo basado en la nacionalidad¹⁰⁹, lo que puede ocurrir vía algoritmo o manualmente.

Por tanto, es preciso hallar el equilibrio en la elección de usos de los sistemas de IA, buscando una proporción adecuada entre aquellos encaminados al control, como podría ser el diseño de perfiles en relación con posibles fraudes en el ámbito de las subvenciones, vinculados al procedimiento de reintegro e, incluso, al sancionador, y otros destinados a una mejor y más rápida gestión interna y externa de las subvenciones.

Precisamente, resulta esencial la simplificación administrativa a la que puede contribuir la IA, máxime cuando nos encontramos en no pocas ocasiones con la concesión de subvenciones con un retraso intolerable, ejemplos en el ámbito universitario conocemos de sobra. Por no hablar de los problemas asociados a esta cuestión que sin duda se generan en el ámbito de los *Next Generation* y, en general, la concesión y justificación de fondos europeos.

Por ello, en mi opinión, los esfuerzos deben centrarse, especialmente, en la simplificación, en la más rápida, eficiente y eficaz asignación y gestión de las subvenciones.

También cabe aplicar sistemas de IA que faciliten la verificación del cumplimiento de la finalidad inherente a la subvención y, en consecuencia, que sirvan para activar un procedimiento de reintegro¹¹⁰.

¹⁰⁷ A. Soriano Arnanz (2020).

¹⁰⁸ Informe de Amnesty International (2021).

¹⁰⁹ Véase la sentencia del *Rechtbank Den Haag*, de 5 de febrero de 2020.

¹¹⁰ M. Rebollo Puig (2005: 407-527) y A. Bueno Armijo (2011).

De otro lado, recuérdese que a través de la IA conexionista es posible construir un modelo que deduzca de la explotación de un número muy elevado de expedientes, es decir, «por experiencia» (enfoque conexionista), lo que conecta con el tema controvertido de los perfiles.

Ahora bien, aunque sin desterrar por completo la aplicación de este tipo de herramientas en el ámbito de la lucha contra el fraude, pero siempre con respecto a los derechos implicados¹¹¹, el uso de algoritmos predictivos en la creación de perfiles debe guiarse por el principio de precaución, máxime con los antecedentes conocidos, y extremar, en su caso, el diseño, la puesta en marcha y la supervisión del sistema. Es más, de los peligros de este tipo de uso de IA ya advierte el RGPD en su art. 22.

Precisamente, cabe lanzar otra cuestión para el debate y es que recuérdese que dicho precepto, que por otro lado no es aplicable a las personas jurídicas, se circunscribe a aquellos supuestos que conlleven efectos jurídicos o afecten significativamente de forma similar al interesado.

Así, se han puesto como ejemplos la cancelación de un contrato o la denegación de una prestación, de la ciudadanía o de la entrada en un país¹¹². En esos supuestos es evidente el efecto, pero ¿cuándo se trata de perfiles para predecir posibles fraudes? Es decir, en esos casos no tiene un efecto jurídico inmediato, sino que es anterior incluso a la apertura del procedimiento correspondiente de reintegro o sancionador. De igual modo, que cuando una persona es la que decide iniciar una inspección o cuando esa elección se hace aleatoriamente¹¹³.

No obstante, también es posible utilizar estos sistemas de creación de perfiles en positivo, por ejemplo, para diseñar las propias subvenciones, como propone A. Bueno (2022), detectar necesidades, identificar potenciales destinatarios, etc. Incluso recuérdese que dentro de los sistemas de IA están aquellos que ilustran las posibles consecuencias de las decisiones públicas, es decir, los simuladores, que también pueden contribuir en esa dirección del mejor acierto y diseño adecuado de las convocatorias de subvenciones.

En definitiva, existen múltiples aplicaciones de estos sistemas que pueden considerarse favorables o beneficiosos para los destinatarios de las subvenciones, desde la facilitación de información vía *chatbots*, ayudar a los usuarios a decidir qué solicitudes se adecuan mejor a sus necesidades, *nudges* digitales que faciliten la localización y presentación de las mismas, la agilidad en el

¹¹¹ Decisión de 27 de diciembre de 2019 del *Conseil Constitutionnel* francés.

¹¹² Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679.

¹¹³ En general respecto a la iniciación de un procedimiento, dado que puede ser a iniciativa propia A. Huergo Lora (2022: 92).

procedimiento de concesión, y un largo etc. Sin olvidar la proactividad, por ejemplo, informando a hipotéticos destinatarios interesados de las convocatorias, e, incluso, en ciertos ámbitos instar desde la propia Administración la tramitación de las mismas, especialmente cuando van dirigidas a personas desfavorecidas que pueden verse doblemente discriminadas por la burocracia¹¹⁴.

También, por supuesto, desde la perspectiva interna, facilitando la tramitación. Así, por ejemplo, comprobando el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiarios de una subvención adjudicada de forma directa; o cuando se trata de una cantidad a prorratear entre los solicitantes, calculando la misma; o, incluso, cuando sea en régimen competitivo, transcribiendo a instrucciones informáticas lo establecido en la convocatoria concreta (enfoque simbólico de la IA), o para la prelación de solicitudes conforme al baremo¹¹⁵, especialmente cuando este es claro y preciso, sin margen para la oportunidad, como ya se hace en el ámbito de la contratación pública¹¹⁶.

Y no solo en los procedimientos de concesión, sino también en los de justificación, por ejemplo, con la tecnología *blockchain*, identificando la documentación a presentar a tales efectos y dando lugar incluso, en su caso, a la iniciación del procedimiento de reintegro. Quizás también a efectos de localizar posibles incompatibilidades entre ayudas¹¹⁷, o respecto a algunas infracciones y la correspondiente sanción¹¹⁸, por ejemplo, para requerir automáticamente la justificación de cumplimiento cuando no se acredite [art. 56, g), y 57, a) y c)].

Y es que, aunque con las prevenciones mencionadas, el campo de las comprobaciones está especialmente abonado para este tipo de herramientas¹¹⁹, como pone de manifiesto el informe de la Oficina Antifraude de Cataluña, de 11 de marzo de 2022, que recomienda la utilización de sistemas automatizados al respecto —aunque recuérdese que automatización e IA no son términos necesariamente coincidentes—, así como la propia Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones Públicas catalanas (art. 44).

¹¹⁴ S. Ranchordas (2020) y A. Nogueira (2020).

¹¹⁵ En los casos en que la competencia sea de un órgano colegiado (art. 22.1. 2.º LGS), que debería validar, sin incurrir en el sesgo de automatización, la decisión.

¹¹⁶ J. C. Tejedor Vielsa (2021: 67-69). Véase también E. Gamero Casado (2022).

¹¹⁷ Téngase en cuenta la Base de Datos Nacional de Subvenciones.

¹¹⁸ Téngase en cuenta el art. 95 de la LGT, d).

¹¹⁹ G. Gallone (2019).

5. CONCLUSIONES

A modo de conclusión se propondrá una serie de principios elementales a tener en cuenta en el diseño y utilización de sistemas de IA u otras herramientas similares en el sector público. Así, cabe mencionar, al menos, los siguientes:

- 1) Primacía humana: en el sentido de asegurar que los sistemas de IA funcionen en beneficio del ser humano (*Declaración europea sobre los derechos y principios digitales para la década digital*, COM(2022) 27 final), que la elección esté guiada por la idea de brindar un beneficio al interés general.
- 2) Mejora: en cuanto a que su utilización debe implicar un progreso respecto a la actividad humana, puesto que la finalidad es incrementar la calidad, eficacia y eficiencia. Así, no tendría sentido optar por implementar sistemas de IA costosos o con importantes repercusiones, sin una mejora suficiente.
- 3) Igualdad y no discriminación: que resulta crucial, e implica accesibilidad, universalidad, adopción de medidas —como evaluaciones de impacto o auditorias— que eviten o mitiguen sesgos, discriminación algorítmica o cualquier otra vulneración de este derecho fundamental, principio y valor de nuestro Estado de Derecho. Es preciso incluso tomar en consideración cómo la complejidad puede perjudicar en mayor medida a ciertos colectivos desfavorecidos o con menos medios para defenderse.
- 4) Transparencia, tanto en cuanto a la motivación como la rendición de cuentas: considerando que implica también explicabilidad. No pueden existir «cajas negras» que impidan conocer cómo se ha tomado la decisión. Además, de la necesidad de que se extienda a la fase de diseño, integrando también a las partes interesadas.
- 5) Fomentar la autonomía: reduciendo en lo posible la dependencia de otros, tanto porque la Administración debe ser proactiva y estar a la altura, como porque recurrir a terceros conlleva complicaciones jurídicas importantes (causas de abstención y recusación, imputabilidad, secretos profesionales, intereses económicos, etc.). Lo que, a su vez, debe tener reflejo en la organización y el empleo público.
- 6) Sostenibilidad medioambiental: si bien algunos sistemas de IA pueden contribuir a la mejora de la misma, una generalización de su uso puede agravar la crisis ambiental, por ejemplo, por la ocupación de terrenos o el consumo eléctrico¹²⁰.

¹²⁰ OECD (2022b).

- 7) Proporcionalidad: esencial a la hora de decidir entre las múltiples bifurcaciones expuestas.
- 8) Precaución: contar con suficientes garantías antes de poner en marcha sistemas de IA en el ámbito público, lo que no impide que se lleve a cabo la ecuación básica ensayo-error, elemental en la innovación.
- 9) Aceptabilidad: que implica, entre otros desafíos, dos esenciales: la cultura y la sensibilización. A tal fin es necesario elevar el nivel de comprensión de los ciudadanos y funcionarios, involucrarlos en el diseño y despliegue, lo que conecta con la participación, la transparencia y la rendición de cuentas. También hallar el equilibrio entre los usos para ayudar a los ciudadanos y aquellos que se utilizan para controlarlos.
- 10) Confianza: los poderes públicos deben optar por una IA confiable, basada en un conjunto de principios fundamentales y acompañada de medidas legales, organizativas, técnicas, pedagógicas y de gobernanza, e involucrar a todas las partes interesadas.

En caso de cumplimiento de todos estos principios, la consecuencia lógica será el incremento de la eficacia sin menoscabo de las garantías, el paso ordenado de la burocracia a la IA, permitiendo crear las condiciones para que la ciudadanía recobre la confianza en el sistema, en las instituciones, en nuestro Estado social y democrático de Derecho y en, última instancia, en la calidad de vida del ciudadano como núcleo esencial del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D. y Restrepo, P. (2018): *Artificial intelligence, automation, and work*. In *The economics of artificial intelligence: An agenda*, University of Chicago Press, pp. 197-236.
- Agarwal, P. K. (2018): «Public Administration Challenges in the World of AI and Bots», en *Public Administration Review*, 78(6), pp. 917-921.
- Agenzia per l'Italia Digitale (2018): *Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino*, 84 pp.
- Amnesty International (2021): *Xenophobic machines. Discrimination through unregulated use of algorithms in the dutch childcare benefits scandal*, London, 41 pp.
- Antonov, A. (2022): «Gestionar la complejidad: la contribución de la UE a la gobernanza de la inteligencia artificial», en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 131, pp. 41-68.
- Asatiani, A. et al. (2020): «Challenges of Explaining the Behavior of Black-Box AI Systems», en *MIS Quarterly Executive*, vol. 19, núm. 4, Article 7.

- Auby, J.-B. (2020): «Administrative Law Facing Digital Challenges», en *ERDAL*, vol. 1, núms. 1-2, pp. 7-15.
- Barone, A. (2020): «Ammistrazione del rischio e intelligenza artificiale», en *ERDAL*, vol. 1, núm. 1-2, pp. 63-67.
- Bellotti, M. (2021): «A.I. Is Solving the Wrong Problem. People don't make better decisions when given more data, so why do we assume A.I. will?», en *ERDAL*, vol. 1, núm. 1-2, pp. 16-36.
- Berryhill, J. et al. (2019): *Hello, World: Artificial Intelligence and its Use in the Public Sector, OECD Working Papers on Public Governance*, núm. 36, Paris, OECD Publishing, 218 pp.
- Boto Álvarez, A. (2018): «Tratamiento de datos personales: entre la protección francesa de la vida privada y el mercado digital único», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 10 pp.
- Bueno Armijo, A. (2011): *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 545 pp.
- (2022): «Subvenciones locales, blockchain y actuación administrativa automatizada», en *Blockchain y Gobiernos locales*, Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 275-324.
- Buoso, E. (2020): «Fully Automated Administrative Acts in the German legal System», en *ERDAL*, vol. 1, núms. 1-2, pp. 113-122.
- Canals i Atmeller, D. (dir.) (2021): *Ciberseguridad. Un nuevo reto para el Estado y los Gobiernos Locales*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 406 pp.
- Carloni, E. (2020): «IA, algoritmos y Administración pública en Italia», en *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 30, pp. 1-12.
- Castelluccia, C. y Le Métayer, D. (2019): *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, Brussels, EPRS, 104 pp.
- Cavallaro, M.ª C. (2020): «Imputazione e responsabilità delle decisione automatizzate», en *ERDAL*, vol. 1, núm. 1-2, pp. 69-74.
- Cerrillo i Martínez, A. (2019): «El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo. ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- (2020a): «El derecho para una inteligencia artificial centrada en el ser humano y al servicio de las instituciones», en *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 30.
- (2020b): «¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?», en *ERDAL*, vol. 1, núms. 1-2, pp. 16-36.
- Chevallier, J. (2011): «De l'Administration démocratique à la démocratie administrative», en *Revue Française d'Administration Publique*, núms. 137-138, pp. 217-227.

- Chollet, F. (2020): *L'apprentissage profond avec Python*, Francia, machine learning. fr, 512 pp.
- Cluzel-Métayer, L. (2020): «The Judicial Review of the Automated Administrative Act», en *ERDAL*, vol. 1, núms. 1-2, pp. 101-103.
- Cluzel-Métayer, L. y Prébissy-Schnall, C. (2022): «La mutation du contrôle fiscal par le numérique: L'exemple français» (en prensa).
- CNIL (2017): *Comment permettre à l'homme de garder la main? Les enjeux éthiques des algortihmes et de l'intelligence artificielle*, France, 80 pp.
- Conseil d'État (2017): Étude annuel, *Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'«ubérisation»*, Paris, Direction de l'information légale et administrative, 190 pp.
- (2021): *Les pouvoirs d'enquête de l'administration*, Paris, Conseil d'État, 320 pp.
- (2022): *Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance. Etude adoptée en assemblée générale plénière du 31/03/2022*, Paris, 360 pp.
- Cotino Hueso, L. (2019a): «Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y big data confiables y su utilidad desde el derecho», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, pp. 29-48.
- (2019b) «Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- De la Sierra, S. (2021): «Control judicial de los algoritmos: robots, administración y estado de derecho», en *Derechocal.es*.
- Delpérée, F. (2020): «Rapport de synthèse sur la citoyenneté administrative», en *Annuaire Européen d'Administration publique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, pp. 199-210.
- Domínguez Álvarez, J. L. (2021): «Inteligencia Artificial, derecho administrativo y protección de datos personales. Entre la dignidad de la persona y la eficacia administrativa», en *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 1, pp. 304-326.
- Donier, V. (2008): «Les droits de l'usager et ceux du citoyen», en *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 1, pp. 13-19.
- Dumont, G. (2002): *La citoyenneté administrative*, Université Panthéon-Assas Paris 2, 750 pp.
- Edwards, L. y Veale, M. (2018): «Enslaving the Algorithm: From a “Right to an Explanation” to a “Right to Better Decisions”?», en *IEEE Security & Privacy*, 16(3), pp. 46-54.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

- Fuertes López, M. (2022a): «Reflexiones ante la acelerada automatización de actuaciones administrativas», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 45, pp. 105-124.
- (2022b): *Metamorfosis del Estado. Maremoto digital y ciberseguridad*, Madrid, Marcial Pons, 240 pp.
- Galetta, D.-U. (2020): «Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto ue e tecnologie ICT)», en *Digitalizzazione e Diritto Ad Una Buona Amministrazione (Il Procedimento Amministrativo, Fra Diritto UE e Tecnologie ICT)*, Torino, Giappichelli, pp. 85-117.
- (2022): «Digital Transition of Public Administration in Italy and the Right to a Good Administration: Problems and Prospects also it in the Perspective of the Implementation of the National Recovery and Resilience Plan», en *ERDAL*, vol. 3, núm. 1.
- Gallone, G. (2019): «Blockchain, procedimenti amministrativi e prevenzione della corruzione», en *Diritto dell'economia*, núm. 3, pp. 187-212.
- (2023): *Riserva di Umanità e Funzioni Amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e proceso*, Padova, CEDAM Wloters Kluwer, 258 pp.
- Gamero Casado, E. (2021): «Necesidad de motivación e invalidez de los actos administrativos sustentados en inteligencia artificial o en algoritmos», en *Almacén de Derecho*.
- (2022): «Supervisión, auditoría y control jurídico en la contratación pública de soluciones de robotización e inteligencia artificial para soporte a la toma de decisiones», en *Observatorio de Contratación Pública*, 11-10-2022.
- (2023): «Automated Decision-Making Systems in Spanish Administrative Law», en *CERIDAP*.
- Gamero Casado, E. (dir.) y Pérez Guerrero, F. L. (coord.) (2023): *Inteligencia Artificial y sector público. Retos, límites y medios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 785 pp.
- Guillaud, H. (2018): «Vers des algorithmes exemplaires?», en *Internet Actu*.
- Huergo Lora, A. (2022): «Administraciones públicas e inteligencia artificial: ¿más o menos discrecionalidad?», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núms. 96-97, pp. 78-95.
- Lazlo, E. (1990): *La gran bifurcacion: crisis y oportunidad; anticipación del nuevo paradigma que está tomando forma*, Gedisa, 172 pp.
- Leslie, D. et al. (2021): *Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a primer*, The Council of Europe.
- Manzoni, M. et al. (2022): *AI Watch Road to the Adoption of Artificial Intelligence by the Public Sector. A Handbook for Policymakers, Public Administrations and Relevant Stakeholders*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 72 pp.

- Martín Delgado, I. (2022): «Automation, Artificial Intelligence and sound administration. A few insights in the light of the spanish legal system», en *ERDAL*, vol. 3, núm. 1.
- Martínez, R. (2019): «Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 58, pp. 64-81.
- Martínez Gutiérrez, R. (2012): «Servicio público electrónico y responsabilidad, in *Revista Española de Derecho Administrativo*», núm. 155, pp. 291-318.
- Medina Guerrero, M. (2022): «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, pp. 141-171.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a (2017): *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 40/2015*, Valencia, Tirant lo Blanch, 116 pp.
- (2021): *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 130 pp.
 - (2023): *From bureaucracy to Artificial Intelligence: the tension between effectiveness and garantes*, Padova, Cedam, Wolters Kluwer.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a y Ballina Díaz, Javier (2021): «Digital citizenship: fighting the digital divide», en *ERDAL*, vol. 2, núm. 1, pp. 149-155.
- (2022): *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Madrid, Reus.
- Menéndez Sebastián, E. M.^a y Mattos Castañeda, B. M.^a (2022): «Better decision-making, algorithmic discrimination and gender biases: a new challenge for the administration of the 21st century», en *ERDAL*, vol. 3, núm. 1.
- Motzfeldt, H. M. (2022): «Reflections on the need for further research within national administrative law before the EU Artificial Intelligence Act comes into effect: A Danish perspective», *ERDAL*, vol. 3, núm. 1.
- Muciaccia, N. (2020): «Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa», en *federalismi.it*, núm. 10/2020, pp. 344-368.
- Napoli, C. (2020): «Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria», en *Rivista AIC*, núm. 3, pp. 318-354.
- Nyman Metcalf, K. (2022): «e-Governance and Good Administration: Examples from Estonia», en *ERDAL*, vol. 3, núm. 1.
- Nogueira López, A. (2020): «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», en *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casas sin gente*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- OECD (2019): *Using digital technologies to improve the design and enforcement of public policies*, núm. 274, 39 pp.
- (2022a): *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449, 11 pp.
- (2022b), *Measuring the environmental impacts of artificial intelligence compute and applications: The AI footprint*, núm. 341, Paris, OECD Publishing, 56 pp.
- Orofino, Angelo G. (2020): *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo cívico*, Bari, Cacucci Editore, 354 pp.
- Palma Ortigosa, A. (2019): «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- Peet, E. D. *et al.* (2022): «Machine Learning in Public Policy: The Perils and the Promise of Interpretability», *RAND Corporation*, PE-A828-1, 12 pp.
- Pégny, M. e Ibnouhsein, I. (2018): «Quelle transparence pour les algorithmes d'apprentissage machine?».
- Pinotti, G. (2021): «Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedimentali», en *Labour & Law Issues*, 7(1), pp. I.77-I.95.
- Ponce Solé, J. (2016a): «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, pp. 57-84.
- (2016b): «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones», en *Cuadernos de Derecho Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 68-108.
- (2019): *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Madrid, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, 262 pp.
- (2022): «Law, Digital Nudging and Manipulation: Dark Patterns, Artificial Intelligence and the Right to Good Administration», en *ERDAL*, vol. 3, núm. 1.
- Presno Linera, M. A. (2022): «Teoría general de los derechos fundamentales e inteligencia artificial: una aproximación», en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 45, pp. 55-83.
- (2023): *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Marcial Pons, 144 pp.
- Rebollo Puig, M. (2005): «Capítulo X. El reintegro de subvenciones», en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Thomson-Civitas, pp. 407-527.
- Ranchordas, S. (2020): «Automation of Public Services and Digital Exclusion», *I-CONnect Blog of the International Journal of Constitutional Law*.

- Sánchez Morón, M. (2020): *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid, Tecnos, 975 pp.
- Schwartz, R. et al. (2019): *Green AI*, ArXiv: 1907.10597.
- Simon, H. A. (1957): *Administrative behavior: a study of decision making processes in administrative organizations*, 2.ª ed., New York, The Free Press, 259 pp.
- Soriano Arnanz, A. (2020): *Posibilidades actuales y futuras para la regulación de la discriminación producida por algoritmos*, Universidad de Valencia.
- Tejedor Vielsa, J. C. (2021): «Transformación digital, *blockchain* e inteligencia artificial. Referencias y experiencias en Aragón», en *ERDAL*, vol. 2, núm. 2, pp. 59-74.
- Valero Torrijos, J. (2019): «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista catalana de dret públic*, núm. 58, pp. 82-96.
- (2020): «The Legal Guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the View point of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements», en *ERDAL*, vol. 1, n.º 1-2, pp. 55-61.
- Veale, M. et al. (2018): «Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-Stakes Public Sector Decision-Making», en *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*.
- Vestri, G. (2021): «La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica. Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 56, Zaragoza, pp. 368-398.
- Villani, C. et al. (2018): *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, France, 235 pp.

COMUNICACIONES

DATOS ABIERTOS, IA Y SUBVENCIONES: PROACTIVIDAD Y CONTROL¹

Rubén Martínez Gutiérrez

SUMARIO: 1. In troducción. 2. Datos abiertos y reutilización de la información en materia de subvenciones. La Base de Datos Nacional de Subvenciones.. A) Objetivos de la regulación de la BDNS. B) Los datos abiertos en la BDNS.. 3. Reutilización de la información del sector público y proactividad. 4. Datos abiertos, IA y control e inspección de las subvenciones. 5. A modo de reflexión final. Bibliografía.

RESUMEN: La Base de Datos Nacional de Subvenciones se ha convertido en una potente herramienta de apertura de datos y reutilización de la información del sector público, que con una adecuada implementación mediante técnicas de Inteligencia Artificial podrá permitir cumplir dos misiones ajustadas a las necesidades de una sociedad moderna: 1. El principio de personalización y proactividad en materia de subvenciones para prestar un mejor servicio público. Y, 2. Un control más eficaz en materia de inspección y lucha contra el fraude en las subvenciones.

PALABRAS CLAVE: Base de Datos Nacional de Subvenciones; Inteligencia Artificial; proactividad; inspección y control.

ABSTRACT: The National Subsidies Database has become a powerful tool for opening up data and reusing public sector information, which, if properly im-

¹ Este trabajo de investigación se ha elaborado en el marco del Proyecto Retos del Ministerio PID2019-105736GB-I00DER, del que soy Investigador Principal junto con Julián Valero Torrijos.

plemented using Artificial Intelligence techniques, will enable it to fulfil two missions in line with the needs of a modern society: 1. The principle of personalisation and proactivity in subsidies to provide a better public service. 2. More effective control in terms of inspection and the fight against fraud in subsidies.

KEY WORDS: National Subsidies Database; Artificial Intelligence; proactivity; inspection and fraud control.

1. INTRODUCCIÓN

El régimen normativo de las subvenciones siempre ha prestado especial atención al control efectivo de los fondos públicos que se destinan a esta actividad administrativa de estimulación o fomento. La transparencia en este ámbito ha sido un elemento importante a tener en consideración, más si cabe después de la promulgación de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuyo artículo 8.1.c) se determina como uno de los elementos de publicidad activa por parte de las Administraciones y otros sujetos y entidades «las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios». Se trata de una obligación legal clara para todos los sujetos obligados, que deberían dar cumplimiento a la misma en sus portales web o portales de transparencia, aunque en muchas ocasiones se trate de una previsión incumplida, lo que ha conllevado con acierto la creación de la Base de Datos Nacional de Subvenciones (en adelante también BDNS) que garantiza en todo caso la publicidad y transparencia necesaria en esta materia en un punto único *on line*.

La BDNS se regula por el Real Decreto 130/2019, por el que se regula la Base de Datos Nacional de Subvenciones y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas, y como su propio preámbulo señala «mediante la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa se modificó el artículo 20 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, para contemplar la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas a partir del contenido recogido en la Base de Datos Nacional de Subvenciones; además, y para reforzar su integridad, se diseñó un nuevo procedimiento para la publicación de las convocatorias». Asimismo, continua señalando el preámbulo de la norma que «hasta 31 de diciembre de 2015 la Base de Datos Nacional de Subvenciones fue suministrando información de las subvenciones concedidas por el sector público estatal en los términos previstos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y, a partir de 2016, también está publicando las subvenciones y ayudas públicas concedidas por el resto de las Administraciones públicas españolas, integrando en un único punto la información sobre la actividad subvencionadora de todo el sector público nacional».

También se refiere el preámbulo del Real Decreto 130/2019 a una ingente cantidad de normativa de la Unión Europea que debe ser objeto de cumplimiento por parte del Reino de España, aunque paradójicamente y a pesar de sus modificaciones posteriores el texto no recoge mención a la Directiva UE 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público, de fecha posterior (tampoco se refiere a su antecesora la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de la información del sector público), aunque es cierto que sí se refiere a la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público que transpuso en su momento la Directiva de 2003 y que ha sido modificada mediante el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre para transponer así, aunque de una manera muy deficiente, la Directiva 2019/1024. No obstante, y a pesar de esta descoordinación normativa, la Base de Datos Nacional de Subvenciones se ha convertido materialmente en uno de los elementos que mejor ajustan su cumplimiento a la normativa europea y española de datos abiertos y reutilización de la información del sector público, como se puede comprobar en su web².

Ahora bien, llegados a este momento y teniendo en cuenta el marco normativo actual, los datos abiertos y la reutilización de la información de la Base de Datos Nacional de Subvenciones, e incluso el cruce de datos de ésta con otras bases de datos estatales, debería utilizarse para cumplir de mejor manera con el principio de proactividad, de un lado, y con el control más efectivo de las subvenciones, de otro. Estos dos elementos son el hilo conductor de este trabajo de investigación, y para poder conseguir estos dos objetivos es necesaria la aplicación de técnicas electrónicas de tratamiento de la información y datos, que en una concepción amplia se podrían integrar dentro de la noción de Inteligencia Artificial, ya que cuando hablamos de IA, algoritmos, automatización o *big data* nos encontramos ante conceptos convergentes (Cotino Hueso, 2019: 917). La inteligencia artificial se basa en el uso de datos, que tras su procesamiento mediante algoritmos permite obtener resultados concretos a problemas planteados (Ponce Solé, 2019: 7-8), siendo necesario establecer una adecuada programación de los algoritmos para que el procesamiento de datos nos lleve a resultados que puedan ser satisfactorios desde el punto de vista del concepto más amplio de IA, a la vez que puedan ser asumidos por los destinatarios de los mismos entendiéndose dentro del principio de buena Administración (Valero Torrijos, 2020: 60). Pues bien, como veremos en las siguientes páginas, el principio de buena Administración también debe conectarse necesariamente con el principio de proactividad en el ámbito concreto de las subvenciones, y a su vez, con un control más efectivo de las mismas, y ambas cuestiones tienen como base fundamental los datos abiertos, la reutili-

² Accesible en: <<https://www.pap.hacienda.gob.es/bdnstrans/GE/es/convocatorias>>.

zación de la información y el empleo de técnicas electrónicas de Inteligencia Artificial.

2. DATOS ABIERTOS Y REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN EN MATERIA DE SUBVENCIONES. LA BASE DE DATOS NACIONAL DE SUBVENCIONES.

A) OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN DE LA BDNS

Según el preámbulo del Real Decreto 130/2019, la BDNS tiene la misión de cumplir cinco objetivos, todos ellos alineados con los principios básicos que busca garantizar la normativa de transparencia y la de datos abiertos y reutilización de la información del sector público. En concreto los citados objetivos son los siguientes:

«1.º Poner en común en un único punto todas las convocatorias cuyo plazo de solicitud esté abierto para cada momento determinado, permitiendo su consulta a todos los posibles interesados». Se trata de un objetivo muy interesante que en el contexto normativo actual y como se verá en el apartado 3 de este Capítulo, debería potenciarse mucho más con la aplicación de técnicas de Inteligencia Artificial que permitan prestar un nuevo servicio a la ciudadanía con una Administración más proactiva en cuanto a la información que pueda proveer a los potenciales solicitantes de las subvenciones.

«2.º Extender el ámbito objetivo de la Base de Datos Nacional de Subvenciones a todo tipo de ayudas, avanzando más allá del contenido anterior centrado fundamentalmente en subvenciones». En línea con lo establecido en el artículo 2 y que hemos señalado en el apartado anterior.

«3.º Extender el ámbito subjetivo de la Base a todas las Administraciones públicas y a sus entidades vinculadas o dependientes, sea cual sea su naturaleza, pública o privada, siempre que concedan subvenciones o ayudas públicas. [...]». En línea con lo establecido en el artículo 3 y que hemos comentado en el apartado anterior.

«4.º Dar respuesta a los requerimientos de información establecidos por la Unión Europea en materia de ayudas de estado». Este objetivo también se ajusta plenamente al cumplimiento de las exigencias de la UE en materia de datos abiertos y reutilización de la información del sector público que regula la Directiva de la UE 2019/1024.

Y, «5.º Servir como instrumento para la planificación de las políticas públicas, para la mejora de la gestión y para la lucha contra el fraude». Este objetivo se ajusta en buena medida a las necesidades y exigencias de control que

gracias a las técnicas de IA se pueden potenciar, en línea con lo que se analizará en el apartado 4 de este trabajo.

B) LOS DATOS ABIERTOS EN LA BDNS.

La BDNS se encuentra accesible en línea y se trata de un sistema que cumple en buena medida con la consideración de dispositivo práctico para la apertura de datos y reutilización de la información al que se refiere el artículo 9 de la Directiva 2019/1024 R. Martínez Gutiérrez, 2022: 103). Se trata de una herramienta que permite la descarga de la información y datos básicos de todas las subvenciones que entran en el ámbito de aplicación del Real Decreto 130/2019, en formatos que son susceptibles de reutilización, en particular en forma de hoja de cálculo y CSV, además de otros formatos como PDF. De otra parte, el aviso legal de la web de la BDNS establece entre otras cuestiones (1) la obligatoriedad de las condiciones de la cláusula y la definición de los «agentes reutilizadores» que define como «toda persona, física o jurídica que reutilice información del sector público, ya sea para fines comerciales o no comerciales», (2) la autorización de reutilización y cesión no exclusiva de derechos de propiedad intelectual, y (3) las condiciones generales de reutilización; lo que demuestra claramente la vocación de la web de ser una herramienta para permitir la apertura de datos y su reutilización. En cuanto a la autorización, de un lado, la cláusula señala que la «autorización conlleva, asimismo, la cesión gratuita y no exclusiva de los derechos de propiedad intelectual, en su caso, correspondientes a tales documentos, autorizándose la realización de actividades de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación, necesarias para desarrollar la actividad de reutilización autorizada, en cualquier modalidad y bajo cualquier formato, para todo el mundo y por el plazo máximo permitido por la Ley». De otro lado, en cuanto a las condiciones generales de reutilización, el aviso legal determina las siguientes:

- «Está prohibido desnaturalizar el sentido de la información.
- Debe citarse la fuente de los documentos objeto de la reutilización. Esta cita podrá realizarse de la siguiente manera: “Origen de los datos: Intervención General de la Administración del Estado”.
- Debe mencionarse la fecha de la última actualización de los documentos objeto de la reutilización, siempre cuando estuviera incluida en el documento original.
- En caso de disociación de datos personales deberá citarse su realización y quién la efectúa.

- No se podrá indicar, insinuar o sugerir que la Intervención General de la Administración del Estado participa, patrocina o apoya la reutilización que se lleve a cabo con ella.
- Deben conservarse, no alterarse ni suprimirse los metadatos sobre la fecha de actualización y las condiciones de reutilización aplicables incluidos, en su caso, en el documento puesto a disposición para su reutilización».

Finalmente, tal y como se ha podido comprobar, es evidente que la BDNS se configura como un dispositivo práctico potente que permite la apertura de datos en materia de subvenciones y su reutilización tanto para finalidades públicas como comerciales. Por lo que interesa en el presente Capítulo, una herramienta como la web de la BDNS debe seguir creciendo en sus funcionalidades y para ello será necesario conectarla con tecnologías de Inteligencia Artificial que permitan el desarrollo de sistemas de alerta, advertencia y aviso proactivos para las personas físicas y jurídicas, entidades, asociaciones, etc., que potencialmente puedan estar interesadas en las convocatorias de subvenciones que vayan a efectuarse, cuestión a la que nos vamos a referir a continuación. Y, también, mediante su interconexión y cruce de datos con otras bases y archivos del sector público mediante técnicas de gestión avanzada e interoperable de la información y de los datos (Gamero Casado, 2009: 298), posibilitar un control más efectivo y certero no solo en el momento de la concesión de la subvención, sino también durante su ejecución, finalización y justificación, cuestión a la que nos referiremos en el apartado 4 de este trabajo de investigación.

3. REUTILIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO Y PROACTIVIDAD

Es evidente que en materia de subvenciones las Leyes 39 y 40 de 2015 tienen una importancia en la determinación de cuestiones procedimentales y de régimen jurídico que complementen la Ley General de Subvenciones. Las Leyes de 2015 han determinado la llegada plena del modelo de Administración electrónica en nuestro país, lo que también ha afectado en el ámbito de las subvenciones, siendo además un sector en el que las Administraciones han optado por la utilización exclusiva de medios electrónicos que permite el artículo 14 de la Ley 39/2015 no solo en el caso de los sujetos obligados del apartado 2.º, sino también en el supuesto de las personas físicas estableciendo la obligación vía la previsión contenida en el apartado 3.º de este artículo, es decir, mediante norma reglamentaria. Esta circunstancia implica que en materia de subvenciones deba tenerse en consideración la aplicación del Real Decreto 203/021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, y entre

cuyos principios se ha establecido el de «personalización y proactividad» (artículo 2, letra f). Según la propia norma, este principio se define como «la capacidad de las Administraciones Públicas para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos». Como ya he advertido en algún trabajo previo (Martínez Gutiérrez, 2021: 7), «se trata de un principio absolutamente necesario en la evolución normal del modelo de Administración electrónica en pleno Siglo XXI, y que se desprende claramente de algunos de los preceptos de la LPAC como los artículos 66 y siguientes cuando se refieren a las presentaciones en registro electrónico de modelos normalizados. Ahora bien, la vigencia de este principio en el momento actual y la valía de su incorporación entre el catálogo de principios, asociando la normativa reglamentaria también a cuestiones como la innovación y la inteligencia artificial, chocan con la nula regulación de estos aspectos en el texto de su articulado, tratándose de una carencia que a buen seguro deberá subsanarse en un futuro no muy lejano».

En todo caso, la información y datos obrantes en la BDNS encaja a la perfección para poner en funcionamiento el principio de personalización y proactividad (Menéndez Sebastián, 2023: 19), tratándose de un ámbito de indudable interés y servicio público, que puede estar claramente alineado con el principio de buena Administración. Gracias a la información obrante en la BDNS y la adecuada utilización de sistemas de Inteligencia Artificial sería posible anticiparse a las necesidades de los potenciales solicitantes de subvenciones (por ejemplo, por tratarse de solicitantes recurrentes ante un mismo tipo de subvención) y ofrecerles servicios precumplimentados de la documentación, además de las lógicas alertas personalizadas. En definitiva, se trataría de que la BDNS transitase desde la sociedad de la información (en la que la característica es la entrega de información a las personas) a la sociedad del conocimiento gracias al principio de proactividad y personalización y el uso de técnicas de IA, que permitirían generar un conocimiento avanzado en materia de subvenciones en favor de personas y entidades que pudieran estar interesadas, prestando así un auténtico servicio público de e-Administración a la altura de un sector público moderno.

4. DATOS ABIERTOS, IA Y CONTROL E INSPECCIÓN DE LAS SUBVENCIONES

La información transformada en conocimiento es poder, y la BDNS se ha convertido en una potente herramienta de gestión de datos para su apertura y reutilización que con la incorporación a la misma de tecnologías de IA que permitan realizar procesos concretos y cruces de información con otras bases de datos del sector público puede llegar a mejorar considerablemente las po-

sibilidades de inspección y control de las subvenciones que se conceden. Estas posibilidades han sido advertidas por el legislador que ya en el año 2014 incorporó en el artículo 20 de la Ley General de Subvenciones las bases legales de la BDNS estableciendo en el mismo mecanismo para favorecer el control y la adecuada inspección en esta materia mediante la utilización de sistemas electrónicos. Así, tras la reforma de 2014 el apartado 4.º del artículo 20 de la Ley pasó a determinar que «la prohibición de obtener subvenciones prevista en las letras a) y h) del apartado 2 del artículo 13, será comunicada a la BDNS por el Tribunal que haya dictado la sentencia o por la autoridad que haya impuesto la sanción administrativa; la comunicación deberá concretar las fechas de inicio y finalización de la prohibición recaída³», comunicación que debería realizarse mediante las redes interoperables que deben conectar los sistemas de la Administración de Justicia con la red interadministrativa SARA si se cumplieran las previsiones de la Instrucción 1/2018 del CGPJ (Martínez Gutiérrez, 2019). Al tratarse de una obligación legal, el propio precepto establece que en este caso no rige la regla del consentimiento del afectado en materia de protección de datos considerando las bases de legitimación que actualmente establece el artículo 6.1, en sus letras c) y e), del RGPD de la UE.

Del mismo modo, y para cumplir con el principio de colaboración interadministrativa, el apartado 5 del artículo 20 permite la cesión de los datos entre Administraciones Públicas europeas y españolas (en particular Agencia Tributaria y Seguridad Social), órganos jurisdiccionales y Ministerio Fiscal, Tribunal de Cuentas, etc., como mecanismo de «lucha contra el fraude de subvenciones y ayudas públicas». El propio artículo señala que «en estos casos, la cesión de datos será realizada preferentemente mediante la utilización de medios electrónicos, debiendo garantizar la identificación de los destinatarios y la adecuada motivación de su acceso», lo que implica que la interconexión se realice a través de las redes intranet del sector público que tienen como estructura nacional la Red Interadministrativa SARA. Todo ello con la limitación de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de la persona interesada cuando mediante su ejercicio «obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones en materia de subvenciones y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones de comprobación o control».

Finalmente, el apartado 6.º del artículo 20 determina la interrelación de la BDNS «con otras bases de datos» mediante las redes intranet a las que ya hemos realizado oportuna referencia, con el objetivo de mejorar la eficacia «en la lucha contra el fraude fiscal, de Seguridad Social o de subvenciones y Ayudas de Estado u otras ayudas». Para ello, la LGS aclara que «deberá asegurarse el acceso, integridad, disponibilidad, autenticidad, confidencialidad, traza-

³ En esta misma línea, *vid.* el apartado 9 del artículo 20 de la LGS.

bilidad y conservación de los datos cedidos», en los que existiendo una obligación legal tampoco rige la regla del consentimiento en materia de protección de datos. Además, por si existiera alguna duda de la legalidad de esta limitación en el derecho a la protección de datos cuando se trate del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección, la propia Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos modificó el artículo 28 de la Ley 39/2015 para incorporar en su apartado 2.º que «los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La Administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello. No cabrá la oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección». Como se puede apreciar, y con los objetivos de luchar contra el fraude en materia de subvenciones, existe base legal suficiente para la implementación de tecnologías de IA que permitan el uso del *big data* interconectando las diferentes bases de datos del sector público, cuestión que de alguna manera ya efectúan de forma rudimentaria la BDNS con la AEAT y la Seguridad Social pero que con el uso adecuado de herramientas avanzadas de gestión de datos el éxito en las operaciones de inspección y control será mucho mayor.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido comprobar en el presente trabajo, la BDNS se ha convertido en una potente herramienta de apertura de datos y reutilización de la información del sector público, que con una adecuada implementación mediante técnicas de Inteligencia Artificial podrá permitir cumplir dos misiones ajustadas a las necesidades de una sociedad moderna. De un lado, gracias al principio de personalización y proactividad en materia de subvenciones, prestar un mejor servicio público. Y, de otro lado, conseguir un control más eficaz en materia de inspección y lucha contra el fraude en las subvenciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Cotino Hueso, L. (2019): «Derecho y garantías ante el uso público y privado de inteligencia artificial, robótica y big data», en M. Bauzá Reilly (dir.), *El Derecho de las TIC en Iberoamérica*, Montevideo (Uruguay), FIADI-La Ley, pp. 917-952.
- Gamero Casado, E. (2009): «Interoperabilidad y Administración electrónica: conéctense, por favor», en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, pp. 291-332.
- Martínez Gutiérrez, R. (2019): «La e-Justicia contencioso-administrativa después de la Instrucción 1/2018 del CGPJ», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, pp. 1-40.

- (2021): «La plena eficacia de la e-Administración. Comentario y notas fundamentales del Real Decreto 203/2021, por el que se aprueba el reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos», en *Revista de Derecho Digital e Innovación*, núm. 8, pp. 1-36.
- (2022): «Los dispositivos prácticos como base de la Inteligencia Artificial: exigencias y necesidades para su regulación en España», en R. Martínez Gutiérrez y J. Valero Torrijos (dirs.), *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público*, Granada, Comares, pp. 103-125.
- Menéndez Sebastián, E. (2023): «Los procedimientos subvencionables: de la burocracia a la IA. La tensión entre eficacia y garantía», ponencia en el XVII Congreso de la AEPDA.
- Ponce Solé, J. (2019): «Inteligencia artificial, Derecho Administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, pp. 1-52.
- Valero Torrijos, J. (2020): «The Legal Guarantees of Artificial Intelligence in Administrative Activity: Reflections and Contributions from the Viewpoint of Spanish Administrative Law and Good Administration Requirements», en *European Review of Digital Administration & Law-Erdal*, vol. 1, núms. 1-2, june-december, pp. 55-62.

UNA PERSONA COMO USTED HA RECIBIDO ESTA SUBVENCIÓN. PROCESO SUBVENCIONAL, PERSONALIZACIÓN E INTELIGENCIA ARTIFICIAL¹

*Agustí Cerrillo i Martínez
Clara I. Velasco Rico*

SUMARIO: 1. Hacia unos servicios públicos personalizados y proactivos con la ayuda de la inteligencia artificial. 2. Cuestiones relevantes sobre el uso de la automatización y la IA en materia subvencional. A) El diseño de la política de subvenciones, la personalización de las subvenciones disponibles y el principio de «buena gestión financiera». B) La personalización de la información sobre las subvenciones y los principios de publicidad y transparencia. C) La preparación proactiva de la solicitud de subvenciones para quebrar la regresividad. D) La concesión proactiva de subvenciones y su compatibilidad con las previsiones de la LGS. Bibliografía.

RESUMEN: Existen tecnologías que permiten la personalización de determinados servicios relacionados con la gestión y la concesión de subvenciones. Mediante la personalización de determinados elementos del procedimiento subvencional se podrían garantizar mejor algunos principios para un mejor servicio al interés general. Actualmente, la LGS permite hasta cierto punto personalizar dichos elementos. Sin embargo, algunas de las posibilidades que ofrece la tecnología como la concesión proactiva de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, quedan excluidas de su amparo legal.

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto PID2020-115774RB-I00 «Personalización de los servicios públicos, sesgos e Inteligencia Artificial: Hacia la consolidación de los derechos digitales en las Administraciones Públicas».

PALABRAS CLAVE: proactividad; personalización; subvenciones; automatización; procedimiento administrativo.

ABSTRACT: There are technologies that allow the personalization of certain services related to the management and granting of grants. By personalizing certain elements of the subsidy procedure, some could be better guaranteed for a better service to the general interest. Currently, the LGS allows to a certain extent the personalization of these elements. However, some functionalities of technology, specifically the proactive awarding of grants under competitive bidding, are excluded from its legal protection.

KEY WORDS: proactivity; personalization; automatization; grants; administrative procedure.

1. HACIA UNOS SERVICIOS PÚBLICOS PERSONALIZADOS Y PROACTIVOS CON LA AYUDA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

La tecnología está permitiendo que los proyectos de administración digital avancen a pasos agigantados. La transformación digital de la Administración pública (AP) está incorporando a la actuación pública el amplio abanico de soluciones que ofrecen el *big data*, la actuación administrativa automatizada y la inteligencia artificial (Velasco Rico, 2020: 1, y Cerrillo i Martínez, 2021a).

La administración digital permite prestar servicios centrados en las personas a partir del uso intensivo e innovador de la tecnología y la recopilación y análisis de grandes volúmenes de datos. La transformación digital de la Administración pública está fomentando el diseño de servicios públicos centrados en la persona (Sirendi & Taveter, 2016: 221) a partir del análisis de sus necesidades o experiencias (OECD, 2020: 28-29), como ya llevan tiempo haciendo las grandes compañías tecnológicas o plataformas audiovisuales y de comercio electrónico (OECD, 2020: 33).

La personalización es el proceso por el que los elementos definidores de un servicio público se adaptan de manera inteligente a las características, necesidades, circunstancias, preferencias o intereses de una persona o grupo de personas a partir del análisis automatizado de los datos que dispongan las Administraciones públicas (Cerrillo i Martínez, 2022). Como hemos tenido oportunidad de indicar en otra ocasión, la personalización de los servicios consiste en «la adaptación de estos a un solo usuario basada en la información relacionada con este usuario en concreto» (Velasco Rico, 2020: 6).

En primer lugar, la personalización de un servicio se refiere al proceso de ajustar, acomodar o prever el servicio. El proceso de personalización puede ser realizado por cada persona o entidad destinataria, por ejemplo, a partir de las

necesidades manifestadas en una solicitud. Pero también puede ser llevado a cabo por la propia AP con posterioridad al análisis de la utilidad pública o el interés social que se concrete en la necesidad convocar una determinada subvención o de otorgarla a unos determinados beneficiarios. La Administración puede diseñar la convocatoria u otorgar la subvención de manera reactiva, a solicitud de la persona o entidad interesada. Pero, podría ser posible que la Administración decida convocar u otorgar una subvención en función de los datos que disponga de la persona beneficiaria. El proceso de personalización puede ser realizado de manera automática y completa por la Administración pública o puede contar con el consentimiento de la persona destinataria (Erlenheim *et al.*, 2020: 452) para que, en última instancia, pueda decidir si quiere recibir el servicio personalizado o de manera proactiva.

Actualmente, la incorporación de la inteligencia artificial (IA) en las AA.PP. abre la puerta a que el proceso de personalización de la actividad subvencional se realice de manera automatizada tanto por lo que respecta a la detección de las necesidades (plan estratégico de subvenciones, diseño de la convocatoria de subvenciones) como en relación con la determinación de las personas beneficiarias (procedimiento de concesión). No obstante, a pesar de las posibilidades que ya ofrece la IA, la etapa actual de desarrollo de esta tecnología disruptiva no permite la automatización de todos los procesos relacionados con la actividad de fomento. En efecto, si bien esta tecnología permite obtener buenos resultados en entornos de cierta incertidumbre, pero cuando la complejidad sea baja y los datos disponibles sean de calidad, la intervención humana no sólo es más eficiente sino también necesaria cuando el procedimiento que se quiera automatizar sea excesivamente complejo o los datos disponibles no sean suficientes (Cerrillo i Martínez, 2020).

En segundo lugar, la personalización consiste en la adaptación del servicio a las características, necesidades o intereses de cada persona o entidad. La información sobre estos aspectos puede ser manifestada por cada persona o pueden ser conocidos por la AP a partir de datos que tenga ya en su poder. Como ya hemos advertido en otro lugar, las AA.PP. pueden llegar a personalizar los servicios a través del tratamiento de datos recogidos por las galletas (*cookies*) o de la minería del comportamiento del usuario, una especialización de la minería de datos (Velasco Rico, 2020: 9). La mayoría de estos datos serán datos personales, es decir, son información relativa a una persona física identificada o identificable (art. 4 RGPD) por lo que será necesario que el proceso de automatización se respeten los principios previstos en la legislación, el tratamiento se lleve a cabo a partir de una base jurídica adecuada y se adopten las medidas necesarias para evitar una vulneración de los derechos de las personas interesadas. El conocimiento de las necesidades de las personas beneficiarias puede resultar del análisis de los datos masivos (*big data*), es decir, de datos relativos a un gran volumen de personas, actividades o eventos lo que permite la elaboración de perfiles que comparten determinadas características

cuyo conocimiento puede permitir mejorar sensiblemente la personalización de las convocatorias de subvenciones. En cualquier caso, para ello es necesario que la AP tenga en su poder datos suficientes y adecuados y tenga capacidad para gestionarlos (OECD, 2020: 34).

Por último, la personalización consiste en la adaptación de los distintos elementos que definen el servicio, en este caso, la actividad de fomento. Así, puede personalizarse el contenido de la información que se facilita sobre las convocatorias de subvenciones o del procedimiento que se tramita, cómo se tramita o lo que pueden hacer las personas interesadas durante la tramitación del procedimiento. Para poder personalizar la actividad de fomento, la AP debe disponer de un mínimo margen de decisión para delimitar, caracterizar o perfilar la convocatoria u otorgar la subvención.

Antes de analizar el uso de la automatización y la IA en materia subvencional, debemos advertir de algunos riesgos que pueden entrañar (Cerrillo i Martínez, 2019). Desde la perspectiva de las personas, la personalización puede impedir que las subvenciones lleguen a cualquier persona, especialmente cuando el proceso de automatización utiliza inteligencia artificial (Kocaballi *et al.*, 2019), lo que se refiere a personas alejadas del sistema público respecto de las que las Administraciones públicas no tengan datos (Giest & Samuels, 2020) o tengan barreras para acceder a los servicios personalizados o para confiar en ellos (Pieterse *et al.*, 2007: 148). Además, la personalización puede reducir la capacidad de elección de las personas (Pariser, 2017: 21) pudiendo llegar a manipularlas en relación con las subvenciones que pueden recibir (Ponce Solé, 2019: 68). La personalización también puede generar opacidad, bien porque las personas desconozcan que las subvenciones han sido previamente objeto de un proceso de personalización, bien porque aun sabiéndolo no sean capaces de comprender los criterios con los que se ha realizado. Este riesgo se incrementa de manera exponencial cuando la personalización se realiza de manera automatizada a partir del análisis de datos mediante el uso de inteligencia artificial (Pasquale, 2015). La personalización también puede dar lugar a errores respecto a las personas que deben percibir o no una subvención y puede causar daños a las personas usuarias (Wirtz *et al.*, 2022: 10) como se ha podido constatar por ejemplo en los Países Bajos a raíz de la inclusión de centenares de familias en un perfil de personas que habían cometido un fraude a la seguridad social (Bharosa *et al.*, 2021: 243).

Para las Administraciones públicas, la personalización y, en particular, la prestación proactiva de los servicios puede llevar hacia lo que se ha bautizado como la *administración invisible* (OPSI & MBRCGI, 2020: 12) en la que la AP deja de ser vista como la gran benefactora (OECD, 2020: 33). Cuando la personalización se basa en el uso de la inteligencia artificial puede generar una dependencia de las Administraciones públicas respecto a las empresas que proveedoras de estas tecnologías.

2. CUESTIONES RELEVANTES SOBRE EL USO DE LA AUTOMATIZACIÓN Y LA IA EN MATERIA SUBVENCIONAL

Actualmente, las herramientas más extendidas para personalizar y prestar determinados servicios proactivamente en el ámbito que examinamos son la robotización y la actuación administrativa automatizada (AAA), mientras que el potencial de la IA todavía está por explotarse.

A) EL DISEÑO DE LA POLÍTICA DE SUBVENCIONES, LA PERSONALIZACIÓN DE LAS SUBVENCIONES DISPONIBLES Y EL PRINCIPIO DE «BUENA GESTIÓN FINANCIERA»

El diseño de una determinada política en materia de subvenciones puede automatizarse a partir del análisis predictivo (Huergo Lora, 2020). El análisis predictivo puede servir a la Administración para un mejor diseño de las políticas públicas en materia de subvenciones. Este análisis predictivo suele funcionar como un mecanismo de apoyo a la toma de decisiones públicas. Algunos de los usos que la Administración puede dar a estos sistemas son, por ejemplo, detectar qué grupos poblacionales o qué ciudadanos son potenciales receptores de la subvención, estimar qué lugares deben ser receptores prioritarios de determinados fondos, predecir el comportamiento de los receptores, determinar si dichas subvenciones son redundantes, y personalizar las recomendaciones de las ayudas disponibles para los ciudadanos en función de su perfil.

Más allá de este ámbito, la inteligencia artificial también se puede utilizar para personalizar las subvenciones disponibles. En consecuencia, un primer nivel de personalización se da en relación con la decisión sobre el establecimiento de una subvención a partir de la detección de unas finalidades públicas o interés social que se persigue fomentar.

Estos usos de la IA coadyuvarían a la materialización del principio de buena gestión financiera —principio que se desprende del artículo 31.2 de la CE, donde se proclama que la programación y ejecución del reparto de los recursos públicos se hará de acuerdo con los «criterios de eficiencia y economía»—. Cabe recordar que el principio de «buena gestión financiera» en el ámbito subvencional comporta que la Administración defina, de manera adecuada, a qué intereses y necesidades públicas es adecuado responder. (Martínez Manzanque, 2020: 100). También, se facilitaría que las Administraciones Públicas pudieran solventar los problemas e ineficiencias en el ámbito de las políticas de fomento y en los procesos de concesión de subvenciones señalados por la (Comisión Europea, 2017) y corroboradas por la AiREF en un informe de 2019, donde se analizó el destino de más de 25.000 millones de Euros (AiREF, 2018).

B) LA PERSONALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN SOBRE LAS SUBVENCIONES Y LOS PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA

Un segundo nivel de personalización se da cuando la AP informa a la ciudadanía sobre la existencia de una determinada convocatoria de subvenciones. Hay que destacar que el art. 8 de la LGS impone una serie de obligaciones a las AA.PP. respecto a la gestión y concesión de las subvenciones, relativas al cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia. Más allá de los mecanismos de publicidad de las bases reguladoras de cada tipo de subvención previstos (art. 9.3 LGS), la AP puede personalizar la información en función del perfil de los posibles beneficiarios. Primeramente, se puede personalizar la recepción de las convocatorias que sean de interés. Igualmente, podría se podría personalizar que una determinada persona recibiera las convocatorias de subvenciones aprobadas por unas u otras Administraciones. Este tipo de actuaciones se pueden robotizar sin necesidad de recurrir a sistemas de IA, mediante RPA.

A su vez, también se podrían personalizar el canal a través del que se recibe la información (correo, sms, redes sociales, etc.), el idioma, la interfaz de usuario y la periodicidad con la que se envía dicha información (Velasco Rico, 2020). De nuevo en este caso, no sería necesario el uso de sistemas de IA, existen otras herramientas (*cookies*, etc.) que permitirían esta personalización. Como puede suponerse, el uso de estas herramientas tecnológicas permite no solo salvaguardar, sino también potenciar los principios de publicidad y transparencia (art. 8.3 a) de la LGS). Todo ello se debe cohonestar además con los principios de concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación (art. 8.3 a) de la LGS *in fine*), cuya garantía va a depender en gran medida de cuan bien diseñado esté el sistema que permita la personalización de este proceso y de la calidad, inclusividad, fiabilidad, exactitud de los datos con los que este opere.

C) LA PREPARACIÓN PROACTIVA DE LA SOLICITUD DE SUBVENCIONES PARA QUEBRAR LA REGRESIVIDAD

Un tercer nivel de personalización consiste en que la AP facilite a la posible persona beneficiaria el trámite de solicitud que da inicio al procedimiento de concesión de la subvención remitiéndose el formulario de solicitud prerrellenado de manera automática a partir de los datos que están en poder de la AP. En este caso nos encontraríamos con un supuesto que se incardina en la definición de la actuación administrativa automatizada (AAA) regulada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (art. 41.1). De este modo se pueden reducir los tiempos de respuesta, la mitigación de las cargas

de trabajo administrativas relacionadas con las gestiones que se automaticen y la puesta a disposición de servicios de alta disponibilidad, operativos 24/7. Desde esta perspectiva, la personalización puede ser útil para superar las barreras o trabas burocráticas, el lodo (*shudge*) al que se refiere (Sunstein, 2021).

La preparación proactiva de la solicitud de subvenciones quizás resulte una herramienta eficaz para revertir la tendencia regresiva que se da en España en el ámbito subvencional (OCDE, 2022; Hye *et al*, 2022) y que, en parte, puede explicarse por el laberinto burocrático al que deben enfrentarse los solicitantes², cuyo éxito variará en función de su grado de alfabetización digital y de la comprensión de una jerga jurídica que no se presta a interpretaciones sencillas.

D) LA CONCESIÓN PROACTIVA DE SUBVENCIONES Y SU COMPATIBILIDAD CON LAS PREVISIONES DE LA LGS

Un cuarto nivel de personalización consistiría en el otorgamiento proactivo de la subvención sin la necesidad de que sea solicitada por la persona beneficiaria. Nos estaríamos refiriendo, en primer lugar, a la concesión directa de subvenciones (art. 22 LGS). En este caso, la resolución de concesión establecerá las condiciones y los compromisos aplicables, según lo dispuesto en la propia Ley. Por ello, podría automatizarse todo el procedimiento administrativo de concesión de la subvención, hasta la notificación de su otorgamiento (art. 28.1 LGS). Del beneficiario se exigiría solo una mínima actividad de aceptación de la subvención ya sea facilitando algún dato que facilite el pago y del que no disponga la Administración (número de cuenta, por ejemplo), o, si su concesión conlleva la obligación de desarrollar alguna actividad concreta o de justificar con posterioridad el destino de los fondos atribuidos.

Para las subvenciones concedidas en concurrencia competitiva se podría articular un proceso de concesión proactiva. Ello implicaría que, de forma automática, y, sin mediar solicitud del interesado, la propia Administración revisase, mediante sistemas algorítmicos o de IA, la información que obra en su poder de los perfiles de los potenciales beneficiarios de las subvenciones, que dicha información se casase con las bases de la convocatoria y que el sistema procediese de forma automática a concederlas. Y ello porque la LGS establece que los procedimientos en materia de subvenciones son siempre iniciados de oficio mediante la convocatoria (art. 23 LGS) y porque, entre los requisitos de los beneficiarios, no se establece que, para obtener una determinada subvención, el interesado deba haberla solicitado (art. 13 de la LGS).

² Un ilustrativo libro al respecto es Mesa, S. (2019). *Silencio administrativo: la pobreza en el laberinto burocrático*. Barcelona, Anagrama.

Cabría defender que esto no sería más que profundizar en el sistema de auxilios concursados establecido por la LGS y que viene a substituir el sistema de auxilios rogados (Parada Vázquez, 2019: 336-338).

Sin embargo, actualmente, esta concesión proactiva de subvenciones sujetas al régimen de concurrencia competitiva no resultaría compatible con algunas previsiones de la LGS ya que, pese a lo parece desprenderse de los artículos citados, la propia Ley en su artículo 23.2.g) dispone que, en la convocatoria de la subvención, debe constar explícitamente el plazo de presentación de las solicitudes, con lo que la norma solo contempla que puedan otorgarse subvenciones en régimen de concurrencia competitiva previa presentación por el interesado de una solicitud. Ello no obsta, para que el procedimiento de concesión pueda estar parcial o totalmente automatizado o se pueda llegar a prever el uso de sistemas de IA en distintas fases del procedimiento. En este supuesto, a título de ejemplo, podrían utilizarse sistemas de IA también en la fase de instrucción, regulada en el artículo 24 de la LGS, para facilitar la evaluación y la priorización de las solicitudes y detectar qué potenciales beneficiarios pueden dar un mejor uso de los fondos públicos que les han de ser concedidos.

BIBLIOGRAFÍA

- Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (2018): *Evaluación del gasto público 2018: Estudio de evaluación de estrategia y procedimiento de las subvenciones*.
- Bharosa, N., Oude Luttighuis, B., Spoelstra, F., Van der Voort, H. y Janssen, M. (2021). *Inclusion through proactive public services: findings from the Netherlands: Classifying and designing proactivity through understanding service eligibility and delivery processes*. Comunicación presentada en DG. O2021: The 22nd Annual International Conference on Digital Government Research.
- Cerrillo i Martínez, A. (2019): «El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo ¿Nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- (2020): «¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?», en *European review of digital administration & law*, núm. 1(1), pp. 18-36.
 - (2021a): «Robots, asistentes virtuales y automatización de las administraciones públicas», en *Revista galega de administración pública*, núm. 61, pp. 5-42.
 - (ed.) (2021b), *La transformación digital de la Administración local* (vol. 33), Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local.
 - (2022): «La personalización de servicios digitales», en A. Cerrillo i Martínez (dir.) y S. E. Castillo Ramos-Bossini (coord.), *La Administración digital* Madrid, Dykinson.

- Comisión Europea (2017): *Council recommendation on the 2017 National Reform Programme of Spain and delivering a Council opinion on the 2017 Stability Programme of Spain*.
- Erlenheim, R., Draheim, D. y Taveter, K. (2020). *Identifying design principles for proactive services through systematically understanding the reactivity-proactivity spectrum*. Comunicación presentada en Proceedings of the 13th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance.
- Giest, S. y Samuels, A. (2020): «“For good measure”: data gaps in a big data world», en *Policy Sciences*, núm. 53, pp. 559-569.
- Hyee, R., Immervoll, H., Fernandez, R. y Lee, J. (2020): *How reliable are social safety nets?*, Paris, OECD.
- Huergo Lora, A. (2020): «Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo», en A. Huergo Lora (ed.), *La regulación de los algoritmos* (pp. 23-88), Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters.
- Kocaballi, A. B., Berkovsky, S., Quiroz, J. C, Laranjo, L., Tong, H. L., Rezazadegan, D. y Coiera, E. (2019): «The personalization of conversational agents in health care: Systematic review», en *Journal of medical Internet research*, núm. 21(11), pp. e15360.
- Martínez Manzanque, D. (2020): «Evolución y análisis de la buena gestión de subvenciones públicas: del sometimiento a los requisitos jurídicos tradicionales a las nuevas demandas sociales», en *Revista española de control externo*, núm. 22(66), pp. 94-117.
- Mesa, S. (2019): *Silencio administrativo: la pobreza en el laberinto burocrático* (vol. 14), Barcelona, Anagrama.
- Observatory of Public Sector Innovation (OPSI), United Arab Emirates (UAE) y Mohammed Bin Rashid Centre for Government Innovation (MBRCGI) (2020): *Seamless Government*.
- OECD (2020): «The OECD Digital Government Policy Framework».
- (2022): *Income support for working-age individuals and their families*.
- Parada Vázquez, R. (2019): *Derecho administrativo*, Madrid, Dykinson.
- Pariser, E. (2017): *El filtro burbuja: Cómo la web decide lo que leemos y lo que pensamos*, Taurus.
- Pasquale, F. (2015): *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- Pieterse, W., Ebbers, W. y Van Dijk, J. (2007): «Personalization in the public sector: An inventory of organizational and user obstacles towards personalization of electronic services in the public sector», en *Government Information Quarterly*, núm. 24(1), pp. 148-164.
- Ponce Solé, J. (2019): «El derecho a una buena administración y la personalización de los servicios públicos. Sesgos, nudging e inteligencia artificial», en B. Puentes

Cociña y A. Quintiá Pastrana (eds.), *El derecho ante la transformación digital. Oportunidades, riesgos y garantías* (pp. 51-72), Barcelona, Atelier.

Sirendi, R. y Taveter, K. (2016). *Bringing service design thinking into the public sector to create proactive and user-friendly public services*. Comunicación presentada en International Conference on HCI in Business, Government, and Organizations.

Sunstein, C. R. (2021): *Sludge: What Stops Us from Getting Things Done and What to Do about It*, Cambridge (MA), MIT Press.

Velasco Rico, C. I. (2020): «Personalización, proactividad e inteligencia artificial. ¿Un nuevo paradigma para la prestación electrónica de servicios públicos?», en *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 30.

Wirtz, B. W., Weyerer, J. C. y Kehl, I. (2022): «Governance of artificial intelligence: A risk and guideline-based integrative framework», en *Government Information Quarterly*, núm. 39(4), pp. 101685.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA

Carmen Camblor de Echanove

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Caracterización de la actividad administrativa automatizada y de la inteligencia artificial. 3. El procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva. 4. A modo de conclusión preliminar. Bibliografía.

RESUMEN: Las líneas que siguen abordan algunos de los retos que plantea la introducción de herramientas de inteligencia artificial en los procedimientos administrativos de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva.

PALABRAS CLAVE: actividad administrativa automatizada; subvenciones.

ABSTRACT: This paper addresses some of the challenges posed by the introduction of artificial intelligence tools in the administrative procedures for granting subsidies.

KEY WORDS: automated administrative activity; subsidies.

1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación da cuenta del trabajo que se está llevando a cabo, en el marco del proyecto de investigación «La acción administrativa automatizada: condiciones, límites y garantías jurídicas» (ref. PID2020-116855RB-I00),

acerca de la automatización del procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva¹ y los retos que plantea para el Derecho administrativo, con particular atención en las posibles dificultades que plantea la introducción de sistemas de inteligencia artificial («IA») en el procedimiento de su diseño y concesión.

En el marco de la creciente digitalización de la actividad de las Administraciones públicas, la introducción de sistemas de IA en los procedimientos de concesión de subvenciones aparece como un hito deseable, que coadyuva a la materialización de algunos de los principios del procedimiento administrativo, como los de celeridad y orden riguroso (arts. 71.1, 71.2 y 72 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas («LPAC»)). Asimismo, la automatización del procedimiento subvencional redundaría en el cumplimiento de los principios aplicables a toda actividad administrativa, recogidos en el art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («LRJSP») y, en algunos casos, en la propia Constitución (entre otros, eficacia, eficiencia y economía de medios)². En este sentido, la propia Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, la «LGS»), en su art. 8.3, establece que la gestión de las subvenciones estará sujeta a los principios de eficacia en el cumplimiento de los objetivos propuestos y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

Teniendo en cuenta la enorme carga burocrática que suponen los procedimientos de concesión de subvenciones, la IA, *a priori*, se presenta como una ventaja que sin duda favorecería el cumplimiento de los mentados principios³.

¹ Dejando fuera, pues, las de concesión directa y las de concesión en régimen de concurrencia no competitiva (es decir, por orden de llegada), que no plantearían la misma problemática.

² De las esperadas bondades de la IA en su aplicación a la actividad administrativa en general da cuenta el *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*, Eje estratégico 5 sobre *Potenciar el uso de la IA en la Administración Pública y en las misiones estratégicas nacionales*. En dicho documento se indica la capacidad de la IA de, entre otros, aumentar la productividad del sector público y mejorar la transparencia y la publicidad de la actividad pública. Asimismo, se refleja que el uso progresivo de la IA por parte de las Administraciones es una realidad, y se declara la intención de procurar una introducción global de la IA a través de la promulgación de una Guía de buenas prácticas semejante a la existente en Reino Unido, aprobada en conferencia sectorial con el acuerdo de comunidades autónomas y entes locales, así como de la creación de un laboratorio dedicado a desarrollar distintas aplicaciones de la IA en la Administración pública (*GobTechLab*).

³ Así lo reconoce por ejemplo el Acuerdo de 15/11/2022, del Consejo de Gobierno de Castilla La Mancha, por el que se sustituye la función interventora por el control financiero permanente en relación con los expedientes de gasto correspondientes a la concesión de subvenciones y/o el reconocimiento de la obligación derivado de la misma, que se lleven a cabo mediante actuaciones administrativas automatizadas, que hace hincapié en lo relevante que re-

Sin embargo, como veremos, la introducción de la IA en la actividad administrativa, desafia directamente a los principios de igualdad y no discriminación y de transparencia, también expresamente reconocidos por la propia Ley de subvenciones en el citado art. 8, así como en la Constitución y en las mencionadas LPAC y LRJSP, y plantea una serie de retos que han llevado a la doctrina a plantearse su compatibilidad con el Derecho público vigente y la necesidad de una posible reforma de aquel para adaptarlo. En este sentido, el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Unión Europea 2020, identifica los siguientes riesgos potenciales en el uso de la IA: la opacidad en la toma de decisiones, la discriminación de género o de otro tipo, la intromisión en nuestras vidas privadas o su uso con fines delictivos⁴.

Así las cosas, la introducción de sistemas de IA en los procedimientos de concesión de subvenciones, parece favorecer la consecución de ciertos principios en detrimento de otros. Para comprobarlo, partiremos de una breve descripción de la actividad administrativa automatizada y de la IA, para después describir el procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva y tratar de reflexionar sobre su aplicación en este ámbito.

2. CARACTERIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA AUTOMATIZADA Y DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Al compás de los avances tecnológicos y socio-empresariales, la actividad administrativa viene siendo objeto de una progresiva automatización, impulsada o al menos reflejada en las normas de procedimiento vigentes⁵, guiadas por la búsqueda de la eficiencia, la eficacia y la celeridad⁶. Así, el Preámbulo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, la «Ley 30/1992»), recordaba la bienintencionada pero limitada Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, que «pretendió

sulta en muchas ocasiones de cara al cumplimiento del fin perseguido la celeridad en la tramitación de las subvenciones, por cuanto responden a situaciones de necesidad.

⁴ En la fecha en que se escriben estas líneas, está pendiente la aprobación de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, destinado principalmente a procurar las garantías de los derechos fundamentales frente al uso de la IA, aunque también a facilitar la innovación, la inversión y la unicidad del mercado en este ámbito.

⁵ DE ASÍS ROIG, Agustín (2022). «Notas sobre la Administración electrónica», ponencia impartida en el Seminario sobre Actividad Administrativa Automatizada, Universidad Carlos III de Madrid, 31 de marzo de 2022.

⁶ Sobre actividad administrativa automatizada, *vid.* I. Martín Delgado (2009: 353 y ss.).

modernizar las arcaicas maneras de la Administración española, propugnando una racionalización de los trabajos burocráticos y el empleo de «máquinas adecuadas, con vista a implantar una progresiva mecanización y automatismo en las oficinas públicas, siempre que el volumen de trabajo haga económico el empleo de estos procedimientos», que habría impedido la informatización del procedimiento administrativo, limitando la introducción de las innovaciones tecnológicas a la actividad interna de las Administraciones.

La misma Ley, en su art. 45, disponía el impulso del «empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes».

Posteriormente se aprobó la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, en la que, entre otros, se recogían los principios a regir en la materia, se reconocía el derecho de los ciudadanos a relacionarse de manera electrónica con las Administraciones y se dedicaban sendos capítulos al régimen jurídico de la Administración electrónica y a la tramitación electrónica del procedimiento. En su preámbulo, la Ley de acceso electrónico, alabando las buenas intenciones de la Ley 30/1992, criticaba empero el carácter facultativo de las medidas previstas, indicando su pretensión de «*dar el paso del “podrán” por el “deberán”*».

Finalmente, el régimen jurídico de la Administración electrónica y el conjunto de derechos reconocidos a los ciudadanos en el marco de sus relaciones con la Administración diseñado por la Ley de acceso electrónico fue incorporado a las de procedimiento y organización aprobadas en 2015.

En este sentido el art. 41 LPAC define la actuación administrativa automatizada como «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público».

De otro lado, la automatización de la actividad administrativa, actualmente está sólidamente apoyada en el derecho de los ciudadanos (que en el caso de un nada desdeñable número de sujetos constituye un deber) de comunicarse con la Administración por medios electrónicos (arts. 13 y 14 LPAC) (cuestión que en su art. 45.2 la Ley 30/1992 subordinaba a que la Administración poseyera los medios técnicos compatibles), así como en el llamado principio de formato electrónico del expediente administrativo (art. 70.2 LPAC)⁷. Indudablemente, ambas cuestiones facilitan la automatización de los procedimientos

⁷ Parejo Alfonso, L. (2021: 345).

administrativos, si es que no son, incluso, un presupuesto prácticamente imprescindible para que pueda llevarse a cabo.

Dentro de la actividad automatizada, los sistemas de Inteligencia Artificial son aquellos «que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción —con cierto grado de autonomía— con el fin de alcanzar objetivos específicos»⁸. Funcionan a través de algoritmos, que constituyen un conjunto de instrucciones simples estructuradas para llevar a cabo una tarea, que son susceptibles de llevar a cabo un aprendizaje automático que les permite aprender, tanto a partir de datos o experiencias pasadas (*machine learning*), como funcionando al modo de redes neuronales complejas, extrayendo patrones de masas de datos que les conducen a adoptar decisiones cuya causa no es fácilmente determinable (*deep learning*)⁹.

Si bien no encontramos referencias específicas acerca de la IA ni en la LPAC ni en la LRJSP¹⁰, es innegable su creciente uso por parte de las Administraciones públicas. Prueba de ello son tanto la mencionada *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*, cuyo Eje estratégico 5 consiste en Potenciar el uso de la IA en la Administración Pública y en las misiones estratégicas nacionales, como la próxima creación de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial.

Como hemos adelantado, el uso de IA en el marco de la actividad administrativa no se libra de una serie de riesgos inherentes a esta tecnología; así, la posible adopción de decisiones injustas, en beneficio de unos y detrimento de otros, debido tanto a los sesgos que incorpora el programador del algoritmo como a los «aprendidos» por el propio sistema al funcionar, lo cual es susceptible de atentar contra los principios de igualdad, objetividad y no discriminación¹¹. La transparencia y la motivación de las decisiones también se ve puesta en jaque en el supuesto de procesos de *deep learning*, en los que aparece como excesivamente complejo el justificar la causa que conduce al sistema a adoptar las decisiones finales, así como en aquellos casos en los que el código fuente del algoritmo (es decir, su estructura) es ininteligible para el ciudadano o no puede ser conocido por hallarse protegida por las leyes de propiedad intelectual. Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos, la doctrina se plantea la legitimidad de imputar al órgano administrativo competente la decisión adoptada, habida cuenta de que, *realmente*, no ha tenido «arte ni parte» en el asunto.

⁸ Definición de la UE, recogida en el *Diccionario de términos y conceptos de la Administración Electrónica* (8.ª ed.).

⁹ Ponce Solé, J. (2019: 3).

¹⁰ Debemos advertir, no obstante, que cada vez son más las disposiciones normativas sobre actividad administrativa automatizada e IA que van aprobándose de manera dispersa a lo largo y ancho de nuestro ordenamiento jurídico (Ponce Solé, J., 2019: 13).

¹¹ Por todos, Zuddas, P. (2022: 1).

De ahí que la doctrina insista (y en parte a este motivo obedece la aprobación del Libro Blanco de la UE aprobado en la materia), en la necesidad de que el Derecho responda a los retos planteados, que afectan directamente a los derechos y garantías de los ciudadanos en el marco de los procedimientos administrativos¹². Así, Valero Torrijos (2009: 93) se refiere a la necesidad de introducir adecuadamente la IA en la actividad administrativa, sin «sustituir la burocratización por la mera tecnificación en busca de la eficacia y la eficiencia a toda costa», aprobando por medio de actos administrativos debidamente motivados el uso de IA por parte de la Administración en cada caso concreto. En este sentido, Gamero Casado (2022) incide sobre la necesidad de garantizar la participación de juristas en todas las fases de contratación de herramientas de inteligencia artificial para el soporte de los procedimientos administrativos¹³. Por su parte, Ponce Solé (2019: 14) limita el empleo de la IA a procedimientos reglados, sobre la base de que los procedimientos discrecionales exigen empatía para su resolución y deben ser objeto, por tanto, de una «reserva de humanidad», y propone la aplicación de los principios de transparencia y motivación en la elaboración de los algoritmos, así como el del principio de precaución en este ámbito. Finalmente, De la Cueva (2019: 24) va más allá, proponiendo la aplicación de los principios que rigen para la creación de normas a la producción de algoritmos.

3. EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES EN RÉGIMEN DE CONCURRENCIA COMPETITIVA

Santamaría Pastor (2005: 358) define subvención como aquella donación dineraria de carácter modal destinada a promover fines o actividades de interés público, constituyendo uno de los instrumentos privilegiados a través de los cuales la Administración lleva a cabo la actividad de fomento.

Por su parte, las subvenciones otorgadas en régimen de concurrencia competitiva son aquellas en las que la Administración compara «las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios» (art. 22.1 LGS). Centrándonos en su procedimiento de concesión, podemos distinguir las siguientes fases, previstas en la LGS:

¹² En España, destaca la Carta de los Derechos Digitales, instrumento de *soft law* que aborda en diversos puntos la protección de los ciudadanos frente a los riesgos de la IA.

¹³ Gamero Casado, E. (2022: 1).

- Planificación estratégica: en la que las Administraciones y demás organismos interesados en su concesión habrán de aprobar Planes estratégicos que recogerán «los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación» (art. 8 LGS).
- Diseño de la concreta subvención, en la que el órgano competente aprueba las bases que regirán su concesión¹⁴, en las que deberá constar, entre otros, el objeto de la subvención, su cuantía, el procedimiento de concesión y órganos competentes, diario oficial de publicación, requisitos de los beneficiarios, plazo y forma de justificación del cumplimiento por parte de los beneficiarios y los criterios objetivos para su concesión, así como su ponderación (art. 17.3 LGS). Debe tenerse en cuenta la sujeción de la concesión de las subvenciones al cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 9 de la LGS, entre los que destaca la existencia de un crédito adecuado para hacer frente a los gastos derivados de la misma, la fiscalización previa de los actos de contenido económico y la aprobación del gasto por el órgano competente.
- Publicación de las bases en el diario oficial correspondiente, así como en la Base de Datos Nacional de Subvenciones, y apertura del plazo de presentación de solicitudes (art. 18 LGS).
- Instrucción del procedimiento. En esta fase participan, por un lado, el órgano instructor, que, después de realizar las comprobaciones oportunas y solicitar cuantos informes sean necesarios o bien exigidos por las bases de la convocatoria, realiza una valoración de las solicitudes presentadas a la luz de los criterios de concesión, y, por otro lado, el órgano colegiado, que informa dicha valoración. A la vista de dicho informe y del expediente, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución provisional que, tras un plazo de diez días destinado a la presentación de alegaciones por parte de los interesados, y, en su caso, de la celebración del trámite de audiencia, devendrá en propuesta de resolución definitiva (art. 24 LGS).
- Finalmente, el órgano concedente dictará una resolución motivada, con lista de excluidos y de beneficiarios (art. 25 LGS).

De las líneas anteriores interesa aquí destacar tres notas del procedimiento de concesión: primero, que, en una primera fase, la Administración goza de discrecionalidad, puesto que es libre para concretar el interés general, si bien «una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente, termina la discrecionalidad y comienza la regla, y el reparto concreto escapa

¹⁴ Que tienen, con carácter general, naturaleza reglamentaria. J. Vázquez Garranzo (2012: 220).

del voluntarismo de la Administración»¹⁵. Segundo, que, al igual que sucede en otros ámbitos del Derecho en general y del Derecho administrativo en particular (así, en el supuesto de los procedimientos de naturaleza sancionadora), se prevé nada menos que la intervención de tres órganos diferenciados, en garantía de objetividad y cumplimiento de los objetivos propuestos. Y tercero, que, dependiendo de cuáles sean los criterios de valoración fijados en las bases de la convocatoria, la Administración contará con un mayor o menor margen de apreciación para su concesión, como señala Riego Blanco (1996: 176), especialmente cuando descansan sobre conceptos jurídicos indeterminados.

A la vista de lo anterior, cabe preguntarse si, por más que posible, resulta conveniente o incluso, ajustado a Derecho, el uso de IA en el marco de concesión de subvenciones en concurrencia competitiva.

- En las primeras fases de planificación estratégica y de diseño de la convocatoria, fase puramente discrecional, el auxilio de sistemas de IA para la detección de necesidades sociales o de sectores será de gran utilidad, siempre que, en última instancia, intervenga.
- En la fase de instrucción, la automatización de procedimientos (también a través de sistemas de IA) resulta conveniente y muy positiva, siempre que se limite a la labor que realiza en primer lugar el órgano instructor (de criba, comprobación de datos, etc.), no siendo posible, empero, que sustituyera la evaluación del órgano colegiado (por su propia naturaleza y finalidad que, insistimos, viene a garantizar la objetividad y el pluralismo en la adopción de decisiones). En cuanto a la formulación de las resoluciones provisional y definitiva, el problema se plantea cuando los criterios sobre los que descansa la baremación de las solicitudes están contruidos sobre conceptos jurídicos indeterminados, ya que, por más que no se trate de un supuesto de potestad discrecional, lo cierto es que exigen una labor de interpretación que, caso de llevarse a cabo por un sistema de IA, éste debería cumplir con los principios de buena administración reseñados más arriba, es decir: haber sido producido específicamente para esta función, con todas las garantías y resultar accesible y comprensible para los ciudadanos.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN PRELIMINAR

Queda aquí siquiera apuntado el vasto panorama que ofrece el empleo de IA por parte de la Administración. En particular, el procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, por su propia naturaleza y configuración, plantea una serie de retos que merecen una reflexión

¹⁵ J. Vázquez Garranzo (2012: 205).

sosegada sobre la conveniencia y legitimidad de la sustitución de los seres humanos por máquinas (sean éstas *softwares* o *hardwares*). Y es que la Administración debe conjugar su eterna búsqueda de la eficiencia y la celeridad de su actuación, que actualmente transita por la vía de la IA, con las garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos con quienes entabla relaciones jurídico-administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

- De Asís Roig, A. (2022): «Notas sobre la Administración electrónica», ponencia impartida en el Seminario sobre Actividad Administrativa Automatizada, Universidad Carlos III de Madrid, el 31 de marzo de 2022.
- De la Cueva, J. (2018): «Código fuente, algoritmos y fuentes del Derecho», en *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 77, pp. 24-27.
- Gamero Casado, E. (2022): «Supervisión, auditoría y control jurídico en la contratación pública de soluciones de robotización e inteligencia artificial para soporte a la toma de decisiones», en *Observatorio de contratación pública*, mes 10-11.
- Martín Delgado, I. (2009): «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», en *Revista de Administración Pública*, núm. 180, pp. 353-386.
- Parejo Alfonso, L. (2021): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (2019): «Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, Iustel.
- (2022): «Las relaciones entre IA, regulación y ética, con especial atención al sector público», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 61, Iustel.
- Rego Blanco, M.^a D. (1996): «La discrecionalidad administrativa y su control en materia de subvenciones. Estudio jurisprudencial», en *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 2.
- Santamaría Pastor, J. A. (2005): *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, Madrid.
- Vázquez Garranzo, J. (2012): «Planificación y bases reguladoras de las subvenciones», en *Revista española de control externo*, vol. 14, núm. 41, pp. 203-248.
- Zuddas, P. (2022): «Decisión algorítmica y principio de igualdad», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 60, Iustel.

LÍMITES A LA DECISIÓN ALGORÍTMICA EN LA ADJUDICACIÓN DE SUBVENCIONES PÚBLICAS

María Luisa Gómez Jiménez

SUMARIO: 1. Automatización procedimental y Robotización de Procesos Administrativos en los procedimientos de adjudicación de ayudas públicas. 2. Las ADM en el derecho administrativo europeo. 3. Posibilidad de la implementación de la Robotización de Procesos en el marco de las medidas antifraude del PRTR. 4. Algunas conclusiones preliminares sobre los límites al uso de la robotización de procesos (RPAs) en aras de la buena administración en las medidas de fomento del PRTR. Bibliografía.

RESUMEN: La automatización en la adjudicación de ayudas públicas está motivando una suerte de asimetría jurídica al combinarse, la progresiva programación algorítmica orientada a la toma de decisiones en su adjudicación, y la aún existente brecha digital de quienes carecen de habilidades digitales que les permitan obtenerla¹. Ello no ha impedido una progresiva implementación de RPAS², o decisiones automatizadas, en el seguimiento y control de ayudas a nivel comunitario, en el marco del Plan Español de Recuperación Transformación y Resiliencia. Las ventajas que ello conlleva deben, a nuestro juicio, ponderarse con las limitaciones derivadas de la salvaguarda del derecho a una buena administración.

PALABRAS CLAVE: decisión algorítmica; decisión administrativa automatizada; brecha digital; subvención; robotización de procesos administrativos.

¹ El caso del bono cultural es un ejemplo claro de esto.

² RPAS: Robotización de Procesos Administrativos.

ABSTRACT: The automation in the awarding of public aid is motivating a kind of legal asymmetry when combined, the progressive algorithmic programming oriented to decision-making in its award, and the still existing digital divide of those who lack digital skills that allow them to obtain it. This has not prevented a progressive implementation of RPAS or automated decisions, in the monitoring and control of aid at the community level, within the framework of the Spanish Recovery, Transformation and Resilience Plan. The advantages that this entails, must, in our view, be weighed against the limitations arising from safeguarding the right to good administration.

KEY WORDS: algorithm; automatic decision making; digital divide; robotic process automatization (RPA).

1. AUTOMATIZACIÓN PROCEDIMENTAL Y ROBOTIZACIÓN DE PROCESOS ADMINISTRATIVOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS³

No deja de sorprender la facilidad con la que de un tiempo a esta parte nos hemos venido a acostumbrar a la integración tecnológica en nuestras vidas. Facilidad envuelta en el halo de la confianza en las virtudes que los dispositivos inspiran a sus usuarios, seducidos por las ventajas que proporcionan o prometen proporcionar y de alguna manera integrados de forma inexorable a cada vez más aspectos de nuestra vida diaria. Como correlato de lo anterior, las ventajas de una formulación automática que permita adoptar decisiones sin intervención humana, o con escasa definición de estas, empieza a ser una realidad que se impone progresivamente en el hacer administrativo⁴. Las razones para ello derivan no sólo de la consagración de la Administración electrónica como desiderátum⁵ sino de la apuesta decidida por la digitalización de los procesos⁶, la actuación administrativa automati-

³ La presente comunicación se enmarca en el proyecto de investigación del que la autora es IP, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación TED2021-129635B-I00, y del Plan financiado con fondos FEDER UMA18-261, Propuestas y Parámetros Innovadores de «Compliance» aplicados a la Domótica y acreditación de la adecuación de las viviendas de las personas mayores en Andalucía IP.

⁴ Aunque no exista un mapa de soluciones de inteligencia artificial empleadas por las Administraciones públicas, cuanto de la actividad administrativo se dedica a la actividad de fomento, sin que empiezan a perfilar plataformas en las que se recogen información sobre robots utilizados en distintas tareas administrativas. Como afirma el prof. Cerrillo, carecemos de poca información disponible al respecto, y sólo en el ámbito de la Administración General del Estado, algunos municipios y Comunidades Autónomas.

⁵ Derivada ya de las premisas contenidas en la Ley 39/2015, y la literatura jurídica desarrollada al respecto.

⁶ La digitalización forma parte de la hoja de ruta de las políticas públicas que desde la aprobación de la Agenda Digital y con la incorporación de las prioridades derivadas de los

zada⁷, y su progresiva proyección institucional en todas las facetas de la acción administrativa.

El ejercicio de la actividad de fomento administrativo no es una excepción, incorporándose medios electrónicos en la adjudicación de ayudas públicas⁸, integrando la Robotización de Procesos⁹, con el fin llevar a cabo actuaciones administrativas precisas ágiles para la tramitación del procedimiento de otorgamiento de subvenciones y también para su seguimiento y control¹⁰.

Proyectos estratégicos para la Recuperación y transformación Económica (PERTE), y la iniciativa RETECH (Redes Territoriales de Especialización Tecnológica) que integra proyectos estratégicos de digitalización propuestos por las Comunidades Autónomas. En el marco de las actividades de fomento orientadas a la promoción de la digitalización se han iniciado proyectos en toda la geografía española, que en el ámbito estatal se enmarcan en la actualidad en la Agenda Digital 2026, presentada el 8 de julio de 2022.

⁷ Según recordara el artículo 41 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público; se entiende por actuación administrativa automatizada, «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público». Previsión que como es bien sabido, vino a complementar el Real Decreto 203/2021, que aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

⁸ Así, la Junta de Andalucía anunció en marzo de 2021, que se habían adquirido 35 robots, con un presupuesto de 78.650 euros con el fin «agilizar» la tramitación de las ayudas de 3000 euros, al pequeño comercio, artesanía y hostelería como consecuencia de la COVID-19. Subvenciones reguladas por Decreto Ley 1 / 2021, de 12 de enero (BOJA de 12 de enero de 2021). En el mismo sentido la Comunidad de Madrid, implementó en enero de 2022, cuatro sistemas automatización por medio de los RPA, para agilizar la consulta de datos en los expedientes de ayudas a la contratación de la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo. A nivel Estatal, proliferan también los RPAs, Así, se han licitado RPAs para la gestión de expedientes de incentivos del programa de movilidad MOVES III (2020-2023), en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia financiado por la Unión Europea, *Next Generation EU*, entre otros muchos supuestos que aventuramos proliferarán en los próximos años.

⁹ Siguiendo también con el caso Andaluz destaca la Disposición Adicional primera de Decreto-ley 10/2021, de 1 de junio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones a personas trabajadoras autónomas y empresas para el apoyo a la solvencia y reducción del endeudamiento del sector privado, que señala: «Así, de acuerdo con el artículo 13.1 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, la tramitación electrónica de las actuaciones administrativas previstas en este Decreto Ley podrá llevarse a cabo de manera automatizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, y con el artículo 40 del Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía».

¹⁰ Debe prestarse atención en este punto al impacto de la Ley 27/22, de 20 de diciembre, de Institucionalización de la evaluación políticas públicas de la Administración General del Estado, que en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia, y en desarrollo del eje de modernización de las Administraciones Públicas, incorpora la necesaria los procesos de revisión de gasto público en el seno de la AIReF, y además de la creación de la Agencia Estatal de Evaluación y de otras comisiones como la Comisión Superior de Evaluación, y la Comisión General de Evaluación, permite la gestión digitalizada de la actividad evaluadora, con

Los juristas, que miran con recelo la visible opacidad que encierra la programación algorítmica, no explicitada ni reflejada en la norma que regula el procedimiento de otorgamiento de subvenciones, han venido a cuestionar desde los principios de transparencia administrativa (Vestri, 2022: 10), protección de datos (Gutiérrez David, 2021: 13), o motivación de la actuación administrativa (Navarro González, 2017: 9 y Gómez Jiménez, 2021: 110) el uso de robots en la toma de decisiones. Cuestionamiento que sin embargo y hasta la fecha no se ha traducido en modificación normativa en sede de procedimiento administrativo común (Gamero Casado, 2020: 9). Y ello, sin perjuicio de la cada vez más cercana regulación de la inteligencia artificial y las tecnologías disruptivas¹¹, más allá de las previsiones de carácter ético sobre su uso, a las que empezamos a acostumbrarnos (Muñoz Vela, 2021: 20).

2. LAS ADM¹² EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

En este contexto, el artículo 41 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea¹³, incorpora el derecho a una buena administración, sin que hasta la fecha se haya previsto una regulación uniforme y vinculante que permita el desarrollo de este principio a escala europea, dejándose en la esfera nacional la valoración de hasta qué punto este deber y derecho es cuestionable (Zambonino Pulito, 2019: 8)¹⁴. El Parlamento Europeo, en este sentido, en secuencia con la iniciativa legislativa en digitalización y Derecho Administrativo¹⁵ en preparación, ha llevado a cabo un examen del valor añadido que esta regulación incorpora teniendo en cuenta los efectos que para las Administraciones públicas tienen las tecnologías disruptivas. El resultado de esta evaluación ha permitido detectar brechas¹⁶ relevantes que afectan a los procedimientos administrativos automatizados, y que suponen un diseño de políticas

la formulación de una serie de indicadores y herramientas digitales de planificación, seguimiento y evaluación de la acción pública.

¹¹ Así, nos lo ha venido a recordar la ponencia de Estudio sobre la adopción de una regulación de las nuevas realidades tecnológicas, disruptivas y sociales, constituida en el seno de la comisión de Asuntos Económicos y Transformación Digital (Boletín oficial de las Cortes Generales de 28 de octubre de 2022).

¹² ADM: es el acrónimo utilizado para «Automatic Decision Making», o Decisión Algorítmica, decisión administrativa Automatizada. Con ello hacemos referencia no a la actuación automatizada sin más sino a la toma de decisiones basada en esta suerte de automatización.

¹³ Carta Europea de Derechos Fundamentales, en su versión de 18 de diciembre de 2000.

¹⁴ Relevante literatura jurídica sobre esta cuestión así lo atestigua: Zambonino Pulito (2019: 35) entre otros.

¹⁵ 2021/2161(INL).

¹⁶ La evaluación de estas políticas fue llevada a cabo por el informe del Parlamento Europeo sobre Digitalización y Derecho Administrativo. *European Value Assessment*, noviembre de 2022.

públicas orientadas a la buena administración en la automatización procedimental¹⁷.

Exigencias procedimentales con relación a la robotización de procesos, que no son ajenas a la preocupación de las instituciones comunitarias¹⁸ por abordar la automatización en la toma de decisiones (o ADM), con el fin de salvaguardar los derechos de los ciudadanos¹⁹ en el seno del procedimiento administrativo. Las razones hay que buscarlas en la proliferación de escándalos vinculados a su uso a lo largo de la geografía comunitaria²⁰. Escándalos que ponen énfasis en la falta de transparencia, en información no suficientemente explicitada para los usuarios respecto del uso del correspondiente algoritmo, y en la presencia de sesgos. Además, las actividades desarrolladas por Robots replican previos aprendizajes, que como la Comisión de Venecia²¹ puso de manifiesto, podrían llegar a servir para identificar los sesgos derivados de las actuaciones administrativas desarrolladas con carácter anterior a la utilización del algoritmo, en el ADM. Y ello por cuanto, estos robots procesan ingente cantidad de datos, pudiendo hacer visibles los sesgos que éstos incorporan, pues siempre han estado presentes, aunque quizás menos visibles.

Pues, si bien es cierto que la toma de decisiones totalmente automatizada (o ADMs), no es tan frecuente en el sector público europeo, y los automatismos se reservan para fases procedimentales previas a la toma de decisiones, lo cierto es que, aunque sólo proporcionen datos, («inputs») relevantes, y sea precisa la concurrencia del ejercicio de una potestad administrativa discrecional (Gamero Casado, 2021)²², no es menos cierto que a través de esta infor-

¹⁷ Téngase en cuenta en la automatización procedimental no se integran en este caso exclusivamente ADM, o automatización de la toma de decisiones, sino otras fórmulas bien conocidas integradas en el procedimiento administrativo electrónico, como las comunicaciones electrónicas, o el uso de *blockchain* por la Administración pública en el seno del procedimiento administrativo.

¹⁸ En base a lo dispuesto en art. 298 del Tratado Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁹ Muchos de los cuales ya habrían sido enunciados con carácter programático en nuestro país en la Carta de Derechos Digitales, que documento de *soft-law* administrativo ha sido enunciado reiteradamente como buena práctica europea.

²⁰ Este es el caso del sistema algorítmico de detección de fraude que las autoridades holandesas incorporaron y que incorporaba variables discriminatorias para situar en la lista negra a algunos ciudadanos, negándoles el acceso a la ayuda para cuidado de los hijos (*Taesglangedanfaire*). El escándalo en cuestión, que acabó acusando de fraude a miles de familias en la percepción de ayudas sociales, motivó que el ejecutivo holandés dimitiera en bloque. Independiente de la reflexión sobre si un caso similar provocaría la misma reacción política en nuestro país, la sesgada implementación de un mecanismo de automatización en la toma de decisiones ADM, acaba socavando el derecho a una buena administración.

²¹ La Comisión de Venecia, nombre por el que se conoce a la Comisión Europea para la democracia a través del Derecho, opera como un órgano consultivo del Consejo de Europa en materia Constitucional.

²² No podemos resistirnos en este punto a destacar la lectura del excelente estudio sobre el ejercicio de las potestades administrativas, que incorpora la obra de Gamero Casado, E. (2021).

mación pueden llegar a condicionar el ejercicio de la facultad discrecional, en la medida en que condicionan los elementos reglados que la integran y justifican²³. Un ejemplo claro de lo anterior lo encontramos en los mecanismos robóticos empleados por la Comisión Europea para el control de la información relativa a los viajes ETIAS²⁴ (*screening rules*), o en el caso de otorgamiento de ayudas y subvenciones el programa EISMEA²⁵ que actúa como un acelerador de ayudas (*Grant Accelerator*). Si bien en ambos casos, en las presentaciones de los correspondientes *software* y robots utilizados se afirma que el acto administrativo resolutorio, aunque automatizado no lo será en todo, sino en parte, tomado por el robot sino por un experto, éste se adoptará en base a las informaciones suministradas por el Robot²⁶.

3. POSIBILIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ROBOTIZACIÓN DE PROCESOS EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS ANTIFRAUDE DEL PRTR²⁷

El Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), en tanto que instrumento promovido con la finalidad de mitigar el impacto de la pandemia por COVID-19, de conformidad con el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia, conllevó la adaptación de los procedimientos de gestión y modelo de control junto a la configuración y desarrollo de un Sistema de Gestión que «facilite la tramitación eficaz de las solicitudes de desembolso a los Servicios de la Comisión Europea, conforme a los estándares requeridos»²⁸. Es por ello, por lo que el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre²⁹, dispuso la adaptación de procedimientos administrativos con la finalidad de facilitar la gestión eficaz y eficiente del Plan. Norma que ha venido a desarrollar la Ley 4/21, de 17 de diciembre de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyec-

²³ En nuestro caso, por ejemplo, el cumplimiento o no de requisitos objetivos para ser beneficiario de una determinada ayuda pública.

²⁴ Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes.

²⁵ Derivado de la «European Innovation Council and SME Executive Agency».

²⁶ Entiéndase que cuando utilizamos la expresión robot, no estamos incorporando sin más a un dispositivo robótico, sino que igualmente pueden incluirse aquí los robots de software. Esto es, mecanismos autónomos que no sólo repiten procesos o tareas repetitivas automáticas, sino que pueden incorporar un elemento derivado del aprendizaje que se deriva de su programación. Y ello, sin olvidar las futuras oportunidades de robotización integradas en la computación neuromórfica a la que aún no nos hemos aproximado jurídicamente.

²⁷ PRTR: Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

²⁸ Sic, Exposición de Motivos de la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, que configura el sistema de Gestión del Plan Recuperación, Transformación y Resiliencia.

²⁹ BOE de 31 de diciembre de 2020.

tos que deban financiarse con fondos europeos en el marco del Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia³⁰. Las adaptaciones previstas en la norma impusieron un modelo de gobernanza para la selección, evaluación y coordinación de los distintos programas y proyectos de inversión³¹, en una suerte de hibridación de ayudas (Fernández Rodríguez, C, 2022: 54).

Cabría preguntarse si las transformaciones previstas en la gestión administrativa por el PRTR están produciendo una suerte de robotización, orientada a la agilización procedimental. O, si la agilización a que hacen referencia los procedimientos de urgencia está siendo implementada por medio del uso de ADM, lo que a su vez nos suscita la cuestión sobre hasta qué punto dicha toma de decisiones es automatizada, y si la RPA, se aplica en todo el procedimiento incluyendo la toma de decisiones, o si como confiamos solo llega a utilizarse —aun con los sesgos apuntados— respecto de las actuaciones o fases previas a la adopción de decisiones discrecionales de adjudicación de las ayudas, y en ningún caso, respecto de los procedimientos de seguimiento y verificación de las mismas so pena de socavar los principios de buena administración, que no han sido implementados de forma oportuna en el procedimiento administrativo en cuestión³².

4. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES SOBRE LOS LÍMITES AL USO DE LA ROBOTIZACIÓN DE PROCESOS (RPAS) EN ARAS DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL PRTR

La generalización sin más de los mecanismos de automatización procedimental para la toma de decisiones automáticas por medio de robots por parte de las Administraciones Públicas en procedimientos de adjudicación de ayudas públicas presenta a nuestro juicio importantes limitaciones. De un lado, por que implican una previa regulación y definición del uso de los Robots para la tramitación automática³³. Lo que hasta la fecha no encontramos ni en la regulación actual en sede de procedimiento administrativo común (Martín Delgado, 2020: 15) ni específicamente respecto de los procedimientos que introduzcan medidas de fomento administrativo (en sus distintas fases procedimentales).

³⁰ BOE de 5 de enero de 2022.

³¹ Sic, Exposición de motivos del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre.

³² El examen de esta cuestión está motivando reflexiones comunitarias de calado que esperamos pronto puedan proyectarse en una regulación comunitaria sobre el uso de las RPAs.

³³ Lo que como Cerrillo i Martínez nos recordara supone ir más allá de los robots de software para habilitar a estos robots a actividades más complejas en la dirección de poder adoptar decisiones.

Aún, circunscribiéndonos a la automatización en el proceso de toma de decisiones (o ADM), la necesidad de arbitrar suficientes mecanismos para garantizar los derechos de los ciudadanos a una resolución motivada, transparente y respetuosa con sus derechos digitales, pueden limitar dicha utilización, aunque la decisión haya sido tomada por «un experto», en base a los «inputs» proporcionados de forma robótica.

Pero, si este no fuera el caso, y respecto de la adjudicación de ayudas en el marco de Recuperación Transformación y Resiliencia, al albur de las prolijas disposiciones procedimentales elaboradas con el fin dar cumplimiento a las obligaciones europeas de justificación y buena administración en la salvaguarda del erario público europeo, la puesta en valor de mecanismos de «compliance» público, y medidas antifraude, aconsejan al menos —hasta que pueda garantizarse el cumplimiento de los principios europeos que rigen en el ámbito financiero y presupuestario, y los que emanan de la buena administración digital— una adecuada formalización administrativa no automatizada, que permita relegar los ADMs, por mor de garantizar el cumplimiento de la normativa comunitaria y la correspondiente justificación pertinente de los fondos recibidos, de conformidad con las nuevas premisas de evaluación de las políticas públicas y su institucionalización estatal

BIBLIOGRAFÍA

- Alamillo, I. y Urios, X. (2011): *La actuación Administrativa Automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas, Análisis Jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*. Generalitat de Catalunya.
- Barrios Andrés, M. (2019): *Derechos de los Robots*. Wolters Kluwer, 312 pp.
- Calaza López, M.^a S. y Llorente Sánchez-Arjona, M. (2022): *Inteligencia Artificial y Administración de Justicia*. Aranzadi.
- Cerrillo i Martínez, A. (2022): *La Administración Digital*. Dykinson.
- «Robots, asistentes virtuales y automatización de las Administraciones Públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 61, pp. 271-309.
- Fernández Rodríguez, C. (2022): «La intensidad de las ayudas públicas y el equivalente bruto en términos de subvención: la respuesta del ordenamiento jurídico al necesario cálculo de las ayudas públicas híbridas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 221.
- Gamero Casado, E. (2021) (dir.): *La Potestad Administrativa, Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch.
- (2020): «Reparto competencial y posibilidades competenciales», en Martín Delgado, I., *El procedimiento administrativo y el régimen jurídico de la Ad-*

ministración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica, IVAP, IUSTEL, Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez, Madrid,

- Gómez Jiménez, M.^a L. (2021): *Automatización Procedimental y sesgo electrónico. El procedimiento administrativo ante la inteligencia artificial*, Aranzadi,
- Gutiérrez David, M.^a E. (2021): *Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales*, Derecom, 31, pp. 19-105.
- Martin Delgado, I. (2020): *El procedimiento Administrativo y el régimen jurídico de la Administración Pública desde la perspectiva de la innovación tecnológica*, IVAP, Iustel
- Moreno Rebato, M. (2021): *Inteligencia artificial (umbrales éticos, derecho y Administraciones públicas)*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cetinia, Cizur Menor, pp. 81-85.
- Muñoz Vela, J. M. (2021): «Cuestiones éticas de la inteligencia artificial y repercusiones jurídicas. De lo dispositivo a lo imperativo», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, monográfico. Madrid. *In totum*.
- Navarro González, R. (2017): *La motivación de los actos administrativos*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- Ponce Solé, J. (2019): «Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50.
- (2022): *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales nudging y sectores público y privado*. Marcial Pons.
- Soriano Aranz, A. (2021): «Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 56, enero, Iustel, p. 2.
- Vestri, G. (2022): «El acceso a la información algorítmica a partir del caso del Bono Social vs Fundación Ciudadana Civio», *Revista General del Derecho Administrativo*, núm. 58.
- Zambonino Pulito, M.^a (dir.) (2019): *Buen Gobierno y Buena Administración. Cuestiones Claves*, Iustel.

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA E IMPARCIALIDAD EN LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES CULTURALES

Carlos Padrós Reig

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. El modelo original. 3. Los primeros años del CONCA: una andadura ciertamente difícil. 4. El abandono del modelo. A) La Ley catalana 11/2011, del 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa. B) La Ley catalana 2/2019, de modificación de la Ley 6/2008, de 13 de mayo. 5. Valoración. Bibliografía.

RESUMEN: La concesión de subvenciones para manifestaciones culturales supone una forma de intervención sobre el sector. Al ser este un campo especialmente sensible, debe poder aislarse de la interferencia partidista y garantizar una cierta independencia y continuidad en el tiempo. Cataluña ensayó en 2008 un modelo administrativo con estas características que fue rápidamente abandonado para volver a la clásica estructura de Consejos meramente consultivos y concesión de ayudas por el Gobierno.

PALABRAS CLAVE: consejos de cultura; concesión de subvenciones culturales; intervención política sobre la cultura; modelo de Administración pública independiente.

ABSTRACT: The granting of subsidies for cultural activities is a form of indirect intervention in the sector. As Culture is a particularly sensitive field, it must be isolated from political interference and certain independence and continuity over time should be guaranteed. In 2008, Catalonia tried out an administrative model with these characteristics that was quickly abandoned to return to the classic structure of merely consultative Councils and the granting of aid by the Government itself.

KEY WORDS: councils of culture; granting of cultural subsidies; political intervention on cultural matters; model of independent public administration.

1. PLANTEAMIENTO

Siguiendo al profesor Vaquer Caballería, tres son los elementos que deberían caracterizar el Derecho administrativo de las políticas culturales¹:

- Autonomía. La autonomía es un *status* jurídico graduable y las organizaciones administrativas cumplen muy diversas funciones en el campo cultural.
- Descentralización territorial/funcional. La descentralización es, en el Derecho español, un principio constitucional general de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE) que, en materia cultural, cobra todo su sentido².
- Participación. La Administración cultural está llamada a respetar la autonomía de la Cultura, para lo que debe actuar con neutralidad. La mejor forma de garantizar esta autonomía es dando participación en la gestión de la propia comunidad cultural, introduciendo la Administración cultural fórmulas de autoadministración.

El grado de concurrencia de los distintos elementos (autonomía, descentralización y participación) es variable y cambiante en cada tiempo y lugar, pero el acierto en el diseño de las instituciones administrativas puede resultar un elemento clave a la hora de garantizar los resultados de las políticas culturales. A pesar de esta evidencia, hay pocos modelos de organización administrativa de las políticas culturales que garanticen la autonomía decisoria y la participación (autoadministración sectorial) de los sectores implicados³. Este estudio analiza el ejemplo que introdujo en su día la Ley del Parlament de Cataluña 6/2008, de 13 de mayo, del Consell Nacional de la Cultura i de les Arts⁴, así como su posterior reforma.

¹ Vaquer Caballería, M. (1998).

² Häberle ya ha llamado la atención de esta dimensión del pluralismo, la que se refiere al reparto del poder estatal y no del social, para afirmar que de la rivalidad de varios centros culturales estatales (él se refiere a la pluralidad territorial de los Estados en el modelo federal alemán) puede surgir libertad personal y diversidad plural para el creador Cultural. P. Häberle (1982) «Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht», en la obra colectiva *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*. Darmstadt, citado por Vaquer Caballería, M. (2000).

³ Puede compararse en Etxebarria Etxeita, M. (2011).

⁴ DOGC núm. 5135, 21 de mayo de 2008.

2. EL MODELO ORIGINAL

El Parlamento de Cataluña aprobó en 2008 la *Ley del Consell Nacional de la Cultura i de les Arts*⁵ (CONCA). La Cultura se entiende en este texto normativo como un elemento clave del bienestar de los ciudadanos. Entre las justificaciones que constan en la Exposición de motivos del texto legal, podemos destacar: (i) la necesidad de replantear el modelo de gestión cultural para mantenerlo al margen de las coyunturas políticas, concretas y accidentales; o (ii) la participación de la sociedad, único titular de los activos culturales de Cataluña en la política de fomento y expansión de la Cultura. La justificación aportada por el Consejero de Cultura en la tramitación parlamentaria del proyecto se centra en la misma línea en tres conceptos básicos: (i) separar la gestión cultural de la política; (ii) garantizar la continuidad de las políticas sectoriales al margen de los ciclos electorales y (iii) democratizar la gestión de la cultura mediante una mayor participación social.

De este modo, Cataluña apostaba claramente por avanzar hacia una administración cultural despolitizada y por un sistema de concesión de subvenciones independiente y neutral. Se conjuraba la patología que supone que la política de fomento cultural se deslice hacia un indeseable dirigismo político mediante el fomento de manifestaciones culturales cercanas a la ideología del poder imperante.

Para asegurar la independencia de los miembros del Consejo, se opta un sistema de nombramiento parlamentario, donde se votará una única lista formada por once personas de experiencia y prestigio en el ámbito de la cultura.

El/la presidente/a del CONCA se nombra por el/la presidente/a de la Generalitat de entre los miembros del Plenario. El Plenario sólo cuenta con la capacidad de expresar su opinión, pero esta no vincula al Gobierno. Al presidente corresponden las funciones ordinarias de un presidente de órgano colegiado. Además, presenta también el Informe sobre el estado de la Cultura ante el Parlamento y la memoria de actividades. De las vicepresidencias, se especifica sólo que sustituyen al presidente en caso de ausencia, enfermedad o vacante.

Junto con la figura del/a presidente/a, el/la director/a, se nombra directamente por parte del Gobierno (entiéndase por el Departamento de Cultura de la Generalitat), incrementando de este modo todavía más si cabe, el perfil político del cargo. El/la presidente/a del CONCA debe dar la conformidad previa al nombramiento. Es el responsable de la gestión ordinaria y sus funciones se regulan en el art. 12 de la Ley 6/2008.

⁵ Aprobación definitiva de la Ley 6/2008, el 13 de mayo. DOGC n.º 5135, de 21 de mayo. Tram. 200-00010/08. Admisión a trámite el 18 de enero de 2007. Texto publicado BOPC n.º 20, de 23 de enero de 2007.

Finalmente, es destacable la regulación de la Comisión de Ayudas como un órgano colegiado encargado de decidir la concesión de las subvenciones. Destaca en primer lugar que esta función no se atribuye a un Plenario ya de por sí solo parcialmente independiente, sino que se crea un órgano específico *ad hoc* dentro del CONCA. Nótese, además, que se trata de la única verdadera competencia ejecutiva de la institución.

En la redacción final⁶, la Comisión estaría formada por cuatro miembros: presidente, dos vicepresidentes y un representante del Departamento de Cultura. El representante gubernamental ostenta voz, pero no voto en las decisiones sobre ayudas. De esta manera, bastará con el criterio del presidente y de un vicepresidente para otorgar las ayudas (incluso en contra del criterio de los expertos si se motiva adecuadamente). Parece a todas luces que un elemento tan importante para la política cultural de una sociedad como es la política de fomento de las diversas manifestaciones culturales no debería concentrarse de tal manera y que el modelo aprobado casa mal con la prometedor exposición de motivos de la Ley.

Además de los aspectos organizativos y funcionales, existen otros dos aspectos destacables. En primer lugar, conviene examinar la dotación del Fondo de Promoción del Programa Marco. La relevancia de la facultad ejecutiva del CONCA dependerá en gran parte de la importancia cuantitativa del Fondo. En otras palabras, el CONCA tendrá un papel determinante si la gran parte de las partidas presupuestarias que en la actualidad se dedican a fomento de la Cultura pasan a integrar ese Fondo⁷. En caso contrario, el CONCA será un órgano colegiado esencialmente consultivo. El Gobierno será quien decida las dotaciones económicas del Fondo, de acuerdo con el Programa Marco de Cultura⁸. En segundo lugar, se sujeta al CONCA a un contrato-programa como si de un servicio público prestacional se tratara, con objetivos, resultados y

⁶ En el proyecto entrado para tramitación parlamentaria, la Comisión de Ayudas estaba constituida por: Presidente (con voto dirimente), 2 vocales designados por el plenario y 3 representantes del Departamento de Cultura. Este aspecto fue objeto de críticas por parte de la oposición política en el Parlamento de Catalunya. Diari de Sessions del Parlament de Catalunya P-15, de 18 d'abril de 2007. Debat de la totalitat, pp. 17-18.

⁷ Según Xavier Bru de Sala el primer presidente, al explicar su dimisión (2009) valoró que el CONCA ha nacido «tremendamente disminuido», como un organismo no ya cojo sino directamente amputado. Sería necesario dotar al CONCA de presupuesto (entre el 15% y el 20% del presupuesto total de Cultura, lo que sumaría unos 50 millones de euros. La dimisión del presidente se trató de una medida de presión —estéril— para conseguir estos «mínimos de viabilidad».

⁸ Se trata de un programa trienal en cuyo diseño el CONCA puede participar. En este caso, acertadamente, la duración del programa no coincide con el ciclo político con lo que deberá encontrarse una medida de independencia de sus contenidos. Sin embargo, el redactado final también suprimió el carácter trienal de manera que ahora se habla sólo de «una duración no inferior a tres años». Si la programación se efectúa por 4 años, coincidirá el ciclo político con la programación cultural con las patologías que conocemos.

elementos de control (*ex art. 14*). El mecanismo del contrato programa casa difícilmente tanto con la materia a administrar (Cultura) como con el carácter de ente independiente del CONCA.

En definitiva, el modelo del CONCA supuso, pese a sus debilidades, un hito en la organización administrativa de las políticas culturales públicas en Cataluña. Con mayor o menor acierto e intensidad, se ensaya por primera vez en nuestro ordenamiento un diseño institucional que reclama autonomía e independencia para el órgano administrativo encargado de aplicar dichas políticas. Se distingue claramente entre la actividad de ordenación general (planificación, informe y asesoramiento) y la actividad de fomento (concesión de ayudas). La competencia decisoria en la asignación de fondos queda sujeta a la actuación de la Comisión de Ayudas, cuya composición no responde exactamente a la independencia y autonomía general de la institución.

En palabras de alguien tan calificado para diagnosticar el propio modelo de administración cultural como los miembros de Consejo del primer CONCA (2009-2011)⁹: La Ley pretende evitar el dirigismo cultural partidista, poniendo en manos de un organismo independiente del Gobierno la responsabilidad de organizar la política de apoyo y de promoción de la creatividad cultural y artística, evitando con ello que la concesión de ayudas y becas obedezca a criterios partidistas o propagandísticos. Supone además una garantía de continuidad en ciertas políticas culturales para evitar que, a cada cambio de legislación, cambie el marco general de actuación.

3. LOS PRIMEROS AÑOS DEL CONCA: UNA ANDADURA CIERTAMENTE DIFÍCIL

El 19 de diciembre de 2008, siete meses después de la aprobación de la Ley, se acordó por parte del Gobierno catalán la lista de personalidades del mundo de la cultura que debía integrar el primer CONCA. En la recepción del Presidente de la Generalitat a los futuros miembros de la institución, les transmitió la necesidad de que eludieran cualquier tipo de interferencia. Los once candidatos a formar parte de la institución son llamados a trabajar con libertad e independencia. El presidente de la Generalitat se compromete pues a «no interferir en la tarea de la nueva institución».

Un mes más tarde (21 de enero de 2009), esta lista de candidatos fue sometida a votación en el Parlament, donde a pesar del supuesto carácter independiente y apolítico de los miembros elegidos, se reprodujo la correlación de fuerzas izquierda-derecha que caracterizó la VIII legislatura catalana. De este

⁹ Comunicado de los miembros del Plenario del CONCA emitido el 7 de noviembre de 2011. «En defensa del CONCA».

modo, PSC-PSOE, ERC e ICV votaron favorablemente y se abstuvieron, nacionalistas catalanes (CiU), PP y Ciutadans. Aunque el argumento esgrimido para la abstención fuera el desacuerdo con la inexistencia de representantes del mundo de la música en el seno del CONCA, no hay duda de que el sistema de elección y las personas designadas no lograron plenamente aislar la cuestión de la lucha partidista. Para una nueva institución, con el difícil cometido de ensayar un modelo de administración cultural independiente para Cataluña, se trataba, sin lugar a dudas, de un mal comienzo.

El 15 de septiembre de 2009 (apenas transcurridos 8 meses desde el nombramiento), Xavier Bru de Sala, primer presidente del CONCA, presentó su dimisión. En una nota de prensa del organismo y en la comparecencia del dimisionario ante el Parlament, se manifestó una fuerte crítica contra el Conseller de Cultura (por aquel entonces Joan Manuel Tresserras de ERC). Al dimitir el presidente Bru de Sala se produjo una vacante entre los miembros del Consejo que fue cubierta por Manel Camp, esta vez sí, un representante del mundo musical. A partir de ese momento, empezaron de nuevo las conversaciones para elegir nuevo presidente. El 19 de octubre de 2009, el presidente de la Generalitat de Cataluña, José Montilla, comunicó a Francesc Guardans Cambó que respetaría la voluntad mayoritaria del plenario de la institución que había acordado elegirlo a él como nuevo presidente. Guardans fue nombrado nuevo presidente del CONCA el 29 de octubre de 2009. El presidente Guardans dotó de cierta estabilidad a la institución durante un período de cerca de dos años.

El 28 de noviembre de 2010 se celebraron elecciones al Parlamento de Cataluña, abriéndose el período de la IX legislatura. El triunfo electoral de CiU y la mayoría relativa obtenida le permitiría formar nuevo gobierno y Artur Mas nombró a Ferran Mascarell (ex destacado político socialista) como nuevo Conseller de Cultura. A pesar de este golpe de efecto, nombrando a una persona independiente para el cargo, el día 7 de noviembre de 2011 dimitieron en bloque 10 de los 11 miembros del CONCA, es decir, todos excepto la vicepresidenta, Pilar Parcerisas. La renuncia fue aceptada por el Parlament de Cataluña.

En declaraciones a los medios de comunicación, Francesc Guardans, hasta ahora presidente del CONCA, afirmó que el proyecto de reforma de la institución que se estaba gestando por parte del nuevo Conseller¹⁰ suponía un retroceso en la calidad democrática de la institución, así como un vaciamiento real de los cometidos fundamentales del CONCA, hecho que lo convertía en un organismo totalmente irrelevante¹¹.

¹⁰ *Vid.* apartado siguiente *ut infra*.

¹¹ La plataforma «No retalleu la Cultura», que agrupaba 16 entidades con cerca de 7.000 asociados, calificó las dimisiones de respuesta lógica al «proceso de desmantelamiento» que ha iniciado la Generalitat. En un comunicado, los profesionales de varios sectores creativos adscri-

4. EL ABANDONO DEL MODELO

A) LA LEY CATALANA 11/2011, DEL 29 DE DICIEMBRE, DE REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO PARA AGILIZAR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El nuevo parlamento y el nuevo gobierno surgido de las elecciones catalanas de finales de 2010 iniciaron la legislatura con un conjunto de normas destinadas a reestructurar el sector público. A pesar de que la mayoría de reformas venían condicionadas por la grave situación de crisis económica no falta tampoco quien ha querido ver en ello un deliberado intento de borrar la obra de los gobiernos de izquierdas anteriores. Sea como fuera, el conjunto normativo (Ley Ómnibus después desgajada en tres leyes separadas) afecta al modelo de Administración cultural en Cataluña, creando por ejemplo la Agencia Catalana de Patrimonio, o ampliando las funciones del Instituto Catalán de Industrias Culturales. El día 21 de diciembre de 2011 se aprobó en el Parlament de Cataluña la conocida como ley ómnibus, que incorporaba la aprobación de un nuevo CONCA reformado¹².

La modificación relativa al objeto del CONCA (art. 3 de la ley 6/2008) hace desaparecer de los cometidos de la institución reformada la organización de la política de fomento cultural y de promoción de la creación artística. Se desposee, pues, al Consejo de funciones verdaderamente ejecutivas con respecto a la Cultura, limitándose ahora en la nueva situación a ser un organismo asesor, evaluador o más generalmente perteneciente a la Administración consultiva más que a la activa. Este cambio, además, se refleja en la concreción del objeto cuando se abandona la idea de organización de la política cultural para pasar a reconocer sólo una intervención accesoria (aunque calificada enfáticamente como de «decisiva») a la función principal que se devuelve al Departamento de Cultura.

Al transformarse el objeto del CONCA de Administración cultural a asesor y evaluador, lógicamente se produce también un cambio en el detalle de las funciones que se aborda en el art. 4 de la Ley. Fruto de esta nueva configuración del CONCA, era esperable y coherente la desaparición de la Comisión de Ayudas en la organización interna del Consejo que pasa a ser la nueva Oficina de Apoyo a la Iniciativa Cultural. Además de la denominación, su composición

tos a la mencionada plataforma culparon el Departament de Cultura de la crisis del CONCA. En opinión de este colectivo, la Generalitat está «desmantelando el nuevo modelo de gestión independiente y no partidista de la cultura» que tiene que ser el CONCA.

¹² La Sección IV de la Ley 11/2011 se dedica precisamente a la modificación de la Ley 6/2008, de 13 de mayo, del Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes. Convergència i Unió consiguó el apoyo del PSC y ERC, mientras que el PP se abstuvo.

es ahora de 1 representante público y al menos el 50% externos (art. 13), lo que asegura el control gubernamental de las decisiones.

Como hemos visto, uno de los elementos que desató el conflicto y la dimisión del primer presidente del CONCA fue la dotación del Fondo de Promoción y Fomento de la creación artística. Con este Fondo, se dotaba al CONCA de una cierta autonomía financiera y capacidad para decidir el destino de fondos públicos de manera autónoma. Con la reforma, simplemente, este fondo se elimina, con la derogación íntegra del art. 15. El CONCA deja de administrar un presupuesto propio que se vuelve a reintegrar al Departament de Cultura.

El 13 de junio de 2012 se ratificaron por el Parlament de Catalunya los siete nuevos miembros del CONCA cuyo mandato debía extenderse hasta 2017.

B) LA LEY CATALANA 2/2019, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 6/2008, DE 13 DE MAYO

Antes de esta Ley, las leyes de medidas fiscales y financieras de 2014 y 2015 ya habían efectuado algunos retoques menores al texto original. Pero en 2019 se produce una nueva situación de bloqueo. El 21 de julio de 2016 expiró el mandato de cuatro de los miembros CONCA, uno de los cuales renunció al cargo el 17 de diciembre de 2018, mientras que los tres restantes lo ejercen en funciones, pendientes de su renovación por cinco años más (máximo de dos mandatos) o de la toma de posesión de nuevos miembros. El 3 de diciembre de 2014 otro miembro del Plenario presentó su renuncia, y el 21 de enero de 2019 expiró el mandato de los dos restantes, que no podían ser renovados al haber acabado su segundo mandato.

De este modo, desde el 21 de enero de 2019 tan solo tres de los siete miembros del Plenario ejercían ordinariamente su cargo, lo que comporta una situación jurídicamente irregular en la composición del Consejo, puesto que no se cumplen las condiciones que establecen los artículos 6 y 8 de la Ley 6/2008, que garantizan el funcionamiento del ente (imposibilidad de formar *quorum* de constitución y la consecuente paralización del ejercicio de las responsabilidades que el Parlamento de Cataluña le encomendó).

La Ley de 2019 introduce un plazo máximo de 10 días desde los ceses para que el presidente de la Generalitat eleve al Parlamento la lista de miembros para su nombramiento. Se incluye también la precisión de la continuidad «en funciones» de los miembros que hayan causado cese (por expiración del mandato o dimisión).

5. VALORACIÓN

La innovadora experiencia del CONCA como administración apolítica responsable de la concesión de subvenciones culturales tuvo una vida notablemente efímera (2009-2011) y puso en evidencia la distancia entre predicar y dar trigo.

Lo principal de las reformas que hemos visto es el cambio de objetivos de la institución cultural que pasa de ser una tentativa de verdadera administración decisoria independiente e imparcial a mero órgano consultivo en la política cultural pública. El nuevo CONCA¹³ analizará el estado de la Cultura en Cataluña, emitirá informes y dictámenes en materia de cultura, auditará los equipamientos culturales de titularidad de la Generalitat y concederá (como ya hacía) los Premios Nacionales de Cultura. En lo que refiere propiamente a la decisión sobre los fondos y subvenciones para el fomento de la Cultura, se pasa de decidir a solamente participar en la Oficina de Apoyo designando uno de los tres expertos rotatorios que otorgarán las subvenciones. Desaparecen tanto la Comisión de Ayudas como el Fondo de Promoción de la Cultura.

En la muy calificada opinión de los integrantes del primer CONCA, la nueva regulación supone un retroceso en varios aspectos: vuelta a la gubernamentalización de las políticas culturales; recentralización política y administrativa y retorno en manos de responsables políticos de la concesión de ayudas¹⁴. El nuevo modelo propuesto no es ni más ágil ni más eficiente, sino que vacía al CONCA de contenidos fundamentales y ello explica por qué todos los miembros del Plenario renunciaron en 2011 al cargo. En definitiva, las reformas tienen poco que ver con la eficiencia y la racionalización del sector público, ni con la agilización de los procedimientos. Simple y llanamente, el nuevo legislador ha revertido el modelo de Administración pública cultural participativa e independiente en el modelo clásico de Administración controlada por el poder político. Y es que tal vez en ningún sector como en el de la Cultura puede evidenciarse más claramente que la actividad de fomento es también uno de los modos de intervención administrativa que se detallan en la clásica tripartición de Jordana de Pozas.

¹³ Puede consultarse en <<https://conca.gencat.cat/ca/inici/>>. Y la composición actual en la Resolución 503/XII del Parlament de Catalunya, por la cual se nombran siete miembros del Plenario del Consell Nacional de la Cultura i de les Arts. BOPC XII legislatura, tercer período, número 385, lunes 15 de julio de 2019. Disponible en <<https://www.parlament.cat/document/bopc/6449558.pdf>>.

¹⁴ Comunicado de los miembros del Plenario del CONCA emitido el 7 de noviembre de 2011. «En defensa del CONCA».

BIBLIOGRAFÍA

- Etxebarria Etxeita, M. (2011): «Consejos de cultura en las comunidades autónomas», *Periférica Internacional. Revista para el análisis de la Cultura y el Territorio*, 1(11), 101-129. <<https://doi.org/10.25267/Periferica.2010.i11.06>>.
- Vaquero Caballería, M. (1998): «Autonomía de la Cultura y acción de los poderes públicos: modelos organizativos», *I Congreso Iberoamericano de Derecho de la Cultura*. Inédito.
- (2000): *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española* (pról. de E. García de Enterría), Ceura-Universidad Carlos III. Madrid.

LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE SUBVENCIONES¹

Lucía Casado Casado

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La terminación convencional como forma de finalización del procedimiento. 3. ¿Posibilidad de terminación convencional en el procedimiento de concesión de subvenciones?. A) Antecedentes: la terminación convencional en el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre. B) El silencio de la Ley general de subvenciones y de su Reglamento: ¿un impedimento para la aplicación de la terminación convencional?. C) La previsión de la terminación convencional en algunas normas autonómicas. 4. ¿Posibilidad de terminación convencional en el procedimiento de reintegro?. Bibliografía.

RESUMEN: Esta comunicación tiene por objeto analizar si la terminación convencional del procedimiento administrativo, regulada en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, puede tener juego en materia de subvenciones. La cuestión tiene especial interés, dado que la normativa estatal vigente en este ámbito —Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones y Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba su Reglamento—, a diferencia de la precedente, no incluye mención expresa a la terminación convencional. En cambio, sí lo hace la normativa propia en materia de subvenciones aprobada por algunas comunidades autónomas.

¹ Esta comunicación es resultado del proyecto de I+D+i «El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos» (referencia PID2020-112688GB-100), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033; y del Grupo de investigación de la Universidad Rovira i Virgili, del cual la autora es coordinadora, «Territorio, Ciudadanía y Sostenibilidad», reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del *Departament de Recerca i Universitats* de la *Generalitat de Catalunya* (2021 SGR 00162).

PALABRAS CLAVE: subvenciones; terminación convencional; procedimiento administrativo; reintegro.

ABSTRACT: The aim of this communication is to analyze whether the agreed settlement of the administrative procedure, regulated by Article 86 of the Law 39/2015, of the 1st of October, on the common administrative procedure of public administrations, may be applicable in the field of subsidies. The question is of particular interest, given that the state regulations in force in this field —Law 38/2003, of the 17th of November, general subsidies, and Royal Decree 887/2006, of the 21st of July, approving its Regulations—, unlike the preceding one, does not include explicit reference to the agreed settlement. On the other hand, it is included in the regulations on subsidies approved by some autonomous communities.

KEY WORDS: subsidies; agreed settlement; administrative procedure; reimbursement.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPACAP) incluye entre las formas de finalización del procedimiento administrativo la terminación convencional, regulada en su artículo 86. Sin embargo, ni la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones (LGS) ni el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba su Reglamento (RLGS) contienen referencia alguna a la terminación convencional. Es más, la terminación convencional, que estaba recogida en el anterior Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, ha caído en el RLGS, que lo deroga, aunque continúa estando recogida en algunas normas autonómicas. Ante esta omisión, esta comunicación tiene por objeto analizar si la terminación convencional del procedimiento administrativo puede tener juego en materia de subvenciones, tanto en los procedimientos administrativos de concesión como en los de reintegro.

2. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL COMO FORMA DE FINALIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La LPACAP regula la terminación convencional del procedimiento administrativo en su artículo 86². Este precepto permite que las Administraciones

² Sobre las relevantes cuestiones que plantea este precepto en cuanto a su naturaleza, significado y eficacia práctica, *vid.*, por todos, R. Bustillo (2010: 385-445) y P. Brufao (2022: 189-202).

públicas puedan celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado «siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule» (apartado 1). Estos actos pueden tener la consideración de finalizadores de los procedimientos o insertarse en los mismos con carácter previo —vinculante o no—, a la resolución que les ponga fin. Asimismo, establece el contenido mínimo de los citados instrumentos (apartados 2 y 5), impone la aprobación expresa del Consejo de Ministros —u órgano equivalente autonómico— cuando los acuerdos versen sobre materias de su competencia directa (apartado 3) y exige que los acuerdos que se suscriban no supongan alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos (apartado 4).

Este precepto no clarifica si la terminación convencional es posible directamente, sin necesidad de otras normas que incluyan expresamente esta posibilidad, o, por el contrario, únicamente ofrece un marco normativo general dentro del cual las normas reguladoras de procedimientos administrativos específicos pueden regular esa forma de terminación. Al respecto existe una fuerte división en la doctrina administrativista. Algunos autores [entre otros, Huergo (1998: 390-391 y 397-407) y Sánchez (1993: 263-264)] sostienen que sólo podrá aplicarse la terminación convencional del procedimiento cuando una norma, legal o reglamentaria, la regule expresamente. En cambio, otros [por ejemplo, Delgado (1995: 186-189) y Parejo (1995: 184-191)] consideran que es de aplicación directa y habilita a las Administraciones públicas, sin necesidad de complemento normativo alguno, para celebrar convenios vinculantes, por lo que las normas de desarrollo podrían modular y completar el régimen de la terminación convencional, pero sin ser imprescindibles para su aplicación. Esta cuestión tiene una gran trascendencia y, como veremos, constituye un elemento clave a la hora de determinar la viabilidad de la terminación convencional en materia de subvenciones, dado que la normativa vigente en este ámbito —con la salvedad de alguna norma autonómica— no regula la terminación convencional del procedimiento³.

³ *Vid.* el apartado 3.B) de esta comunicación.

3. ¿POSIBILIDAD DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES?

Analizada la regulación de la terminación convencional, cabe plantear si esta forma de poner fin al procedimiento puede tener juego en materia de subvenciones.

A) ANTECEDENTES: LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN EL REAL DECRETO 2225/1993, DE 17 DE DICIEMBRE

El Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, derogado por el RLGS, recogía, en su artículo 7, la posibilidad de terminación convencional. De conformidad con este precepto, cuando por la naturaleza de la subvención y el número y circunstancias de los posibles beneficiarios las normas reguladoras de la subvención así lo previesen, se podría finalizar el procedimiento mediante acuerdo entre la Administración y los interesados. Como advierte Sesma Sánchez (1998: 586), se trata de una opción que debía apreciar discrecionalmente la Administración concedente pero que, necesariamente, debía estar prevista en las bases reguladoras y, en su caso, en la convocatoria de la ayuda. Por ello, en estos casos, estábamos «ante una verdadera resolución administrativa unilateral de concesión con la particularidad de que las obligaciones y derechos de la relación jurídica subvención se concretan de forma convencional» (Sesma Sánchez, 1998: 586). En todo caso, esta terminación convencional debía respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes o peticiones⁴. Los solicitantes y el órgano instructor del procedimiento podían, en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución, proponer un acuerdo referido a la cuantía de la subvención. Así, la propuesta de terminación convencional podía venir tanto de los solicitantes como del órgano instructor. Si obtenía la conformidad del órgano instructor y de todos los solicitantes en el procedimiento, debía remitirse, con todo lo actuado, al órgano competente para resolver, quien lo haría con libertad de criterio y elevaría la resolución, en su caso, al que correspondiese para su formalización. Por lo tanto, era libre para decidir y no se hallaba vinculado por la propuesta. Formalizado el acuerdo, producía iguales efectos que la resolución del procedimiento.

⁴ A. Huergo (1998: 395, nota al pie 13) y F. Delgado (1995: 225) advierten de la actitud de cautela frente a la terminación convencional del Real Decreto 2225/1993, que conduce a limitar su ámbito de aplicación.

A pesar de la previsión expresa de la terminación convencional en el artículo 7 del Real Decreto 2225/1993, la búsqueda realizada a través de la base de datos de Aranzadi —en los años de su vigencia— de las bases reguladoras de las diferentes subvenciones y ayudas públicas, no arroja ningún resultado en que se haya previsto de forma expresa la terminación convencional⁵.

B) EL SILENCIO DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y DE SU REGLAMENTO: ¿UN IMPEDIMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL?

La normativa vigente en materia de subvenciones omite toda referencia a la terminación convencional en el procedimiento de concesión de subvenciones. La LGS regula únicamente la resolución como forma normal de terminación del procedimiento de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva⁶. Del mismo modo, el RLGS dedica su artículo 63 a la regulación de la resolución, sin referencia alguna a la terminación convencional, aunque alude a otras formas de terminación del procedimiento administrativo previstas en el artículo 84 de la LPACAP, como el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud y la imposibilidad material de continuar el procedimiento por causas sobrevenidas (art. 63.2). Por su parte, la LPACA, si bien incluye algunas alusiones a la terminación convencional cuando aborda aspectos específicos de la regulación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial (arts. 81.2, 86.5 y 91.1) y de los procedimientos sancionadores (art. 90.4), no incluye mención alguna a los procedimientos administrativos en materia de subvenciones.

Ante tal silencio, cabe preguntarse si la posibilidad de terminación convencional en este ámbito está cerrada o, por el contrario, puede resultar de aplicación. En nuestra opinión, la ausencia de mención expresa no impide su aplicación en el procedimiento de concesión de subvenciones y podría resultar viable por aplicación directa de las reglas contenidas en la LPACAP, cuyo artículo 86 regula la terminación convencional como forma de finalización del procedimiento⁷. A pesar de que los elementos de las subvenciones (objeto, finalidad, requisitos...) están contemplados en las bases reguladoras y en la convocatoria,

⁵ Tampoco hemos obtenido resultado alguno en la búsqueda realizada con posterioridad a la derogación del Real Decreto 2225/1993. Aunque la previsión de la terminación convencional ha caído en el RLGS, hemos realizado igualmente dicha búsqueda por si, en algún caso, se hubiera incorporado en las bases reguladoras.

⁶ *Vid.* el artículo 25 de la LGS. Sin embargo, ténganse en cuenta las previsiones del artículo 28 de la LGS, al hilo de la regulación del procedimiento de concesión directa de subvenciones.

⁷ En este mismo sentido, J. C. Laguna (2005: 343). En cambio, P. J. Collado (2009: 482) y E. Moreu (2005: 89-90) apuntan que sólo podrá aplicarse la terminación convencional del

la terminación convencional, como ha puesto de manifiesto Laguna (2005: 343), puede tener juego en el otorgamiento de las subvenciones y puede permitir instrumentar con elementos convencionales los compromisos respectivos de las partes⁸. De este modo, coincidimos con Sesma (1998: 586, nota al pie 146) en que, sin alterar el objeto, las condiciones y la finalidad de la subvención, los términos de la concesión sí podrían acordarse bilateral y formalmente en un convenio⁹. Además, no olvidemos, como advierte Delgado (1995: 225), «los márgenes de apreciación inherentes a los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad técnica y juicio de oportunidad conferido a la autoridad normalmente presentes en las normas sustantivas, con el fin de que éstas hagan el ajuste de la política de que se trate a las circunstancias concretas del caso», lo que posibilitaría poder hallar motivos de discusión, negociación y acuerdo.

C) LA PREVISIÓN DE LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN ALGUNAS NORMAS AUTONÓMICAS

La omisión en la legislación estatal no ha impedido que algunas comunidades autónomas, en ejercicio de sus competencias en este ámbito¹⁰, hayan aprobado normativa propia en materia de subvenciones e incorporado una referencia específica a la terminación convencional¹¹. Es el caso de Islas Baleares y Andalucía.

En la primera, el Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de subvenciones, regula, en su artículo 23, la terminación convencional. El procedimiento puede finalizar mediante acuerdo entre la Administración y las personas interesadas «Cuando el objeto de la subvención y el número y circunstancias de los posibles beneficiarios lo permitan» (apartado 1). A diferencia del Real Decreto 2225/1993, no incorpora una referencia expresa a la exigencia de que las normas regula-

procedimiento en materia de subvenciones cuando una norma, legal o reglamentaria, lo haya previsto expresamente.

⁸ En cambio, J. M.^a Gimeno (1995: 175) muestra sus reservas sobre la posibilidad de terminación convencional en este ámbito.

⁹ En una línea similar, *vid.* I. Silva (2005: 221).

¹⁰ Ténganse en cuenta las competencias de las comunidades autónomas en materia de subvenciones y, en particular, su capacidad normativa para regular los aspectos procedimentales. *Vid.* A. Palomar (2018: 111-188).

¹¹ P. J. Collado (2009: 482), refiriéndose al caso de la Generalitat Valenciana, señala que «en el ámbito de las subvenciones que puedan recaer sobre sectores en los que la Generalitat tenga competencias normativas, la Generalitat podrá introducir esta forma de terminación del procedimiento, bien con carácter general para todas las subvenciones de su competencia, bien con carácter sectorial en las correspondientes Bases o normas reguladoras de concretas subvenciones, en el marco del artículo 88 de la Ley 30/1992».

doras de la subvención prevean esta forma de terminación¹². A estos efectos, prevé que las personas solicitantes y el órgano competente para la instrucción del procedimiento «pueden plantear, en cualquier momento del procedimiento, antes de que concluya la instrucción, una propuesta de acuerdo que debe incluir la cuantía de la subvención. La propuesta debe respetar las reglas fundamentales contenidas en las bases y en la convocatoria» (apartado 2). Tampoco aquí vincula la propuesta de acuerdo que, en su caso, se adopte. Si el órgano instructor y todos los beneficiarios la aceptan, «se dará traslado de las actuaciones al órgano competente para que resuelva y, en su caso, apruebe el correspondiente acuerdo» (apartado 3).

En la segunda, cabe mencionar el Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía. Esta norma, que trata de ajustar a las especialidades de esta Comunidad Autónoma el procedimiento administrativo en materia de subvenciones, regula, en su artículo 29, la terminación convencional del procedimiento. La regulación es similar a la del Real Decreto 2225/1993, ya derogado. Al igual que este, prevé que la terminación convencional solo puede producirse en el supuesto de que así lo establezcan las bases reguladoras; debe respetar el objeto, condiciones y finalidad de las subvenciones, así como los criterios de valoración establecidos para cada una de ellas; la propuesta de acuerdo puede provenir tanto de las personas solicitantes como del órgano competente para la instrucción del procedimiento y puede producirse en cualquier momento anterior a la propuesta provisional de resolución; la propuesta no vincula al órgano competente para resolver, quien lo hará con libertad de criterio, procediendo, en su caso, a la correspondiente formalización del acuerdo, en los términos que establezcan las bases reguladoras; y el acuerdo formalizado producirá iguales efectos que la resolución del procedimiento. La única diferencia reseñable estriba en que el Decreto andaluz concreta que el acuerdo entre el órgano concedente y las personas interesadas versará «sobre la determinación de la cuantía de la subvención a conceder», extremo al que no se refería el Real Decreto 2225/1993. En consecuencia, el acuerdo se restringe a la cuantificación de la subvención, por lo que su ámbito de aplicación es muy limitado. Con posterioridad, la terminación convencional se ha incorporado también en otras normas. Nos referimos a dos Órdenes de 20 de diciembre de 2019, en las que se aprueban las bases reguladoras tipo y los formularios tipo de la Administración

¹² La búsqueda de bases reguladoras de subvenciones y ayudas públicas de los últimos cuatro años (2019 a 2022), realizada en la base de datos Aranzadi, ha dado 49 resultados, pero solo hemos localizado la inclusión de la terminación convencional en las bases reguladoras en tres casos: Orden de 5 de marzo de 2021, en materia de servicios sociales y juventud (BOIB núm. 34, de 11 de marzo de 2021), artículo 13.5; Orden 14/2022, de 19 de mayo, en materia de memoria democrática (BOIB núm. 65, de 19 de mayo de 2022), artículo 14.6; y Orden 36/2022, de 20 de diciembre de 2022, en materia de investigación e innovación en salud (BOIB núm. 166, de 22 diciembre 2022), artículo 13.5.

de la Junta de Andalucía para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva y en régimen de concurrencia competitiva. Ambas normas reproducen en su artículo 20 la regulación de la terminación convencional contenida en el Decreto 282/2010, indicando que esta vía de finalización solo podrá utilizarse cuando así se haya establecido en el Cuadro Resumen de las bases reguladoras de subvenciones a conceder.

Teniendo en cuenta la existencia de esta normativa en Andalucía, hemos realizado una búsqueda —a través de la base de datos Aranzadi— de las bases reguladoras de subvenciones y ayudas públicas aprobadas los últimos cuatro años (2019 a 2022), que arroja un total de 313 resultados. Sin embargo, la mayoría de ellas o no contienen previsión alguna sobre la terminación convencional o prevén expresamente su no aplicación (así sucede en 89 casos). Únicamente hemos localizado un supuesto en que se prevé de forma expresa la posibilidad de terminación convencional del procedimiento¹³, lo que pone de manifiesto su escaso juego en la práctica.

Por último, realizada una búsqueda en las restantes comunidades autónomas, no hemos localizado referencia alguna a la terminación convencional ni en la normativa aprobada en este ámbito ni en las bases reguladoras de subvenciones aprobadas los últimos cuatro años.

4. ¿POSIBILIDAD DE TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO?

En nuestra opinión, también cabría plantear la posibilidad de terminación convencional de los procedimientos de reintegro de subvenciones, a través de los cuales se pretende el reembolso a la Administración pública de las aportaciones recibidas en concepto de subvención. Ni la LGS ni el RLGS incluyen mención expresa a la terminación convencional cuando regulan este procedimiento (arts. 41 a 43 y 94 a 101, respectivamente). De hecho, la LGS no regula exhaustivamente este procedimiento y remite a las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en la Ley 30/1992 (actualmente, LPACAP), «sin perjuicio de las especialidades que se establecen en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo» (art. 42.1).

Creemos que esta forma de terminación puede tener cabida en este ámbito y que, dadas las peculiares características de este procedimiento y lo que está

¹³ Se trata de la Orden de 15 de julio de 2020, que aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a entidades locales para el mantenimiento de la Red de Centros de Atención a Drogodependencias y Adicciones, en el ámbito de las competencias de la Consejería de Salud y Familias (BOJA núm. 140, de 22 de julio de 2020). *Vid.* el apartado 17.a) del Cuadro Resumen.

en juego, podría ser una vía especialmente adecuada para poner fin al procedimiento, al permitir que las partes puedan pactar determinados extremos, aportar mayor flexibilidad y una mejor adaptación a sus circunstancias concretas. Por ello, suscribimos plenamente las palabras de Rebollo (2005: 499): «Pese al carácter reglado del reintegro, su extensión total o parcial y la medida de este último, así como la posibilidad de modificaciones o prórrogas por las circunstancias sobrevenidas y la muy distinta relevancia que las diferentes causas de reintegro pueden presentar en cada caso concreto, lo hacen más flexible o dúctil de lo que pudiera parecer, de modo que muchas veces una terminación convencional que tenga en cuenta todos los factores en juego puede introducir soluciones menos traumáticas y drásticas que el puro reintegro y ser incluso más adecuadas a los intereses públicos. El hecho mismo de que algunas subvenciones se puedan canalizar a través de convenios puede reforzar la admisibilidad, al menos para esas mismas subvenciones, de la terminación convencional del procedimiento de reintegro siquiera sea en su modalidad de acuerdos, no propiamente finalizadores del procedimiento, sino sólo previos a la resolución que les ponga fin, incluso sin carácter vinculante».

BIBLIOGRAFÍA

- Brufao, P. (2022): «La terminación convencional del procedimiento administrativo como alternativa a la actuación unilateral de la Administración», en F. J. Bauzá (dir.), *Mediación y arbitraje en la Administración Pública. Por una conciliación entre la legalidad y la eficacia*, Barcelona, Bosch, pp. 189-202.
- Bustillo, R. (2010): *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*, 3.ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 540 pp.
- Collado, P. J. (autor), Talens, V. (colaborador) (2009): *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento (Incidencia en la Generalitat Valenciana)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 734 pp.
- Delgado, F. (1995): *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 226 pp.
- Gimeno, J. M.^a (1995): «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 137, pp. 147-187.
- Huergo, A. (1998): *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Madrid, Civitas, 469 pp.
- Laguna, J. C. (2005): «El otorgamiento de subvenciones», en G. Fernández (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, pp. 329-354.

- Moreu, E. (2005): «Procedimiento de concesión y gestión de subvenciones», en F. López (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 65-101.
- Palomar, A. (2018): «Distribución constitucional de competencias en la materia. El concepto de poder de gasto subvencional en la doctrina del Tribunal Constitucional», en M. Garcés y A. Palomar (coords.), *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, 2.ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 111-188.
- Parejo, A. (1995): *Eficacia y administración. Tres estudios*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública-Boletín Oficial del Estado, 213 pp.
- Rebollo, M. (2005): «El reintegro de subvenciones», en G. Fernández (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, pp. 407-527.
- Sánchez, M. y Leguina, J. (1993): *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Madrid, Tecnos.
- Sesma, B. (1998): *Las subvenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 808 pp.
- Silva, I. (2005): «Procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones», en J. del Barco, A. Panizo, I. Silva y P. Arellano, *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, 2.ª ed., Valladolid, Lex Nova, pp. 181-298.

¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS? SUBVENCIONES Y PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES¹

Alba Nogueira López

SUMARIO: 1. El diseño de políticas públicas para la vulnerabilidad adaptadas a las condiciones de sus destinatarios. 2. Los problemas de la actividad subvencional para corregir la desigualdad y la vulnerabilidad: derechos fundamentales, generalidad, atención a la emergencia, déficits de información, suficiencia e incompatibilidades. 3. Vulnerabilidad administrativa. Cuando la Administración se simplifica para ayudar a los que menos lo necesitan. 4. «Excesivo rigorismo procedimental»: algunas sentencias del TSJGal que advierten de la inadaptación del régimen jurídico de las subvenciones. 5. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: ¿Son las subvenciones una buena forma de hacer efectivas las políticas sociales dirigidas a los colectivos más desfavorecidos? Esta comunicación trata sobre el diseño de políticas públicas y la elección de los medios para viabilizarlas, teniendo en cuenta las características sociológicas, educativas y de acceso a la información administrativa de los colectivos vulnerables. Igualmente, pone de manifiesto los problemas que puede presentar la subvención como forma de prestación en concreto para las personas que deberían recibir prioritariamente atención social. Finalmente se pondrá en contraste esa posible inadaptación de la actividad subvencional con las experiencias de flexibilización enfocadas hacia la actividad económico-empresarial y se dará cuenta de una línea jurisprudencial que advierte de los problemas que presenta una tramitación administrativa excesivamente formalista.

PALABRAS CLAVE: vulnerabilidad administrativa; subvenciones; mejora regulatoria; e-Administración.

¹ Esta comunicación se enmarca en el proyecto de la AEI, *Vulnerabilidad, derechos sociales y buena e-administración* (PID2020-115760RB-I00).

ABSTRACT: Are benefits a good way to make effective social policies aimed at the most disadvantaged groups? This paper deals with the design of public policies and the choice of means to make them viable, considering the sociological, educational and access to administrative information patterns of vulnerable groups. It also highlights the problems of dealing with social care mainly by the means of social benefits. Finally, this possible inadequacy of the grant activity will be contrasted with the experiences of better regulation focused on the economic-business activity and a line of jurisprudence that warns of the problems of an excessively formalistic granting administrative procedure.

KEY WORDS: administrative vulnerability; benefits; better regulation; e-government.

1. EL DISEÑO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA VULNERABILIDAD ADAPTADAS A LAS CONDICIONES DE SUS DESTINATARIOS

Mas allá de problemas comunes que puedan señalarse sobre los procedimientos de concesión o fiscalización del cumplimiento de objetivos y gastos para cualquier actividad sometida a la legislación de subvenciones, esta comunicación pretende realizar específicamente una breve reflexión sobre la adecuación de las subvenciones como forma de actividad administrativa para hacer efectivas las políticas sociales dirigidas a los colectivos más desfavorecidos: personas desempleadas, sin vivienda, niñas y niños que precisan ayuda para material escolar o para comedores escolares, mujeres que abandonan su hogar para escapar de la violencia de género... ¿Más o nuevos servicios públicos o nuevas prestaciones encauzadas por la vía subvencional? ¿Subvenciones directas o en concurrencia competitiva? ¿Tramitación por las personas interesadas o desde las oficinas administrativas o entidades sociales más próximas a los problemas (escuelas, servicios sociales, comedores o albergues sociales...)? ¿Tramitación electrónica o presencial? Son sólo algunos de los aspectos que es preciso valorar, pero sin los cuales una medida necesaria de protección social se puede convertir en un agujero administrativo².

En nuestra Administración existe poca tradición de evaluación de políticas públicas *ex ante* y *ex post* y las evaluaciones «son formal y substancialmente

² La reciente implantación del ingreso mínimo vital sería un ejemplo de las dificultades que puede encontrar una prestación social para alcanzar sus objetivos. Según la primera Opinión sobre el Ingreso Mínimo Vital (IMV) elaborada por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF), muestra claras insuficiencias en su alcance por motivos diversos (falta de medios para su tramitación, incompatibilidades con otras ayudas autonómicas, tramitación electrónica y requisitos, entre otros). El Ingreso Mínimo Vital (IMV) ha llegado a 284.000 hogares, el 40% de sus beneficiarios potenciales (700.000) y cubre al 22% de los hogares en riesgo de pobreza (1,3 millones).

mejorables» (Canals, 2020: 27). La fijación de prioridades políticas, su traducción normativa y la puesta en práctica de las políticas para conseguir los objetivos que se pretenden en general no va acompañada de un estudio efectivo de alternativas y de las formas de aplicarlas. Las memorias que acompañan a los proyectos tienen habitualmente una vocación puramente formal —que estén—, pero dejan poco poso en los proyectos —que sirvan—.

Algunos datos empíricos y estudios pueden darnos algunas pistas sobre la efectividad de las subvenciones como fórmula para viabilizar políticas sociales dirigidas a los colectivos más vulnerables. Sabemos que a menor nivel de renta o mayor situación de desprotección disminuye el acceso a la información administrativa, se reduce el acceso a internet o la disponibilidad de dispositivos electrónicos (FOESSA, 2022: 175 y ss.; INE 2022, Defensor del pueblo andaluz, 2020: 425). También que esas condiciones instrumentales tienen un impacto directo en el goce de las prestaciones sociales. El informe que anualmente realiza la fundación de Cáritas nos señalaba en 2022 que el riesgo de «perder oportunidades de recibir ayudas de las Administraciones públicas debido a la brecha digital, es cinco veces superior en los hogares en apagón tecnológico que entre aquellos que tienen conectividad plena... quienes más necesitan este tipo de ayudas son los que más lejos han quedado de ellas, dado que seis de cada diez personas que han perdido oportunidades de recibir ayudas de la Administración se encontraban en situación de pobreza» (FOESSA, 2022: 212). Por otra parte, las prestaciones sociales llegan con más dificultad a los más excluidos (así lo señalan León, Mastripiéri, 2022 para la educación infantil; FOESSA, 2022: 175, en la formación para el empleo). Todos estos datos deberían tenerse en cuenta a la hora de diseñar políticas dirigidas a corregir la desigualdad y la forma (políticas fiscales, servicios públicos o subvenciones) y momento en que pueden ser más efectivas (predistribución o redistribución).

2. LOS PROBLEMAS DE LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL PARA CORREGIR LA DESIGUALDAD Y LA VULNERABILIDAD: DERECHOS FUNDAMENTALES, GENERALIDAD, ATENCIÓN A LA EMERGENCIA, DÉFICITS DE INFORMACIÓN, SUFICIENCIA E INCOMPATIBILIDADES

Los procedimientos de solicitud y control de las subvenciones y los requisitos y documentación que se exigen presentan problemas relevantes para las personas en situación de vulnerabilidad.

Es preciso comenzar realizando una reflexión desde la perspectiva de los derechos fundamentales sobre el diseño de muchas convocatorias de subvenciones para personas en riesgo de exclusión. No es infrecuente que las convocatorias de subvenciones en materia social incluyan exigencias de informes,

requisitos, gastos elegibles o fórmulas de control poco respetuosos con la dignidad de las personas, el desarrollo de su vida personal y familiar o su privacidad. En una suerte de «derecho administrativo del enemigo», semejante al analizado en relación con las ordenanzas de convivencia para controlar la mendicidad (Melero Alonso, 2016), se incluyen previsiones que implican la respuesta a cuestionarios sobre comportamientos personales, la obligación de aceptar visitas de inspección en los hogares, un escrutinio exhaustivo de los gastos familiares que parten de «una construcción moral de la pobreza» desde la «idea de que las personas son pobres porque son perezosas, irresponsables, tienen aversión al trabajo, son promiscuas, etc.» y son desprovistas de su derecho a la privacidad (Bridges, 2017: 7-8).

Es dudoso además que la subvención, por su propia naturaleza, régimen jurídico y tiempos, sea una vía adecuada para dar satisfacción a necesidades generales, no puntuales, que derivan directamente de los mandatos constitucionales de protección social a determinados colectivos vulnerables y que ayudan a corregir necesidades básicas y en muchas ocasiones urgentes (alimento, techo, calor, material educativo...).

También se pueden constatar barreras diversas que pueden dificultar que los colectivos vulnerables se beneficien plenamente de las ayudas destinadas a aliviar la desigualdad: barreras procedimentales y requisitos poco adaptados a las necesidades de estos solicitantes (Nogueira, 2020; Costas, Ferrer, Ponce, 2022). El despliegue de la administración electrónica sin servicios de apoyo obligatorios especializados —los reconvertidos registros administrativos no lo son— puede constituir un obstáculo, incluso cuando tan sólo implica la obligación de descargar la solicitud de forma telemática. Las soluciones ensayadas por algunas comunidades autónomas en la legislación de vivienda con servicios de apoyo o, directamente, con tramitación a cargo de la propia Administración o de entidades del tercer sector pueden paliar ese problema (Quintiá, 2022: 57). Los dilatados plazos de resolución son incompatibles con una atención a situaciones de severa pobreza o vulnerabilidad y podría ser interesante cambiar el sentido del silencio para obligar a la Administración a ser especialmente diligente con los derechos de las personas más desfavorecidas. Igualmente, podría ser oportuno arbitrar procedimientos no competitivos permanentemente abiertos con crédito ampliable que permitan atender sin dilación las solicitudes, sobre todo para situaciones de emergencia.

Por otra parte, requisitos muy rígidos en relación con antigüedad en la inscripción en registros, padrón, etc., de incompatibilidad con otras ayudas o de imposibilidad de solicitud para quien tenga deudas con las arcas públicas, pueden impedir que las personas con problemas más graves de exclusión sean beneficiarias de estos programas. Algunas comunidades autónomas han flexibilizado estas exigencias en ciertas convocatorias y han cambiado sus estructuras organizativas para dar asistencia efectiva a los solicitantes, pero existe un

amplio recorrido para que los atrancos que denuncia Sara MESA en *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, se solucionen. Por ahora tenemos un Derecho público asimétrico en las prerrogativas y garantías cuando se trata de hacer efectiva la atención a la vulnerabilidad.

3. **VULNERABILIDAD ADMINISTRATIVA. CUANDO LA ADMINISTRACIÓN SE SIMPLIFICA PARA AYUDAR A LOS QUE MENOS LO NECESITAN**

Las trabas señaladas anteriormente que generan lo que hemos calificado como «vulnerabilidad administrativa» (Nogueira, 2020), ya que las disposiciones administrativas acentúan o son insensibles a las características de los colectivos a los que aparentemente deberían favorecer, podrían eliminarse y, de hecho, las modulaciones normativas para la gestión de los fondos *Next Generation* son un ejemplo palpable de que existe una percepción política de los problemas de gestión que ocasiona nuestra legislación de subvenciones. La deseable simplificación administrativa y mejora regulatoria una vez más se centra exclusivamente en aliviar las cargas administrativas a las grandes corporaciones económicas, pero tiene una asignatura pendiente en la gestión de la atención a la vulnerabilidad.

Es paradójico que, en línea con lo señalado en el epígrafe anterior, se considere preciso establecer «especialidades en materia de gestión de subvenciones» (Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia) para los grandes operadores económicos que van a movilizar estos cuantiosos fondos europeos que inciden en su agilización temporal, flexibilización de la justificación económica y elevación de umbrales de incumplimientos de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. La tramitación de urgencia, unificación de la publicación de las bases y la convocatoria y la supresión de diversos informes va encaminada a una resolución más rápida. La posibilidad de otorgar subvenciones de concurrencia no competitiva pudiendo «dictar las resoluciones de concesión por orden de presentación de solicitudes, una vez realizadas las comprobaciones de concurrencia de la situación o actuación subvencionable y el cumplimiento del resto de requisitos exigidos, hasta el agotamiento del crédito presupuestario asignado en la convocatoria» (art. 62) o incluso sin crédito disponible a la par que se tramita la modificación presupuestaria (art. 64) es justamente una de las buenas prácticas que sugeríamos para actuar ante situaciones de urgencia (desahucios, atención a víctimas de violencia de género...). Sin olvidar la elevación del umbral económico para la acreditación de que se encuentran al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social o la posible exención «de la obligación de presentar aque-

llas facturas que tengan un importe inferior a 3.000 euros» que contrasta poderosamente con el control escrupuloso al que se someten, por ejemplo, los gastos de compra de las ayudas para necesidades básicas a personas vulnerables³.

4. «EXCESIVO RIGORISMO PROCEDIMENTAL»: ALGUNAS SENTENCIAS DEL TSJGAL QUE ADVIERTEN DE LA INADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES

Varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia en los últimos tiempos han puesto de manifiesto la excesiva rigidez administrativa en materia de subvenciones sociales.

La Sentencia del TSJ de Galicia 3884/2019 estima el recurso interpuesto contra una resolución de la Xunta de Galicia, que revocaba la concesión de una ayuda de 5.000 euros a una mujer desempleada destinada a promover el trabajo autónomo porque tenía una deuda con la Administración de 5,88 euros. El TSJG advierte que: «Una vez más *un excesivo rigor formal por parte de la Administración viene a poner en entredicho la actividad de fomento que desde los poderes públicos tanto se pregona*. No podemos olvidar que *la deuda lo era por cuantía insignificante, 5,88 euros*. Que dicho débito respondía a un recargo del 5% de apremio respecto de un principal ya abonado anteriormente. Que dicho recargo no es autoliquidable, por lo que, hasta que no exista la liquidación con la correspondiente carta de pago, su abono no puede ser satisfecho; y esta liquidación le fue notificada a la actora el 20 de junio de 2016, seis días después de certificar la AEAT que no se hallaba al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias. Cuando se revoca la concesión de la ayuda (19 de agosto de 2016), la demandante ya había satisfecho los 5,88 euros de recargo por apremio» (la cursiva es nuestra). La apelación a abandonar un excesivo rigor formalista parece necesaria no sólo en la tramitación de los procedimientos y las garantías para los solicitantes sino en una modulación de la propia regulación de las convocatorias que se dirigen a atender emergencias sociales y a colectivos especialmente desfavorecidos.

Sendas sentencias de 2022 reprochan a la Administración autonómica un «rigor formal extremo» en la tramitación de ayudas por nacimiento de hijo (la

³ <<https://www.madrid.es/portales/munimadrid/es/Inicio/Servicios-sociales-y-salud/Servicios-sociales/Informacion-para-las-personas-beneficiarias/?vgnextfmt=default&vgnextoid=f247ae370dc64710VgnVCM1000001d4a900aRCRD&vgnnextchannel=70e4c8eb248fe410VgnVCM1000000b205a0aRCRD&idCapitulo=11219111&rm=6bd43fdee4f24710VgnVCM1000001d4a900aRCRD>>.

denominada Tarxeta de Benvida)⁴. La STSJ GAL 2034/2022, estima la demanda de una mujer a la que la Xunta no admitió como válida la sucesiva documentación con la que intentaba justificar que estaba en un proceso de separación de su pareja (convenio regulador) y cuando finalmente presentó la sentencia que regula la custodia el gobierno gallego argumentó que llegaba fuera de plazo. El TSJGal apoyándose en el principio antiformalista y la jurisprudencia del TS advierte que «ello llevaría a que, si la actora no hubiera aportado la sentencia firme tras el requerimiento inicial, debiera permitirse que lo hiciese incluso antes de pronunciar la resolución de desistimiento si ésta aún no se hubiera dictado cuando se resolvió el recurso de reposición». En el otro caso, STSJ GAL 762/2022, estima la demanda contra la denegación a una familia numerosa de esta ayuda al haber eludido la Xunta la realización de una «sencilla comprobación» optando por la «salida fácil» de la denegación cuando «no era tan difícil la constatación del dato, más bien era cuestión de buena voluntad y buena administración» realizando una suma de las declaraciones aportadas por los solicitantes.

Las sentencias comentadas parecen apelar a una Administración más proactiva en la garantía de derechos que debería poner los medios necesarios para que sus comprobaciones no sean puramente mecánicas, estirando al máximo la posibilidad de aportar documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento y la enmienda de problemas que puedan obstaculizar el acceso a las ayudas de personas que, objetivamente, entran en su ámbito de aplicación.

5. CONCLUSIONES

La garantía del Estado social y la protección de colectivos vulnerables que enuncia nuestra Constitución requiere la acción legislativa de reconocimiento de derechos subjetivos, pero puede naufragar si la acción administrativa no se dota de instrumentos y de una organización adecuados para ello. El hecho de que la atención a la vulnerabilidad exija en muchos casos una actuación inmediata, los déficits de información y la existencia de brechas digitales, requieren que el diseño de las políticas públicas de protección social tenga en cuenta estos factores.

Las evidentes deficiencias de nuestra legislación de subvenciones que denota la construcción de un régimen *ad hoc* más flexible para la tramitación de los fondos *Next Generation* confirma que es precisa una reforma a fondo también para atender la emergencia social. Se han señalado en esta comunicación exigencias que son poco compatibles con los derechos fundamentales, la

⁴ <<https://praza.gal/politica/o-tsxg-volve-condenar-a-xunta-por-denegar-unha-tarxeta-benvida-por-un-formalismo-malia-que-a-familia-cumpria-os-requisitos>>.

eficaz asignación de recursos para los fines pretendidos y el acceso para aquellas personas que pueden tener más necesidades. La existencia de soluciones administrativas que podrían corregir esos problemas requiere una profunda labor de adaptación que no parta de una «construcción moral de la pobreza» propia de un «derecho administrativo del enemigo», como se ha señalado.

Las sentencias del TSJ de Galicia que se han comentado son reveladoras de unas prácticas administrativas rígidas, poco proactivas y que incurren en excesos formalistas. En definitiva, una Administración que tan sólo parece preocuparse por las garantías procedimentales, pero no por la garantía material de los derechos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- AIREF (2022): *1.ª Opinión ingreso mínimo vital*, <<https://www.airef.es/wp-content/uploads/2022/08/IMV/OPINION-AIREF-IMV.pdf>>.
- Bridges, K. M. (2017): *The poverty of privacy rights*, Stanford Law Books.
- Canal Atmeller, D. (dir.) (2020): *La evaluación de impacto normativo por razón de género*, CEPC.
- Costas, E., Ferrer, C. y Ponce, J. (2022): *Informe el impacto de los trámites administrativos en el acceso a las prestaciones sociales una perspectiva conductual*, <https://www.ksnet.eu/wp-content/uploads/2022/05/Infome_Impacto-tramites-administrativos_ESP.pdf>.
- Defensor del Pueblo Andaluz (2020): *Derechos de la ciudadanía durante la COVID-19. Primera ola de la pandemia*, <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/informe-especial-covid-19/pdfs/dPA_Informe_Extraordinario_Covid.pdf>.
- FOESSA (2022): *Evolución de la cohesión social y consecuencias de la covid-19 en España*, <<https://www.caritas.es/main-files/uploads/sites/31/2022/01/Informe-FOESSA-2022.pdf>>.
- INE (2022): «Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) en los Hogares, Año 2022», <https://www.ine.es/prensa/tich_2022.pdf>.
- León Ramon-Borja, M. y Maestriperieri, L. (2022), «Who Benefits from childcare expansion? Equal opportunities, social investment and social innovation in early years education and care», *Papers: revista de sociología*, vol. 107, n.º 3.
- Melero Alonso, E. (2017): «Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 6, pp. 7-26. <<https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10384>>.

- Nogueira López, A. (2020): «Vulnerabilidad administrativa. Los obstáculos administrativos en el acceso a los programas de vivienda», en Paleo Mosquera (dir.), *Políticas y derecho a la vivienda. Gente sin casa y casas sin gente*, Tirant lo Blanch.
- Prodigioso Volcán (2021): *¿Habla claro la Administración a los públicos vulnerables?* II Radiografía del lenguaje administrativo en España.
- Quintía Pastrana, A. (2022): *Derecho a la vivienda y vulnerabilidad*, Aranzadi.

EFFECTOS DE LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN DE SOCIEDADES EN LAS SUBVENCIONES

*Agustín León González
Juan Carlos Jurado Jiménez*

SUMARIO: 1. Introducción. Objeto y oportunidad del estudio. 2. Escenario jurídico en el que se presenta la problemática. 3. Modo de operar la transmisión o cambio de titular en las distintas fases del procedimiento subvencional. 4. Régimen establecido en la LCSP en relación con la sucesión del licitador y/o del contratista. 5. Conclusión.

RESUMEN: La presente comunicación pretende exponer la problemática derivada de la ausencia de regulación específica en la normativa general de subvenciones en supuestos de modificaciones estructurales de sociedades beneficiarias de subvenciones.

PALABRAS CLAVE: subvenciones; modificaciones estructurales de sociedades; sucesión universal; cambio de titularidad.

ABSTRACT: This paper aims to set out the problems arising from the lack of specific regulation in the general rules on public grants in cases of structural modifications of beneficiary companies.

KEY WORDS: public grants; structural modifications; universal succession; change of ownership.

1. INTRODUCCIÓN. OBJETO Y OPORTUNIDAD DEL ESTUDIO

Pensamos que el aspecto en el que mejor podemos contribuir a la temática del Congreso es exponiendo problemas que se presentan en la práctica jurídica, que conocemos bien en nuestra práctica jurídica en Montero Aramburu Abogados. En este sentido, el asesoramiento jurídico integral que reciben las empresas cuando, con ocasión de reestructuraciones societarias, acuden a equipos multidisciplinares, integrados por abogados especialistas en diferentes materias, permite que afloren cuestiones clave de distintos ámbitos del Derecho que, si fueran analizadas de forma aislada —sin esa necesaria visión global—, no permitirían advertir su verdadera relevancia, y podrían provocar graves disfuncionalidades en la ejecución de la operación o incluso frustrar su finalidad.

Una de ellas es la que inspira la presente comunicación, y ha sido objeto de continuos debates internos en nuestra firma. Ciertamente, las operaciones de reorganización empresarial exigen la intervención de abogados de distintas especialidades, como laboral, tributario, civil, procesal y público, coordinados generalmente por un profesional del área de Derecho mercantil. Entre los distintos asuntos que se analizan en estas operaciones, ya sean objeto de una *due diligence* o de un rutinario análisis de sus efectos cuando se trata de operaciones societarias de reestructuración empresarial, se estudian las implicaciones que pudieran existir en el ámbito de las subvenciones, como recurso de financiación pública —cada vez más habitual— de las empresas.

El número de procedimientos de reintegro, pérdidas de derecho al cobro, nulidad o control financiero en los que prestamos asesoramiento, en gran medida a personas jurídicas, así como el elevado importe de los mismos, ha dado lugar en nuestra firma al desarrollo de un protocolo a seguir en todas las operaciones de reordenación empresarial, a fin de advertir y evitar cualquier impacto negativo, generalmente en forma de devolución de las cantidades recibidas en concepto de incentivos públicos.

En ese contexto, se ha detectado que la legislación vigente en materia de ayudas, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS); y su Reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RLGS), no regulan suficientemente los efectos sobre las ayudas públicas que, en términos de sucesión universal, provocan las operaciones de reestructuración reguladas por la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), lo que ocasiona relevantes problemas de orden práctico: por ejemplo, respecto a compromisos de mantenimiento del empleo o de la inversión asumidos por el beneficiario, que pueden considerarse incumplidos cuando se llevan a cabo estas operaciones societarias.

Esta comunicación pretende exponer las deficiencias del régimen legal detectadas, señalando las lagunas percibidas desde la práctica, y ofrecer una propuesta sobre cómo podrían solventarse.

2. ESCENARIO JURÍDICO EN EL QUE SE PRESENTA LA PROBLEMÁTICA

Las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles tienen como objetivo el crecimiento de las empresas para generar mayor rentabilidad, y con ellas se persigue, entre otros fines, mejorar su organización haciendo más eficiente la gestión, permitiendo una organización más racional y coherente de la estructura societaria, además de representar un recurso que permite la adaptación a las cambiantes condiciones del mercado.

La LME pretende dotar a las sociedades de la seguridad jurídica necesaria para afrontar este tipo de operaciones de reorganización, favoreciéndolas. Uno de los efectos principales de las reestructuraciones empresariales, si no el más importante, es la sucesión universal, pues permite la continuación de la actividad sin requerir los consentimientos de todos los terceros que se relacionan con una empresa.

Los tipos más habituales de modificaciones estructurales son la fusión —ya sea ésta por creación o absorción—, la escisión total, la escisión parcial y la segregación, teniendo todas en común la transmisión en bloque y de forma global de todo o una parte del patrimonio, así como de los derechos y obligaciones por sucesión universal.

Para facilitar el entendimiento de la operativa y efectos, procede exponer brevemente en qué consisten los dos tipos de reordenación generales:

- A) La fusión es la operación societaria en virtud de la cual dos o más sociedades mercantiles se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución, en su caso, a los socios de la sociedad que se extingue de acciones o participaciones de la sociedad resultante que puede ser de nueva creación o preexistente.
- B) La escisión, por su parte, es la operación mediante la que se divide, total o parcialmente, el patrimonio de una sociedad para transmitir la parte en que se divide el patrimonio a otra sociedad existente o de nueva creación, recibiendo los socios de la escindida acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria de forma proporcional a su participación en la escindida.
- C) Por último, la segregación, como modalidad de la escisión, consiste en la transmisión en bloque de una o varias partes del patrimonio de una

sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria

La modalidad de escisión parcial, por su parte, es una de las fórmulas de reestructuración patrimonial más recurrente e idónea para ordenar más eficazmente los recursos propios de una organización empresarial, consistiendo en la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, que se traspa en bloque por sucesión universal a una o varias sociedades beneficiarias, sin que la sociedad escindida se extinga como consecuencia de la escisión. Es habitual que el capital social de las entidades implicadas pertenezca a una misma sociedad, sin que el control de la misma, en caso de levantar el velo, haya variado en lo esencial.

La parte del patrimonio que se escinde constituye siempre una rama de actividad autónoma, una unidad económica (un proceso productivo determinado, una actividad económica concreta, etc.) que es objeto de sucesión universal con motivo de la escisión parcial.

Pues bien, como anticipábamos, es relativamente frecuente que durante el análisis de la situación legal de las sociedades que emprenden este tipo de operaciones de modificación estructural se advierta la existencia de una o varias subvenciones públicas concedidas, surgiendo entonces la necesidad de analizar el régimen jurídico general de las subvenciones: LGS y RLGS, así como, en su caso, la normativa específica (p. ej., incentivos regionales o normativa europea); y, más en detalle las bases reguladoras de las ayudas, para conocer los efectos que la reestructuración pudiera provocar en sus condiciones de otorgamiento.

Ni la LGS ni su reglamento establecen un régimen específico que dote de seguridad jurídica, en un sentido u otro, a este tipo de operaciones de reestructuración últimamente tan frecuentes debido a la situación de crisis e inestabilidad que sufre la economía. Si a ello le unimos el ámbito global en el que se mueven todos los sectores con motivo de la digitalización, se detecta un problema que llega a condicionar la idoneidad de una operación reorganizativa y trae como consecuencia una menor competitividad de las empresas en un clima económico tan exigente como el actual.

En este contexto de modificaciones estructurales de sociedades, se presenta el cambio de beneficiario como el procedimiento a seguir ante la Administración concedente de la ayuda para mantener las condiciones del incentivo público, debiendo prudentemente entenderse que, con carácter general, éste constituye una causa de modificación de la resolución de concesión de la subvención que quedaría sometida, en idénticos términos generales, a previa autorización (arts. 64 RLGS y 17.3.1) y 19 LGS).

En relación con lo anterior, el contenido del art. 86 RLGs representa una de las escasas muestras de flexibilidad que prevé el régimen legal de subvenciones, permitiendo excepcionalmente una verificación *ex post* durante la fase de comprobación de las alteraciones de las condiciones de la subvención y aceptación de la justificación que no hubieran sido objeto de autorización previa bajo determinadas circunstancias.

El régimen expuesto exige a los asesores de las empresas, por propia responsabilidad, seguridad jurídica y prudencia, y a pesar de los efectos generales que implica la sucesión universal en los términos expuestos, poner con anterioridad de manifiesto ante la Administración concedente de la ayuda los términos y efectos de la operación de reestructuración pretendida, interesando de forma expresa la oportuna modificación de la resolución de concesión que permita el cambio de titularidad.

Sin embargo, se echa de menos un régimen jurídico suficientemente preciso que permita a los beneficiarios conocer con antelación qué circunstancias han de concurrir para que se mantengan inalterables, a pesar de los cambios que conlleva la operación de reestructuración, las condiciones esenciales de la subvención, principalmente en cuanto a sus términos económicos, para diseñar en consecuencia la estrategia de reordenación más adecuada. Como consecuencia de ello, los operadores económicos que acuden a fórmulas de financiación pública a través de subvenciones no tienen en la actualidad seguridad jurídica sobre las consecuencias que podrían derivarse de una operación de fusión o escisión en las subvenciones concedidas.

Solo el Real Decreto 899/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los incentivos regionales, de desarrollo de la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, establece un régimen específico aplicable a las operaciones de reestructuración referidas:

«Artículo 41. Incidencias de la titularidad posteriores al fin de vigencia.

1. Todas las incidencias en la titularidad del beneficiario que afecten al proyecto producidas durante el período de cinco años siguientes a la fecha del fin de vigencia, si es una gran empresa, o de tres años si es una PYME, deberán comunicarse al órgano competente de la Comunidad Autónoma. La incidencia se resolverá por la Dirección General de Fondos Comunitarios.

2. Las incidencias se referirán a los casos de traspaso de la explotación o cualquier otra sobre la personalidad jurídica de la titular que afecte al proyecto, con posterioridad al fin de vigencia y que incluye, entre otros, los supuestos de transmisión, disolución, fusión, absorción, y escisión del titular de los incentivos. En el caso de escisión parcial, la parte del patrimonio social que se transmita dividida o segregue deberá formar una unidad econó-

mica que contenga el establecimiento objeto de la subvención, que no podrá ser segregado en ningún caso.

3. La resolución de la incidencia de transmisión recogerá la responsabilidad solidaria tanto de transmisor, titular de los incentivos, como del nuevo adquirente respecto del cumplimiento las condiciones pendientes teniendo en cuenta los plazos fijados respectivamente para el mantenimiento del empleo y para el mantenimiento de la inversión. Esta responsabilidad deberá ser aceptada expresamente por las dos sociedades.

4. Serán atribuidas a la nueva sociedad beneficiaria solidariamente con el anterior titular de los incentivos, las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las condiciones de los incentivos regionales con independencia del responsable del incumplimiento».

Ciertamente, el régimen expuesto es exclusivamente aplicable a ese tipo de ayudas con finalidad regional, sin que pueda ser extrapolado al previsto con carácter general por la LGS y su reglamento. Sin embargo, la fórmula de comunicación previa y régimen de responsabilidad tanto en caso de cumplimiento como de incumplimiento de condiciones permitiría valorar esta solución de forma positiva como regulación general en la materia. De hecho, el art. 41 del Reglamento de incentivos regionales hace expresa referencia a las operaciones de transmisión, disolución, fusión, absorción o escisión, previendo un procedimiento iniciado mediante comunicación de la incidencia que finaliza con una resolución, generando un escenario de tramitación que concede cierta seguridad a los operadores beneficiarios que afronten procesos de reestructuración.

Es, precisamente, el efecto de sucesión universal que prescribe la LME el que debe inspirar una modificación normativa para instaurar, con carácter general, un régimen que permita mantener inalterables en esencia las condiciones de las subvenciones, en todos aquellos supuestos en los que el cambio de titularidad nominal que se produce no altere sustancialmente los requisitos tenidos en cuenta en el momento de la concesión de la subvención, determinando una serie de criterios que prevean en qué supuestos se podría autorizar la subrogación en la subvención y en cuáles no.

3. MODO DE OPERAR LA TRANSMISIÓN O CAMBIO DE TITULAR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO SUBVENCIONAL

Considerando las distintas fases que atraviesa el procedimiento subvencional hasta su completa liquidación, resulta preciso analizar qué consecuencias produciría la operación de reorganización en cada una de ellas.

Todo procedimiento de subvención es iniciado de oficio mediante la oportuna convocatoria (art. 23 LGS) a la que concurren mediante la presentación

de la oportuna solicitud los interesados que pretenden adquirir la condición de beneficiarios.

La jurisprudencia ha sido unánime y rotunda a la hora de mantener la imposibilidad de transmitir la solicitud de una subvención aún no otorgada por la Administración competente con motivo de una operación de fusión o escisión. La doctrina reflejada en la sentencia de 23 de noviembre de 2006 (RC 1744/2004) y mantenida en la posterior de 18 de diciembre de 2006 (RC 4232/2004), es contundente al establecer que no puede hablarse de un derecho a la subvención con anterioridad a su otorgamiento, y sí de una mera expectativa a obtenerla.

Una vez concedida, habría que considerar las condiciones y requisitos de la subvención, caso por caso, para establecer un criterio razonable sobre los supuestos en que procedería la transmisión de la condición de beneficiario, descartando todos aquellos supuestos en los que las obligaciones inherentes a la subvención revistan el carácter de personalísimas, en el sentido de que solo pudieran ser cumplidas por el beneficiario original, al haber sido concedida la ayuda en atención a las circunstancias personales del beneficiario, esto es, como requisitos *intuitu personae*.

Este el criterio que mantiene la Intervención General de la Comunidad de Madrid en su Informe de 5 de mayo de 2001, referido a las incidencias en el cambio de personalidad jurídica de la empresa beneficiaria, para determinar, sustentando sus conclusiones en —entre otros— la opinión de la Abogacía General reflejada en el Dictamen de 10 de diciembre de 2003 (ref.: A.G. Economía 4/03), que no deben representar un obstáculo aquellas otras condiciones, ya sean objetivas o subjetivas, que no tengan la consideración de personalísimas. En este sentido, cabe la posibilidad de que concurren en la concesión circunstancias subjetivas como un determinado aumento de la capacidad productiva o un concreto incremento del patrimonio neto, que están por tanto vinculados a las particulares circunstancias de la sociedad solicitante de la ayuda, resultando en estos casos necesario examinar si se cumplen dichos requisitos por parte de la sociedad beneficiaria de las operaciones de fusión, escisión o segregación, pues no tienen carácter de requisitos *intuitu personae*.

Al margen de esos supuestos, nada puede obstaculizar las operaciones de modificación estructural de empresas que pretendan llevarse a cabo durante el proceso de ejecución del proyecto incentivado, y con menos sentido aún, cuando ha sido éste totalmente finalizado y se encuentre la subvención en un período en el que se exige el cumplimiento de determinados requisitos como el mantenimiento de un bien (inmueble o mueble) en su patrimonio o establecimiento, o de un número de empleados, ya sea éste generado con posterioridad a la concesión, o existente anteriormente.

Sea como fuere, resulta imprescindible, excepción hecha de la facultad de aceptación *a posteriori* que confiere el art. 86 RLGS, solicitar el cambio de titular o, en el mismo sentido, la oportuna modificación de la resolución de concesión por parte del beneficiario, exponiendo claramente las circunstancias concurrentes y los efectos de sucesión universal que se derivan con ocasión de la operación de modificación estructural. Esa instancia provocará la labor de comprobación por parte de la Administración competente en relación con el cumplimiento de las obligaciones exigidas a la entidad beneficiaria por la —pretendida— sociedad resultante, descartando obligaciones personalísimas que impedirían efectos de sucesión universal también en la subvención.

En este sentido, si para la concesión de la subvención resulta imprescindible acreditar la condición de PYME y ésta no se da en la sociedad resultante de la modificación estructural, no sería posible autorizar el cambio de titularidad o modificar en ese sentido la resolución de concesión. Por el contrario, si la condición de PYME fuese solo determinante de la cuantía de la ayuda, y la empresa resultante no mantuviera tal condición, el importe debería ser simplemente minorado en consecuencia.

Lo anterior lleva a concluir que habría que atender cada caso concreto habida cuenta de la casuística que pueda presentar cada subvención y las condiciones de la empresa beneficiaria.

4. RÉGIMEN ESTABLECIDO EN LA LCSP EN RELACIÓN CON LA SUCESIÓN DEL LICITADOR Y/O DEL CONTRATISTA

La vigente LCSP¹, al igual que el derogado TRLCSP², contemplan la problemática que nos ocupa distinguiendo entre dos supuestos: *i)* Cuando la sucesión se produce durante la tramitación del procedimiento de licitación y antes de la formalización del contrato y, por tanto, afecta a uno de los licitadores o, por el contrario; y *ii)* cuando la sucesión se produce tras la formalización del contrato y, por tanto, afecta al contratista.

El art. 98 LCSP regula los supuestos de sucesión del contratista, mientras que el art. 144 LCSP se ocupa de la sucesión en el procedimiento de licitación. Por tanto, dado que el articulado de la LCSP —en este punto— no sigue el

¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

² R.D. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 149 y 85).

orden procedimental lógico (licitación y adjudicación, y no a la inversa), invertiremos el orden de exposición.

A) Sucesión en el procedimiento de licitación. La sucesión producida en el seno del procedimiento de licitación tiene una regulación propia en el artículo 144 de la LCSP.

Como se deduce con claridad del art. 144 LCSP, una vez concluida una operación societaria como las mencionadas en la norma en una empresa licitadora o candidata, ocupará su posición la nueva empresa si reúne —y acredita ante el órgano de contratación— las condiciones de aptitud para contratar, esto es, la capacidad, la ausencia de prohibición de contratar y la acreditación de la solvencia o, en su caso, de la clasificación en las condiciones exigidas en los pliegos rectores de la licitación.

Ahora bien, como acertadamente recuerda la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Expediente 64/21), para la aplicación del art. 144 LCSP es preciso que la operación tenga eficacia jurídica frente a terceros, lo cual se produce a partir de la inscripción de la operación en el Registro Mercantil (LME: artículo 46.1 para la fusión, aplicable también a la escisión por el artículo 73.1, y artículo 89.2 para la cesión global).

Por último, la regulación del art. 144 LCSP debe ser completada con la del art. 69, apartado 8, párrafo segundo, para el supuesto de que la sucesión durante el procedimiento de licitación afecte a un licitador que concurra a la licitación formando parte de una unión temporal de empresas. En tal caso, cuando «[...] la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida».

B) Sucesión del contratista. Conforme al art. 98 LCSP la subrogación en los derechos y obligaciones frente a la Administración de quien ya es contratista, se producirá directamente en caso de fusión. Mientras que, en caso de escisión o transmisión del patrimonio o de ramas de actividad de una empresa, la subrogación se producirá siempre que, o bien la sucesora reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar y la solvencia exigida al acordarse la adjudicación; o bien ambas sociedades se responsabilicen solidariamente de la ejecución del contrato.

En caso de que estas circunstancias no pudieran producirse, ello conllevaría la resolución del contrato por culpa del adjudicatario. Aunque la ley menciona en este caso únicamente la ausencia de condiciones de solvencia, la resolución debería extenderse también a la ausencia del compromiso de responsabilidad solidaria, habida cuenta la configuración de ambos requisitos como alternativos.

Por último, como dispone el art. 98.2 LCSP, cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69. El cual, en su apartado 9, letra b), dispone que «[...] continuará la ejecución del contrato con la unión temporal adjudicataria. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida».

5. CONCLUSIÓN

El análisis expuesto pone de manifiesto la necesidad de abordar una reforma de la normativa general vigente en materia de subvenciones para regular concretamente los criterios que deberían regir el procedimiento de cambio de titular, al menos, en aquellos supuestos generados con motivo de modificaciones estructurales de sociedades, en los que opera efectivamente la sucesión universal en otros ámbitos (laboral, tributario, mercantil, civil).

A diferencia de la LGS, la LCSP sí regula con precisión y suficiente claridad los supuestos de sucesión empresarial (fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad) tanto durante el procedimiento de licitación como una vez que el contrato se ha formalizado y perfeccionado, concediendo a las sociedades plena seguridad jurídica. Salvando las distancias que existen entre subvenciones y contratos, consideramos que la solución articulada por la LCSP es perfectamente extrapolable al régimen de las subvenciones.

La regulación que al efecto establece la normativa vigente en materia de incentivos regionales podría servir de referencia para configurar el régimen general, estableciendo un procedimiento específico, sin perjuicio de permitir a la Administración competente el ejercicio de sus facultades para modular las condiciones atendiendo a la casuística que presenta la variedad de ayudas públicas existentes a través de las correspondientes bases reguladoras.

La inexistencia de este régimen normativo está provocando en la actualidad graves e injustos problemas a empresas beneficiarias de subvenciones que han cumplido escrupulosamente las condiciones de otorgamiento y por verse posteriormente envueltas en reestructuraciones societarias se exponen al riesgo del reintegro de la subvención

RELACIÓN CONCLUSIVA

REPARTO COMPETENCIAL Y PROCEDIMIENTOS

Marc Vilalta Reixach

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre la temática de la segunda sesión. A) La distribución de competencias en materia de subvenciones. B) Los procedimientos subvencionales. C) La incidencia de la inteligencia artificial en la tramitación y gestión de subvenciones. Bibliografía.

RESUMEN: El presente trabajo corresponde a la relación presentada en la sesión conclusiva del XVII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo (AEPDA), celebrada en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Se trata de una síntesis de las principales aportaciones planteadas en la segunda sesión, centrada en la distribución de competencias en materia de subvenciones y los procedimientos subvencionales.

PALABRAS CLAVE: subvenciones; distribución de competencias; procedimiento administrativo; proactividad; inteligencia artificial.

ABSTRACT: The present work corresponds to the paper presented in the concluding session of the XVII Congress of the Spanish Association of Professors of Administrative Law (AEPDA), held in the University Pablo de Olavide in Sevilla. This is a synthesis of the main contributions raised in the second session, focused on the distribution of powers and procedures in the field of subsidies.

KEY WORDS: subsidies; distribution of powers; administrative procedure; proactivity; artificial intelligence.

1. INTRODUCCIÓN

No hace falta insistir mucho en la importancia que los congresos académicos juegan en el desarrollo científico. En efecto, eventos como el Congreso anual de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo no sólo constituyen un espacio propicio de encuentro entre compañeros de profesión, sino que, sobre todo, permiten la divulgación y discusión crítica de las diferentes teorías e ideas.

Desde esta perspectiva, la relación conclusiva que se presenta a continuación pretende ser un breve compendio de los trabajos que se plantearon en la segunda sesión del Congreso de la mencionada Asociación, celebrado el pasado mes de febrero en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, y centrado en la celebración de los veinte años de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante, LGS).

En este sentido, lo primero que debemos de señalar es la dificultad de realizar esta tarea, por cuanto no resulta nada fácil sintetizar en unas pocas páginas la pluralidad y riqueza de argumentos que se expusieron en las ponencias y comunicaciones presentadas a esta segunda sesión, así como las ideas que se plantearon en los vivos debates posteriores. Es por ello que, ante la imposibilidad de hacer un análisis en profundidad de *todas* las aportaciones, como ya se ha apuntado, nos limitaremos a realizar una síntesis de los principales temas que se plantearon y de las conclusiones a las que podemos llegar.

2. SOBRE LA TEMÁTICA DE LA SEGUNDA SESIÓN

De todas formas, antes de pasar a hacer referencia a todas estas cuestiones, queríamos hacer una primera mención, muy breve, a los temas que centraron el debate durante dicha sesión de trabajo. Inicialmente, una vez que en la primera sesión del Congreso se había hecho referencia, con carácter general, a las diferentes técnicas de fomento, el objetivo de la segunda mesa, tal y como indicaba su nombre, era reflexionar sobre dos grandes ámbitos temáticos: por un lado, la distribución de competencias en materia de subvenciones y, por el otro, sobre los procedimientos subvencionales.

Ciertamente, se trata de dos temas habituales dentro de la metodología académica del Derecho Administrativo (Rodríguez de Santiago, 2016: 12), que tienen mucho que ver con el carácter formalista de nuestra legislación sobre subvenciones. Y es que, a diferencia de lo que ocurre con la legislación europea en materia de ayudas de Estado, centrada más en los efectos que producen las medidas de fomento sobre la competencia y el mercado, el carácter eminentemente formalista de nuestra LGS hace que debamos prestar mucha atención al *quién* y al *cómo* se otorgan y gestionan las subvenciones.

Ahora bien, sin perder de vista esta perspectiva, si analizamos los trabajos presentados a la segunda sesión del Congreso —un total de dos ponencias y nueve comunicaciones—, nos daremos cuenta de que, junto con las cuestiones tradicionales sobre distribución de competencias y procedimiento, el tema que, sin duda alguna, generó mayor interés fue el impacto de las nuevas tecnologías, y, muy especialmente, de la inteligencia artificial, en la gestión de las subvenciones.

En nuestra opinión, ello nos pone de relieve una primera conclusión importante. Y es que, a pesar de que en el XVII Congreso de la AEPDA nos hemos ocupado de analizar un tema tan «clásico», como pueden ser las subvenciones, la doctrina administrativista está también atenta a los imparable cambios tecnológicos —y sociales— que se están produciendo en nuestro entorno.

Lógicamente, las aproximaciones de los diferentes autores no siempre son coincidentes, pero, en nuestra opinión y tal como destacaba Eva Menéndez Sebastián en su ponencia «Los procedimientos subvencionales: de la burocracia a la inteligencia artificial; la tensión entre eficacia y garantía», merece la pena destacarse que dichos cambios no resultan en absoluto indiferentes a la doctrina administrativista.

Teniendo presente esta primera conclusión, podemos pasar a sistematizar las principales ideas que, desde nuestro punto de vista, se plantearon en la segunda sesión de trabajo del Congreso. Para ello, nos referiremos, de forma separada, a los dos ámbitos temáticos que ya hemos mencionado: por un lado, los trabajos relativos a la distribución de competencias en materia de subvenciones y, por el otro, aquellos centrados en el procedimiento subvencional.

A) LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SUBVENCIONES

El primer gran tema que se puso sobre la mesa fue el relativo a la distribución de competencias entre los diferentes niveles territoriales de gobierno en materia de subvenciones. Y es que, como subrayaba acertadamente Antonio Calonge Velázquez en su ponencia «El reparto y la conflictividad competencial», esta es una cuestión esencial, una verdadera piedra angular, en un Estado territorialmente descentralizado como el nuestro. Teniendo en cuenta, además, que el debate sobre la distribución competencial en materia de subvenciones —tal y como ocurre con otras muchas materias— está muy lejos de concluir (si es que alguna vez puede darse por concluso).

En este punto, a partir del minucioso repaso de la doctrina constitucional realizado por el profesor Calonge, querríamos destacar la crítica realizada a la utilización por parte del Estado de títulos competenciales transversales —como, por ejemplo, los previstos en los artículos 149.1.13 y 149.1.14 de la Constitu-

ción— para intervenir, incluso, en materias de competencia exclusiva autonómica. Y es que dichos preceptos acaban convirtiéndose en verdaderos títulos competenciales impropios, que permiten al Estado asumir la regulación de casi cualquier aspecto de las medidas de fomento en estos sectores. De manera que, muchas veces, las Comunidades Autónomas acaban siendo relegadas al papel de meros gestores o ejecutores de dichas medidas.

En el debate posterior a la presentación de la ponencia, se planteó la duda de por qué, a pesar de los intentos del máximo interprete constitucional para ir clarificando el reparto competencial en esta materia, hoy en día podemos seguir encontrando algunos supuestos en los que el Estado regula convocatorias de subvenciones que deberían quedar fuera de su ámbito de actuación.

Aunque pueda haber muchos motivos, seguramente una de las razones que, desde un punto de vista jurídico, nos ayudaría a explicar este fenómeno es el carácter eminentemente declarativo de muchas de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en esta materia. En efecto, para evitar los perjuicios a los terceros que hayan podido obtener la ayuda económica, dichos pronunciamientos no siempre acuerdan la nulidad de la subvención otorgada ilegalmente, sino que se limitan a reconocer la competencia controvertida, pero sin afectar las situaciones pretéritas ya consolidadas¹.

De ahí que, como se ha afirmado (Torres Pérez, 2012: 116), el Estado tenga pocos incentivos para ajustarse a la doctrina constitucional. A su vez, debe tenerse en cuenta que las Comunidades Autónomas tienen también pocos incentivos para plantear conflictos de competencias en estos ámbitos. No sólo por la mencionada percepción de falta de efectividad de una potencial sentencia declarativa de inconstitucionalidad, sino porque, aunque la inconstitucionalidad sea manifiesta, políticamente la impugnación de medidas de fomento puede ser valorada negativamente por el electorado, potenciales destinatarios de estas líneas de ayuda.

Lógicamente, si el Tribunal Constitucional fuera capaz de resolver de una forma más rápida, podría tener una mayor capacidad de incidir sobre subvenciones aún vigentes, esto es, antes de la completa ejecución de la ayuda. Lo que permitiría que, al no afectar situaciones de terceros ya plenamente consolidadas, pudiera pronunciarse más fácilmente sobre el alcance de la declaración de inconstitucionalidad.

Junto con las anteriores cuestiones, otro aspecto de interés al analizar la distribución de competencias en materia de subvenciones es la relativa a la

¹ Por poner solamente un ejemplo, podemos mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 179/2013, de 21 de octubre, que enjuiciaba la Resolución de 31 de agosto de 2012, de la Secretaría de Estado de Cultura, por la que se convocan ayudas a corporaciones locales para actividades culturales que fomenten la comunicación cultural, correspondientes al año 2012.

importancia de la gobernanza en determinadas políticas subvencionales. Es decir, de la participación de los diferentes actores afectados en el diseño de dichas políticas de fomento.

Aunque es cierto que esta cuestión no fue propiamente objeto de debate en el Congreso, sí que una de las comunicaciones presentadas a la segunda sesión de trabajo —en concreto, la comunicación de Carlos Padrós Reig, titulada «Organización administrativa e imparcialidad en la concesión de subvenciones culturales. La malograda experiencia del *Consell Nacional de la Cultura i de les Arts* en Cataluña»— abordaba esta problemática.

Dicha comunicación se centraba en la evolución del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes de Catalunya y nos daba una muestra del fracaso de dicho instrumento. Y es que, a pesar de que inicialmente pretendía configurarse como un órgano independiente, formado por representantes de la propia comunidad cultural, y que debía asumir importantes funciones a la hora de conceder subvenciones en esta materia, lo cierto es que las reformas posteriores han terminado por convertir este Consejo en un órgano menos plural y con un carácter meramente asesor o consultivo.

Pero, seguramente, estas mismas conclusiones serían extensibles a muchos otros muchos ámbitos. Por ejemplo, como hemos apuntado en alguna otra ocasión (Font i Llovet y Vilalta Reixach, 2022: 14-18), puede predicarse también de la gobernanza que se deriva del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia aprobado por el Gobierno español². A pesar de que este Plan fue calificado como un «proyecto de país», que requería de la colaboración de todas las Administraciones públicas, lo cierto es que, hasta ahora, la participación de los gobiernos autonómicos, y sobre todo, locales en dicho Plan ha resultado muy limitada; circunscribiéndose a su consideración como meros órganos ejecutores de inversiones.

A pesar de que algunas de las medidas previstas en el Plan de Recuperación (y de los PERTE subsiguientes), recaen directamente sobre ámbitos de indudable interés —y competencia— municipal (como la agenda urbana, la movilidad sostenible o la vivienda), los gobiernos locales y, en buena medida, también las Comunidades Autónomas, vieron reducida su participación a un simple trámite de consulta en el proceso de elaboración inicial del Plan o a la posibilidad de que sus representantes —mediante la intervención de la FEMP— asistan a las reuniones de la nueva Conferencia Sectorial del Plan de Recupe-

² Véase la Resolución de 29 de abril de 2021, de la Subsecretaría de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021, por el que se aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 103, de 30 de abril de 2021).

ración, Transformación y Resiliencia. Pero sin ninguna capacidad real de influir en su contenido.

B) LOS PROCEDIMIENTOS SUBVENCIONALES

El segundo gran tema de la mesa de trabajo fue el referido a los procedimientos subvencionales. Nuevamente, aquí nos encontramos con un tema relevante porque, como afirmaba Alba Nogueira López en su comunicación «¿El fin justifica los medios? Subvenciones y protección de personas vulnerables», en algunos supuestos el procedimiento puede convertirse en un verdadero agujero administrativo, especialmente profundo para los colectivos más vulnerables.

Al acercarnos a estas problemáticas, la primera idea que deberíamos mencionar es, de nuevo, el cuestionamiento de la competencia estatal para regular un procedimiento subvencional común. A pesar del pronunciamiento favorable del Tribunal Constitucional —por ejemplo, en la Sentencia núm. 130/2013, de 4 de junio—, tal y como afirmaba Antonio Calonge en su ponencia, resulta discutible la posibilidad que el Estado, amparándose en el artículo 149.1.18 CE, pueda regular, de manera abstracta y general, un procedimiento subvencional común.

No solo porque, tradicionalmente, éste se había considerado un procedimiento administrativo especial, por razón de la materia, sino también porque las subvenciones no se encuentran expresamente dentro de las materias previstas en el artículo 149.1.18 de la Constitución (como si ocurre con los contratos, las concesiones o la expropiación forzosa).

En cualquier caso, aceptando dicha competencia estatal, podríamos cuestionar también la extensión de las actuales bases estatales, que no sólo se encuentran recogidas en la Ley General de Subvenciones, sino también en su Reglamento de desarrollo del año 2006³, o, incluso, más recientemente, en un Real Decreto-Ley⁴.

Más allá de estas cuestiones generales, uno de los temas concretos objeto de atención en la segunda sesión del Congreso fue la relativa a la terminación convencional del procedimiento. En este punto, la comunicación presentada por Lucía Casado Casado, titulada «La terminación convencional del procedi-

³ Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

⁴ Véanse, por ejemplo, los artículos 60-62 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que establecen medidas de agilización de las subvenciones financiables con fondos europeos.

miento en materia de subvenciones: ¿una opción posible?», entendía que, aunque ni la mencionada LGS, ni su Reglamento, no prevean expresamente esta posibilidad, esta forma de terminación del procedimiento sí que sería aplicable, con carácter general, a las subvenciones por aplicación directa de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De hecho, en la comunicación se ponía de relieve como algunas pocas Comunidades Autónomas así lo han venido recogiendo en sus respectivos ordenamientos internos. Si bien es cierto que, a pesar de ello, en la práctica la terminación convencional parece tener una presencia testimonial en el ámbito subvencional, puesto que las bases de las diferentes convocatorias no recogen normalmente esta posibilidad.

C) LA INCIDENCIA DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA TRAMITACIÓN Y GESTIÓN DE SUBVENCIONES

De todas formas, como decíamos hace un momento, dentro de las cuestiones procedimentales, el tema que centró la mayor parte de las aportaciones a esta segunda sesión del Congreso fue el impacto de las nuevas tecnologías, y, sobre todo, de la inteligencia artificial, en la gestión de las subvenciones.

En este punto, la primera idea que destacan la gran mayoría de los trabajos presentados es la necesidad de actuar con todas las cautelas posibles. No solo porque, como apuntaba Eva M. Menéndez Sebastián en su ponencia, titulada «Los procedimientos subvencionales: de la burocracia a la IA: la tensión entre eficacia y garantía», no existe en nuestro sistema una regulación exhaustiva de la utilización de la IA en la Administración, sino también, y sobre todo, porque como afirmaba Martín María Razquín en su comunicación «Transparencia e inteligencia artificial en las subvenciones», la sustitución de la actuación humana por la inteligencia artificial no puede suponer una merma de garantías para las personas. De ahí que, necesariamente, todo sistema de inteligencia artificial tenga que ser sometido a control *ex ante* (en el diseño), durante (en la aplicación) y *ex post* (en los resultados), y que deban respetarse estrictamente los principios de igualdad y transparencia, así como la protección de datos personales.

Ahora bien, a pesar de estas lógicas cautelas, podemos afirmar que la perspectiva adoptada por los trabajos presentados a la segunda sesión del Congreso fue una visión claramente optimista. A pesar de que existan riesgos, los diferentes intervinientes coincidieron en considerar que la inteligencia artificial puede ser una buena herramienta para mejorar la prestación de los servicios públicos, en general, y de las subvenciones, en particular.

Y esta es, precisamente, otra de las ideas que querríamos destacar. Y es que, más allá de que en el ámbito de las subvenciones la inteligencia artificial pueda utilizarse como un instrumento de control muy eficaz —evitando posibles fraudes o fiscalizando la correcta ejecución de la subvención—, creemos que las nuevas tecnologías pueden servir, sobre todo, para facilitar la gestión pública y, en lo que hoy nos ocupa, la gestión de las subvenciones.

A tal efecto, los trabajos presentados a esta segunda sesión del Congreso nos dieron una muy buena muestra de algunas de estas potencialidades. Por ejemplo, las comunicaciones de Rubén Martínez Gutiérrez (titulada «Datos abiertos, IA y subvenciones: proactividad y control») o de Agustí Cerrillo Martínez y Clara Velasco Rico (titulada «Una persona como usted ha recibido esta subvención»), nos exponen el papel más proactivo que puede desarrollar la Administración Pública en esta materia, mediante la utilización de técnicas de inteligencia artificial.

Es cierto que, como afirmaba la profesora Menéndez Sebastián en su ponencia, en nuestro ordenamiento jurídico estamos aún muy lejos de poder hablar de un verdadero derecho de los ciudadanos a la utilización de la inteligencia artificial por parte de la Administración Pública. Pero también debe recordarse que el artículo 2 f) del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos, recoge como uno de los principios generales de actuación del sector público el principio de personalización y proactividad, entendido como la capacidad de las Administraciones Públicas para que, partiendo del conocimiento adquirido del usuario final del servicio, proporcione servicios precumplimentados y se anticipe a las posibles necesidades de los mismos.

Desde esta perspectiva, en la medida que la Administración dispone de una gran cantidad de datos, pueden desarrollarse fácilmente sistemas de alerta y aviso a las personas potencialmente interesadas en las convocatorias, puede personalizarse también la información en función del perfil de posibles beneficiarios o incluso, podría darse un paso más, y llegar a pensar en la posible concesión proactiva de subvenciones, sin necesidad de que éstas sean solicitadas por las personas interesadas. Como puede imaginarse, y como apuntaba la profesora Alba Nogueira en su comunicación, ello podría resultar especialmente útil a los colectivos más desfavorables, situados en una suerte de «vulnerabilidad administrativa» por falta de conocimientos o capacidades técnicas para acceder a muchas convocatorias de ayudas.

En definitiva, los trabajos presentados a la segunda sesión del Congreso nos pusieron claramente de relieve el importante papel que juega aún hoy en día la subvención. Por cuanto la consecución de determinadas políticas públicas, especialmente aquellas pensadas para los colectivos más desfavorecidos, puede naufragar si no dotamos a la Administración de instrumentos adecuados para ello.

BIBLIOGRAFÍA

- Font i Llovet, T. y Vilalta Reixach, M. (2022): «La lenta vuelta a la normalidad. Los gobiernos locales tras la pandemia...y ante los fondos NGEU», en *Anuario del Gobierno Local*, núm. 2021, p. 11-41.
- Rodríguez de Santiago, J. M.^a (2016): *Metodología del Derecho Administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Ed. Marcial Pons.
- Torres Pérez, A. (2012): *La proyección de la potestad subvencional sobre la distribución competencial. Análisis de la práctica estatal*, Instituto de Estudios Autonómicos-Generalitat de Cataluña, Barcelona.

TERCERA SESIÓN

PATOLOGÍAS Y CONTROLES

PONENCIAS

EL SISTEMA DE CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE SUBVENCIONES

Jorge Agudo González

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reflexiones sobre los elementos que estructuran el sistema de control económico-financiero. A) Controles continuos en los que los sujetos controlados son los mismos, cuyo objeto es similar y en los que los parámetros de control son semejantes. B) Sobre los órganos y los procedimientos de control. C) Consecuencias jurídicas de los controles. 3. Sobre la efectividad y las consecuencias no estrictamente jurídicas que se pueden derivar del sistema de control económico-financiero de subvenciones. A) Actitudes, incentivos y acicates que genera el sistema de controles. B) Necesidades y prospectiva de cambios ineludibles. Bibliografía.

RESUMEN: Este estudio aborda un análisis integrador y sistemático de los distintos tipos de controles económico-financieros en el marco de la actividad subvencional de la Administración, yendo desde los controles internos *ex ante* —función interventora— y *ex post* —control financiero— a los controles externos —TCu y OCEx de las CC.AA.—. El trabajo tiene una doble finalidad. A tal efecto, se organiza la exposición sobre la base de los elementos jurídicos comunes que estructuran y ordenan la función de control económico-financiero en cualquiera de sus variantes. Asimismo, la segunda parte se dedicará a inferir de qué modo un sistema tan profuso de controles puede incidir en la *praxis* de la actividad subvencional y, en última instancia, a valorar la efectividad del sistema de controles.

PALABRAS CLAVE: controles internos y externos; intervención; control financiero; Tribunal de Cuentas

ABSTRACT: This paper addresses an integrative and systematic analysis of the different types of economic-financial controls in the subsidies administrative activity area, taking into account both the internal ex ante controls —public accounting— and the external and ex post controls —financial controls— as well as the external controls —Court of Auditors and external control bodies of the Autonomous Communities—. For this purpose, it will be examined the common legal aspects that structure and set up the function of economic-financial control

in any of its variants. The reflections in this last part will be orientated to inferring whether such a profuse control system can influence the praxis of the subsidies administrative activity and, ultimately, to assess the global effectiveness of the control system.

KEY WORDS: internal and external supervisory controls, public accounting, financial control, Court of Auditors

1. INTRODUCCIÓN

La ponencia que presenté en el XVII Congreso de la AEPDA celebrado en la Universidad de Sevilla abordó el estudio de las funciones administrativas y jurisdiccionales de control económico-financiero cuyo objeto es la actividad subvencional de la Administración. Con esa referencia tan amplia analicé tanto el control que ejerce la propia Administración gestora y concedente de las subvenciones, como también, y especialmente, la función interventora y el control financiero de competencia de los órganos interventores, del mismo modo que los controles ejercidos por el Tribunal de Cuentas (TCu) —también con varias manifestaciones— o por los órganos de control externo (OCEx) de las CC.AA.

A pesar de haber sido una materia poco explorada por los administrativistas, las cuestiones con relevancia jurídico-administrativa que se plantean en este ámbito son muchas y algunas muy interesantes y complejas. En esta versión escrita de la ponencia, me veo obligado a sintetizar al máximo un texto mucho más largo y denso. No se espere aquí ni un análisis pormenorizado de cada una de esas cuestiones —demasiadas para un texto corto—, ni un estudio analítico integrador y sistemático completo como el que incorporaba la ponencia oral. En la ponencia abordé tres bloques de cuestiones. Comencé con un estudio sobre las bases constitucionales del sistema de control económico-financiero. A continuación, con una perspectiva sistemática, analicé los elementos jurídicos estructurantes del sistema de control económico-financiero en torno a la actividad subvencional. Por último, con una orientación más práctica y empírica, valoré los efectos positivos y negativos del sistema de control económico-financiero.

En esta publicación las limitaciones de espacio me llevan a que sólo pueda tratar sintéticamente algunas de las cuestiones planteadas en relación con el segundo y tercer bloques recién mencionados, probablemente, los menos explorados por los administrativistas. Más concretamente, enfocaré esta exposición como un análisis sumario de los distintos tipos de controles económico-financieros en materia subvencional prestando especial atención a los elementos más importantes que estructuran estos controles en cualquiera de sus manifestaciones¹, con la finalidad ulterior de valorar la efectividad del sistema.

¹ Sigo aquí la estructura que utilicé en J. Agudo González (2018: 123 y ss.).

2. REFLEXIONES SOBRE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL SISTEMA DE CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO

A) CONTROLES CONTINUOS EN LOS QUE LOS SUJETOS CONTROLADOS SON LOS MISMOS, CUYO OBJETO ES SIMILAR Y EN LOS QUE LOS PARÁMETROS DE CONTROL SON SEMEJANTES

A la vista del sistema de controles económico-financieros se puede llegar a la conclusión de si no estaremos incurriendo en una paradoja: ¿No existen demasiados órganos y mecanismos de control para controlar siempre lo mismo? Paso a hacer algunas consideraciones sobre este particular.

1) Sobre el objeto de control y los sujetos controlados.

Los distintos órganos de control interno *ex ante* —función interventora— y *ex post* —control financiero— y de control externo —TCu y OCEx de las CC.AA.— reiteran una y otra vez el mismo tipo de control respecto de los mismos sujetos y en relación con las mismas actuaciones administrativas —esto es, las del órgano sustantivo que tramita y concede las subvenciones o las del propio órgano de control interno—, así como en relación con las actuaciones de los beneficiarios y las entidades colaboradoras. El objeto del control se focaliza en las mismas decisiones, los mismos expedientes, los mismos informes..., y aunque el control pueda no presentar la misma forma, las cuestiones jurídicas subyacentes son las mismas.

La fiscalización y la intervención previa es un tipo de control netamente preventivo que se materializa en las distintas fases del control de gastos: autorización o aprobación, compromiso y concesión, reconocimiento y liquidación, orden de pago y pago material. Hasta la concesión de la subvención, el control del gasto se focaliza en la actuación administrativa a través del examen del expediente administrativo. Tras la concesión de la subvención —fases de reconocimiento, ordenación de pago y pago— el control se focaliza también en el beneficiario y en las entidades colaboradoras. La intervención en esta fase consiste en un análisis del expediente para comprobar si la documentación presentada por el beneficiario —y ya verificada por el órgano gestor concedente²— cumple con los requisitos necesarios para el reconocimiento de la obligación de pago, sin perjuicio de una ulterior intervención material.

² La función interventora de comprobación documental —típica función de intervención del art. 150.1 LGP— tiene un difícil deslinde con las actuaciones de comprobación del órgano gestor con el fin de verificar si el receptor de la subvención cumple con las cargas impuestas y satisface los fines y objetivos subvencionados (arts. 30-32 LGS). Mientras que a estos efectos el órgano gestor debe limitarse a verificar la justificación presentada por los beneficiarios, los

En los controles internos y *ex post*, que también son de competencia de los órganos interventores, de nuevo el control se focaliza en el órgano gestor y en el receptor, pero también en los propios órganos interventores que ejercieron el control interno *ex ante* y, como no, el objeto de control sigue siendo el mismo expediente administrativo. Pero es que lo mismo cabe decir respecto de la función de fiscalización del TCu —y de los (OCEX) de las CC.AA.—. Los controles externos se vuelven a centrar en la actuación de las Administraciones concedentes de las subvenciones —en su condición de cuentandantes—, pero también en los beneficiarios, revisando las cuentas rendidas ante el órgano gestor (art. 38 de la LFTCu).

Con la función jurisdiccional del TCu sucede otra vez exactamente lo mismo. El control de los «gestores de fondos públicos» incluye tanto a los cuentandantes públicos, como a toda persona que interviene en el proceso de la gestión o administración de fondos públicos, pero también a sujetos privados, incluyendo a los beneficiarios de subvenciones³. Los supuestos susceptibles de generar responsabilidad contable se enumeran en el art. 177 LGP (*idem* arts. 188 y 190.2.II TRLHL). Pues bien, esta relación de supuestos permite deducir sin dificultad que, nuevamente, el control se focaliza sobre la misma base documental que conforman los expedientes verificados en todos los anteriores controles, sin perjuicio, lógicamente, de que como en todo proceso jurisdiccional, el derecho a la prueba pueda generar nuevas evidencias.

En conclusión, los controles económico-financieros tienen a solaparse y a ser reiterativos tanto respecto a quién se controla, como en relación con qué se controla.

2) Sobre la articulación del juicio de contraste propio de toda forma de control⁴.

2.1) Sobre el control de la legalidad.

La concepción de la subvención como un acto modal ha sido determinante en la focalización del control económico-financiero en la regularidad jurídica tanto antes del otorgamiento de la subvención, como durante su ejecución y justificación. Esta conclusión tiene mucho que ver con el tipo de Administración en la que se basa la dogmática subvencional: una Administración que cumple con las normas que aplica y cuya legitimidad se fundamenta en la legalidad. No es casualidad, por tanto, que el control deba tender a corregir a la

interventores deben comprobar que esa documentación es la que soporta los registros contables y las cuentas o estados financieros.

³ La amplísima doctrina sobre legitimación pasiva en los procesos contables en Sentencias del TCu 7/2007, de 25 de abril, 3/2012 de 12 de febrero, 3/2015, de 9 de abril o 4/2016, de 29 de abril.

⁴ Me remito a J. Agudo González (2018: 39-40 y 412 y ss.) donde justifico esta afirmación.

Administración que se desvía de la legalidad. En el caso de las subvenciones, además, esta concepción de la Administración se instala sobre una base normativa tendencialmente densa, donde los programas normativos que aplica el órgano gestor tienden a estar bastante predeterminados. Si a ello se le añade la disposición de fondos públicos, esto significa que la normatividad aplicable incluye la vertiente presupuestaria y, por tanto, un ámbito mayor para el control de la legalidad.

El control de la legalidad, en definitiva, encuentra en este ámbito una fuente de contraste muy amplia y nutrida. Muchos momentos a lo largo de la relación jurídica subvencional en los que verificar las normas y las condiciones a cumplir, inducen a que los controles sean también muchos y que, además, estén centrados en si se vulneraron o no las normas de conducta —las estrictamente sustantivas y las de naturaleza presupuestaria—, así como las cargas impuestas conforme a ellas.

Desde luego que la construcción dogmática del acto subvencional y la concepción de una Administración sometida a la legalidad no excluye otros tipos de control. La LGS así lo demuestra. Ahora bien, sí que explica la centralidad que ha tenido la función interventora y la «colonización» del control de la legalidad en otros mecanismos de control que *a priori* pudieron ser pensados para fiscalizar la eficacia, la eficiencia y la economicidad de la actividad subvencional.

Pensando en la función interventora, la relevancia del control de la legalidad encuentra también su fundamento en otros conceptos explicativos como la distinción *ad intra* y *ad extra* o entre actuación impugnabile y no impugnabile. Como dogmáticamente es consustancial a la subvención el control del cumplimiento de la normatividad, y como ese control incluye una vertiente de control de gastos, es imprescindible configurar formas de control que articulen la fiscalización de la regularidad presupuestaria. Ahora bien, como convencionalmente se ha entendido que la legalidad presupuestaria tiene efectos internos y, por tanto, lo que tenga que ver con el control de gastos no se incluye entre las actuaciones impugnables, ha sido necesario potenciar un autocontrol de la legalidad que *a priori* no trascienda de la esfera interna.

Todos estos factores explican que la intensidad del control haya sido tradicionalmente bastante importante. En la modalidad de control pleno el interventor ha gozado de amplísimas potestades. El interventor ha podido censurar al órgano gestor tanto por cuestiones vinculadas con la gestión del gasto, como con otras estrictamente sustantivas⁵, con excepción de los aspectos de oportu-

⁵ X. Lazo Vitoria (2010: 17).

nidad⁶. No es difícil entender lo fácil que ha podido ser que un interventor estricto se haya podido inmiscuir en un control de fondo de la resolución. Las fricciones y las ineficiencias que esta amplia potestad de control ha generado, explican que, al menos en el ámbito subvencional, se vaya generalizando el control previo de requisitos básicos⁷. En este caso el control previo se limita a verificar una serie de requisitos tasados y no cualquier otra cuestión de legalidad. Si esto es así, entonces la conclusión podría ser que en unos casos la función interventora lleva a cabo un amplísimo juicio de contraste con la legalidad y en otros no tanto.

Sin embargo, el control de requisitos básicos se instaura pensando en la complementación del control vía control financiero posterior. Esto significa dos cosas; primera, que los controles financieros *ex post* también llevan a cabo un control de la legalidad tomando como normas de control toda la legalidad presupuestaria y sustantiva aplicable⁸; segunda, que la revisión plena de la legalidad ya *ex ante* o ya *ex ante* y *ex post* es requisito *sine qua non* del control interno. Aunque hay fórmulas para no reproducir el control⁹, en la práctica asistimos a una duplicación del control de toda la normatividad aplicable¹⁰. Lo más sorprendente es que controles cuya finalidad no era precisamente el control de legalidad, léase el control financiero permanente, también asumen esa función (art. 157 LGP). La intensidad de ese control dependerá de que sea previsto como complemento de la función interventora¹¹ o en su sustitu-

⁶ Así, se pronuncian el art. 8.2 RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, y con algún matiz en el art. 218.1 TRLHL. Igualmente, los Informes de la IGAE de 16 de mayo de 1988 y de 2 de octubre de 1997.

⁷ El Acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de mayo de 2008, dio aplicación a la posibilidad prevista en el art. 152.1 LGP. En la Administración estatal casi todas las subvenciones quedan sometidas a este régimen de control. En el ámbito municipal su aplicación requiere de un acuerdo del Pleno (art. 13.1 RD 424/2017).

⁸ El control financiero regulado en los arts. 44 y ss. LGS constituye una manifestación de lo que el art. 169 LGP califica como «auditoría de cumplimiento», es decir, aquella que «comprenderá la verificación selectiva de la adecuación a la legalidad», entre otras cuestiones, de la «gestión de subvenciones».

⁹ El control financiero *ex post* articulado mediante las técnicas de la auditoría puede sustituir (art. 148.II LGP) a la fiscalización e intervención previa.

¹⁰ El control financiero no se limita, como se deducía del derogado art. 21.1 RD 2188/1995, de 28 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la IGAE, a verificar «el grado de cumplimiento de la legalidad de los extremos no comprobados en la fiscalización o intervención». Ese control limitado se lleva a cabo ahora mediante el control financiero permanente. La regla general es que en caso de control de requisitos básicos es preciso un control pleno con posterioridad vía control financiero. En este sentido, también el art. 219.3 TRLHL y el art. 13.4.II RD 424/2017.

¹¹ El art. 159.1.a) LGP dispone que la «verificación del cumplimiento de la normativa y procedimientos aplicables a los aspectos de la gestión económica *a los que no se extiende la función interventora*».

ción¹², pero la regularidad jurídica y la identificación de responsabilidades son también sus objetivos¹³.

Por si fuera poco, cuando alzamos la mirada a los controles externos nos encontramos también con un control de legalidad similar. Así sucede tanto en lo que se refiere a la fiscalización de subvenciones a través de la denominada «fiscalización de regularidad»¹⁴, como en relación con la función jurisdiccional del TCu. En cuanto a esta última, la tipología de supuestos susceptibles de generar responsabilidad contable en materia de subvenciones en todo caso precisa de un control de la legalidad. Una interpretación conjunta de los arts. 15.1 y 38.1 LOTCu y 49.1 y 56.2 LFTCu permite afirmar que son tres los criterios determinantes de la generación de responsabilidades contables, a saber, (1) un menoscabo de fondos públicos, (2) que resulte o se desprenda de la cuenta por quien esté encargado legalmente de su manejo, y (3) con vulneración de la legislación. A estos efectos cabe preguntarse si la antijuridicidad del menoscabo a los fondos públicos se ha de fundamentar en una infracción de la legislación presupuestaria y contable o si también surgiría por la infracción de las normas reguladoras del régimen de las subvenciones. Ésta no es una cuestión pacífica¹⁵. A mi juicio la vulneración del régimen jurídico de las subvenciones puede generar responsabilidades contables; ahora bien, no cualquier vulneración, sino aquellas que tengan trascendencia económico-financiera y contable¹⁶.

2.2) El control de eficacia, eficiencia y economía.

No todos los controles económico-financieros operan del modo expuesto. En algún caso el control se articula con base en parámetros de eficacia, eficiencia o economía de la actuación administrativa, lo que requiere un juicio de contraste particular y, sobre todo, más difuso. El control toma como referencia

¹² Completando lo previsto en el art. 148.2, el art. 149.2.a) LGP encomienda al Consejo de Ministros acordar la aplicación del control financiero permanente en sustitución de la función interventora. Ésta es una tendencia que se constata en otras Administraciones. Por ejemplo, el art. 48.2 del Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de subvenciones de las Islas Baleares, establece que, «con carácter general, prevalecerán los controles posteriores a los previos».

¹³ Así la Sección 6.ª de la Resolución de la IGAE de 30 de julio de 2015, que dicta las instrucciones para el ejercicio del control financiero permanente, incorpora las actuaciones a realizar cuando se conozcan hechos que puedan ser constitutivos de infracción administrativa o dar lugar a responsabilidades contables.

¹⁴ Norma 7.ª de las Normas de Fiscalización del TCu, aprobadas en el Pleno de 23 de diciembre de 2013.

¹⁵ R. Rivero Ortega (2020: 163-164).

¹⁶ Así la STS de 31 de enero de 2007 (Rec. 5594/2001). En este asunto la responsabilidad era imputable a los perceptores, quienes fueron condenados penalmente por simular el cumplimiento. Como todo ello no impidió un ilícito desplazamiento de caudales públicos, también incurrieron en responsabilidades contables.

el cumplimiento de criterios de eficacia, eficiencia..., esto es, parámetros que gobiernan u orientan la actuación del sujeto controlado en ámbitos determinados. Cumplir con ellos implica un contraste con los criterios y objetivos de los planes estratégicos de subvenciones (art. 8 LGS) y con el plan anual de auditorías que aprueba la IGAE y sus correspondientes seguimientos (art. 49.1 LGS en relación con los arts. 160, 161, 165 y 166 LGP)¹⁷.

El resultado de ese juicio de contraste se concreta en reproches de la misma naturaleza que los parámetros de referencia que son empleados —se es nada, poco, algo o muy eficaz o eficiente— Esto pone de relieve la relatividad de la eficacia jurídica de este tipo de controles. En unos casos serán determinantes para eliminar ciertas líneas de subvención, en otros podrán plasmarse en mejoras en la gestión, también podrán concretarse en responsabilidades políticas a través de la rendición de cuentas, cuando no también entrará en juego el juicio de la opinión pública gracias a la publicación de los informes de control.

En cualquier caso, el control con base en estos parámetros tiene una relevancia francamente secundaria en el control económico-financiero de subvenciones. Esto no parece acorde con las bases constitucionales del sistema de control económico-financiero. La Constitución es bastante equilibrada a la hora de establecer los principios que informan el sistema de control económico-financiero entre aquellos que están orientados a salvaguardar la legalidad y aquellos otros dirigidos a optimizar la eficacia, la eficiencia o la economía. La Constitución insiste en la imprescindible vinculación a la ley y, por ello, demanda un control de observancia de la legalidad —los arts. 9.3 y 103.1 para el principio de legalidad en general, y el art. 134, para el principio de legalidad presupuestaria en particular—, pero coloca en términos igualmente exigentes un control de buena administración de los fondos públicos —arts. 134 a 136—.

Sin embargo, la realidad jurídica vigente es bastante diferente. Como ya he señalado, incluso los controles que habían sido pensados como una vía para articular ese tipo de control —los distintos controles financieros—, se han convertido en controles de la legalidad orientados a la detección de irregularidades y la imputación de responsabilidades. Esto no quiere decir que no puedan tener repercusiones en términos de eficacia y eficiencia. Ahora bien, que esto sea así no se debe al modo en que la LGS ha previsto ese tipo de controles, pues poco dice al respecto, sino gracias a la legislación presupuestaria¹⁸.

¹⁷ Para las Corporaciones locales, el art. 31 RD 424/2017.

¹⁸ El art. 220.2 TRLHL dispone que el control financiero, aparte del cumplimiento de la normativa, tiene como función informar «del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos». Igualmente, los arts. 34.1.º y 3.º RD 2188/1995 y 29.1.II RD 424/2017.

El control financiero permanente es el control que tiene mayor trascendencia a estos efectos. Su objeto es comprobar que el funcionamiento de la actividad económico-financiera se ajusta al ordenamiento jurídico y a los principios generales de buena gestión financiera [art. 159.1.b) o f) LGP]. La finalidad aquí, a diferencia de las auditorías de control financiero, es mejorar la gestión en su aspecto económico, financiero, presupuestario o contable, pero también organizativo y procedimental. El control financiero permanente está más enfocado a un control de eficacia y eficiencia, sin perjuicio del omnipresente control de legalidad.

Lo que llama la atención es que en materia de subvenciones el control financiero permanente tenga una relevancia tan escasa. Solamente se prevé este control respecto de los Planes Estratégicos de Subvenciones y de las bases reguladoras (D. Ad. 17.^a y art. 17.1.II LGS, respectivamente). Pasa, además, que, respecto a las bases reguladoras, este control no es en realidad un verdadero control financiero permanente. Su calificación como tal se debe más a la configuración actual de la función interventora en el art. 150 LGP¹⁹, que a cualquier otra circunstancia.

La verdadera trascendencia del control de eficacia, eficiencia y economía se prevé en el art. 15 RGS. El seguimiento de los Planes Estratégicos puede dar lugar a que las líneas de subvenciones que no alcancen «el nivel de consecución de objetivos deseado, o el que resulta adecuado al nivel de recursos invertidos, podrán ser modificadas o sustituidas por otras más eficaces y eficientes o, en su caso, podrán ser eliminadas». Sin duda que esta consecuencia es importante, pero poco más se puede derivar de la LGS y del RGS.

Otro tipo de control orientado a objetivos fijados en términos de eficacia, eficiencia y economía es la función fiscalización del TCu. El art. 9.1 LOTCu establece que la función fiscalizadora se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género. Cuando acudimos a los términos en que ha sido regulado el contenido de los informes y memorias de fiscalización, observamos que los resultados en términos de eficacia, eficiencia y economía tienen una dimensión relativa. Según el art. 14.1 LOTCu y el art. 3.c) LFTCu, los informes incluirán medidas a proponer, en su caso, para la mejora de la gestión económico-financiera²⁰.

¹⁹ Tanto es así, que en la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid, el art. 12.3.a) dispone que la función interventora también incluye: «La intervención previa de los expedientes de aprobación de las bases reguladoras».

²⁰ El art. 223.3. TRLHL insiste en esto mismo.

B) SOBRE LOS ÓRGANOS Y LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL

1) Sobre los órganos que tienen atribuida la función de control.

La función de control económico-financiero es ejercida por órganos cuya creación y naturaleza es diversa. Junto a órganos constitucionales de naturaleza jurisdiccional como el TCu, otros órganos con naturaleza administrativa comparten las funciones de control interno y externo. Todos estos órganos ostentan un estatuto jurídico que garantiza su neutralidad entendida en términos de independencia e imparcialidad²¹. Esa neutralidad es optimizable, yendo desde máximos impuestos constitucionalmente (*ex art. 136.3*), a otros inferiores establecidos por mandato legal en complemento del mínimo constitucionalmente exigido —el mandato de objetividad e imparcialidad del art. 103.1.º y 3.º—. Ese estatuto jurídico, unido a la especialización de sus funciones, es fundamental para la legitimidad del control.

Esta especial neutralidad de los órganos de control se materializa en dos vertientes que, a mi juicio, inciden en la duplicación de controles. Una, respecto de los sujetos controlados; desde esta perspectiva, los órganos de control económico-financiero no guardan una relación de jerarquía con los sujetos que controlan²². Otra, respecto a otros órganos de control, pues tampoco existe una relación jerárquica cuando un órgano de control se convierte en órgano controlado por otro órgano de control²³.

Que esas relaciones no sean de jerarquía explica que los controles económico-financieros no sean ni sustitutivos, ni correctivos del precedente. El control posterior no revoca o confirma al anterior, a modo de recurso. El con-

²¹ Lo que confirma la tendencial neutralidad de los órganos que ejercen funciones de control en cualquiera de sus manifestaciones: J. Agudo González (2018: 152 y ss.).

²² Los interventores ejercen su función «con plena autonomía respecto de las autoridades y demás entidades cuya gestión controle» (art. 140.2 LGP). A tales efectos, «gozarán de independencia funcional respecto de los titulares de los órganos cuya gestión controlen» (art. 144.2 LGP).

²³ Los casos de discrepancias frente a reparos de la intervención merecen algún matiz. En estos casos, la discrepancia es resuelta por el órgano superior —la IGAE frente a reparos de las intervenciones delegadas— o por el órgano del que la IGAE depende funcionalmente —el Consejo de Ministros—. Sin embargo, en la Administración local, ese matiz desaparece, pues la discrepancia la resuelve el órgano superior de la Corporación —el Alcalde— o el órgano representativo municipal —el Pleno—.

Respecto de los órganos de control externo habría que añadir también algo más. El TCu y los OCEX no mantienen relaciones de jerarquía entre sí, a pesar de que el TCu sea el supremo órgano fiscalizador. Tampoco guardan ese tipo de relación con los cuentandantes. Ahora bien, sí que ostentan el estatus de superioridad institucional y funcional que les dota su especial dependencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las CC.AA., y que justifica que los órganos gestores deban rendirles cuentas.

trol posterior se decanta por una posición u otra y a lo sumo da lugar a la convalidación de una irregularidad —caso de las discrepancias entre órgano gestor y órgano interventor—, pero como regla general o bien redunda o completa los controles precedentes —el control financiero sobre la función interventora; la función fiscalizadora sobre las dos anteriores...— Las singularidades funcionales y estatutarias de cada órgano de control y las particularidades de cada tipo de control hacen que, uno tras otro, cada órgano de control deba pronunciarse sobre las mismas cosas, eso sí, con una perspectiva y finalidades que ciertamente son algo distintas.

2) Sobre los procedimientos de control.

2.1) Los controles económico-financieros se articulan mediante procedimientos permanentes, sucesivos, complementarios y prolongados en el tiempo.

1.º) Son controles permanentes: los controles económico-financieros pueden ser preventivos o *ex ante* —fiscalización e intervención previa—, coetáneos o sincrónicos —control financiero permanente²⁴—, *ex post* —control financiero interno y fiscalización de los órganos externos, jurisdicción contable—. Los controles son anteriores a la iniciación misma del procedimiento, pero también se intercalan en la tramitación antes del otorgamiento de la subvención. Después de la concesión, los controles previos se reproducen con anterioridad al reconocimiento y liquidación de la obligación, a la ordenación del pago y al pago de la subvención. Pero es que después del pago, los procedimientos de control siguen posteriormente —control financiero, control financiero permanente, fiscalización externa—.

2.º) Son controles sucesivos: se prevén procedimientos que son consecuencia de la culminación de otro previo que es el que se fiscaliza a continuación; es decir, un procedimiento da lugar a otro y se encadena sucesivamente. La actuación del órgano gestor, de la función interventora y del beneficiario se revisa vía control financiero (art. 44 LGS). El informe de control financiero puede dar lugar a la revisión del acto o al reintegro (art. 51 LGS). Los procedimientos de reintegro y sancionadores, así como las resoluciones y acuerdos adoptados por el Alcalde o por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados por el interventor, son fiscalizados por el TCu (D. Ad. 1.ª LGS y art. 218.3 TRLHL). Todos los expedientes citados, así como los informes de fiscalización del TCu o de los OCEX, pueden dar lugar a la incoación de actuaciones previas y la eventual apertura de procedimiento de reintegro por alcance (arts. 45-47 LFTCu). En conclusión, el sometimiento a un tipo de control no impide, sino todo lo contrario, puede habilitar otro tipo de control:

²⁴ En la práctica las diferencias entre control financiero y control financiero permanente casi no existen, pues la funcionalidad del control permanente se viene concretando como un control *ex post*.

control del órgano gestor y función interventora; función interventora y control financiero; control financiero y función fiscalizadora; función fiscalizadora y función jurisdiccional. Lo más llamativo es que esta sucesión siempre tiene lugar con mayor o menor intensidad, con la salvedad de que, como no siempre habrá responsabilidades contables, no siempre intervendrá el TCu.

Un matiz relativo a la intensidad de la sucesión de controles que acabo de indicar. Sucede que el modo o la forma en que se practican los distintos controles puede suponer que esa concatenación de fiscalizaciones no exista o que sea parcial. Los controles administrativos *ex post* internos y externos son controles articulados mediante técnicas de auditoría y, por este motivo, son una actividad sistemática de control masivo, pero selectiva, que atiende a un objeto previamente definido por razones de los riesgos que se pretenden evitar, de las actuaciones en las que se considera en que esos riesgos están más patentes o de los ámbitos materiales en los que se presume que son más frecuentes. Son, por tanto, controles que dependen de que los planes y las programaciones de las auditorías seleccionen las áreas, las materias, los sujetos, incluso las franjas temporales a controlar y, en ese sentido, que justifiquen la muestra representativa que va a ser objeto de control. La conclusión es evidente: los controles *ex post* siempre existen, pero no siempre van a tener lugar sobre todos los asuntos intervenidos. Esto depende de la muestra seleccionada.

3.º) Son controles complementarios: los controles económico-financieros pueden ser perfectamente coetáneos y complementarios con otras formas de control no económico-financiero: reintegro, sanciones, fiscalización, responsabilidad contable, impugnación contencioso-administrativa, responsabilidad disciplinaria y penal. Esto es incluso trasladable al ámbito jurisdiccional contable, hasta el punto de que en materia de subvenciones la compatibilidad de procedimientos es exacerbante²⁵. El procedimiento de responsabilidad contable puede sustanciarse junto al procedimiento penal, al de reintegro previsto en el art. 37 y ss. LGS con impugnación en vía contencioso-administrativa, al sancionador *ex arts.* 52 y ss. de la misma ley, así como al procedimiento administrativo específico regulado en el art. 180.2 LGP para la exigencia de responsabilidad patrimonial en caso de ausencia de justificación prevista en el art. 177.1.e) LGP. Los motivos que justifican esa complementariedad son que el órgano de control competente es distinto, que la forma de control es diferente, que la finalidad que procura cada procedimiento no es exactamente la misma... aunque, en el fondo, como ya he insistido, la sustancia del control redundante sobre lo mismo y sobre los mismos.

4.º) Por último, son controles prolongados: el tiempo durante el cual los sujetos controlados pueden estar sometidos a procedimientos de control o a la

²⁵ F. Alonso Carbajo (2013: 123).

amenaza de incoación de un nuevo procedimiento de control es considerable. Este aspecto tiene varias derivadas. La primera relativa a la duración misma de algunos procedimientos de control. Algunos procedimientos administrativos de control económico-financiero tienen plazos de duración largos²⁶ o incorporan trámites especialmente dilatados²⁷. La segunda derivada tiene que ver con que el ejercicio de la función de control suele incidir en la tramitación del procedimiento administrativo que tienen que ver con su suspensión. La suspensión puede producirse de forma automática —motivada por la formulación de reparos— o facultativa —control financiero—, pero siempre asociada a la advertencia de medidas para corregir una irregularidad, o bien a la apertura del incidente respectivo para que sea resuelta la discrepancia de criterio entre el órgano interventor y el órgano gestor. La tercera y última manifestación es que la incoación del control puede producirse después de haberse realizado el pago de la subvención durante un plazo posterior de hasta cinco años. A los cuatro años prescribe el derecho de la Administración al reintegro (art. 39.1 LGS), pero hasta los cinco, como regla general, no prescribe la responsabilidad contable por alcance (D. Ad. 3.^a LFTCu²⁸). En este último caso, además, el apartado 3.^o de la D. Ad. 3.^a prevé la interrupción del plazo de prescripción en cuanto se haya iniciado cualquier actuación fiscalizadora, procedimiento fiscalizador, disciplinario, jurisdiccional o de otra naturaleza que tuviera por finalidad el examen de los hechos determinantes de la responsabilidad contable²⁹. Es decir, la prolongación de la prescripción puede alargarse de forma considerable por la permanencia y sucesión de los controles que ya conocemos.

²⁶ El mejor ejemplo son los 12 meses del plazo de caducidad del procedimiento de control financiero (art. 47 LGS), sin perjuicio de ampliaciones (apartado 7.^o), suspensiones (apartados 4.^o y 5.^o) y dilaciones no computables (apartado 8.^o). Sobre el cómputo del plazo, A. Bueno Armijo (2013 y 2017) expone críticamente un largo periplo jurisprudencial bastante confuso.

²⁷ La dilatación de los plazos ha sido un problema importante en la fase de comprobación de la justificación de la subvención. Ni la LGS, ni el RGS han previsto un plazo legal a esos efectos y no ha sido anormal que la Administración no proceda al reconocimiento de la deuda amparándose en la omisión legal. La STS de 6 de marzo de 2018 (Rec. 557/2017) ha insistido en que esa comprobación debe realizarse en un plazo «necesariamente breve», sin mayor concreción.

²⁸ La regla general es el plazo de prescripción de cinco años desde la fecha de la comisión de los hechos que causan la responsabilidad. Sin embargo, inmediatamente a continuación, el plazo se reduce a tres años para los casos en que las responsabilidades contables se hayan detectado en el examen y comprobación de cuentas o en cualquier procedimiento fiscalizador, así como para las declaradas por Sentencia firme.

²⁹ Esta regulación ha sido muy criticada porque la disposición establece como dato determinante de la interrupción el inicio de «cualquier actuación». Con la literalidad de la LFTCu en la mano, no sería preciso notificar ese evento a los presuntos responsables. A partir de la STS de 28 de febrero de 2013 (RJ 2013\3517) se advierte un cambio de criterio confirmado por las SSTS de 4 de febrero de 2014 (RC 3621/2012) o de 23 de diciembre de 2013 (RC 3465/2012). La nueva jurisprudencia exige, con carácter general, el conocimiento personal de cualquier procedimiento o actuación pública interruptora de la prescripción, en cuanto garantía que da satisfacción al principio de seguridad jurídica. La Sentencia matiza que el conocimiento de ese

C) CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS CONTROLES

1) Las consecuencias jurídicas derivadas de los controles económico-financieros pueden sintetizarse con base en varias consideraciones comunes, dejando a un lado, eso sí, la función jurisdiccional del TCu. Esos aspectos serían los siguientes: 1.^a) Los mecanismos de control económico-financiero de subvenciones se ejercen para advertir al órgano sustantivo de las irregularidades que se pongan de manifiesto, con el fin de que puedan ser corregidas, evitando así incurrir en eventuales responsabilidades; 2.^a) Dejando a un lado la jurisdicción contable, ninguna decisión de control tiene efectos vinculantes; en ningún caso se imponen al órgano gestor, de modo que su eficacia depende de su conformidad o de la ratificación por un órgano superior; y 3.^a) No obstante lo anterior, ninguno de los controles, a excepción de la jurisdicción contable, tiene efectos definitivos inmediatos. A diferencia de lo que sucede con los controles de legalidad impugnatorios, en los controles económico-financieros de las subvenciones el control de la legalidad no culmina con una declaración sobre la validez del acto. Este tipo de controles finaliza con pronunciamientos que atañen a la validez o a la exigibilidad de la subvención, pero que *per se* no son determinantes de la invalidez o de la eliminación del acto. En coherencia con la instrumentalidad que les caracteriza, esos pronunciamientos sólo tienen trascendencia jurídica real en la medida en que sean objeto de otros procedimientos, de competencia de los órganos sustantivos, en los que se dirima la validez o la eliminación de la subvención.

2) La función jurisdiccional del TCu merece alguna consideración aparte. El procedimiento de reintegro por alcance no es un mecanismo recursivo de control, sino que se articula por los trámites del juicio declarativo que corresponda a la cuantía del alcance (art. 73.2 LFTCu). Se trata de una acción puramente indemnizatoria³⁰ para reparar el menoscabo habido en los fondos públicos³¹. La jurisprudencia del TCu ha ido perfilando este tipo de responsabilidad como un tipo específico y autónomo tanto por su régimen jurídico propio, como por sus específicos elementos subjetivos, objetivos y formales³².

No les falta razón a quienes consideran que la responsabilidad contable no sólo procura el resarcimiento de daños al erario público, sino también «sancio-

dato puede producirse por dos vías: a) La notificación formal y personal; y b) Por virtud de cualquier otro hecho o circunstancia que permita formar la «razonable convicción» de que, efectivamente, se tuvo conocimiento.

³⁰ Sentencias del TCu 3/1995, de 9 de marzo, y 20/2009, de 29 de septiembre, entre otras muchas.

³¹ J. M. Suárez Robledano (2015: 49).

³² Por todas la Sentencia del TCu de 14/1996, de 20 de noviembre, o más recientemente, la Sentencia 11/2016, de 29 de junio. También las SSTS de 16 de octubre de 2008 (Rec. 4509/2006) o de 21 de julio de 2011 (Rec. 1018/2008).

nar» al gestor imprudente de los fondos públicos³³. En el fondo no se puede negar que la prevención de comportamientos inadecuados está tras la jurisdicción contable, pues como ha sido reiterado por la jurisprudencia del TCu, esta responsabilidad se funda en un plus de diligencia debida exigible a quienes manejan recursos públicos.

La segunda cuestión a la que quiero prestar atención en relación con esta función del TCu es la que tiene que ver con el alcance del control de la legalidad inherente a la responsabilidad contable. Una cosa es que la jurisdicción contable no pueda pronunciarse sobre la validez de las actuaciones de las Administraciones públicas, y otra que sus Sentencias no impliquen un pronunciamiento de conformidad con la legalidad con efectos limitados. Según el art. 47.2 LOTCu, «las Administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el TCu, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen»³⁴. Si para acceder al contencioso contable no es necesario ese presupuesto procesal, significa que la responsabilidad por alcance no depende de la previa impugnación de los propios actos. Si así fuera, la jurisdicción contable pasaría a ser totalmente dependiente del pronunciamiento que se hiciera en vía contenciosa-administrativa³⁵. Esto, además, sería incompatible con el art. 17.2 LOTCu, que habilita un juicio de legalidad con eficacia *incidenter tantum* meramente *inter partes*³⁶.

3. SOBRE LA EFECTIVIDAD Y LAS CONSECUENCIAS NO ESTRUCTIVAMENTE JURÍDICAS QUE SE PUEDEN DERIVAR DEL SISTEMA DE CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE SUBVENCIONES

A) ACTITUDES, INCENTIVOS Y ACICATES QUE GENERA EL SISTEMA DE CONTROLES

1) La primera consideración a este respecto la merece la función interventora. La impresión general es que su eficacia es bastante razonable, aunque es más alta cuanto mayor dimensión tiene la Administración controlada. Centrados en la Administración General del Estado se puede decir, en términos generales, que es bastante eficaz. Las memorias de la IGAE muestran que el número de reparos y discrepancias³⁷, así como de expedientes de omisión de

³³ Ésta es la tesis de R. Rivero Ortega (2020: 135 y ss.).

³⁴ Por ejemplo, la STS de 18 de marzo de 2010 (Rec. 3915/2006).

³⁵ P. Jiménez Rius (2017: 85).

³⁶ Por todas la STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 2/2006).

³⁷ Los informes de la IGAE en los años 2020 y 2021 son bastante parecidos. En 2020 se tramitaron 14.416 expedientes de subvenciones y, en 2021, un total de 16.727. Los informes, sin embargo, no dan los números desglosados por tipo de expedientes en caso de reparos y

fiscalización o intervención previa se producen en un porcentaje relativamente bajo de casos³⁸. Esto induce a pensar que los mecanismos de control cumplen su función.

Esta misma conclusión no creo que se pueda trasladar al ámbito local, sobre todo en municipios pequeños y medianos³⁹. Aquí creo que se pueden detectar varias actitudes ante el control. Por un lado, son habituales las opiniones de quienes, sobre todo en Corporaciones pequeñas, ponen de relieve que los interventores son especialmente celosos en el cumplimiento del control y tienden a suspender la tramitación de expedientes ante cualquier duda de legalidad. Que la prohibición de interferir en cuestiones de oportunidad haya sido expresamente acogida en la legislación de régimen local no es casualidad, pues tiene mucho que ver con los excesos en el ejercicio del control provocados por ese rigor excesivo. Ese especial celo en el cumplimiento puede tener que ver con una suerte de «patrimonialización» de los cargos por aquellos interventores de pequeñas localidades que con esa actitud mandan un «mensaje» a quienes están de paso en «su» Corporación como cargos electos. Pensemos, además, que en los municipios pequeños no es frecuente que se discrepe del interventor, ya que el depósito de conocimiento jurídico lo monopoliza el secretario-interventor.

Esta actitud también puede estar pensando en evitar responsabilidades. Puede haber interventores muy exigentes no por prurito controlador alguno, sino pensando en que en procedimientos de control posteriores puedan detectarse infracciones determinantes de responsabilidad⁴⁰. Con ese proceder, dejan constancia de la eventual irregularidad, exonerándoles de futuras responsabilidades (art. 179 LGP y art. 188 TRLHL).

La consecuencia más evidente de contar con un interventor tan riguroso es la suspensión permanente de los expedientes debido a los reparos. Esa actitud le puede granjear «animadversiones». Si el control paraliza la actuación municipal censurando determinadas decisiones, se puede generar una situación de

discrepancias. Para hacernos una idea general, téngase en cuenta que en 2020 se fiscalizaron un total de 201.759 expedientes y sólo se formularon reparo para 5.557; en 2021, para un total de 141.815 expedientes, hubo 5.027 reparos. El porcentaje es muy bajo.

³⁸ En cuanto a los expedientes de omisión de la fiscalización o intervención previa, los informes de 2021 mencionan sólo 8 expedientes, el 6% del total, frente a los 50, el 38%, en materia de servicios. Sin embargo, la cuantía total que representaban esos expedientes es, con diferencia, la más alta: 1.635.968.090 € frente a 16.030.649 € en materia de servicios, es decir, el 91% del total por razón de la cuantía.

³⁹ Las opiniones no trasladan esta misma apreciación a los grandes municipios. Piénsese que tienen una estructura de control mayor, sobre todo en los municipios de gran población, donde cuentan con su propia Intervención general municipal (art. 136 LBRL).

⁴⁰ Para R. Rivero Ortega (2021: 587) el solapamiento de intervenciones puede producir el llamado «efecto de enfriamiento», o de exceso de precaución en la gestión pública.

conflicto o de enfrentamiento con los cargos electos⁴¹ y estos pueden someter a los interventores a presiones para que pasen página, o bien «inducirles» a caer en actuaciones irregulares. Corrupción.

Lógicamente no siempre las cosas suceden así. También hay muchos municipios en los que los interventores no tienen medios para controlarlo todo y se puede decir que «hacen lo que pueden». No es tan infrecuente que el control no se ejerza adecuadamente ante la insuficiencia de medios, de personal y/o de tiempo del interventor o, incluso, por algo mucho más prosaico como es la pura comodidad, limitándose a hacer una verificación automática y superficial. Estas prácticas han servido para afirmar que en muchos casos más que de control se debería hablar de «apariencia de control»⁴².

Aquí se pueden detectar dos tipos de actitudes: 1.^a) Quienes mantienen un estándar normal de cumplimiento y presuponen consciente o inconscientemente que no están incurriendo en ningún tipo de irregularidad, aceptando implícitamente el riesgo de ser «pillados», entendiendo, además, que, en tal caso, podrán solventarlo sobrevenidamente. En esta forma de actuar tiene relevancia la estructura del sistema de control como una sucesión de controles. La previsión de un «control del control» puede debilitar el contenido y alcance de los controles previos. Puede inducir a quienes ejercen el primer control a que se relajen y confíen en las lagunas y deficiencias de los controles posteriores —«pero si nunca pasa nada»—, o bien ser conscientes de que pueden incurrir en ciertas irregularidades, pero como ya he dicho, no van a tener problema alguno para justificar y solventar la situación por tratarse de cosas que se perciben como menores —«ves, no pasó nada»—; y 2.^a) Quienes mantienen estándares bajos intencionadamente y, por tanto, claramente generadores de incumplimientos. El sistema debe tender a erradicar estos comportamientos. Esa actitud puede deberse a varios motivos. En primer lugar, como en todo grupo humano, hay sujetos que asumen formas de gestionar contrarias a la norma porque son muy efectivas para lograr los objetivos —el fin justifica los medios—⁴³. En segundo lugar, hay quienes buscan infringir la norma con fines espurios, poniendo gran empeño en el ocultamiento, la falsificación, el engaño..., para evitar ser «pillado». Es, sin duda, el tipo más peligroso para el sistema, pero intuyo que minoritario.

⁴¹ M. J. Fernández Domínguez (2018: 53-54).

⁴² F. J. Biosca López (2010) hace un relato desolador en esa dirección, pero con altas dosis de realismo.

⁴³ F. J. Biosca López (2010: 76) se refiere al «síndrome del habilitado», que lleva a algunos interventores a sentir a «su Ayuntamiento» de modo que pierden objetividad y pueden llegar a compartir o tolerar ciertas maneras de gestionar no adecuadas a la norma, pero positivas o efectivas para conseguir determinados fines.

2) A mi juicio el principal problema no se localiza tanto en la función interventora, como en los cargos electos con competencias sustantivas⁴⁴. Como en la legislación de régimen local la competencia para resolver las discrepancias recae generalmente en el Alcalde —o en el Pleno— y, además, son estos mismos órganos los competentes para resolver sobre el fondo —por no añadir que es también el propio Alcalde quien ostenta la condición de ordenador de pagos—, se produce una paradójica situación: el controlado se controla en última instancia a sí mismo⁴⁵ y habilita situaciones que no son infrecuentes como los «levantamientos» de reparo, aunque formalmente no se tramite un incidente en el que se resuelva la discrepancia, o bien las aprobaciones sin atender a reparos o sin resolver las discrepancias planteadas, cuando no resoluciones de discrepancias poco fundadas en Derecho⁴⁶.

En relación con estas prácticas, la tendencia a la limitación de los efectos suspensivos de los reparos desde luego no ayuda. Limita el sentido y eficacia del control interno, aunque también es cierto que la alternativa contraria tampoco parece que haya servido. El efecto suspensivo no ha sido algo insalvable para quien ha querido saltarse el reparo. El problema está en la acumulación de competencias en los mismos órganos. Por eso es relevante que el art. 15.6.º y 7.º RD 424/2017 prevea la obligación del órgano interventor de elevar al Pleno, con ocasión de la dación de cuenta de la liquidación del presupuesto, la relación de todas las resoluciones adoptadas por el Presidente de la corporación contrarias a sus reparos y que van a ser trasladadas al TCu —y a los OCEx—. Cosa distinta es que ya por falta de recursos humanos y/o por problemas de capacitación del personal, ya por falta de recursos materiales o por su mal funcionamiento —fundamentalmente de las nuevas tecnologías—, ya porque la composición del Pleno dificulte o imposibilite la aprobación y consecuente rendición de cuentas, los estudios muestran que el nivel de rendición de cuentas ha sido bastante insatisfactorio hasta fechas recientes⁴⁷. La puesta en marcha de la Plataforma de Rendición

⁴⁴ El ámbito local es en el que hay más cargos políticos procesados por alcance. En 2019 los cargos electos ocuparon la legitimación pasiva en el 70% de los casos conocidos por el TCu. En 2021, el porcentaje baja al 47,8%, frente al 73,9% de asuntos en los que el demandado ha sido un funcionario público o personal de la Administración (Marco Peñas: 2022: 379).

⁴⁵ Así, interventores municipales como J. J. Enríquez Mosquera (2019: 74).

⁴⁶ F. J. Fuertes López (2021) diferencia entre una discrepancia política y otra jurídica. En su opinión, hay bastantes ocasiones en las que nadie discrepa del reparo. Ahora bien, como es necesario continuar con la tramitación del expediente, «la discrepancia que se formula no tiene argumentos legales, sino políticos, de oportunidad y conveniencia; y esos son los que sirven para levantar el reparo».

⁴⁷ R. Fernández Llera y E. Morán Méndez (2017: 36-39) ponen de relieve niveles de cumplimiento muy variables según CC.AA., pero que, en el conjunto de toda España, ronda el 50%.

de Cuentas de las Entidades Locales puede ser la vía para zanjar el problema⁴⁸.

3) Otra cuestión importante relacionada con la función interventora es la desigual implantación de la modalidad de control de requisitos básicos. Tras la decisión del legislador de fomentar esta modalidad hay varias razones. La primera es evitar excesos en el control como los que ya he relatado. La segunda es reducir las consecuentes dilaciones indebidas derivadas de los reparos suspensivos. La tercera, y en parte consecuencia de todo lo anterior, es acelerar los procedimientos eliminando formalismos innecesarios y agilizando la tramitación con la implantación del expediente electrónico.

Esta modalidad de la función interventora genera un dilema, por tanto, entre debilitar la garantía de legalidad que supone el control interno previo pleno o promover la simplificación del control, reducir un formalismo excesivo y favorecer la celeridad con la reducción de trámites. En ese conflicto ha prevalecido fomentar una Administración eficaz y rápida. Esto es una realidad creciente en las Administraciones territoriales superiores, pero está costando mucho más en muchos municipios pequeños y medianos.

En las Corporaciones municipales la decisión de implementar el control de la intervención de requisitos básicos corresponde al Pleno. En muchos casos por desinformación y/o falta de conocimientos esta decisión no se toma. Esto ha supuesto que por defecto siga rigiendo la fiscalización plena. Para cierto tipo de interventores esto es positivo. Un interventor acomodado estará interesado en continuar con prácticas que domina, que le garantizan un control muy amplio sobre la actividad del Ayuntamiento y que, además, le resguarda ante posibles responsabilidades.

Defendiendo la continuidad de la intervención plena, no es infrecuente que haya quienes afirmen que allí donde se ha suprimido, la gestión se ha deteriorado y la tramitación administrativa ha perdido rigor y disciplina. Ya he mencionado que no se puede generalizar, pues la realidad de muchos municipios españoles no ha sido precisamente ésa. Además, por otro lado, no creo que sea necesario explicar que la intervención plena también produce incoherencias atribuibles a la disparidad de criterios de actuación, provocando un distinto alcance del control a pesar de tratarse de municipios similares. No es inaudita la situación en la que un Alcalde se queja de que en el municipio vecino a su homólogo el interventor «le deja hacer cosas» que a él «no le dejan».

⁴⁸ Los informes consultados muestran que el grado de cumplimiento de la obligación de remisión de la información a la que se refieren el art. 218.3 TRLHL, correspondiente al año 2016, es del 100% en los municipios de más de 50.000 habitantes y está en torno al 40% en los de menos de 1.000 habitantes.

Otros factores que influyen en el continuismo de esa dinámica es la falta de medios personales y técnicos. Poner en práctica el control de requisitos básicos implica reproducir el control pleno *a posteriori*, poniendo en marcha los controles financieros. La necesidad de apostar por un tipo de control *ex post* requiere formación, personal y medios técnicos. Es opinión generalizada que esto exige implantar definitivamente las nuevas tecnologías para automatizar el control⁴⁹, de modo que la mayor parte de las comprobaciones previas preceptivas sean realizadas por un sistema informático; aparte es preciso planificar y programar auditorías, digitalizar las auditorías, evaluar el control interno previo, hacer inspecciones materiales, emitir los informes respectivos, etc. Para muchos interventores municipales esto no solo significa más trabajo, sino un trabajo distinto y acumulado, pues son los mismos interventores quienes tienen que autoauditar⁵⁰. En buena lógica, esta transición a nuevas modalidades de control no sólo requiere formación y medios, sino también tiempo para ajustar el control de requisitos básicos con las auditorías posteriores y, finalmente, interiorizar una nueva filosofía de control⁵¹.

B) NECESIDADES Y PROSPECTIVA DE CAMBIOS INELUDIBLES

1) La reducción de la función interventora y la potenciación del control financiero ponen de relieve una importante transformación en el funcionamiento del control interno de subvenciones. Esa evolución se basa en una relación de complementariedad entre controles internos previos y posteriores. Aunque está previsto, y ya he comentado que hay una cierta predisposición a la sustitución de los controles *ex ante* por los controles *ex post*, hay que preguntarse hasta qué punto es contraproducente o positivo limitar la complementariedad de los mecanismos de control de subvenciones.

Estoy de acuerdo con quienes ponen en duda que *a priori* sea positivo establecer relaciones de prioridad o de preferencia temporal entre los tipos de controles económico-financieros⁵². A mi juicio para llegar a eso se deberían

⁴⁹ De acuerdo con lo previsto por el art. 152.3 LGP. Los arts. 5.3 y 13 bis RD 2188/1995 desarrollan el recurso a sistemas informáticos de gestión y lo mismo cabe decir de los arts. 6.7 y 30.1 RD 424/2017.

⁵⁰ En una pequeña Administración local lo habitual es que el secretario-interventor haga ambas cosas, generando una dualidad un tanto esquizofrénica. Esto no impide, como prevé la D. Ad. 4.ª.3 LGS, recurrir a empresas de auditoría.

⁵¹ Esta cuestión es especialmente técnica y sobre ella hay bastante literatura en la que se me permitirá no entrar. Las opiniones coinciden en que el futuro está enfocado a la implantación definitiva del modelo COSO de auditorías. COSO corresponde a las siglas en inglés de *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway*. Véase Instituto de Auditores Internos de España (2016): *Aplicación del Marco Integrado de Control Interno (COSO) en el Sector Público español* con un análisis de la operativa del modelo.

⁵² B. Sesma Sánchez (2005: 23-24).

dar tres circunstancias que entiendo son importantes para que el sistema de control sea más eficaz y eficiente: 1) La primera y fundamental es evitar que los sucesivos controles sean redundantes y que dupliquen esfuerzos. A base de reproducir los controles se ha conseguido una eficacia razonable en el control de la legalidad, pero obviamente con altos costes para las Administraciones y para los sujetos controlados; 2) Ser eficaz no debe consistir en penetrar cada vez más en los controles, una y otra vez. El sistema también debe ser eficiente. La clave ha de estar en cómo rentabilizar y reutilizar las actuaciones de control. Por este motivo, se debe desarrollar una concepción del control orientada a la coordinación. Para ello, hay que definir bien los riesgos a analizar y los objetivos a alcanzar en cada sede, homogeneizar métodos y técnicas de actuación, establecer semejantes deberes de colaboración entre los órganos de control y optimizar el acceso a la información⁵³, mejorar las relaciones entre los distintos mecanismos y órganos de control y utilizar las distintas conclusiones previamente extraídas por cada uno de ellos⁵⁴; y 3) Los modelos de control interno no complementarios suelen ser *a priori* menos eficaces si los pasos previos no se han desarrollado convenientemente. Por este motivo, la sustitución de unos controles por otros es el óptimo, el final del camino. Cuando una Administración cuenta con los medios personales y técnicos adecuados y cuenta con una estructura orgánica con personas bien formadas y con medios y tecnologías adecuadas; cuando se tiene un bagaje suficiente en la combinación de controles *ex ante* y *ex post*; cuando se ha ido ganando experiencia en la planificación y programación de controles financieros; cuando los mecanismos de coordinación entre controles previos y *a posteriori*, y también entre controles internos y externos, dan buenos resultados... Cuando todo esto sucede, entonces, el personal de la Administración posiblemente esté imbuido de un sentido de la responsabilidad que le haga estar listo para dejar de controlar o de ser controlado de una manera y controlar o que le controlen de otra, sin que eso afecte a los resultados.

2) La transformación del funcionamiento del control interno ha generado una importante confluencia con los objetivos y los procedimientos aplicados por la función fiscalizadora del TCu y de los OCEX, contribuyendo al solapamiento de controles⁵⁵. No sé si esto ayuda a superar el carácter secundario con que todavía me parece que se considera al TCu. El creciente protagonismo de

⁵³ Un avance es la Base de Datos Nacional de Subvenciones prevista en el art. 20 de la LGS.

⁵⁴ Esa deficiente regulación de los mecanismos de coordinación entre los sistemas de control de subvenciones se advierte en las relaciones entre los órganos de la IGAE y el TCu. La única vía de colaboración es la remisión de un informe anual sobre el seguimiento de los expedientes de reintegro y sancionadores de subvenciones (D. Ad. 1.ª LGS). Nada se dice sobre las actuaciones de control financiero o sobre la posibilidad de que el TCu tenga acceso directo e inmediato a dichos informes.

⁵⁵ G. Cuiñado Ausín (2018: 96-97).

los OCEX desde luego que afecta⁵⁶, pero también que el Tribunal venga siendo reemplazado en materias prototípicas de su actividad fiscalizadora mediante la creación de nuevos órganos y entidades de control como pueden ser la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal o la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación. Uno se pregunta por qué esas funciones no se encargan al TCu, invirtiendo los recursos en un Tribunal cuyo estatuto constitucional garantiza su independencia e imparcialidad.

A mi juicio, es necesario reforzar la posición del Tribunal con los medios necesarios y, desde luego, dotarle de las facultades necesarias, ya no diré como la Agencia Tributaria, pues no hablamos del control de ingresos, pero sí, al menos, igualar sus facultades con las de la IGAE⁵⁷, o como mínimo, reconocer la condición de autoridad al personal de la Sala de Fiscalización del Tribunal, del mismo modo que los interventores o los inspectores de la Agencia Tributaria.

Y en relación con la función jurisdiccional, es precisa una actualización y una vigorización de su función⁵⁸. Por ejemplo, es necesario eliminar procedimientos ya prácticamente inexistentes⁵⁹, potenciar la conexión entre la función fiscalizadora y la de enjuiciamiento⁶⁰ sin afectar a la independencia e impar-

⁵⁶ En la práctica los OCEX han sustituido al TCu en la función de fiscalización del sector público autonómico y local. Por este motivo, el TCu sólo viene elaborando un informe general anual respecto de las CC.AA. sin OCEX en cumplimiento del art. 13.1.b) de la LOTCu.

⁵⁷ Para paliar esa situación el TCu aprobó el 24 de febrero de 2011 la «Moción sobre el perfeccionamiento de la regulación legal del deber de colaboración de las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, con el TCu en el ejercicio de su función fiscalizadora, con la finalidad de mejorar la eficacia del control de la gestión económico-financiera del sector público por parte del Tribunal». No tuvo ninguna consecuencia.

⁵⁸ Según E. Marco Peñas (2022: 359), el número de asuntos conocidos por el TCu es muy bajo. En 2021 sólo 38 casos, en niveles similares a los años 2003 a 2008, 2014, 2018 y 2020 —donde el número de Sentencias va de los 23 del año 2003, a los 40 del año 2018—. El número máximo de Sentencias se produjo en 2016 (77). Como dato comparativo, el Tribunal Constitucional terminó 2022 con 151 Sentencias.

⁵⁹ Los obstáculos jurídicos detectados para exigir responsabilidad contable a través del juicio de cuentas han contribuido a que el TCu afianzara una noción amplia de «alcance» que ha integrado la mayoría de los supuestos regulados en el art. 177 LGP. Los juicios de cuentas son hoy casi inexistentes. J. M. Suárez Robledano (2018: 81) afirma que «ha devenido en reliquia legislativa».

⁶⁰ Es sorprendente que el porcentaje de procedimientos de reintegro por alcance que tienen su origen en los informes de fiscalización del TCu sea tan bajo. E. Marco Peñas (2022: 362-366) pone de relieve que, en 2021, solo el 13,2% de los asuntos tuvo ese origen. Este porcentaje es parecido al 14,9% de los años 2003-2018 o al 16,1% de 2019. Hay que destacar el creciente papel de los OCEX. En los años 2003-2018 el porcentaje de asuntos iniciados gracias a sus informes fue del 11%. Si entre los años 2019 y 2020 no se consideran los casos de los ERE —por su número y carácter extraordinario—, entonces se observa que el porcentaje es de 9,7% en 2019 y de un 7% en 2020. En 2021 ese porcentaje sube al 28,9%.

cialidad de los consejeros⁶¹ y, por qué no, repensar la legitimación activa con acciones en defensa de la legalidad presupuestaria, lo que obligaría, a su vez, a aclarar la relación con la Jurisdicción Contencioso-administrativa en defecto de un más penetrante e incisivo control judicial... Aquí también creo que se puede observar esa posición secundaria con la que se trata al TCu en el marco de los órganos jurisdiccionales. Esto es algo, sin embargo, que no atiende adecuadamente a la importancia de su jurisdicción. El TCu se ocupa de una vertiente de la práctica administrativa que sólo tangencial y puntualmente es abordada por los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo, y esto, merece dotarle de medios legales y administrativos apropiados.

3) Los solapamientos y las duplicidades de control, sin embargo, no han servido para mejorar con el mismo ímpetu el vigor de los controles de eficacia, eficiencia y economía. La eficacia en el control de la legalidad no implica necesariamente la eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos en los planes estratégicos de subvenciones. Tampoco significa maximizar la utilidad de los medios. El escaso protagonismo del control de eficacia, eficiencia y economía evidencia que no se pone el foco en cómo se emplean los fondos públicos y en si se cumplen los fines previstos. Esto no parece cuadrar con las bases constitucionales en las que se funda el sistema de controles económico-financieros.

Aquí surge la pregunta acerca de qué fines son lo que hay que fomentar con el control económico-financiero. ¿Es el fin último y principal la identificación de infracciones y el consiguiente restablecimiento de la legalidad, así como la condena a los responsables? ¿Lo es mejorar la buena administración de los fondos públicos?

La respuesta fácil sería decir que las dos cosas, no cabe duda. Más complicado me parece tener que establecer preferencias. Actualmente el *ranking* sería el siguiente: 1) La identificación de vulneraciones, el restablecimiento de la legalidad y la condena a reparar a los responsables; 2) El efecto preventivo derivado de la disuasión de eventuales responsabilidades con un potente sistema orientado a la identificación de irregularidades⁶²; 3) Mejorar la gestión.

⁶¹ La imparcialidad de los consejeros podría verse enturbiada si, tras haber intervenido en la fiscalización de una determinada materia, *a posteriori* debieran pronunciarse sobre los mismos asuntos como miembros de la Sala de Enjuiciamiento. Siguiendo a J. Medina Guijarro (2003: 93 y ss.), no puede decirse que exista una verdadera incidencia en la imparcialidad, ya por su limitada intervención en la función fiscalizadora —no participan en ella—, ya por las propias circunstancias diferenciales del procedimiento de fiscalización. Esta conclusión se correspondería, además, con la doctrina de la STEDH de 10 de mayo de 2007 (as. Tedesco v. Francia) recaída sobre la *Cour des Comptes* francesa.

⁶² R. Rivero Ortega (2021: 587), en relación con la función jurisdiccional del TCu, afirma que estamos «en presencia de mecanismos de prevención del comportamiento contrainstitucional de las personas que asumen la representación y acción de los poderes públicos». Entiendo

Un sistema centrado en la patología jurídica y en la sanción de los responsables, ¿acaso fomenta la buena administración? Desde luego puede disuadir, pero, como he mostrado, no favorece la buena administración necesariamente. De hecho, puede suponer un gravamen que fomente el celo en el ejercicio de las funciones y cuya consecuencia inmediata sea la ineficacia y la ineficiencia.

Pensemos ahora en un sistema de controles focalizado en mejorar la buena administración de los fondos públicos: ¿Implica la disminución de las irregularidades? No creo que sea concebible un sistema eficaz y eficiente de política subvencional que vulnere la legalidad presupuestaria. Resulta incompatible: un acto ilegal desde el punto de vista económico-financiero generalmente es un acto ineficiente económicamente. Ahora bien, es cierto que un control en términos de resultado puede significar no abordar tan minuciosamente la fiscalización de cada caso concreto. Si bien puede suponer que no se detecten o que se pasen por alto algunas irregularidades, también creo que no van a ser demasiado significativas en el plano cuantitativo y, desde luego, van a ser menores en el plano cualitativo —la gran mayoría serán, como sucede ahora, convalidables—. Es imposible que un sistema sea eficaz y eficiente sin un control exigente de las infracciones realmente graves a lo largo de la vida de la relación jurídica subvencional. De hecho, la coordinación y la sustitución de controles a la que antes he aludido, no se puede comprender sin atender a la dinámica operativa de los diferentes controles en la relación jurídica y, por ello, a la eficacia y a la eficiencia resultante del conjunto de todos ellos. Todo esto significa tomarse más en serio el control financiero y el control financiero permanente⁶³, así como la evaluación y seguimiento de los informes dictados en este ámbito⁶⁴.

que no hay ningún motivo para no ampliar esa misma afirmación a todos los controles económico-financieros.

⁶³ El control permanente de los planes estratégicos de subvenciones es muy mejorable. El Informe de la IGAE sobre planificación estratégica de subvenciones en el sector público estatal 2020 —último publicado en su web—, hace un estado de la cuestión con alguna consideración, pero nada realmente relevante. Lo mismo sucede si se acude al último informe del TCu publicado sobre este particular. El Informe de fiscalización de los planes estratégicos elaborados por los Ministerios del Área político-administrativa del Estado de 2017, pone de relieve las omisiones en la elaboración de los planes y poco más.

⁶⁴ En los arts. 161 y 166.3 LGP se regulan los planes de acción y el seguimiento de las medidas correctoras de los informes de control financiero y control financiero permanente. Los planes de acción deben prever medidas concretas a adoptar para subsanar las deficiencias, errores e incumplimientos relevantes puestos de manifiesto en aquellos informes. Esos planes son sometidos a evaluación de la IGAE. El último Informe general de la IGAE sobre los principales resultados de la ejecución de los planes de control financiero permanente y auditoría pública del ejercicio que está publicado en la web de la IGAE es, salvo error, de 2010. Si uno echa un vistazo a las conclusiones en materia de subvenciones son claramente poco incisivas. Se detecta alguna insuficiencia, alguna necesidad, pero, de nuevo, nada especialmente determinante.

Entendido así, creo que el sistema puede garantizar una aplicación bastante estricta de la legalidad. Analizar las fortalezas de los procedimientos, focalizar el control en irregularidades recurrentes, identificar nuevos riesgos, verificar el número y tipología final de vulneraciones a la normativa, evaluar la utilización de los medios y determinar si determinadas irregularidades inciden en empeorar la economocidad de los recursos, evaluar el grado de cumplimiento de los objetivos y la posible incidencia de eventuales irregularidades, revisar los procesos de actuación... y volver a empezar para seguir mejorando. Se impone generar procesos continuos para ajustar, adaptar y corregir la práctica administrativa, consolidando procesos cada vez más eficaces y eficientes, sin dejar de lado el control de la legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudo González, J. (2018): La función administrativa de control. Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa, Madrid, Civitas.
- Alonso Carbajo, F. (2013): «Extensión y límites de la jurisdicción contable en la Jurisprudencia», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 45.
- Biosca López, F. J. (2010): «La apariencia de control en la administración local por los habilitados estatales», en *Auditoría Pública*, núm. 52.
- Bueno Armijo, A. (2013): «Los efectos de la caducidad del procedimiento de control financiero de subvenciones sobre la potestad de reintegro», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 43.
- (2017): «De nuevo sobre la caducidad del procedimiento de control financiero de subvenciones y sus efectos sobre el reintegro. Nota a la STS de 2 de noviembre de 2016», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 55.
- Cuñado Ausín, G. (2018): «La integración de los controles sobre la actividad del sector público», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 58.
- Enríquez Mosquera, J. J. (2019): «Análisis crítico del reglamento de control interno de las entidades locales: aspectos positivos y negativos», en *Auditoría Pública*, núm. 73.
- Fernández Domínguez, M. J. (2018): «Novedades introducidas por el RD 424/2017 en el régimen jurídico del control interno de los entes locales», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 91.
- Fernández Llera, R. y E. Morán Méndez, E. (2017): «Presupuestos, cuentas y control externo del sector público local», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 89.
- Fuertes López, F. J. (2021): «Reparos de legalidad y omisión de fiscalización: ¿los mismos perros con diferentes collares?», en *El Derecho.com Tribuna*, 1-7-2021.

- Jiménez Rius, P. (2017): «La responsabilidad contable: modificaciones y mejoras imprescindibles», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 86.
- Lazo Vitoria, X. (2010): «El modelo de control interno del gasto público estatal. Propuestas de cambio», en *Fundación Alternativas*, documento de trabajo 156/2010.
- Marco Peñas, E. (2022): «Análisis del enjuiciamiento contable ante el TCu y el Tribunal Supremo», en A. Egea del Haro (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2022*, CIJA-UAM, Madrid.
- Medina Guijarro, J. (2003): «La independencia y la imparcialidad de la función jurisdiccional del TCu», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 15.
- Rivero Ortega, R. (2020): *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Madrid, Iustel.
- (2021): «Claves de la responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos», en *Ciencia Penal y generosidad. De lo mexicano a lo universal. Libro homenaje a Carlos Juan Manuel Daza Gómez*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.
- Sesma Sánchez, B. (2005): «El control financiero de subvenciones públicas en la nueva Ley General de Subvenciones», en *Auditoría Pública*, núm. 35.
- Suárez Robledano, J. M. (2015): «La rendición de cuentas como principio general del Derecho», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 50.
- (2018): «La Jurisdicción Contable: pasado, presente y futuro», en *Revista Española de Control Externo*, núm. 60.

CONFIANZA LEGÍTIMA Y REINTEGRO DE SUBVENCIONES

Manuel Fernández Salmerón

SUMARIO: 1. Introducción general. 2. Supuestos de convivencia del principio de confianza legítima con otros principios. Reintegros derivados de la oposición entre actuaciones heterogéneas. A) La generalizada irrelevancia del principio de confianza legítima frente a irregularidades cometidas en relación con la adjudicación o el cumplimiento de la ayuda. B) Estabilidad regulatoria, principio de confianza legítima y reintegro. C) Reintegros ordenados por incumplimiento de requisitos que debieron valorarse, preclusivamente, en un momento procedimental concreto. 3. Reintegro, confianza legítima, proporcionalidad e igualdad en casos de sucesión de actuaciones administrativas contradictorias homogéneas. A) Dos comportamientos sucesivos contradictorios sobre la procedencia del reintegro en el seno de la misma relación subvencional. Factores de proporcionalidad: plazos de intervalo entre pronunciamientos y preclusión de actuaciones, entre otros. B) Dos o más comportamientos contradictorios respecto de diversos expedientes de ayuda. Reintegro, discrecionalidad y precedente administrativo. 4. Consideraciones finales. Bibliografía.

RESUMEN: El trabajo afronta un estudio sobre el papel que puede jugar el principio de confianza legítima —y otros, como los de proporcionalidad e igualdad— en relación con las contradicciones experimentadas por la Administración Pública en el seno de los procedimientos de otorgamiento y control de ayudas públicas, dando como resultado el ejercicio de su potestad de reintegro.

PALABRAS CLAVE: ayudas públicas; reintegro; principio de confianza legítima; principio de proporcionalidad; principio de igualdad.

* Quiero hacer constar mi agradecimiento al Dr. César Cierco Seira, quien leyó amablemente el original, formulando sugerencias y proponiendo mejoras. Ninguna de las deficiencias de este trabajo puede, sin embargo, ser atribuida mas que a su autor.

ABSTRACT: The work faces a study on the role the legitimate expectations principle —and others such as proportionality and equality— can play regarding the contradictions experienced by Public Administrations within the framework of the procedures aimed to grant and control public subsidies and the ensuing refunds enforcement.

KEY WORDS: public subsidies; refund; legitimate expectations principle; proportionality; equality.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

Al igual que en el ejercicio formalizado de otras potestades y funciones públicas que pueden conllevar una carga aflictiva para los ciudadanos, los presupuestos y condiciones, tanto formales como temporales, para el ejercicio de la potestad de reintegro en materia de subvenciones, adquieren una importancia reduplicada. Asimismo, las resoluciones sobre reintegro han de evaluarse a la luz de otras precedentes e incluso del contexto cronológico en el que se insertan, toda vez que, de la confluencia con estas, podrían eventualmente alzarse obstáculos impositivos para su ejercicio válido.

El principal de estos obstáculos —al menos según indica su estadística de invocación en el contencioso-administrativo— parece ser el principio de confianza legítima. Ello puede deberse a que, al contrario que en otras potestades o funciones, en las subvenciones sucede que, una vez culminada la fase de adjudicación (de selección del beneficiario) e incluso de transferencia patrimonial efectiva que es su efecto natural, el procedimiento prosigue a lo largo de otra secuencia de actuaciones, que son sencillamente cruciales para la suerte definitiva del mencionado desplazamiento patrimonial. Tales actuaciones integran las que se han denominado —creemos que con acierto— fases «de control» y «de ultimación»¹.

Fruto, en muy buena medida, de esta articulación procedimental compleja de la potestad de fomento, diversas manifestaciones de la *seguridad jurídica* o de otros principios, como el de *proporcionalidad*, son elemento profusamente —y llamativamente— empleado por los recurrentes para articular argumentos técnicos frente a las resoluciones que ordenan reintegros (caso paradigmático del principio de *confianza legítima*). Al estudio de algunos de estos fenómenos nos aplicamos en las páginas que siguen.

¹ J. R. Chaves García (2019: 2; se ha manejado la versión electrónica de este trabajo).

2. SUPUESTOS DE CONVIVENCIA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA CON OTROS PRINCIPIOS. REINTEGROS DERIVADOS DE LA OPOSICIÓN ENTRE ACTUACIONES HETEROGÉNEAS

Por de pronto, diremos que las ayudas públicas no son ni mucho menos ajenas a la vigencia del principio de confianza legítima. El quicio del recurso al mismo radica en su empleo técnico adecuado, pues no resulta infrecuente un uso algo indiscriminado, ante situaciones que pueden repeler a la justicia material, sin reparar en la prioridad —en bastantes casos muy clara— que el de legalidad en sentido estricto u otros principios pueden tener para la resolución satisfactoria del caso.

A continuación, analizamos buena cantidad de hipótesis caracterizadas por la localización de una contradicción entre la orden de reintegro y otras actuaciones realizadas en el marco de la relación subvencional, en las que se intuye una situación de expectativas tutelables, pero en las que, a nuestro juicio, suele concurrir una prevalencia de otras motivaciones en orden a la prosperabilidad del recurso, no resultando siempre atendible la invocación de la confianza legítima, a pesar de que la práctica de algunos tribunales haya recurrido a ella como argumento de resolución. Lo característico de estos supuestos consiste en que la oposición detectada no opera entre dos resoluciones que evalúan la conformidad de los gastos o la ejecución de la ayuda. A estos otros casos nos dedicamos en un epígrafe sucesivo².

A) LA GENERALIZADA IRRELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA FRENTE A IRREGULARIDADES COMETIDAS EN RELACIÓN CON LA ADJUDICACIÓN O EL CUMPLIMIENTO DE LA AYUDA

El TS —y algunos tribunales territoriales— ha invocado el principio de confianza legítima para avalar la solución de no considerar procedente el reintegro ordenado, en caso de otorgamiento de la subvención aplicando criterios erróneos. La Administración Pública concede, pues, una ayuda; más adelante observa que ha aplicado erróneamente los criterios determinantes de su otorgamiento y, frente a ello, pretende ejercer la potestad de reintegro. Sobre el papel, es este ya un campo abonado para la aplicación del principio de confianza legítima, pues la reversión de la irregularidad congénita o la inidoneidad sobrevenida de una decisión anterior es uno de sus presupuestos.

² *Vid., infra*, 3.

Uno los escasos supuestos decididos favorablemente por el TS en este sentido es el contenido en la STS de 24 de febrero de 2003³. En él, el Ministerio de Agricultura pretendía el reintegro de primas por producción y comercialización de tabaco en rama, concedidas a una mercantil para el cultivo de una variedad que no estaba aún autorizada por las disposiciones de la organización común del mercado del tabaco en esa parte del territorio nacional (Álava). Asimismo, dos SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de octubre de 2016⁴, basándose en aquella, estiman el recurso de un beneficiario de ayudas concedidas por la Junta de Andalucía por paralización de buques de pesca, debido a que la acreditación de haber faenado los días exigidos en determinado período se llevó a cabo mediante el cruce de informaciones obtenidas a partir de procedimientos y sistemas no previstos en la orden de convocatoria (diarios de desembarque y notas de primera venta en lonja) e introducidos con posterioridad. Aun tratándose de casos heterogéneos, en ambos termina por existir un error de la Administración Pública en la adjudicación de la ayuda por inidoneidad de los beneficiarios⁵.

Ambos tribunales coinciden en que las órdenes de reintegro fueron acordadas sin una previa revisión de oficio de los actos de adjudicación, que era lo procedente a la vista de las irregularidades genéticas que ambos contenían y que, en consecuencia, para poder proceder al reintegro resultaba requisito previo insubsanable que dicha revisión se practicase y arrojase un resultado anulatorio de los respectivos actos de adjudicación. Hasta aquí nada nuevo. No obstante, en lugar de limitar sus fallos a la invocación del principio de legalidad (no cabe reintegro sin anulación previa del acto de adjudicación), ambos órganos jurisdiccionales apelan al principio de confianza legítima como refuerzo impositivo del reintegro directo practicado.

La llamada a la confianza legítima, por tentadora que fuese, resultaba, pues, superflua para resolver la situación y ello generaba ciertos problemas. El recurso a la confianza legítima, una vez que la cuestión litigiosa estaba resuelta remitiendo a los necesarios poderes revisores, podía generar una disfunción procesal, al suponer un pronunciamiento en cierto modo «prejudicial», en tanto que oponible a una eventual revisión de los actos de adjudicación que la entidad concedente decidiera practicar. En realidad, es frente a tal potestad que el principio de confianza puede tener alguna virtualidad, como herramienta capaz de ofrecer una consistente resistencia ante la vigencia del principio de legalidad, aun con severas limitaciones.

³ Rec. núm. 1134/1998.

⁴ Rec. núm. 570/2015. Para un caso muy similar, *vid.* la STSJ de Andalucía (Málaga), de 22 de septiembre de 2017 (Sent. núm. 1725/2017).

⁵ Es cierto que en el caso resuelto por la STS la ineptitud subjetiva era insubsanable, pero no en el resuelto por la STSJ de Andalucía y esto, como se verá seguidamente en el texto, tiene incidencia a la hora de acreditar la concurrencia del principio de confianza legítima.

Además, al invocar el principio resulta obligado un examen, aún incipiente, sobre su concurrencia en el caso, algo que ambos órganos judiciales omitieron clamorosamente y que, en algún caso, fue motivo de invocación por parte de algún magistrado disidente. En este sentido, es conocido que la eficacia del principio frente al ejercicio de potestades de autotutela revisora está sometida a ciertos límites. Para que la confianza legítima se imponga al principio de legalidad, es necesario que el beneficiario no fuera conocedor de la ilegalidad de la actuación administrativa, algo dudoso en alguno de los supuestos estudiados, sobre todo el resuelto por el TS, que ha enfatizado la necesaria diligencia en el conocimiento del ordenamiento⁶.

En este sentido, el Derecho aplicable, si es claro y rotundo, debe prevalecer sobre cualquier inercia administrativa como posible fuente generadora de confianza. Así, se descarta que el silencio frente a una solicitud de ampliación del plazo de justificación de la ayuda, formulada por un beneficiario, pueda conducir a una violación del principio de confianza legítima y, en consecuencia, a una anulación de la orden de reintegro⁷. Todavía en menor medida —puntualiza el tribunal— cuando existen datos normativos inequívocos (reglados) sobre las condiciones de ejecución de la subvención, en lo atinente al elemento temporal⁸.

En cambio, cuando las condiciones de ejecución de la ayuda permiten un margen interpretativo, se extrema la protección de la confianza depositada por el beneficiario ante los vaivenes de la Administración Pública⁹. Ahora bien,

⁶ J. García Luengo (2010: 133-134). La invocación por los beneficiarios del principio de la confianza legítima ante al hecho de que la Administración Pública no hubiera requerido la cumplimentación de un requisito normativo hasta el mismo expediente de reintegro es rechazada por los tribunales. Cfr., entre otras, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 21 de julio de 2020 (Rec. núm. 816/2019), en relación con el requisito previsto en los arts. 31.3 LGS y 72.2 f° RGS. En otras ocasiones, aun huyendo de la fundamentación en el principio de confianza legítima, algunas sentencias amparan incumplimientos normativos por los beneficiarios en la ejecución de las ayudas, si aquellos han sido interpretados de modo rigorista por la Administración Pública o no se había informado de ello a los perceptores [STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de mayo de 2019 (Sent. núm. 162/2019)].

⁷ El TS niega, con carácter general, que los simples comportamientos puedan generar una confianza. Por el contrario, esta debe fundarse en actuaciones consistentes, terminantes, etc. En cambio, el principio de autovinculación (regla «*venire contra factum proprium...*») sí parece poder partir de meros comportamientos y, por ello, con significación tácita. Sobre esto, entre varias, las SSAN de 17 mayo de 2010 (Rec. núm. 284/2008; FJ 6.º) o 12 de junio de 2014 (Rec. núm. 773/2012).

⁸ Extraíbles, entre otros, de lo dispuesto en el art. 31.2 LGS. Las bases aplicables al caso se limitaban a reiterar esta misma disposición legal.

⁹ Así, determina la anulación de una orden de reintegro el hecho de que, siendo dudosa la interpretación sobre la naturaleza y el alcance de las obras subvencionables, la Administración haya consentido tácitamente en ellas en varias fases de la relación [SSTSJ de Asturias, de 23 de abril de 2018 (Sents. núms. 326, 330, 331, 332, 333 y 334/2018)]. Con similar orientación, la STSJ de Andalucía (Sevilla), de 21 de marzo de 2018 (Sent. núm. 293/2018). Con similar al-

que el conocimiento prolongado e inerte de la Administración Pública acerca de que concurren condiciones claras de incumplimiento, no genere una confianza protegible de cara a impedir la oportuna orden de reintegro, no impide que, por el contrario, sí vede la invocación por el ente concedente de cualquier motivo de reintegro que resulte incompatible con la conducta seguida por el beneficiario y la situación generada por dicho comportamiento inerte¹⁰.

B) ESTABILIDAD REGULATORIA, PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y REINTEGRO

Del mismo modo que venimos comprobando cómo, a pesar de un contexto muy favorable a su invocación, la aplicación del principio ahora analizado puede no encontrar justificación suficiente, debiendo tener preferencia los principios de legalidad —en sentido estricto— o autovinculación para resolver el conflicto a favor del beneficiario, podría no ser la confianza legítima la que otorgara cobertura a aquel sobre quien se ordena un reintegro parcial, fundamentado en que la norma en que se amparaba esa línea de ayudas ha sido derogada.

Es cierto que uno de los aspectos más fecundos, teóricamente, de este principio se encuentra, precisamente, en su virtualidad frente a los cambios normativos repentinos o inesperados y la llamada «inestabilidad regulatoria». No obstante, no resulta preciso entrar en el estudio de la procedencia de aplicar el principio en cuestión, una vez que la controversia puede, nuevamente, resolverse de modo más sencillo y técnicamente ajustado.

En el caso resuelto por la STSJ de Castilla y León de 21 de enero de 2019¹¹ se discute la orden de reintegro dada por la Comunidad Autónoma a una sociedad municipal de suelo, en relación con una ayuda, otorgada en 2010, destinada a financiar una actuación en materia de vivienda protegida. La be-

cance, la STSJ de Madrid, de 27 de febrero de 2018 (Sent. núm. 102/2018). No obstante, esta cuestión del margen interpretativo de las disposiciones reguladoras de subvenciones lo abordaremos sucesivamente (*infra*, 3.B), al estar relacionada con el juego de la discrecionalidad.

¹⁰ SAN de 27 de octubre de 2015 (Sent. núm. 100/2015), confirmada por la STS de 13 de marzo de 2019 (Sent. núm. 331/2019). En aquella se estima el recurso de un beneficiario frente a una orden de reintegro motivada en el traslado de buques a un caladero distinto del previsto en la convocatoria, traslado que fue oportunamente advertido a la Administración Pública y que no permite, en consecuencia, que el reintegro se ampare en la causa prevista en el art. 37.1 a LGS («Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido»). Para otros tribunales, el conocimiento prolongado y silente de un gasto por la Administración, sencillamente, no permite su posterior invocación como causa de reintegro, al amparo del principio de confianza legítima [STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 16 de diciembre de 2014 (Sent. núm. 2596/2014)]. En sentido similar, en relación con una prórroga del plazo, la SAN de 8 de octubre de 2008 (Rec. núm. 49/2007).

¹¹ Sent. núm. 54/2019.

neficiaria había ido realizando las obras y justificándolas mediante la presentación de las correspondientes certificaciones parciales al ente financiador, que emitió los certificados de conformidad correspondientes. A finales de 2014, la Comunidad Autónoma emanó una resolución en la que declaraba liquidada la relación subvencional, dando por buenos y aplicados los importes transferidos y justificados y estableciendo que, como consecuencia de la supresión de la cobertura normativa de las ayudas, no se transferiría el resto de los fondos concedidos¹². A pesar de ello, en marzo de 2017 se dictó resolución declarativa de incumplimiento y por la que se ordenaba el reintegro de las cantidades entregadas.

Esta orden de reintegro se fundaba en dos razones, incumplimiento de plazos y eliminación de las ayudas por vía normativa. Por una parte, la contradicción con las resoluciones precedentes por las que se daba conformidad a la justificación realizada mediante las certificaciones parciales de obra, así como con la resolución final de liquidación de la ayuda que venía a confirmar los extremos mencionados. A pesar de que no se trata este del principal argumento estimatorio, el órgano jurisdiccional califica las resoluciones de conformidad y la liquidación como auténticos «actos declarativos de derechos», frente a cuya contradicción por la resolución de incumplimiento y reintegro debía alzarse, de algún modo, el principio de confianza legítima, lo que, en buena medida, erige este pronunciamiento en rareza¹³. A pesar de ello, la doctrina más autorizada ya había empleado un tratamiento paralelo, como actos declarativos de derechos, para los de otorgamiento, frente a su pretendida afectación retroactiva por parte de disposiciones revocatorias¹⁴.

Por otra parte, el argumento central fue, no obstante, de orden normativo, de modo que la sentencia niega, directamente, que una cláusula como la disposición adicional 2.^a de la Ley 4/2013, de 4 de junio, pueda interpretarse en el sentido de que alcance, en su eficacia supresora, a liquidaciones de ayudas

¹² La norma que suprimía las ayudas era la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de cuyo tenor no parecía poder derivarse, sin más, una retroactividad absoluta y expresa, como el propio Ministerio de Fomento aclaró en una nota interpretativa (*vid. su disp. adic. 2.^a*). Sobre esta disposición, en sus apartados *a* y *b*, recayeron varias sentencias del TC en relación, precisamente, con una posible vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (SSTC 216/2015, de 22 de octubre; 51/2018, de 10 de mayo y 56/2018, de 24 de mayo), con resultado desestimatorio. Sobre las mismas, puede consultarse Begoña Crespo Hidalgo (2018: *in toto*).

¹³ *Vid. infra*, 3. Algo que se opone frontalmente a la jurisprudencia del TS, incluso anterior a la LGS, que señala que ni el acto de otorgamiento de la subvención, ni el de conformidad con la justificación, son actos declarativos de derechos. Así, entre otras, en STS de 16 de septiembre de 2002 (Rec. núm. 7242/1997).

¹⁴ El debate puede encontrarse bien fundamentado en G. Fernández Farreres (1987: 48-63).

practicadas, como la del caso, antes de su entrada en vigor¹⁵. Cuestión distinta, en principio, se hubiera planteado si la cancelación normativa hubiera afectado a ayudas sucesivas y, por lo tanto, ni convocadas ni liquidadas, que ya quedarían suprimidas en virtud de la eficacia prospectiva natural de la norma. Aquí podría haberse evaluado la virtualidad de una eventual invocación del principio de confianza legítima realmente vinculado a la «estabilidad regulatoria»¹⁶.

Se observa, pues, nuevamente cómo las apelaciones al principio de confianza legítima por parte de los tribunales, en casos de prosperabilidad de la acción del recurrente, adquieren un valor, en absoluto carente de significación, pero en el caso concreto meramente subsidiario frente a aplicaciones, más o menos elaboradas, del principio estricto de legalidad.

C) REINTEGROS ORDENADOS POR INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS QUE DEBIERON VALORARSE, PRECLUSIVAMENTE, EN UN MOMENTO PROCEDIMENTAL CONCRETO

Aunque no se trata, nuevamente, de una aplicación técnicamente ajustada del principio examinado, este resulta con relativa frecuencia invocado como medio de defensa frente a resoluciones de reintegro que, sencillamente, se desvían de las causas habilitantes previstas en el art. 37 LGS y normativa concordante. Como sucede en muchos otros procedimientos complejos, las distintas fases o actuaciones concatenadas en el procedimiento subvencional tienen carácter preclusivo¹⁷.

Esto significa que cada fase va cerrándose al concluir y no puede ser revisada a discreción de la Administración Pública, precisamente como una exigencia de la seguridad jurídica, que parece incompatible con la incesante provisionalidad de cualquier decisión pública. Esta idea de preclusión remitiría a la imposibilidad de que la Administración Pública pretenda la reapertura de cuestiones fuera de la secuencia en la que estas debían haberse definido. Ex-

¹⁵ FJ 7.º.

¹⁶ Existiría un supuesto intermedio, el de la llamada «retroactividad impropia». Lo cierto es, sin embargo, que la protección de una confianza de los ciudadanos, manifestada en la resistencia a la modificación de una regulación, tanto *pro futuro* como respecto de supuestos ya verificados, aunque no agotados en sus efectos, es negada por diversos autores. J. García Luenigo (2002: 204-236), indica que, por una parte, el problema es reconducible siempre a la doctrina de la retroactividad, dado que el constituyente ya ponderó el valor «seguridad jurídica» al diseñar el art. 9.3 CE y que, por otra, una solución contraria supondría, en buena medida, radicar el poder de configuración del ordenamiento presente en generaciones pretéritas.

¹⁷ Esta idea late, nuevamente, en la concepción de la secuencia subvencional como integrada por diversas fases autónomas.

pirado ese lapso, solo quedará espacio, en su caso, para el juego de la autotutela decisoria¹⁸.

De nuevo, el principio de confianza tiene —a pesar de su abundante invocación— un papel muy escaso que jugar en detrimento de la pura legalidad. En suma, no cabría ordenar un reintegro fuera de las causas taxativamente dispuestas en el ordenamiento jurídico. No obstante, esta doctrina, aplicada por varios tribunales contencioso-administrativos, ha conducido a estimar recursos contra resoluciones de reintegro ordenadas por entidades concedentes, anulándolas sin más y omitiendo cualquier referencia a que la devolución de las cantidades, en tales casos, ha de partir de un expediente de revisión del acto de otorgamiento, omisión que parece llamativa¹⁹.

En todo caso, la eficacia de la preclusión está íntimamente unida a otro fenómeno, cual es el alcance temporal de las exigencias normativas en materia de subvenciones. Podrían identificarse diversos supuestos en este sentido. Por una parte, nos encontramos con que ciertos requisitos parecen solo exigibles en un momento determinado (de ordinario, en el trámite previo a la concesión), de modo que, una vez tempestivamente constatado el cumplimiento, la inobservancia sobrevinida de los mismos no habilitaría para el recurso al reintegro²⁰. La cuestión reside, no obstante, en que la preclusión no parece impedir un escrutinio sucesivo, de naturaleza retrospectiva, acerca de si efectivamente concurrió el requisito en el momento procedimental oportuno. Escrutinio que habría de conducirse, eso sí, a través de los mecanismos revisores legalmente previstos.

En cambio, por otra parte, ciertos requisitos deben concurrir no solo en un momento concreto (de ordinario, nuevamente, en la fase de verificación previa al otorgamiento), sino durante todo el período de ejecución de la ayuda, como presupuesto de su buen fin²¹. En tales casos, constatado un inicial cumplimien-

¹⁸ Esta idea de preclusión procedimental e imposibilidad de redefinición intempestiva de los resultados de una actuación comprendida en el expediente viene a ser afirmada por la STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 1 de diciembre de 2017 (Sent. núm. 1341/2017; FJ 8.º).

¹⁹ Las referidas omisiones judiciales no excluyen, claro, la posibilidad de que la Administración Pública tramite con posterioridad a la sentencia tales expedientes, al amparo de lo dispuesto, con carácter básico, en el art. 36.2 LGS. En todos estos supuestos que estamos analizando no cabría excluir, por lo demás, la posibilidad de una tutela resarcitoria de consecuencias muy similares a la prevista generalmente en casos de anulación de actos inválidos en los que pudo confiarse legítimamente. Sobre esta tutela en materia de revisión de ayudas públicas, *vid.* M. Rebollo Puig (2005: 427).

²⁰ Es el caso de la exigencia de estar al corriente de las obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, según ciertas sentencias. Así, SSAN de 10 de julio de 2020 (Rec. núm. 38/2019) y 10 de diciembre de 2021 (Rec. núm. 4/2019), con apoyatura en jurisprudencia del TJUE relativa a un requisito análogo (no estar sometido a un procedimiento de quiebra o insolvencia).

²¹ Por poner dos ejemplos: que se es propietario de cierto bien, si la ayuda está vinculada a su titularidad o que las prestaciones se desarrollan efectivamente por quien fue adjudicatario. Sobre esto último, *vid.*, entre otras, la STS de 23 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 1744/2004).

to por el beneficiario, si durante la ejecución de la ayuda este incumpliera, al margen de que pueda revisarse de oficio el acto de otorgamiento si se dan los presupuestos, deberá poder practicarse un reintegro al amparo del art. 37.1 *b* LGS. Como se ve, en estos casos, propiamente, no se dan los requisitos para que opere la preclusión²².

El problema mayor —por más cuestionable— se suscita, no obstante, en relación con aquellas condiciones posteriores a la adjudicación que el beneficiario debe acreditar, pero para cuya verificación existe una secuencia temporal concreta (así, la justificación del cumplimiento de los requisitos de ejecución de la subvención), pero cuya concurrencia puede ser desmentida por una actuación de verificación realizada en otra secuencia temporal específica posterior, por parte de los órganos de control financiero. Sobre esto, que parte de una decisión legislativa expresa en sentido opuesto al principio de preclusión, ahondamos sucesivamente²³.

Quede, no obstante, constancia de que, en coherencia con lo señalado en los pronunciamientos apenas analizados, tampoco la fase de control financiero que ejercen los órganos de intervención debería poder proceder a una reconsideración de requisitos condicionantes del otorgamiento de la subvención, que ya fueron —de modo preclusivo— analizados por otros órganos de la Administración Pública concedente²⁴. Nuevamente, la doctrina que encierran estos pronunciamientos parece, pues, clara: no cabe que los órganos de la intervención ordenen un reintegro directo, prescindiendo de un procedimiento de revisión, como consecuencia de la constatación de incumplimiento de un requisito condicionante del otorgamiento de la ayuda. Fase de otorgamiento que, en consecuencia, adquiere autonomía respecto del resto de las fases sucesivas y cuya reconsideración exige, pues, el recurso a la autotutela decisoria de la Administración Pública. Esta preclusión puede quedar enfatizada por el juego de los *principios de non bis in idem procedimental* o *de buena administración*, como señalamos más adelante.

²² La *preclusión* tiene su origen en el Derecho Procesal, ámbito en el que se ha teorizado sobre ella. Un tratamiento fructífero sobre el fenómeno puede encontrarse en E. Vallines García (2004: *in toto*).

²³ *Infra*, 3.A.

²⁴ En este sentido, tajantes, las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), de 4 de marzo de 2015 (Sent. núm. 443/2015); 30 de octubre de 2015 (Sent. núm. 2442/2015); 15 de abril de 2016 (Sent. núm. 576/2016); 1 de julio de 2016 (Sent. núm. 1069/2016); 23 de septiembre de 2016 (Sent. núm. 1260/2016); 24 de octubre de 2016 (Sent. núm. 1475/2016) o 6 de febrero de 2017 (Sent. núm. 152/2017). Otros tribunales se dirigen a veces por la misma senda, así la STSJ de Murcia, de 15 de marzo de 2004 (Sent. núm. 66/2004) o la SAN de 20 septiembre 2012, invocadas ambas por algunas de las anteriores. La idea que parece latir en todas ellas es la de preclusión en el examen por parte de los órganos de control financiero, incluso con un alcance mayor al que examinamos en este apartado. Sobre esta problemática incidimos inmediatamente (*infra*, 3).

3. REINTEGRO, CONFIANZA LEGÍTIMA, PROPORCIONALIDAD E IGUALDAD EN CASOS DE SUCESIÓN DE ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CONTRADICTORIAS HOMOGÉNEAS

A pesar de una cierta inclinación favorable de los tribunales hacia la estimación de los recursos resultantes, en las hipótesis analizadas hasta ahora el principio de confianza legítima, en verdad, solo en ocasiones alcanzaba entidad técnica suficiente para resolver el caso, cediendo su puesto a la aplicación pura y simple del principio de legalidad o de otros principios. El fundamento de ello se encuentra, en buena medida, en dos circunstancias. En primer lugar, el contraste generador de la situación de confianza estaba integrado por actuaciones materialmente no asimilables en su naturaleza y funcionalidad. En un extremo se situaba siempre la orden de reintegro, claro, pero en el otro fiel de la balanza se ponderaban decisiones de diversa índole que, al no estar equiparadas a aquella, mostraban una mayor debilidad a la hora de fundar una confianza protegible, hasta el punto de que, en algunos casos, de confianza siquiera podía llegar a hablarse²⁵. Se pone así de manifiesto que existen ciertos elementos que, como estos, debilitan la fundamentación de la confianza legítima y otros que, por el contrario, la exacerban, como puede ser el mayor tiempo transcurrido entre un pronunciamiento y otro, según se verá. Pero, en segundo lugar y, en parte importante, como consecuencia de la circunstancia anterior (la debilidad del principio en cuestión), el de legalidad u otros permitían resolver estos supuestos, en sentido estimatorio, con mucha mayor claridad y contundencia que mediante el recurso a una devaluada confianza.

Ahora bien, existe otro grupo de supuestos en el que, por una parte, concurre una acusada menor tendencia de los tribunales —y del ordenamiento jurídico— hacia la admisión del principio en cuestión, a pesar de que, por otra parte, podría localizarse un mayor fundamento dogmático para su alegación eficaz. En este sentido, son varias las hipótesis individualizables. Así, en primer lugar, procede discriminar estos casos de aquellos otros en los que se produce esa contradicción entre decisiones administrativas sin que la confianza legítima pueda jugar papel alguno. En efecto, nadie discute que el beneficiario no puede fundar una confianza legítima en el mantenimiento del acto de concesión

²⁵ Dicho de otro modo, si la Administración Pública erró a la hora de evaluar las condiciones para la adjudicación de la subvención y quiere, por ello mismo, ordenar el reintegro, no es el principio de confianza legítima el que le impide hacerlo, sino la mucho más simple exigencia legal de tramitar un previo procedimiento de revisión del acto de concesión. Etcétera. No se quiere decir ahora, como se ha visto, que la confianza legítima no tenga ningún peso en este tipo de casos, sino solamente que la aplicación estricta del ordenamiento jurídico resuelve, por sí misma, muchas situaciones de injusticia (valor que está en la médula del instituto de la confianza legítima) o, visto de otra manera, que las actuaciones en las que eventualmente pudo confiar el beneficiario eran conformes a Derecho y este no amparaba su alteración.

de la ayuda y el consiguiente pago, por el mero hecho de que la Administración Pública constata, con posterioridad, un incumplimiento y ordene el reintegro²⁶. Ya no es solamente que los actos enfrentados aquí vuelvan a ser heterogéneos, sino que, por razones obvias, la condicionalidad esencial de la subvención reclama necesariamente un control sobre el buen fin de la misma, que puede conducir a revertir el reconocimiento —y otorgamiento material— de la ayuda, inicialmente acordado²⁷. Lo mismo ha de sostenerse sobre la mera justificación formal en relación con los controles o comprobaciones posteriores, internos o externos²⁸.

Pero, en segundo lugar, existen esos otros supuestos en los cuales —decíamos— se produce un incremento en la tensión a que se somete el principio de confianza legítima, esencialmente porque las actuaciones administrativas enfrentadas se destinaban, específicamente, a contener un pronunciamiento concreto sobre un presupuesto —el mismo— esencial para la validez de la actividad subvencionada. Así sucede con la resolución de concesión de la ayuda, soportada por un proyecto que contenía un tipo de gasto, y el posterior reintegro con fundamento en la no elegibilidad de dicho gasto²⁹.

Pero sucede todavía en mayor medida con aquellas situaciones en las que existe un pronunciamiento previo expreso confirmando el cumplimiento material de la ayuda, al que sobreviene otro posterior —de ordinario, por parte del órgano de control financiero— declarando el incumplimiento e instando el ejercicio de la potestad de reintegro. En relación con todos estos casos, la jurisprudencia del TS viene siendo persistente —incluso antes de la entrada en vigor de la LGS— en no reconocer virtualidad alguna al principio de confianza legítima en relación con quien vio superar favorablemente un trámite ex-

²⁶ A lo que sí parece tener derecho el beneficiario es a que, una vez otorgada la ayuda y presentadas todas las justificaciones formales exigidas, se proceda al pago inmediato por el ente concedente, que no podrá, pues, excusarse en la necesidad de realizar la verificación material del buen fin, disponiendo para ello del generoso plazo para el ejercicio de la potestad de reintegro. Así lo viene disponiendo el TS en diversas sentencias, como las SSTS de 6 de marzo de 2018 (Rec. núm. 557/2017) o 20 de septiembre de 2018 (Rec. núm. 551/2017).

²⁷ Sobre lo infundado de invocar el principio de confianza legítima en estos casos, la jurisprudencia es, con razón, contundente, a riesgo de desnaturalizar el instituto mismo de la subvención. Un resumen de esta doctrina, por ejemplo, en la STS de 13 de mayo de 2009 (Rec. núm. 2357/2007; FJ 4.º).

²⁸ STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 21 de octubre de 2005 (Sent. núm. 2359/2005).

²⁹ Así, SAN de 8 de junio de 2005 (Rec. núm. 254/2004). Ya hemos analizado (*supra*, 2.A) que, cuando se trataba de un simple silencio de la Administración Pública y la norma aplicable era clara, no cabía fundar una confianza legítima en el comportamiento inerte de la Administración Pública con preferencia sobre la norma. Esta sentencia hace prevalecer también esta sobre una actuación positiva de la Administración Pública, como es la aprobación del proyecto de gastos, incorporado al acto de concesión. Pero hay pronunciamientos opuestos, sobre todo ante escenarios de oscuridad normativa, de las bases o del acto de concesión. Así, los de las SSAN de 26 de junio de 2002 (Rec. núm. 56/2002) o 17 de mayo de 2010 (Rec. núm. 284/2008).

presamente destinado a evaluar la conformidad del destino dado a la ayuda, para experimentar, acto seguido, un pronunciamiento exactamente contrario con el mismo alcance.

Esta doctrina se fundamenta, cierto es, en una expresa voluntad normativa, toda vez que el art. 43 LGS dispone con nitidez que: «*El pronunciamiento del órgano gestor respecto a la aplicación de los fondos por los perceptores de subvenciones se entenderá sin perjuicio de las actuaciones de control financiero que competen a la Intervención General de la Administración del Estado*». No obstante, el TS la ha defendido desde antiguo con varios argumentos que, aisladamente o de modo combinado, han servido para aquilatarla. Desde la peculiaridad constitutiva de las subvenciones como actos condicionales en los que está implicado el buen empleo de fondos públicos; pasando por la ausencia de discrecionalidad en la valoración del cumplimiento de las ayudas —como también en la consustancial orden de reintegro— y la consiguiente improcedencia de fundar una confianza protegible en actos ilegales; hasta la necesaria diligencia de los beneficiarios en orden a conocer los extremos fundamentadores de las ayudas, etcétera³⁰. A algunos de estos argumentos nos referimos brevemente más adelante.

Sin embargo, existen incógnitas no enteramente despejadas por el legislador: ¿pueden individualizarse algunas reglas que modulen el rigor de las decisiones de incumplimiento, atendidos otros factores concurrentes?; ¿puede un mismo órgano desdecirse, sin más, de su anterior pronunciamiento de conformidad?; ¿la regla del art. 43 LGS —o sus asimiladas autonómicas— rige también cuando los pronunciamientos sucesivos versan sobre los mismos extremos o, por el contrario, exige la confianza legítima una separación de funciones estricta entre órganos gestores-pagadores e intervención a este respecto?; ¿es irrelevante sobre la confianza legítima el plazo transcurrido entre pronunciamientos?

A) DOS COMPORTAMIENTOS SUCESIVOS CONTRADICTORIOS SOBRE LA PROCEDENCIA DEL REINTEGRO EN EL SENO DE LA MISMA RELACIÓN SUBVENCIONAL. FACTORES DE PROPORCIONALIDAD: PLAZOS DE INTERVALO ENTRE PRONUNCIAMIENTOS Y PRECLUSIÓN DE ACTUACIONES, ENTRE OTROS

La hipótesis más frecuente de lo que decimos y que constituye, en buena medida, el paradigma de todos estos supuestos está integrada por un escenario

³⁰ Entre otras, SSTS de 19 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 3125/2010) o 19 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 5841/2011), que remiten a pronunciamientos precedentes. Para jurisprudencia anterior puede verse M. Rebollo Puig (2005: 500-508).

en el que se suceden dos pronunciamientos consecutivos contradictorios en el seno de la misma relación subvencional. El primero admite el cumplimiento y el segundo no³¹, dándose prevalencia a este³². Esto es, en el marco de una misma y única ayuda, la Administración Pública confirma y luego desmiente la regularidad en la aplicación de los fondos, con la evacuación de la consiguiente orden de reintegro. Aquí, como venimos diciendo, el TS, con apoyo decisivo en la Ley, se niega a admitir papel alguno al principio analizado. No obstante, tanto el propio TS —al resolver asuntos no relativos a subvenciones—, así como, sobre todo, otros tribunales, ya sí en materia de ayudas públicas, vienen manifestando posicionamientos tendentes, en general, a una flexibilización del rigor normativo en materia de reintegros.

En este sentido y al margen ya de los supuestos específicamente estudiados en este subepígrafe, un primer exponente de esta flexibilización se localiza en torno a las que podríamos denominar *reglas de razonabilidad en la interpretación y aplicación de las causas de reintegro*, que tienden bien a relativizar ciertos incumplimientos que no terminan de neutralizar la eficacia en el destino de la ayuda otorgada, bien a enfatizar la confianza legítima cuando concurren ciertas circunstancias que la favorecen. Esta doctrina —en buena medida, más relacionada con el *principio de proporcionalidad*, en unos casos y de *buena fe*, en otros— trata, en definitiva, de abrir puertas a una tarea ponderativa, permitiendo que se valoren en cada caso factores de diversa índole³³, destacando en algunos casos el rechazo, con fundamento en el principio de proporcionalidad, de reintegros ordenados por motivos puramente formales, una vez constatado el buen fin de la subvención³⁴. En ocasiones, el relajamien-

³¹ O el primero declara un cumplimiento parcial u ordena un reintegro asimismo parcial y el segundo declara un incumplimiento total u ordena (o insta) un reintegro también total.

³² Sin perjuicio de los mecanismos de resolución de discrepancias, previstos en el art. 51 LGS o en sus equivalentes autonómicas.

³³ Sobre la invocación del principio de confianza legítima para amparar a los beneficiarios frente a interpretaciones excesivamente rigoristas de las causas de incumplimiento, puede consultarse la STSJ de Asturias, de 22 mayo de 2006 (Sent. núm. 852/2006). Un ejemplo de interpretación flexible sobre el cumplimiento (entendiendo que la prohibición de destinar una obra para sede de una Administración Pública no se incumple por el mero hecho de que unidades de una Administración local ocupen temporalmente una pequeña parte de un edificio), puede obtenerse de la STSJ de Madrid, de 1 de julio de 2004 (Sent. núm. 1058/2004), confirmada en Casación [STS de 8 de abril de 2008 (Rec. núm. 3746/2005)]. Asimismo, sobre irrelevancia de un incumplimiento leve del plazo para la justificación, concurriendo el buen fin de la ayuda, véase la SAN de 8 de octubre de 2008 (Rec. núm. 49/2007), ya citada o, con mayor argumentación, el voto particular formulado en las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid), de 22 de abril de 2008 y 1 de septiembre de 2008 (Sents. núms. 676/2008 y 1919/2008).

³⁴ Sobre la distinción entre incumplimientos formales y materiales y la aplicación del principio de proporcionalidad, pueden consultarse, entre otras, las SSTJ de 6 de junio de 2007 (Rec. núm. 8246/2004) o 16 de marzo de 2012 (Rec. núm. 1680/2010), cuya doctrina ha sido recepcionada por tribunales inferiores. Así, por la STSJ de Madrid, de 8 de octubre de 2014 (Sent. núm. 557/2014).

to de las exigencias de cara a declarar la regularidad en la aplicación de los fondos es, sin más, consagrado por vía de excepción normativa³⁵.

Una segunda manifestación de esta tendencia giraría en torno al *tiempo*. De modo que, aun dentro de los plazos, materiales y adjetivos, normativamente previstos, se localiza puntualmente una inclinación a ponderar el efecto que una dilatación excesiva de los mismos pueda tener sobre la eficacia de la potestad de reintegro. Así, el recurso a unos plazos excesivos —siete años desde el otorgamiento de la ayuda y tres y pico desde la presentación de la última factura, por ejemplo— para acordar el reintegro es un elemento a valorar de cara al reconocimiento de una confianza legítima, sobre todo a la vista de las consecuencias que esa dilatación temporal pudo conllevar (devengo de intereses excesivos, etc.)³⁶. No obstante, dejando de lado casos especialmente injustos, este problema de los lapsos de tiempo excesivos para la práctica del reintegro remite a los oportunos cambios normativos que, en su caso, rebajen los tiempos generales que la gobiernan. Al respecto, tal vez puedan resultar útiles dos breves consideraciones.

La primera nos permite utilizar como elemento de comparación la doctrina sentada por el TS a la hora de valorar el transcurso del tiempo, ante supuestos de reintegro de prestaciones de Seguridad Social percibidas irregularmente. Como es sabido, el Alto Tribunal estableció en su día una doctrina, en relación con el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas —*ab origine* o sobrevenidamente—, en la que está muy presente tanto la seguridad jurídica como la ponderación de la buena fe de los perceptores y que podría resultar extraordinariamente pertinente trasladar —con sus lógicas adaptaciones— al fenómeno de los reintegros de ayudas públicas³⁷.

³⁵ Vid. el art. 63 («Justificación de la aplicación de las subvenciones») del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

³⁶ Así lo ha declarado alguna sentencia en términos contundentes, como la STSJ de Madrid, de 26 de enero de 2016 (Sent. núm. 45/2016), cfr. su FJ 8.º.

También —volviendo de nuevo a la necesidad de relajar el rigorismo— es un elemento a ponderar, como reconoce esta misma sentencia, el grado efectivo o material de cumplimiento, de modo que no merece el mismo juicio una orden de reintegro por motivos formales (incumplimiento de plazos de justificación), que materiales (falta de destino efectivo de la ayuda). En cualquier caso, parece que es un juicio de proporcionalidad el que subyace a estos pronunciamientos y no tanto la confianza legítima. Sobre la relación de proporcionalidad entre alcance del reintegro y grado de cumplimiento existe una abundante jurisprudencia, que opera sobre un reconocimiento legal expreso (art. 37.2 LGS).

³⁷ El pronunciamiento inicial puede encontrarse en la STS (Sala de lo Social), de 24 de septiembre de 1996 (Rec. núm. 4065/1995), luego reproducido en jurisprudencia posterior. En ella, se defendió que el plazo para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, establecido en principio en cinco años, podía reducirse a tres meses (en aplicación de lo prevenido en el art. 54.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974), si concurrían ciertas

La segunda idea es, nuevamente, la de *preclusión*. No empleamos ahora el término en su sentido técnico estricto, en el que ya lo hemos utilizado³⁸, sino en la más genérica apelación a una ordenación racional y garantista de las secuencias disponibles para el ejercicio de la potestad administrativa, consistente en la evaluación de las condiciones de ejecución de la ayuda derivando, como consecuencia de ella, la práctica del reintegro. Bajo este planteamiento late la idea de que la confianza del beneficiario en la estabilidad de las decisiones administrativas se va reforzando, necesariamente, mediante la concurrencia de ciertos elementos. Uno es, como hemos visto, el tiempo: cuanto mayor sea la distancia temporal entre el pronunciamiento de conformidad y su opuesto y consiguiente reintegro, mayor peso adquiere la confianza legítima³⁹.

Pero existen otros elementos reforzadores de la confianza. Así, *que los pronunciamientos contradictorios sucesivos provengan del mismo órgano*. En este sentido, si existe ya una declaración administrativa de conformidad evaluada por el órgano gestor, no debería haber, sin más, otra posterior contradictoria de la misma naturaleza, salvo que esta se fundamente en un informe de la intervención, que en el caso no se aportó, con consiguiente carencia de motivación⁴⁰. La sentencia es valiosa en cuanto que parece consagrar —sin oposición expresa del TS— que no cabe una sucesión de pronunciamientos de conformidad y disconformidad en la ejecución de la ayuda provenientes del

condiciones. Una objetiva: si el carácter indebido de la percepción fuese consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas (como sucedió con la declaración de la situación de incompatibilidad entre la condición de funcionario y la percepción de pensión de jubilación). Y otra subjetiva: cuando fuere impuesta por la aplicación de la equidad, ponderando la conducta adoptada por el beneficiario y el organismo gestor en relación con el origen de la situación de percepción indebida y su mantenimiento. Esta excepción tiene en cuenta el principio de buena fe y los perjuicios que como consecuencia del retraso pueden derivarse para el patrimonio del beneficiario de la acumulación de períodos de percepción indebida.

³⁸ *Supra*, 2.C. Es más, los tratadistas (E. Vallines García: 41 y ss.) especifican este concepto frente a la *fuerza de cosa juzgada*. En el primer caso (la preclusión) la privación del poder o la facultad deriva de su no ejercicio (por ejemplo, en el plazo establecido para ello), mientras que la segunda expresión responde, contrariamente, al agotamiento del ejercicio mismo del poder o facultad. Por ello, el concepto de preclusión está más adaptado para los casos que ya examinamos, en los cuales es frecuente la simple inercia administrativa en la valoración de un elemento que luego pretende reivindicarse como fundamentador del reintegro, en ocasiones sin que exista siquiera un trámite específico para su valoración. A pesar de ello, por la inexistencia de nada parecido a la fuerza de cosa juzgada en la esfera administrativa y por el juego del principio de confianza legítima, entre otras razones, tomamos el término «preclusión» en este contexto también para los casos de extinción de poderes administrativos ya ejercitados.

³⁹ La idea forma parte de la doctrina del TJUE sobre el principio de confianza legítima, tal y como se pone de manifiesto en alguna sentencia, como la STJCE de 16 de diciembre de 1999, *Acciaierie di Bolzano vs Comisión*, T-158/1996.

⁴⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla), de 30 mayo 2018 (Rec. núm. 538/2015). El fallo fue recurrido en casación y allí, por concurrir interés casacional fundamentado en la falta de motivación de la resolución combatida, confirmado por la STS de 14 de mayo de 2020 (Sent. núm. 418/2020).

mismo órgano⁴¹. De modo que, si dicha contradicción sucesiva se produce, puede provocar una vulneración de los principios «de legalidad y seguridad jurídica»⁴².

Este planteamiento debería aplicarse, asimismo, cuando el primer pronunciamiento no fuese de conformidad. En tal caso, el TS parece haber avalado que caben sucesivos expedientes de reintegro parcial, a partir de verificaciones realizadas por el mismo órgano, mientras no expire el plazo de prescripción, siempre que tales expedientes se refieran a aspectos distintos. Pero, en la medida en que el primer reintegro parcial implica una declaración, también parcial, de conformidad, debería aplicarse la misma regla que venimos defendiendo⁴³.

Otras sentencias parecen justificar la nueva resolución de reintegro en que su excitación provenga de un órgano externo (en el caso, el Tribunal de Cuentas) y se apoye en el descubrimiento de un «hecho» nuevo⁴⁴. Es más, subsiste una negativa radical, bien fundamentada normativamente, por parte del TS a aceptar la invocación eficaz de este principio cuando existieron pronuncia-

⁴¹ Luego, en principio y como regla, patrocinamos la negativa a la pregunta que se formula G. Fernández Farreres (2019: 23): «Tras el pago definitivo, precedido de la justificación y verificación del cumplimiento de las condiciones, ¿puede el órgano gestor, de oficio y a iniciativa suya, incoar un procedimiento de reintegro?». Pago y verificación que, ya sí en este caso, habrían de reputarse como verdaderos actos declarativos de derechos.

⁴² Otra vez, STSJ de Andalucía (Sevilla), de 30 mayo 2018 (Rec. núm. 538/2015), FJ 3.º De nuevo aflora aquí la combinación de fundamentos jurídicos, destacando la plausible aplicación del principio de autovinculación. Por lo demás, la contradicción fundante de una confianza protegible puede darse entre dos pronunciamientos sucesivos desfavorables, el primero declarativo de incumplimiento parcial y el segundo de incumplimiento total. *Vid.* al respecto la STSJ de Madrid, de 30 de septiembre de 2014 (Sent. núm. 585/2014), que declara al primero como «acto firme y consentido».

⁴³ Remitimos a la STS de 6 de julio de 2022 (Sent. núm. 922/2022), aunque en el caso los sucesivos reintegros fueron practicados a instancia de órganos distintos (órgano gestor e intervención), aplicando el TS doctrina ya consolidada al respecto. Para el TS no existe obstáculo alguno en sostener «que la verificación y comprobación de una subvención por parte de una Administración pública concedente que culmina con una resolución de reintegro no excluye la realización de un informe de control financiero ni un ulterior procedimiento de reintegro derivado de la constatación de incumplimientos distintos a los que determinaron el anterior reintegro, siempre que no hubiera transcurrido el plazo de prescripción que habilita a la Administración para reclamar». Resulta en todo caso llamativa, por ociosa, la referencia a que el segundo reintegro proceda «de la constatación de incumplimientos distintos a los que determinaron el anterior reintegro».

De esta doctrina podría extraerse que, si no surge un posterior «informe de control financiero», no cabría el nuevo reintegro. Pero no parece ser esta la opinión del TS, que sostiene una tesis confusa y poco respetuosa con la seguridad jurídica, toda vez que no se proporciona al beneficiario certeza, siquiera aproximada, de cuántos actos de verificación habrá de acumular y qué formalidades habrán de revestir, para que la situación jurídica resultante de estos pueda gozar de alguna estabilidad frente al ejercicio de una incoercible potestad de reintegro.

⁴⁴ SAN de 30 de junio de 2009 (Rec. núm. 11/2009).

mientos sucesivos de diverso alcance por parte de órganos administrativos distintos (gestión o intervención), otorgando prioridad al acuerdo de disconformidad evacuado por el órgano de control financiero y negando la consiguiente naturaleza de acto declarativo de derechos al emanado del órgano de gestión.

Otro elemento a ponderar en estos casos debería ser *la identidad o no de los aspectos valorados para sustentar los pronunciamientos contradictorios, así como la equivalencia formal entre las resoluciones implicadas*. Todo ello remite, a su vez, a la cuestión de la equivalencia de funciones entre órganos gestores y de control, pues resulta patente que si, aun desplegados por órganos distintos, los controles versaron sobre los mismos extremos, existe un margen más amplio para el juego del principio estudiado. A nuestro juicio, es este de las *redundancias* uno de los problemas que no están satisfactoriamente solucionados en la LGS. Aunque, sobre el papel, la técnica y la metodología empleadas por los órganos de las intervenciones son distintos a los desplegadas por los órganos gestores-pagadores, la Ley no termina de aclarar en qué medida y con qué extensión ha de ser esto así, surgiendo incluso fundadas dudas de que no exista un diseño legal muy generoso para propiciar tales redundancias⁴⁵.

En una medida similar a la empleada para ciertos supuestos ya antes analizados⁴⁶, esta idea podría vincularse, asimismo, analógicamente con instituciones de garantía frente al ejercicio de poderes públicos afflictivos, tales como el *principio de buena administración*, que exigiría la economía y racionalidad (excluyendo, pues, la duplicidad redundante) en el diseño de los mecanismos de control; o el *de non bis in idem procedimental*⁴⁷. El abordaje futuro de estos temas podría resultar posiblemente fructífero.

⁴⁵ En efecto, una lectura atenta de lo dispuesto en el art. 44.2 LGS da una idea muy indiciaria acerca de que los controles ejercidos por la intervención alcanzan, potencialmente, a cualquier aspecto determinante de reintegro, con la consiguiente redundancia con la actividad desplegada por el órgano gestor. No es, asimismo, infrecuente que las Intervenciones interfieran también en la interpretación de aspectos técnicos específicos de las ayudas, para las que únicamente el órgano gestor dispone de la adecuada cualificación, no siendo tampoco insólitas las discrepancias manifestadas entre ambos órganos en los expedientes de reintegro, en el marco de lo dispuesto en el art. 51 LGS. Esta realidad es puesta de manifiesto, aun implícitamente, por algún autor en términos muy elocuentes. Así, B. Sesma Sánchez (2005: 538-540). De hecho, la previsión, en el art. 51 LGS (y en sus equivalentes autonómicos), de un mecanismo de resolución de discrepancias entre órganos gestores e intervenciones, da a entender que los pronunciamientos de estas pueden versar sobre aspectos que, de un modo u otro, hayan sido valorados ya por los de aquellos. Además, la confusión se incrementa, a nuestro juicio, si se atiende a la literalidad del art. 92 RGS.

⁴⁶ *Supra*, 2.C.

⁴⁷ Por lo que se refiere a este, parece quedar claro que su eficacia no exige el castigo previo de la misma conducta, sino el mero sometimiento a más de un procedimiento potencialmente penalizador por los mismos hechos. Esto es, el mismo postula el reconocimiento del

Cuando los aspectos valorados han sido, en ambos supuestos, de tipo técnico y no propiamente financieros, se ha reivindicado la necesidad de otorgar prevalencia al juicio de conformidad dado por el órgano gestor⁴⁸. Sea como fuere, conviene tener en cuenta que una peculiar combinación de buena parte de los elementos apenas analizados ha recibido un severo reproche en un plano distinto del aquí escrutado: la tutela judicial. En efecto, la concurrencia de pronunciamientos contradictorios sucesivos, por parte de un mismo juzgador en relación con la admisibilidad de un recurso, en el contexto de un arco temporal prolongado, ha implicado algunas condenas a España por parte del TEDH⁴⁹.

Por supuesto, para generar una confianza jurídicamente relevante, los pronunciamientos han de estar dotados de carácter definitivo y rodeados de cierta formalidad. De este modo, aun proviniendo ambos actos del mismo órgano, si el primero, favorable, no revestía entidad como para considerarse definitivo en este sentido, la confianza legítima ha de excluirse *a radice*, como ha señalado ya el TS en varias sentencias⁵⁰.

B) DOS O MÁS COMPORTAMIENTOS CONTRADICTORIOS RESPECTO DE DIVERSOS EXPEDIENTES DE AYUDA. REINTEGRO, DISCRECIONALIDAD Y PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

La otra gran hipótesis en la que pueden sucederse pronunciamientos contradictorios (favorable-desfavorable o menos desfavorable-más desfavorable) en relación con el cumplimiento y, por ello, sobre la procedencia del reintegro, es la formada por dos decisiones del tipo estudiado, pero que son pronunciadas en expedientes distintos. En estos casos, la Administración Pública aplicó un criterio más favorable sobre el cumplimiento en un procedimiento y, en otro posterior, sostiene el incumplimiento exactamente en relación con el mismo aspecto de la ayuda.

Como es sabido, este contraste de pareceres hace aflorar, con carácter general, el instituto del *precedente*. En este sentido, conviene discernir los dis-

«derecho a que todas las operaciones de determinación de los hechos y de su calificación jurídica se realicen de una vez y para siempre en el seno del mismo procedimiento (*non bis vexari*)» [A. Bueno Armijo (2022: 201)].

⁴⁸ Begoña Sesma Sánchez (2005: 536).

⁴⁹ Se trata, al menos, de las SSTEDH de 9 de noviembre de 2004, *Sáez Maeso contra España* y de 7 de junio de 2007, *Salt Hiper contra España*. En la primera, se estimó que la inadmisión por parte del Tribunal Supremo de un recurso de casación, nada menos que siete años después de que fuese admitido a trámite, lesionaba el art. 6 del CEDH.

⁵⁰ SSTs de 24 de febrero de 2003 (Rec. núm. 2336/1998) y 20 de mayo de 2003 (Rec. núm. 5546/1998).

tintos supuestos que pueden identificarse, que son, básicamente, dos. Por una parte, puede que los diferentes expedientes —sobre idéntica línea de ayudas, aunque con resultados contradictorios— hayan afectado al mismo beneficiario. Pero, por otra, la disparidad podría implicar también al mismo tipo de ayudas y, sin embargo, comprometer a dos beneficiarios distintos, el primero que fue tratado de modo más benévolo y el segundo que experimenta una orden de reintegro afectante al mismo requisito. En el primer caso podrá eventualmente estar comprometido el principio de confianza legítima, mientras que el segundo, dotado de alteridad subjetiva, exigirá el análisis sobre la posible contravención del principio de igualdad.

Ahora bien, en ambos supuestos, el principal obstáculo para que podamos hablar de precedente consiste en que la potestad de declarar el cumplimiento o incumplimiento de la ayuda —y la consecuente con ella de ordenar el reintegro— pueda considerarse una *potestad discrecional*. La razón es clara y está bien expuesta en la doctrina que se ha ocupado del tema⁵¹: si la potestad o función ejercida era reglada, no hay espacio para el precedente, sino estricta aplicación del ordenamiento jurídico, de modo que, si la primera decisión era ilegal, la Administración Pública estará constreñida a cambiarla para casos sucesivos, y si era legal, no será el precedente el que la vincule a reiterarla *pro futuro*, sino nuevamente el ordenamiento jurídico. Cuando el precedente se invoca en relación con un mismo sujeto, el razonamiento es similar, de modo que, si la norma arrojava un resultado claro y unívoco, no habría lugar para la confianza del ciudadano en un acto que es ilegal o que es legal, pero debe cambiarse.

El TS afirma constantemente que, si bien el establecimiento de subvenciones puede nacer como una potestad discrecional, «una vez reguladas por la correspondiente norma y anunciadas, termina la discrecionalidad y empieza la regla y el reparto concreto que escapa del puro voluntarismo de la Administración»⁵². Al margen de la desafortunada formulación de esta doctrina⁵³, resulta inevitable que, por diversos motivos, numerosas decisiones en materia de ayudas públicas —incluidas la valoración de la conformidad en su aplicación y la consiguiente orden de reintegro— impliquen márgenes valorativos, que terminan por aproximar las correspondientes actuaciones a decisiones discrecionales, matizando, al menos, la consabida «unidad de solución justa». Así sucede, por ejemplo, con la valoración científica de los

⁵¹ Vid. nuevamente S. Díez Sastre (2008: 284 y ss.).

⁵² Entre muchas otras, STS de 3 de marzo de 1993 (Rec. núm. 190/1985). En el plano doctrinal, la idea parece haber sido igualmente pacífica, al menos desde los años 60, cuando interviene alguna aportación matizadora (F. Albi Cholbi, 1960: 443) y, definitivamente, el trabajo de Fernández Farreres (1983).

⁵³ Pues la discrecionalidad no reside, según parece dar a entender *a contrario* el tribunal, en nada parecido al «puro voluntarismo».

resultados de un proyecto subvencionado y otros supuestos similares, muy frecuentes en la práctica⁵⁴. Tan es así, que otros tribunales han realizado «ajustes interpretativos» a esta doctrina, de cara a dotarla de un sentido más real y operativo⁵⁵.

De modo que diversas actuaciones integrantes de la actividad de fomento pueden exigir momentos ponderativos para la Administración Pública, ya se expresen en discrecionalidad técnica ya en el juego de los conceptos jurídicos indeterminados. Ello influye, ciertamente, en la posibilidad de invocar un precedente en esta materia, pues, como decíamos, este solo parece concebible en un entorno discrecional. No obstante, alguna destacada autora ha aclarado que, para que aflore la categoría del precedente, basta con la posibilidad real de que existan, de hecho, dos tratamientos distintos⁵⁶. Y esta posibilidad concurre, como vemos, en el contexto de los reintegros.

Como es natural, para que pueda operar el mecanismo del precedente, sobre todo en su vertiente de *juicio de igualdad*, resulta inexcusable que concurren las restantes exigencias para su invocación eficaz, según consolidada jurisprudencia constitucional, a saber: 1) dos supuestos que presenten una semejanza sustancial de conformidad con un análisis racional de los diferentes casos; 2) dos o más conductas procedentes del mismo órgano o ente. Este requisito suscita la duda de si puede afirmarse la existencia de vulneración del precedente cuando los órganos sucesivamente intervinientes son distintos⁵⁷; 3) que

⁵⁴ Para un supuesto de este tipo, *vid.* la SAN de 13 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 635/2012; FJ 6.º) o las SSAN de 26 de junio de 2006 (Rec. núm. 383/2004) y 8 de junio de 2017 (Sent. núm. 355/2017). Sobre el deber de motivación de decisiones de reintegro, fundamentado en su naturaleza discrecional, *vid.* las SSTSJ de Andalucía (Málaga), de 29 de septiembre y 30 de octubre de 2017 (Sents. núms. 1798/2017 y 2043/2017). *Vid.*, en términos similares, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 1 de diciembre de 2008 (Sent. núm. 506/2008). Algo excesiva se muestra la STSJ de Cataluña, de 22 de marzo de 2005 (Sent. núm. 397/2005; FJ 2.º). Desde luego, en ausencia de condicionamientos, es discrecional la decisión de acordar una prórroga de los plazos de ejecución, como señala la STSJ de Madrid, de 2 de octubre de 2002 (Sent. núm. 1062/2002).

⁵⁵ Es el caso de la SAN de 9 de junio de 2004 (Rec. núm. 794/2002; FJ 2.º), que parece partir de que el TS usa el término discrecionalidad como «libertad» y el de «regla» como sometimiento de la Administración Pública a un cierto orden normativo. Se trata, por lo demás, de algo ya proclamado en su momento por Germán Fernández Farreres (1983: 625 y ss.).

⁵⁶ S. Díez Sastre (2008: 287).

⁵⁷ En todo caso, hay un problema previo a dilucidar y es el del alcance a dar a las expresiones «órgano» o «ente», pues resulta patente que su significación organizativa no es equivalente. En tal sentido, el TC ha aclarado que «la Administración pública ejerce sus funciones a través de una pluralidad de entes dotados de personalidad jurídica y de autonomía de dirección y gestión, lo que obliga a entender que el principio de igualdad en la aplicación de la Ley haya de limitar sus efectos a las resoluciones adoptadas dentro de un mismo ámbito de organización y dirección y en virtud de un mismo poder de decisión. De ahí que las resoluciones del Instituto Nacional de Seguridad Social sólo puedan compararse con las que procedan de esa misma entidad» (STC 47/1989, de 21 de febrero, FJ 2.º). Parece, pues, que estas notas de identidad en

la conducta administrativa precedente haya sido reiterada, algo más relevante para afirmar el principio de confianza legítima que el de igualdad; 4) desde el prisma del principio de igualdad (dos o más beneficiarios y dos o más expedientes distintos), los precedentes que no hayan sido sancionados judicialmente no pueden ser invocados eficazmente como referencia; 5) la *alteridad subjetiva* en caso del juicio de igualdad; 6) por lo que se refiere a la *legalidad o ilegalidad del criterio precedente seguido por la Administración Pública*, ya dijimos que, para obtener la protección del principio de igualdad, no puede invocarse un precedente ilegal, mientras que, en principio, sí podría alegarse la defraudación de una confianza depositada⁵⁸.

El parámetro de legalidad se erige, junto a la alteridad, en frontera que marca la efectividad o la exclusión de los principios de igualdad y de confianza legítima. Si el cambio se produjo porque el criterio anterior se consideraba ilegal o, aun reteniéndose legal, emergió un cambio de circunstancias que exigía una paralela alteración del criterio administrativo, entonces, como ya adelantamos, el principio de igualdad queda descartado. Dejando de lado ahora el elemento «alteridad», se dice que no es posible proteger la igualdad en la ilegalidad⁵⁹. Sin embargo, estos casos «irritan el sentido de justicia»⁶⁰. Pues bien, en tales supuestos de retracción del principio de igualdad, aflora la verdadera eficacia del principio de confianza legítima, de modo que resulta plausible que, incluso quien confió en una práctica administrativa ilegal, pueda ser merecedor de protección.

Concurriendo todas las exigencias señaladas, no parece existir reparo alguno para la afirmación, cuando proceda, sobre la vulneración de los principios

los ámbitos de organización y dirección no concurren entre órganos gestores y órganos de las distintas intervenciones.

⁵⁸ En estas situaciones, existen elementos que permiten afirmar la conveniencia de dicha protección, comenzando por señalar que, ante la necesaria enmienda de un criterio contrario a la legalidad, el poder público siempre puede disponer una transitoriedad adecuada o plazos proporcionados de preaviso a los afectados, lo que reduciría ostensiblemente la robustez de la confianza generada, al tiempo que permitiría a la Administración Pública renunciar *pro futuro* a un criterio manifiestamente antijurídico, si tal es el caso [S. Díez Sastre (2008: 391-392)].

El Derecho europeo excluye, *a priori*, la posibilidad de una tutela por la vía de este principio cuando se trata de actos ilegales. También el TS viene, en efecto, declarando desde antiguo esta misma idea, así en la STS de 1 de febrero de 1999 (Rec. núm. 5475/1995). Cabe, no obstante, una lectura de esta doctrina compatible con la operatividad del principio: que no se reconozca protección a la confianza depositada en un acto manifiestamente ilegal y, por lo tanto, no digno de confianza, según vimos [en otras sentencias el TS se refiere a la necesidad de que exista una «apariencia de legalidad» (así, STS de 9 de febrero de 2004; Rec. núm. 4130/2001); lo que está relacionado con que el acto en el que se confió no fuera fruto del ejercicio de potestades discrecionales (o asimiladas, en el sentido analizado en este trabajo)].

⁵⁹ La invocación de esta misma doctrina, en la materia que estudiamos, puede encontrarse en la SAN de 29 de octubre de 2003 (Rec. núm. 62/2002).

⁶⁰ S. Díez Sastre (2008: 391).

estudiados, a partir de la existencia de precedentes⁶¹. Esto incluye, en el caso del principio de confianza legítima, que se cumplan, asimismo, los elementos exigidos, de manera que se niega la prevalencia del principio si secundar la confianza no ha supuesto al beneficiario coste alguno o el cambio de criterio no tiene su origen en la respuesta a una consulta explícita, ni haya mediado «declaración expresa por parte» de la Administración Pública⁶².

4. CONSIDERACIONES FINALES

Del análisis que hemos desarrollado en las páginas precedentes, se puede concluir que, en el marco de la práctica de reintegros, el espacio para la protección de las expectativas generadas por la Administración Pública, de algún modo frustradas por su propia conducta, es más amplio de lo que pudiera a primera vista parecer y, en todo caso, de lo que el Tribunal Supremo ha concedido. No obstante, postulamos que no todos los casos en los que parecen traicionarse esas expectativas consienten la invocación eficaz del principio de confianza legítima.

En este sentido, hemos distinguido un primer gran grupo de supuestos en los que la Administración Pública declara la no conformidad en la ejecución de la ayuda, ordenando el oportuno reintegro, pudiendo juzgarse inconsistentes tales actuaciones con otras, de diversa índole, seguidas previamente por la propia Administración Pública. En estos casos (errores administrativos en la adjudicación de la ayuda; eficacia retroactiva de la cancelación del programa de ayudas o reintegros ordenados por incumplimiento de requisitos cuya valoración ha precluido), el principio de confianza legítima alcanza, en buena

⁶¹ Se pueden localizar, de hecho, algunos pronunciamientos al respecto, incluso desde la óptica de la confianza legítima. Véanse las SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 5 de marzo de 2018 (Sent. núm. 65/2018), FJ 3.º, y de Castilla y León (Valladolid), de 26 de septiembre de 2016 (Sent. núm. 1265/2016), que especifica, con elogiada precisión técnica, que el precedente era legal y no concurrían circunstancias para su alteración.

⁶² Así, se pronuncia desestimando la concurrencia del principio de confianza legítima por estas razones la STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), de 8 de abril de 2005 (Sent. núm. 102/2005), FJ 3.º, que introduce especulaciones que no parecen pertinentes a este fin: «La falta de reparo bien pudo ser porque aprobaba la forma de obrar de la demandante o por no haber advertido la ilegalidad de la justificación del gasto en este particular». En igual sentido, la Sentencia del mismo Tribunal, de 7 de marzo de 2006 (Sent. núm. 63/2006). La exigencia de que el cambio deba venir inducido por una consulta específica a la Administración Pública no parece de recibo, mientras que juzgamos claramente innecesaria la consistente en que medie una «declaración expresa» por su parte, pues ya concurre un contraste entre, por un lado, la declaración de cumplimiento evacuada en el expediente precedente y, por otro, el cambio de criterio (inevitadamente explicitado por la Administración Pública) que determinó el reintegro en el procedimiento sucesivo.

parte de las ocasiones, a ser un elemento coadyuvante del principio de legalidad.

Un segundo grupo, el de las contradicciones entre dos o más decisiones administrativas de conformidad, adoptadas en perjuicio del beneficiario, constituye, sin embargo, un campo abonado para afirmar la vigencia del principio en cuestión, siempre que concurren los requisitos necesarios. A su vez, estas hipótesis permiten una ulterior diferenciación. Por un lado, aquellos desmentidos que tienen lugar en el seno de la misma relación subvencional, de ordinario, a partir de los informes evacuados por la Intervención. Aquí hemos tratado de individualizar una serie de herramientas que permiten limitar estas incoherencias lesivas para los beneficiarios (reglas de razonabilidad interpretativas de las causas de reintegro; plazos entre pronunciamientos; identidad de los órganos y del objeto de sus decisiones), proyectando por analogía, allí donde procedía, construcciones jurisprudenciales y doctrinales auxiliadoras (preclusión; reintegro de prestaciones de Seguridad Social; pronunciamientos de inadmisión tras lapsos muy prolongados de tiempo; principios de *non bis in idem procedimental* o buena administración), que han consentido reforzar el principio de confianza legítima en algunas de estas circunstancias.

Pero, por otro lado, se pueden distinguir aquellos supuestos en los que las contradicciones entre pronunciamientos de conformidad/disconformidad tienen lugar en relación con expedientes autónomos. Aquí ha sido necesario recurrir al instituto del precedente y a su posible eficacia en tales supuestos, lo que nos ha conducido necesariamente a evaluar el papel de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de reintegro, así como al estudio de la aplicabilidad —junto al de confianza legítima— del principio de igualdad, cuando el contraste incorpore un elemento de alteridad subjetiva. Hemos llegado, en todo caso, a la conclusión de que el precedente tiene, previa la concurrencia de sus exigencias propias, un papel que jugar en el ejercicio de la potestad de reintegro, a pesar del magro reconocimiento de que ha sido objeto por los tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

- Albi Cholbi, F. (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Madrid, Aguilar.
- Bueno Armijo, A. (2022): «Carácter procedimental del *non bis in idem* en la Unión Europea», *Revista de Administración Pública*, núm. 218, pp. 171-206.
- Chaves García, J. R. (2019): «El reintegro de subvenciones por incumplimiento: tensiones y soluciones», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 1, pp. 210 y ss.
- Crespo Hidalgo, B. (2018): «El principio de confianza legítima en el derecho a la vivienda: una asignatura pendiente de la doctrina constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 112, pp. 333-376.

- Díez Sastre, S. (2008): *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Madrid, Marcial Pons.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- (1987): «De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 113, pp. 39-75.
- (2019): «Derecho al cobro de la subvención y obligación de devolución de lo percibido (reflexiones a propósito de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 202, pp. 11-50.
- García Luengo, J. (2002): *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas.
- (2010): *El reintegro de subvenciones*, Madrid, Civitas.
- Martín-Romo Capilla, R. M.^a (2005): «El recurso de casación contencioso-administrativo: su inadmisión en sentencia y la previa audiencia de las partes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 (TEDH 2004: 66)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15.
- Vallines García, E. (2004): *La preclusión en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 2004.

COMUNICACIONES

DESLOCALIZACIÓN EMPRESARIAL Y REINTEGRO DE SUBVENCIONES EN NAVARRA

Aritz Romeo Ruiz

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre la concreción del ámbito objetivo de aplicación: el concepto de ayuda pública. A) El objeto de la ley foral: ¿modificación de la relación subvencional clásica? B) El concepto de ayuda pública y la necesaria delimitación del ámbito objetivo de la Ley Foral 18/2020. 3. Cuestiones procedimentales: el procedimiento de declaración de deslocalización, el reintegro y el régimen transitorio. A) El procedimiento de declaración de deslocalización. B) El reintegro de las subvenciones y de las ayudas públicas: más allá de la restitución. C) El régimen transitorio aplicable a las subvenciones concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de la LFMAECD, frente al principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas desfavorables. 4. Conclusión. Bibliografía.

RESUMEN: La Ley Foral 18/2020, de 16 de diciembre, sobre medidas a favor del arraigo empresarial y contra la deslocalización, ha tratado de prevenir que las empresas afincadas en la Comunidad Foral incurran en deslocalización. El objetivo último de la Ley Foral es que las empresas que reciban subvenciones y ayudas públicas de la Administración Foral Navarra hagan un aprovechamiento de dichos medios de fomento que redunde en una contribución al desarrollo social y económico de la Comunidad Foral, y trata, además, de evitar que las empresas trasladen sus domicilios sociales y centros de trabajos fuera del territorio navarro. El presente trabajo contiene un comentario crítico de dicha Ley Foral y apunta algunas líneas en las que podría basarse una futura revisión de su articulado, con el objeto de contribuir a su mejora.

PALABRAS CLAVE: subvenciones; deslocalización; reintegro; Navarra.

ABSTRACT: Foral Law 18/2020, of December 16, on measures in favor of business roots and against relocation, has tried to prevent companies based in the Foral Community from relocating. The ultimate objective of the Foral Law is that companies that receive subsidies and public aid from the Navarra Foral Administration make use of said means of promotion that results in a contribution to the social and economic development of the Foral Community, and also deals with to prevent companies from moving their registered offices and workplaces outside Navarrese territory. This paper contains a critical commentary on said Ley Foral and points out some lines on which a future revision of its articles could be based, in order to contribute to its improvement.

KEY WORDS: subsidies; relocation; reimbursement; Navarra.

1. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes se ha podido conocer el traslado del domicilio social de la empresa Ferrovial fuera del territorio español, lo cual ha dado lugar a que, de nuevo, aflore el debate en relación con la deslocalización empresarial, sus efectos económicos y los medios jurídicos para evitar ese tipo de prácticas.

Precisamente con el objeto de fomentar el arraigo de las empresas, el Parlamento de Navarra aprobó en 2020 la Ley Foral 18/2020, de 16 de diciembre, sobre medidas de arraigo empresarial y contra la deslocalización (LFMAECD). Norma que tiene por objeto evitar la deslocalización de las empresas afincadas en Navarra que hubieran resultado beneficiarias de ayudas públicas y procurar que el esfuerzo económico que la administración foral realiza para el desarrollo empresarial sirva de manera directa e indirecta para favorecer el desarrollo social y económico de Navarra.

Para ello la ley foral prevé que las empresas de las cuales se declare que han incurrido en deslocalización, deberán proceder al reintegro de aquellas subvenciones y ayudas que hubieran recibido de la Comunidad Foral de Navarra. Esta cuestión había sido apuntada en el pasado por algunos autores, que ya defendieron la necesidad de contemplar la deslocalización como causa de reintegro de las subvenciones (Calvo, 2005).

La ley navarra continúa la senda que marcó la Norma Foral 7/2007, de 27 de marzo, de recuperación de ayudas del Sector Público Foral en el supuesto de deslocalizaciones empresariales de Bizkaia¹, aunque con un nivel de exigencia mayor en Navarra. En esa misma línea, aunque con un alcance más limitado, recientemente, con fecha 5 de diciembre de 2022, el Gobierno del Estado ha presentado el Anteproyecto de la Ley de Industria, cuyo artículo 17 recoge la obligación de reintegro por parte de las empresas que hubieran reci-

¹ Fue publicada en el Boletín Oficial de Bizkaia n.º 71 de 12 de abril de 2007.

bido subvenciones en el ámbito de la industria e incurrieran en cese de la actividad empresarial.

La LFMAECD cuenta con tan sólo 8 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria y una disposición final, y está estructurada en dos capítulos: el primero, referido a cuestiones generales, y el segundo que contiene disposiciones sobre la responsabilidad de las empresas que reciben ayudas públicas.

En la ley foral hay tres cuestiones que generan incertidumbre jurídica, y que deben ser revisados para garantizar la seguridad jurídica y la aplicabilidad de la ley foral: la falta de concreción del concepto de ayuda, los intereses y recargo que se exigen junto con el reintegro, y el régimen de transitoriedad, que prevé la aplicación de la norma con carácter retroactivo a subvenciones que se hubieran obtenido con anterioridad a la entrada en vigor de la LFMAECD.

2. SOBRE LA INCONCRECIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: EL CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA

A) EL OBJETO DE LA LEY FORAL: ¿MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN SUBVENCIONAL CLÁSICA?

La LFMAECD, de acuerdo con su artículo 1, tiene por objeto determinar las obligaciones que, para hacer frente a la deslocalización, deben contraer las empresas que reciban ayudas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y su Sector Público Institucional.

El objetivo de la ley foral es que las subvenciones que reciben las empresas «sean para realizar una aportación económica y social al desarrollo de Navarra a fin de hacer frente a procesos de deslocalización», para lo que se entiende necesario que, una vez han recibido ayudas, mantengan su domicilio social, centro de trabajo y actividad en Navarra.

El artículo 14.1.a) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), que ha sido reproducido por la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de Subvenciones (LFS), en su artículo 9 a), establece como principal obligación del beneficiario la de «cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones».

La LFMAECD añade a eso, en el caso de las empresas, la obligación de mantener su domicilio social en Navarra. Para ello, el artículo 5 establece que las convocatorias de subvenciones deberán incorporar entre los requisitos del adjudicatario el de no incurrir en deslocalización. Esto se torna en necesario

para garantizar que las subvenciones y ayudas vayan destinadas a realizar esa «aportación económica y social al desarrollo de Navarra», más allá de que el objeto de cada una de las subvenciones y ayudas públicas que se dirijan a las empresas también deban estar orientadas a ese fin.

Por tanto, el artículo 1 de la LFMAECD añade a la relación de obligaciones del beneficiario del artículo 9 de la LFS, la de no trasladar su domicilio social de Navarra, en el caso en que el beneficiario de la ayuda sea una empresa, y completa así, las obligaciones de la entidad beneficiaria de ayudas previstas en la LFS con la de no incurrir en deslocalización.

B) EL CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA Y LA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE LA LEY FORAL 18/2020

El artículo 2 de la ley foral establece que la misma se aplica, a las subvenciones públicas², y, además, a «cualquier otra ayuda con independencia de la forma jurídica que adopten».

El legislador foral ha querido, de este modo, ir más allá del concepto estricto de subvención y ampliar el ámbito de la LFMAECD a otro tipo de ayudas públicas.

Poca duda cabe respecto de las subvenciones, cuyo concepto y regulación están determinadas en la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de subvenciones (LFS), que, en su artículo 2 reproduce el concepto restringido de subvención de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) (Collado, 2009: 153 y ss.).

A este respecto, deben considerarse, a efectos de determinar el ámbito objetivo de aplicación de la LFMAECD, los supuestos que el artículo 2.3 de la LFS excluye del concepto de subvención, que, si bien en la mayoría de los casos son estímulos dirigidos a actividades desarrolladas personas físicas, en alguno de ellos pueden estar destinados también a empresas, como es el caso de los beneficios fiscales.

Además, la LFS, en su artículo 3, excluye de su aplicación los premios oficiales que convoquen con publicidad las Administraciones Públicas de Navarra y aquellos otros que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario, las subvenciones previstas en la legislación electoral y las subvenciones desti-

² Uno de los más importantes trabajos en relación con el concepto de la subvención es la monografía del profesor Germán Fernández Farreres: Fernández Farreres, Germán (1983): *La subvención. Concepto y régimen jurídico*, Madrid, Ministerio de Hacienda.

nadas a la financiación de los partidos políticos conforme a su normativa específica y a los grupos parlamentarios.

Mayores dificultades puede generar la falta de concreción de la LFMAECD en cuanto a su concepto de ayuda pública. Si bien la norma determina que se aplicará, además de a las subvenciones, a cualquier otro tipo de ayuda pública otorgada por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y por las entidades de su Sector Público Institucional, no se delimita el alcance de dichas ayudas, lo cual genera importantes problemas para la aplicación de la norma, de manera que es necesario concretar el concepto de ayuda pública.

Para ello, podría partirse de la tradicional clasificación doctrinal de los medios de fomento, que se distribuyen en medios honoríficos, económicos y jurídicos (Santamaría, 2018: 314), puesta en relación con el concepto de ayuda de Estado de la jurisprudencia europea.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1999, en el asunto C-6/97, República Italiana c. Comisión Europea, en el asunto C6/97 (apartado 15), que siguió la jurisprudencia ya determinada en las sentencias de 23 de febrero de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad*, 30/59, Rec. pp. 1 y 39, y de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, Rec. p. 1-7907, apartado 34, dejó sentado que «es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia que el concepto de ayuda comprende no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos».

Como afirmó Sesma Sánchez, la ayuda pública se ha generalizado como un supraconcepto que abarca una variedad de estímulos financieros que impliquen una ventaja patrimonial (Calvo, 2005), como préstamos bonificados, beneficios fiscales, restituciones a la exportación, bonificaciones de cuotas sociales, premios, becas, primas, cesiones de inmovilizado en condiciones favorables, garantías de crédito, avales y en general, como decimos, todo tipo de estímulo financiero que implique una ventaja patrimonial o económica en favor de un determinado beneficiario (Sesma, 1998: 279).

Debido a dicha amplitud, sería conveniente que el legislador especificara con mayor detalle hasta dónde alcanza en el caso de la LFMAECD el concepto de ayuda, dada la extensión de las medidas administrativas que se emplean con el objetivo de favorecer determinadas políticas de desarrollo económico y empresarial y que consisten, precisamente en reconocer posiciones económicas ventajosas, teniendo en cuenta, además, el impacto normativo que eso podría entrañar, en el sentido de que afecta a las normas reguladoras de esos tipos de incentivos englobados en el concepto de ayuda pública de la LFMAECD.

Es el caso de los supuestos tan variados como préstamos o créditos en condiciones ventajosas, operaciones financieras de entidades del sector público encaminadas a garantizar la viabilidad o el establecimiento de una empresa, cesiones gratuitas de terrenos y otros bienes inmuebles, diversos tipos de garantías, venta de bienes públicos a precios ventajosos en relación con el mercado, prestación de servicios por parte de la Administración o bien con carácter gratuito o a un precio inferior al de mercado, desarrollo de infraestructuras que redunden en beneficio exclusivo de determinadas empresas o los beneficios fiscales.

Estos últimos, aunque están excluidos del concepto estricto de subvención encajan en el concepto amplio de ayuda pública, puesto que otorgan una ventaja económica a las empresas beneficiarias de los mismos³.

Por otro lado, el amplio e indeterminado ámbito objetivo de la LFMAECD contrasta con la cláusula limitativa que prevé su artículo 3, que consiste en que por vía reglamentaria se exceptione de su aplicación aquellas ayudas que se hubieran otorgado para la realización de actividades de I+D+i, para la mejora de la competitividad o transferencia del conocimiento.

De la misma manera que la LFMAECD excluye las ayudas en el ámbito del desarrollo en I+D+i, podrían haberse incorporado otras excepciones de otro tipo de subvenciones, como las dirigidas a la mejora del medio ambiente y a la incorporación de medidas que reduzcan las emisiones de CO₂ y la huella de carbono en los procesos de producción, o aquellas otras que se hayan otorgado para la creación de empleo para colectivos vulnerables y en difícil empleabilidad, o las destinadas a la mejora de los medios tecnológicos de las empresas con la implantación, por ejemplo, de sistemas de inteligencia artificial en las empresas.

3. CUESTIONES PROCEDIMENTALES: EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE DESLOCALIZACIÓN, EL REINTEGRO Y EL RÉGIMEN TRANSITORIO

El Capítulo II regula el procedimiento por el cual ha de realizarse la declaración de deslocalización empresarial y, como consecuencia de este, la exigencia de reintegro de las subvenciones y ayudas que proceda.

³ Nótese la importancia de los beneficios fiscales: según Presupuesto de Beneficios Fiscales del ejercicio 2023, de la Comunidad Foral de Navarra, elaborado y publicado en la web <www.navarra.es>, en cumplimiento del artículo 14.2 de la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de Noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados Miembros, prevé una cuantificación de los beneficios fiscales relativos al Impuesto de Sociedades de 131.466.000 €.

La LFMAECD establece un doble procedimiento: por un lado, un procedimiento que tiene por objeto la declaración, por parte de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, de la existencia de deslocalización y, por otro lado, un segundo tiempo en el cual se debe realizar un procedimiento específico de reintegro.

Se trata de un procedimiento que, sin duda, tiene que ser concretado y matizado ampliamente en el desarrollo reglamentario, y que, probablemente debería someterse a una revisión, ya que la LFMAECD contiene inexactitudes importantes desde el punto de vista del procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, el artículo 6.3 afirma que el procedimiento se iniciará mediante un informe, y no mediante una resolución de iniciación y de incoación, que podrá estar basada en un informe.

A) EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE DESLOCALIZACIÓN

Como acaba de señalarse, el procedimiento descrito en el artículo 6 de la Ley Foral 18/2020 debe ser sometido a una importante revisión técnica. Aunque el desarrollo reglamentario puede servir para matizarlo y desarrollar un procedimiento acorde con la Ley de Procedimiento Administrativo Común, sería necesario una modificación legislativa que corrija estos extremos.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que, si bien no estamos en sentido estricto ante un procedimiento sancionador, sino ante un procedimiento declarativo, lo cierto es que las consecuencias de la declaración de deslocalización podemos encuadrarlas de manera clara en los actos de gravamen, puesto que conlleva el reintegro de la subvención, más el interés moratorio y un recargo del 20%.

Probablemente sería conveniente diseñar un procedimiento con garantías similares a las que la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común prevé para los procedimientos administrativos sancionadores (Castillo: 2019).

Además, la competencia para resolver es del Gobierno de Navarra. Si el órgano competente para resolver sobre la deslocalización es el Consejo de Gobierno, el acuerdo únicamente será impugnado o mediante un recurso de reposición, o por vía jurisdiccional. Si se revisara este extremo, estableciendo que quien resuelva sea el Consejero por el artículo 126.1.a) de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, a los efectos de la interposición del recurso de alzada, el Gobierno de Navarra tendrá la consideración de superior jerárquico dando así mayor garantía a los interesados.

B) EL REINTEGRO DE LAS SUBVENCIONES Y DE LAS AYUDAS PÚBLICAS: MÁS ALLÁ DE LA RESTITUCIÓN

El artículo 7 de la LFMAECD determina que la declaración de deslocalización supone la obligación de la empresa de reintegrar las subvenciones percibidas durante los últimos ocho años.

En cuanto al procedimiento para exigir el reintegro, el artículo 7.3 LFMAECD se remite a la regulación de la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de subvenciones, así como en Título II de la LGS, que ha sido ampliamente estudiado por el profesor Rebollo Puig (Rebollo: 2005).

Sin embargo, no especifica cómo han de calcularse las cantidades a reintegrar en el caso de ayudas distintas a las subvenciones, y se remite, para ello, al posterior desarrollo reglamentario.

Lo más llamativo es que la ley foral, además del reintegro, exige el pago del interés de demora desde que se percibió la ayuda, hasta la fecha de declaración de deslocalización, así como un recargo de 20% del importe de la subvención, apartándose del régimen de reintegro del artículo 35.2 LFS y 37 LGS. (García Luengo, 2010: 13) que exigen, que, en las causas de reintegro tasadas de mayor gravedad, deberá reintegrarse, además de la subvención, el interés de demora.

Es decir, únicamente en los casos en los que se produce un incumplimiento grave y culpable, la LFS y la LGS exigen que, junto con la devolución del importe de la subvención, se abone un interés de demora.

Sin embargo, la LFMAECD va más allá y prevé el abono del interés de demora en todos los casos, independientemente de las circunstancias en las que haya podido producirse la deslocalización. Así, cualquier deslocalización empresarial, se equipara a los casos más graves de incumplimiento culposo de las obligaciones en el régimen general.

Además, la LFMAECD prevé un doble gravamen a los supuestos de deslocalización, generando un régimen mucho más exigente que el régimen general de la LFS. Esto se produce cuando, en el artículo 7.2, queda fijado que, además del reintegro de la ayuda y del interés de demora, deberá abonarse un recargo del 20% de la cantidad a reintegrar.

Este recargo va más allá del carácter reparador que podría tener el reintegro. Si la norma busca un objetivo meramente reparador, sería suficiente con reintegrar la cantidad recibida en concepto de ayuda. Si, además de ello, debe abonar el interés de demora, va más allá de la mera reparación, puesto que, de lo contrario, con el abono del interés legal sería suficiente. Esto se agrava cuando a esas cantidades se les añade el recargo del 20%, que únicamente parece justificarse como medida disuasoria de incurrir en deslocalización.

Resultaría de interés analizar la verdadera naturaleza jurídica de dicho recargo, que, en cualquier caso, parece ir más allá del mero carácter restaurativo de las ayudas disfrutadas.

C) EL RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LAS SUBVENCIONES CONCEDIDAS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LFMAECD, FRENTE AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DESFAVORABLES

La disposición transitoria única de la LFMAECD prevé su aplicación a subvenciones otorgadas hasta ocho años antes de la entrada en vigor, siempre y cuando la deslocalización hubiera sucedido con posterioridad a la fecha de vigencia de la ley foral, si bien, en este caso, no se devengará el recargo del 20%.

Esto resulta llamativo, puesto que se trata de unas ayudas que en su momento fueron otorgadas fuera del período de vigencia de la LFMAECD, y cuyas bases no contemplaban entre las obligaciones de la entidad beneficiaria la de no incurrir en deslocalización.

Además, genera problemas desde el punto de vista del principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas sancionadoras o restrictivas de derechos del artículo 9.3 de la Constitución. A pesar de que la deslocalización que causa la obligación de reintegro se haya producido una vez entrada en vigor la ley, aplicar la obligación de reintegro conforme a subvenciones que se otorgaron con anterioridad supone la aplicación retroactiva de una disposición restrictiva de derechos, ya que la orden de reintegro de una subvención es un acto de gravamen.

Se considera necesaria una revisión del régimen transitorio de aplicación retroactiva de la ley foral, con el fin de evitar que pueda entrar en colisión con el mencionado artículo 9.3 de la Constitución.

4. CONCLUSIÓN

La Ley Foral sobre Medidas de Arraigo Empresarial y contra la Deslocalización Empresarial es una ley novedosa y pionera que persigue un objetivo importante y necesario para garantizar tanto el mantenimiento del empleo como el desarrollo económico social y empresarial de Navarra. Para ello, incide sobre una idea que ya había sido apuntada por parte de la doctrina: en caso de que una empresa incurra en deslocalización, deberá reintegrar el importe reci-

bido en forma de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Foral de Navarra.

Sin embargo, se trata de una norma que debe ser objeto de una profunda revisión tanto desde el punto de vista de la técnica normativa, como en relación con importantes problemas jurídicos que algunas cuestiones de fondo plantean:

- Por un lado, la falta de concreción del concepto de ayuda pública, que ha de ser delimitado, para una mayor seguridad jurídica.
- Por otro lado, la exigencia, junto con el reintegro de la ayuda, de abonar el interés de demora y un recargo de 20% del principal, debe ser igualmente sometida a revisión ya que podría tratarse de actos de gravamen cuya naturaleza podría sobrepasar los límites de la mera restitución de las ayudas.

Finalmente, también debe revisarse en profundidad el régimen de aplicación transitoria, que exige la devolución de ayudas públicas obtenidas hasta ocho años antes de la entrada en vigor de la ley foral, lo cual genera problemas desde el punto de vista del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras y limitadoras de Derechos, del artículo 9.3 de la Constitución.

Dicha revisión es necesaria para garantizar la viabilidad de la LFMAECD, y que esta se aplique conforme al principio de seguridad jurídica, las garantías de los interesados y generando la menor litigiosidad posible, siempre con el fin último de perseguir el arraigo de las empresas establecidas en la Comunidad Foral y que el mismo redunde en el desarrollo social y económico de Navarra.

BIBLIOGRAFÍA

- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2015): *Apuntes de Derecho Mercantil*, 16.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters.
- Calvo Ortega, R. (2005): «Ley de subvenciones y deslocalización de empresas», en *Revista quincena fiscal*, núm. 1/2005, pp. 9-16.
- Castillo Ramos-Bossini, S. (2019): «Las cuestiones procedimentales controvertidas en la fase declarativa del procedimiento de reintegro de subvenciones públicas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 54, pp. 214-254.
- Collado Beneyto, P. J. (2009): *Comentarios a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento. Incidencia en la Generalitat Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención. Concepto y régimen jurídico*, Madrid, Ministerio de Hacienda.
- García Luengo, J. (2010): *El reintegro de subvenciones*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters.

- López Ramón, F. (2004): *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Rebollo Puig, M. (2005): «Comentario al art. 37 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones: causa de reintegro de las subvenciones», en Fernández Farreres, G. (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Civitas, pp. 407-527.
- Sánchez Sesma, B. (1998): *Las subvenciones públicas*, Valladolid, editorial Lex Nova.
- Santamaría Pastor, J. A. (2018): *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 5.^a ed., Madrid, Iustel.

POR QUÉ FRACASAN LAS SUBVENCIONES: EL CASO DEL DESARROLLO RURAL Y EL PROGRAMA «LEADER»

*José Luis Domínguez Álvarez
Marcos M. Fernando Pablo
María Ángeles González Bustos
Paula Tomé Domínguez
Pilar Talavera Cordero¹*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes y primeros frutos del Programa LEADER. 3. Una iniciativa, un eje y un contenido de desarrollo rural largamente auditado. A) Primeros análisis. B) LEADER II. C) Las evaluaciones de las especialidades LEADER: Los Informes 5/2010 y 10/2022 del Tribunal de Cuentas Europeo. 4. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: El presente estudio aspira a realizar un comentario de conjunto sobre las ventajas, potencialidades y principales interrogantes que esconde la evolución del programa LEADER. De esta forma, sobre la base de los diferentes informes realizados por el Tribunal de Cuentas Europeo y partiendo de la experiencia de los distintos Grupos de Acción Local de los Estados miembros se pondrán de relieve las principales deficiencias que laten en el corazón de esta iniciativa estratégica para la revitalización de los territorios rurales europeos y la urgente necesidad de volver a los postulados larvados en el primer período de

¹ La presente contribución científica forma parte de la hoja de ruta emprendida por el Grupo de Investigación Reconocido «Next Generation UE – Derecho Administrativo» de la Universidad de Salamanca, en el marco del Proyecto «Agricultura climática para la transición rural» (ACLIMATRA-TED2021-129553B-I00).

programación, en contraposición a la excesiva carga burocrática que impera en el momento actual.

PALABRAS CLAVE: LEADER; reto demográfico; Tribunal de Cuentas Europeo; territorios rurales; grupos de acción local.

ABSTRACT: The present study aims to provide an overview of the advantages, potential and main questions surrounding the development of the LEADER programme. On the basis of the various reports produced by the European Court of Auditors and drawing on the experience of the various Local Action Groups in the Member States, it will highlight the main shortcomings at the heart of this strategic initiative for the revitalisation of European rural areas and the urgent need to return to the principles of the first programming period, as opposed to the excessive bureaucratic burden that currently prevails.

KEY WORDS: LEADER; demographic challenge; European Court of Auditors; rural territories; local action groups.

1. INTRODUCCIÓN

Desde 2007 la Unión Europea ha invertido aproximadamente 10.000 millones de euros para diversificar la economía rural y 15.000 millones para mejorar infraestructuras rurales, a través de los diversos programas de desarrollo rural². Justamente, a partir de esa fecha, lo que había nacido como una «*iniciativa comunitaria*» quedó integrada como eje 4 de la política de desarrollo rural en el Reglamento (CE) n.º 1698/2005 del Consejo, de 20 de septiembre de 2005, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del FEADER. Ya en el período 2014-2020, lo que se conocía para entonces como *enfoque LEADER*, se transformó en un componente obligatorio de los programas de desarrollo rural (con un mínimo del 5% destinado a esta modalidad de intervención). En ese mismo período, además, la aplicabilidad del método tomó una forma más amplia bajo la nomenclatura Desarrollo Local Participativo (CLLD) y se extendió temáticamente a la política de pesca y abarcó no solo las zonas rurales, sino también las pesqueras y urbanas. Adicionalmente, de conformidad con la programación del Estado miembro, el Desarrollo Local Participativo podría aplicarse tanto en el marco del FEADER como en el marco de otros fondos.

Tanto el LEADER original como su desarrollo ulterior³ han sido objeto de una copiosa literatura, por lo que aquí únicamente mencionaremos sus pecu-

² Tribunal de Cuentas Europeo (2022: 47).

³ En el período 2021-2027 el enfoque LEADER se rige por el Reglamento (UE) 2021/1060 (Disposiciones Comunes) y las normas de la Política Agraria Común, es decir, el Reglamento (UE) 2021/2015. Este último integra el desarrollo rural y, dentro de él, el enfoque LEADER.

liaridades esenciales, las cuales quizá explican parte de su éxito y de su fracaso como medida de intervención⁴. En este punto, conviene reseñar que, de conformidad con el propio Considerando 31 del Reglamento (UE) 1305/2013, «[e]l enfoque LEADER de desarrollo local ha demostrado su eficacia a lo largo de los años para fomentar el desarrollo de las zonas rurales, teniendo plenamente en cuenta las necesidades multisectoriales de desarrollo rural endógeno, a través de un planteamiento ascendente. Por lo tanto, LEADER debe mantenerse en el futuro y su aplicación debe seguir siendo obligatoria para los programas de desarrollo rural a escala nacional y/o regional». En contraposición, el Tribunal de Cuentas Europeo en su más reciente informe sobre el asunto, indica que «el enfoque LEADER supone mayores costes administrativos y de funcionamiento, un proceso lento de aprobación, y no dio lugar a proyectos que aportaran beneficios adicionales demostrables. En general, llegamos a la conclusión de que hay escasas pruebas de que los beneficios del enfoque LEADER superen los costes y los riesgos que entraña»⁵.

Las dos afirmaciones antagónicas esconden una contradicción que solo puede explicarse como una cuestión de perspectiva. Para el Tribunal de Cuentas es una afirmación de conjunto sobre los riesgos y la durabilidad de los resultados, que, sin embargo, no oculta casos de éxito que la Comisión ha querido destacar afirmando los principios LEADER: desarrollo endógeno, basado en los territorios y la comunidad afectada, y enfoque ascendente (*botton-up*). La cuestión es, por tanto, ¿por qué fracasa, en ocasiones, LEADER?⁶

⁴ Los problemas de régimen jurídico del LEADER en España han sido cuidadosamente abordados por Prieto Álvarez, T. (2020: 133).

⁵ Tribunal de Cuentas Europeo (2022: 42).

⁶ La pregunta suscita un recuerdo de la cita bíblica (Mateo, 13: 2-9, Marcos, 4: 1-9, y Lucas, 8: 4-8): *La parábola del sembrador*. Una descripción general del problema (necesidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de las ayudas públicas) puede verse en OMC (2006: 63-74) donde se pone de relieve que: «[...] cuando un mercado es perfectamente competitivo, no hay ningún argumento que justifique una subvención. Sin embargo, si se atenúa la hipótesis del mercado perfecto, se pueden dar situaciones en que una medida pública, como una subvención, mejore el bienestar. Una subvención eficaz puede corregir un mal funcionamiento del mercado y equilibrar así los costos y beneficios sociales y privados».

En el caso de la política de desarrollo rural, las ayudas públicas pueden justificarse por un «fallo de mercado» en el que la intervención pública trata de suplir la incapacidad para producir bienes y servicios, y las externalidades a las que conducen las decisiones individuales. Esta parece ser ya la óptica dominante en los economistas frente a la carencia de vitalidad y descenso poblacional de partes del territorio. *Vid.* Banco de España (2020: 271-318). Igualmente relevante resulta el Considerando 32 del Reglamento (UE) 2021/2115.

2. ANTECEDENTES Y PRIMEROS FRUTOS DEL PROGRAMA LEADER

El libro verde de la PAC de 1985 había anticipado la necesidad de dejar de pensar en el desarrollo agrario para contemplar la necesidad del desarrollo rural. La Comisión Europea, a su vista, se orientó en políticas dirigidas a diversificar la actividad de las zonas rurales con el fin de retener población y complementar las rentas agrarias. Ante la incapacidad de los Fondos Estructurales para perseguir tales finalidades, como complemento diferenciado del Marco Comunitario de Apoyo y de las políticas de desarrollo rural y la programación del FEOGA-O, la iniciativa LEADER nació como un método alternativo a las políticas rurales que venían desarrollándose hasta la fecha⁷. La idea que inspiró la acción era la de encontrar soluciones nuevas a problemas comunes en el ámbito de la UE, aplicando un método basado en siete principios, de entre los cuales los más relevantes eran: el enfoque ascendente, basado en una zona concreta, en la iniciativa de una comunidad determinada (asociación comarcal), actuando cooperativamente y con características integradas multi-sectoriales.

El 15 de marzo de 1991, la Comisión decidió, en aplicación del artículo 1 del Reglamento (CEE) n.º 4253/ 88, la creación de una iniciativa comunitaria (IC) denominada LEADER para el período 1990-1993. La Comunicación 91/C7314 preveía, con una finalidad complementaria o adicional a las medidas ya existentes en los Marcos Comunitarios de Apoyo, una intervención consistente en una «*subvención global integrada a un Organismo Competente, designado por el Estado miembro, que coordinara la utilización de la subvención por parte de los grupos locales de desarrollo rural*» que habrían de constituirse en zonas geográficas determinadas y concretas (entre 5.000 a 100.000 habitantes), seleccionadas por los Estados. Los citados Grupos (públicos, privados o mixtos) que habrían de presentar una estrategia de desarrollo local, serían seleccionados conjuntamente por la Comisión y los Estados. Se esperaba encontrar un nuevo método innovador de apoyo al desarrollo rural, no dependiente del sector agrario, mediante la IC que se financió con 360,317 millones de ecus, España (120 millones de ecus) e Italia (80,9 millones de ecus) fueron los principales beneficiarios.

Los tres elementos decisivos (enfoque territorial ascendente, basado en la comunidad y multisectorial) se asientan en la constitución del Grupo de Acción Local, la formulación de la estrategia de desarrollo multisectorial y la aplica-

⁷ En España, la política de ordenación rural y extensión agraria (concentración parcelaria y mejora de explotaciones), competencia del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, al amparo de la Ley 54/1968, de 27 de julio, de Ordenación Rural. Otras referencias más cercanas las derivadas de la Ley 25/1982 de Agricultura de Montaña. Sobre estos orígenes, *vid.* Red Rural Nacional (2011: 17-39).

ción de los fondos a los posteriores proyectos seleccionados. Las medidas que LEADER I podía financiar, además de la ayuda a la creación de una red de Grupos de Acción Local eran las relativas a la diversificación de la actividad económica rural: proyectos de turismo rural, artesanía y servicios locales, comercialización de la producción agraria, forestal y pesquera local, etc.

España, comenzó a desarrollar el LEADER I, el 1 de enero de 1992, actuando como organismo intermediario nacional el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) y constituyéndose grupos locales en las zonas requeridas por la iniciativa comunitaria. Su financiación corrió a cargo de los tres fondos estructurales (286,6 millones de ecus). Sin embargo, *«las previsiones se desbordaron y a 30 de septiembre de 1994 el gasto comprometido fue de 386,7 millones de ecus [...] El responsable de este éxito fue el sector privado, que pasó a absorber más de la mitad del gasto total del programa [...]»*⁸.

3. UNA INICIATIVA, UN EJE Y UN CONTENIDO DE DESARROLLO RURAL LARGAMENTE AUDITADO

A) PRIMEROS ANÁLISIS

Como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, la IC LEADER fue un relativo éxito en España: *«[a] pesar de su carácter experimental y sus limitados recursos, LEADER I supuso la creación de pequeñas empresas con base en los productos agrarios propios, el desarrollo del sector turístico, la implicación de la población en los procesos de desarrollo, la revitalización cultural, la inversión de capitales públicos y privados, etc. [...] todo ello propició la diversificación de sus economías, la prestación de servicios, la estabilización y creación de empleos»*⁹. Su mayor virtud consistió en movilizar importantes tasas de capital privado respecto de los fondos públicos, y la implantación de un modelo «ascendente» que pronto se generalizó.

Sin, embargo, se produjo un *«dualismo por un lado entre población y las actividades económicas tradicionales, y por el otro los proyectos innovadores y los actores económicos y sociales que los promovían y los ejecutaban y explotaban las nuevas posibilidades de aprovechar los recursos potenciales, [...] si bien en algunos casos hubo una excesiva polarización de los proyectos hacia algún sector, fundamentalmente el turismo rural»*¹⁰.

⁸ Vid. Red Rural Nacional (2011: 13).

⁹ Vid. Castellano Álvarez, F. J. (2020: 61-78).

¹⁰ Hay que recordar que el LEADER I desarrolló siete medidas, entre ellas las de apoyo al turismo rural, apoyo a pequeñas y medianas empresas, artesanía y servicios locales y valori-

El Tribunal de Cuentas Europeo¹¹ no fue tan optimista al auditar los resultados. Destaca, en primer lugar, que *«la iniciativa del FEOGA-Orientación, LEADER, fue llevada a la práctica de diferente manera según los Estados miembros, el grado de cooperación y de coordinación entre los grupos LEADER y los organismos nacionales intermediarios variaba considerablemente y la amplia autonomía de los grupos, junto con sus diversas interpretaciones del concepto básico, se traducían en fallos en los procedimientos. Se detectaron gastos no subvencionables y se descubrió información técnica y financiera facilitada por los grupos que adolecía de falta de fiabilidad»*.

En el caso de Alemania no siempre se crearon estos grupos locales descentralizados, y las autoridades regionales afectadas desempeñan las funciones de los mismos, lo que determinó la concentración de las inversiones en proyectos propios del Estado Federado¹². En Italia, además de retrasos burocráticos que hicieron formalmente imposible el funcionamiento de algún grupo, dos de los proyectos fiscalizados, ya habían disfrutado de ayuda, en el marco de los programas integrados mediterráneos, y algún grupo *«funcionaba prácticamente como un gabinete de consultores, elaborando fundamentalmente, o encargando a otras cooperativas del grupo LEADER, la elaboración de estudios y programas para futuras medidas de desarrollo»*. Más de la mitad de los fondos librados se emplearon en estudios de este tipo y llegaron únicamente a las cooperativas miembros del grupo. En otras ocasiones, se incluyeron proyectos no subvencionables por LEADER. Menos del 20% de los fondos disponibles se había empleado para financiar proyectos de inversión material, con lo que la influencia de la actividad del grupo en el desarrollo rural solo pudo ser mínima. Con relación a España, se apreciaron *«graves irregularidades que reflejaban una ausencia de control por parte del grupo [...]»*. En su conjunto, por tanto, la Iniciativa presentó no pocos problemas, de diseño y régimen de

zación y comercialización de productos agrarios locales. Se trataba de apoyar el turismo rural sobre la base de la COM(90) 438 final.

¹¹ *Vid.* Tribunal de Cuentas Europeo (1995: 193).

¹² Así, entre los grupos fiscalizados en Leer, Aurich y Kusel, un proyecto de esta última localidad (transformación y acondicionamiento del albergue juvenil Burg Lichtenberg) disfrutó de una ayuda del FEDER de más de dos millones de DM (aproximadamente un millón de euros), para un coste total que superaba los diez millones de DM (aproximadamente cinco millones de euros). Más del 81% del conjunto de la ayuda LEADER I de la que el grupo de Kusel ha disfrutado se ha asignado a este proyecto únicamente. *Un proyecto de tal envergadura no corresponde al objetivo de la IC LEADER*. En todo caso, el proyecto solo se ha financiado por la IC LEADER I porque no quedaban créditos disponibles de los programas operativos normales. En lugar del proyecto inicialmente aprobado en la medida «Valorización in situ y comercialización de la producción agraria, forestal y pesquera local», el grupo LEADER de Kusel (al igual que los otros dos grupos LEADER de Renania-Palatinado) ha integrado en la iniciativa un programa de su Estado federado que ya existía desde principios de 1988, sobre un régimen de ayuda en favor de los empresarios agrarios para inversiones destinadas a reducir los daños al medio ambiente.

los Grupos, de procedimientos y de determinación de actividades subvencionables¹³.

B) LEADER II

La Comisión decidió continuar la iniciativa comunitaria LEADER para el período de programación 1994-1999 (LEADER II), con un aumento de Grupos y presupuestos muy ajustados, lo que ocasionó cierta dispersión de fondos que el Tribunal de Cuentas consideró contrario al «*principio básico de las intervenciones de los Fondos Estructurales, que exige la concentración de fondos*»¹⁴. Además, se apreciaron ciertas debilidades de gestión: «*[e]n todas las regiones visitadas se habían aprobado proyectos en el marco de LEADER II que también habrían sido subvencionables en virtud de las actividades generales. En varias regiones se financiaron proyectos en el marco del programa LEADER II porque se consideraban demasiado “pequeños” para el general, o porque los fondos correspondientes del principal programa operativo ya se habían utilizado. El financiar estos proyectos en el marco de las actividades generales habría simplificado los esfuerzos administrativos exigidos por la creación de grupos de acción local*».

Por otra parte, insiste el Tribunal en que «*en varios casos se seleccionaron proyectos sin un procedimiento formal; otros proyectos se seleccionaron sin un análisis de compatibilidad... la objetividad y transparencia del proceso de selección de proyectos son dudosas en los casos en que el solicitante y la institución que efectúa la autorización se hallan muy interrelacionados. En varios casos existían estrechas relaciones personales o profesionales entre el promotor del proyecto y la autoridad de aprobación*», para concluir: «*no existe una medida suficiente de la supervisión y el control de los distintos proyectos*».

C) LAS EVALUACIONES DE LAS ESPECIALIDADES LEADER: LOS INFORMES 5/2010 Y 10/2022 DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO

En abril de 2000 la Comisión lanzó la iniciativa denominada LEADER+, previa presentación de las orientaciones¹⁵. Su ejecución se dilató hasta 2009. En 2010 el Tribunal de Cuentas examinó, a la luz de la experiencia y la tota-

¹³ La respuesta de la Comisión señala: «[e]s inevitable que el estatuto de los grupos refleje la legislación y las tradiciones de cada Estado miembro».

¹⁴ Utilizamos ahora, en lo que sigue, el documento Tribunal de Cuentas (2001).

¹⁵ *Vid.* Comisión Europea (2000).

lidad de las iniciativas anteriores, las virtualidades y defectos del *enfoque ascendente* y demás peculiaridades del método LEADER. Las conclusiones del Tribunal señalan importantes fallos en el diseño y funcionamiento de los Grupos, las estrategias y los procedimientos. Si bien se obtiene un cierto grado de implicación de la comunidad local, algunos grupos concedieron la mayoría de las subvenciones *a sus propias organizaciones miembros*, reduciendo las subvenciones disponibles para la comunidad en general. Tampoco fue general el respeto a una de las especificidades clave del enfoque LEADER, que consiste en que las *decisiones* no deben ser adoptadas por las autoridades, sino por una asociación local más amplia. Adicionalmente, los objetivos de la estrategia local no fueron específicos, mensurables y alcanzables dentro de un plazo de tiempo, sino tan generales que podían valer para cualquier zona rural y, por tanto, no constituían un factor determinante para la selección de los proyectos. En muchos casos, el enfoque LEADER se limitó a constituir una fuente adicional de subvención para actividades normales de la Administración local.

Por su parte, señala el Tribunal, la Comisión y los Estados miembros no se mostraron suficientemente exigentes y comparten con los GAL cierto grado de responsabilidad por limitar el posible valor añadido del enfoque LEADER. No han actuado en la medida necesaria para limitar los costes y los riesgos: «*[c]on escasas excepciones, los GAL se limitaron apenas a seguir los procedimientos establecidos por los Estados miembros y no alcanzaron los beneficios plenos del enfoque LEADER ni se autorregularon para conseguir una buena gestión financiera por iniciativa propia*».

A todo ello debía sumarse que, conforme a la evaluación intermedia del LEADER+, «*[l]a burocracia excesiva, las relaciones difíciles entre las autoridades gestoras y de otro tipo que participan en el proceso, de una parte, y los GAL y los promotores de proyectos, los retrasos en la financiación, y la insuficiente autonomía del GAL causaron una pérdida de eficiencia en la gestión. El exceso de burocracia, se considera el principal asunto de gestión que obstaculiza el impacto y, de hecho, resta valor a algunas de las otras características atractivas de la concepción de LEADER+*».

A partir de 2007 LEADER es un enfoque alternativo, constitutivo de un cuarto eje para alcanzar los objetivos en los tres ejes generales de la política de desarrollo rural. Su aplicación fue auditada también por el Tribunal¹⁶ quien previamente, había intervenido a través del Informe especial 19/2013 de seguimiento de los informes especiales del Tribunal de Cuentas Europeo relativo a 2012, señalando deficiencias en cuanto al «enfoque ascendente» (los grupos no promovieron la implicación del ámbito geográfico), y en cuanto a los procedimientos de selección de proyectos (dominados por los poderes públicos y

¹⁶ *Vid.* Tribunal de Cuentas Europeo (2022).

faltos de reglas sobre los conflictos de intereses) o la incapacidad para desarrollar medidas locales diferente de las medidas de desarrollo rural generales, lo que les llevó a financiando proyectos que podrían haberse financiado a través de otros programas de gasto.

En el Informe especial de 2022, el Tribunal constata los avances en materia organización y constitución de los grupos, selección de estrategias y procedimientos de adjudicación de proyectos, pero, pese a la teórica ventaja que la movilización e implicación local, no deja de señalar el coste adicional de constitución y administración de dichos grupos, así como el «desvío» relativo en que se incurre en algunos países. Sin ir más lejos, en Sajonia (Alemania) el LEADER no debía financiar las actividades normales de los entes locales, pero aquel Estado había utilizado los fondos LEADER para financiar 112 proyectos de alumbrado público (por valor de 5,5 millones de euros de gasto público), 84 carreteras rurales (13 millones de euros) y 62 proyectos de guarderías (6,3 millones de euros)¹⁷.

Finalmente, el Informe especial 12/2022 del Tribunal sobre durabilidad en el desarrollo rural, aunque enjuicia la totalidad de esa política, no deja de sugerir también problemas.

4. CONCLUSIONES

De los mejores estudios disponibles en España resulta que «la incorporación de LEADER a los correspondientes PDR ha supuesto cambios importantes, que los GAL perciben mayoritariamente como muy negativos [...] que van desde las limitaciones derivadas de la normativa contenida en los PDR en cuanto a elegibilidad, criterios de selección de las estrategias de desarrollo local, y a veces, incluso, las temáticas a abordar (que se perciben como una pérdida de independencia por parte de los propios GAL)»¹⁸.

Si la iniciativa buscaba movilizar, innovar y diversificar la actividad económica y las infraestructuras de las comunidades rurales, su elemento definidor («de abajo a arriba») parecía lanzar, a los actores sobre el territorio, la sugerencia de cierta flexibilidad: *«dígame cómo quiere avanzar»*. La posterior superación de la indefinición jurídica en cuanto al estatus y régimen de acción de los GAL ha llevado a una «administrativización» que transforman los GAL en simples «oficinas tramitadoras de subvenciones», dentro de un conjunto de

¹⁷ La respuesta de la Comisión a esta objeción es que «[l]a sustitución de los fondos públicos por el FEADER con respecto al proyecto no implica necesariamente la ausencia de efectos adicionales para el resultado [...]». *Vid.* Tribunal de Cuentas Europeo (2015: 58).

¹⁸ *Vid.* Esparcia, J. y Mesa, R. (2019: 87).

posibles operaciones rígidamente determinadas en los Planes de Desarrollo Rural, sin apenas margen acción propio.

En el nuevo período de programación (2023-2027) la UE sigue confiando en el método LEADER, pero parece retornar al principio de flexibilidad¹⁹, al tiempo que clarifica el papel de los Grupos en las estrategias de desarrollo local participativo. El nuevo Reglamento (UE) de Disposiciones Comunes, al determinar las actuaciones que los GAL deben realizar²⁰ incluye las de elaborar y publicar las convocatorias, y seleccionar las operaciones, tareas que deberán realizar en exclusiva, dentro ahora de las previsiones del Plan Estratégico la Política Agraria.

El punto decisivo, donde habrá de acreditarse el «valor añadido» que reclama el Tribunal de Cuentas, se desplaza a la relación entre la autoridad de gestión y los grupos. No menos importante, la relación de éstos con la comunidad rural, pues no siempre, en zonas de capital social muy frágil, sin apoyo externo de la Administración autonómica, la iniciativa local será capaz de movilizarse: la figura del agente de desarrollo rural, en ciertas zonas, parece, también para el enfoque, LEADER, imprescindible.

BIBLIOGRAFÍA

Banco de España (2021): *Informe anual 2020*, Madrid, 322 pp.

Castellano-Álvarez, F. J.; Río-Rama, M.^a de la C. y Durán-Sánchez, A. (2020): «Eficacia de la Iniciativa LEADER Como Instrumento de Desarrollo Rural. Estudio de Caso de Extremadura (España)», en *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, núm. 55, pp. 61-78.

Comisión Europea (2000): *Comunicación de la Comisión a los Estados miembros de 14 de abril de 2000 por la que se fijan orientaciones sobre la iniciativa comunitaria de desarrollo rural (LEADER+)*.

¹⁹ Nos parece, un acierto el modo como La Rioja ha planteado la intervención regional LEADER incluyendo entre las operaciones de ejecución de la estrategia local: el principio general debe ser que cualquier operación realizada de conformidad con las disposiciones generales del Reglamento FEADER, las prioridades de DLP/LEADER y la estrategia de desarrollo local puede ser subvencionable, *siempre y cuando no sea subvencionable a través cualquier otra medida del PDR que se ejecute en La Rioja*.

²⁰ Art. 33 del Reglamento (UE) 2021/1060 UE. «Las siguientes funciones serán realizadas exclusivamente por los grupos de acción local: Elaborar un procedimiento y criterios de selección no discriminatorios y transparentes, que eviten conflictos de intereses y aseguren que ningún grupo de interés único controle las decisiones de selección; Preparación y publicación de convocatorias de propuestas; Seleccionar las operaciones y fijar el importe de la ayuda y presentar las propuestas al órgano responsable de la verificación final de la subvencionabilidad antes de su aprobación...».

- Esparcia, J. y Mesa, R. (2019): *LEADER en España. Cambios recientes, situación actual, y orientaciones para su mejora*, Valencia, Universidad de Valencia, pp. 87 y ss.
- Prieto Álvarez, T. (2020): *Desarrollo rural, enfoque LEADER y grupos de acción local. Análisis jurídico*, Burgos, Fundación Universidad de Burgos, 133 pp.
- (2012): «Los grupos de acción local en el programa LEADER del desarrollo rural», en C. Román Pérez (dir.), *El desarrollo rural en la Política Agrícola Común: 2014-2020*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 513-547 pp.
- Organización Mundial del Comercio (2006): *Informe sobre el Comercio Mundial 2006*, Ginebra, 253 pp.
- Red Rural Nacional (2011): *LEADER en España (1991-2011). Una contribución activa al desarrollo rural*, Madrid, 348 pp.
- Tribunal de Cuentas Europeo (2022): *Informe especial 2022/12: Durabilidad en el desarrollo rural*, Luxemburgo, 47 pp.
- (2022): *Informe Especial 2022/10: LEADER y el desarrollo local participativo facilitan la implicación local, pero aún no se han demostrado suficientemente sus beneficios adicionales*, Luxemburgo, 42 pp.
- (2015): *Informe Especial 25/2015. Ayuda de la UE destinada a infraestructura rural*, Luxemburgo.
- (2010): *Informe especial 5/2010. Aplicación del enfoque LEADER al desarrollo rural*, Luxemburgo.
- (2001): *Informe anual relativo al ejercicio 2000*, Luxemburgo (2001/C 359/01).
- (1996): *Informe Anual relativo al ejercicio 1995*, Luxemburgo (96/C 340/01).

LA MEDIACIÓN EN EL REINTEGRO FINALISTA DE SUBVENCIONES

*Óscar Expósito-López*¹

SUMARIO: 1. La conflictividad del reintegro de subvenciones. A caballo entre la potestad reglada y discrecional. A) Entre el reintegro total o parcial. B) El reintegro de subvenciones y las causas de fuerza mayor. 2. La necesaria evolución burocrática. 3. Mediación y reintegro de subvenciones. Bibliografía.

RESUMEN: La capacidad de decidir si se han cumplido o no los compromisos y objetivos de la subvención corresponde a la Administración y, si determina su insatisfacción, puede solicitar el reintegro de la cuantía aportada. El reintegro de una subvención puede suponer para el beneficiario y su entorno un grave perjuicio por el hecho de tener que devolver todos o parte de la subvención. Los argumentos contrarios usados por el beneficiario caerán, muy probablemente, en saco roto debido a la autotutela administrativa. La mediación, en estos casos, puede ayudar a acercar posturas entre el ciudadano afecto y la Administración otorgante de la subvención para intentar llegar a una solución óptima y justa en estos casos tan graves.

¹ Esta comunicación es resultado del proyecto de I+D+i «El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos» (referencia PID2020-112688GB-100), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. Este trabajo se ha realizado como miembro del grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgili *Territori, Ciutadania i Sostenibilitat*, reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

PALABRAS CLAVE: mediación administrativa; medios adecuados de solución de controversias; reintegro de subvenciones; potestad discrecional; terminación convencional.

ABSTRACT: The capacity to decide if the compromises or objectives have been accomplished belong to the Administration who can determine its dissatisfaction and request the repayment. The repayment of a grant may mean, for the beneficiary and his immediate surroundings, a deep loss caused by the refunding all or part of the grant. Contrary argues used by the beneficiary will fall, likely, in an absolute denegation due to the administrative self-protection. Mediation, in these cases, may help to approach postures between the affected citizen and the concessionary to reach a fair and optimal solution.

KEY WORDS: administrative mediation; alternative dispute resolution; grant repayment; discretionary power; conventional termination.

1. LA CONFLICTIVIDAD DEL REINTEGRO DE SUBVENCIONES. A CABALLO ENTRE LA POTESTAD REGLADA Y DISCRECIONAL

El reintegro de una subvención constituye la acción de devolución por parte del receptor de ésta del importe aportado por parte de una entidad pública con el fin de perseguir objetivos de interés general para cuya consecución considera que la actuación de un tercero puede resultar útil. Este procedimiento, por ello, constituye un sistema de salvaguarda administrativa, amparado en la autotutela, que permite el reintegro de los caudales públicos mal gestionados por los beneficiarios al entender que no se han cumplido satisfactoriamente los objetivos definidos o de forma acorde a las condiciones establecidas previamente atendiendo siempre al principio de proporcionalidad². Ahora bien, tal y como advierte Martínez Giner, es posible observar la problemática del reintegro de subvenciones desde dos sentidos distintos: uno amplio y uno estricto. El sentido estricto es posible definirlo como el de las causas contempladas reglamentamente y de manera expresa en el artículo 37 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS). En cambio, el sentido amplio implicaría cualquier acción u omisión o efecto que motive la devolución de las cantidades obtenidas en concepto de subvención por entender que el cobro de la misma fue indebido³. Con este último concepto en mente y a pesar de los esfuerzos legales y jurisdiccionales para incidir en la potestad reglada de las subvenciones, se concede la posibilidad, a nivel doctrinal, de observar el reintegro de subvenciones desde este sentido amplio de manera que

² Así lo establece el artículo 17.3.n) LGS.

³ *Vid.* L. A. Martínez Giner, Luis Ángel. (2006: 79).

la discrecionalidad administrativa puede jugar, en algunos casos, un papel relativamente importante. En este sentido, la STS, 7 de abril de 2003 (RC 11328/1998), en su fundamento jurídico tercero, expone que «el establecimiento de la subvención puede inscribirse en el ámbito de las potestades discrecionales de las Administraciones Públicas, pero una vez que la subvención ha sido regulada, termina la discrecionalidad y comienza la previsión reglada cuya aplicación escapa al puro voluntarismo de aquellas». Así pues, se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo que existe una suerte de baile jurídico entre potestades discrecionales y regladas dependiendo del momento de la subvención pero que, una vez establecida, debe regirse íntegramente por el contenido de la normativa. Ahora bien, si ésta deja un margen interpretativo, lo cual es posible, respecto a los objetivos a alcanzar, sus finalidades y los medios para conseguirlo, es posible que al final esta potestad reglada vuelva a llevar a un sistema discrecional en algunos aspectos a la hora de resolver la adecuación de las medidas adoptadas por el beneficiario para la ejecución de los fondos públicos⁴. Del mismo modo, hay que entender que existen casos de reintegro de subvenciones en los cuales recae sobre la Administración observar que un objetivo o finalidad se ha logrado o no⁵. Y es que, en este mismo sentido, continúa el texto jurisprudencial al recalcar que «las cantidades otorgadas en concepto de subvención están vinculadas al cumplimiento de la actividad prevista. Se aprecia, pues, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los términos en que procede su concesión». Es este carácter determinante de la interpretación administrativa el abre la puerta a una posible comprensión diferenciada por parte de un beneficiario que puede entender, de manera distinta a la Administración, que ha actuado correctamente y acorde a los objetivos, que si bien es cierto que no ha cumplido con la totalidad de ellos sí que lo ha hecho con una parte y, por ende, no merece una consecuencia tan grave como un reintegro total o, incluso, puede considerar que a pesar de todos sus esfuerzos una fuerza externa no le ha permitido cumplir con los objetivos y finalidades o ha dado al traste con ellos. En definitiva, esta diferencia de interpretación sobre el logro de resultados puede

⁴ Vid. G. Carballo Martínez (2015: 418), que aboga por una interpretación amplia de las potestades regladas, donde apunta que en mayor o menor medida suele existir en todas ellas un margen de discrecionalidad, el cual abre la puerta a la actuación de la mediación.

⁵ En el caso del apartado 1.b del mencionado artículo 37, se establece el reintegro cuando se dé el «Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención». Así, J. Rodrigo Lavilla (2018: RB-12.8) entiende que el beneficiario necesita cumplir todos los objetivos, actividades y proyectos. En caso de incumplimiento, y observando el artículo 91 RGS, se procederá al reintegro total o parcial, atendiendo a los criterios establecidos en las bases reguladoras de la subvención.

marcar de forma significativa el sino a corto y medio plazo de la persona afectada y del conjunto económico y empresarial con las graves implicaciones laborales que podría acarrear este hecho.

A) ENTRE EL REINTEGRO TOTAL O PARCIAL

Dependiendo del texto que deba servir como base a la concesión y la interpretación posible que se haga de éste por parte de la Administración puede acordarse que un incumplimiento de los objetivos o finalidades tenga carácter total o parcial, lo cual, de cara al beneficiario puede ser un factor determinante para sus finanzas y su futuro. Para observar la capacidad discrecional administrativa en estos casos son de preceptiva mención, en primer lugar, la STS de 18 de mayo de 2004 (RC 6793/2000), fundamento jurídico cuarto, la cual determina que «cuando se trata del reintegro de subvenciones [...] por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta con la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la devolución de lo percibido». Y, en segundo lugar, la STS de 30 de marzo de 2010 (RC 12/2008), que, en su fundamento jurídico segundo, sobre el reintegro parcial, determina la necesidad de «ponderar conjuntamente las distintas causas de incumplimiento y, particularmente, el incumplimiento de las condiciones referentes a la cuantía de la inversión y el incumplimiento de las condiciones referidas a la creación y mantenimiento de puestos de trabajo, por su carácter sustancial, puesto que consideramos que se produciría un resultado arbitrario y discriminatorio, atendiendo al principio de buena fe y confianza legítima que deban promediarse el alcance del incumplimiento y, concretamente, la obligación de reintegro, en aquellos supuestos en que concurra la inobservancia conjunta de las condiciones de inversión y las de creación y mantenimiento de puestos de trabajo, y que, contradictoriamente, no tuviera efecto análogo el hecho de que la empresa beneficiaria sólo hubiera incumplido una de las referidas condiciones, que evidenciaría un mayor grado de predisposición de cumplir el objetivo del proyecto y de las obligaciones y compromisos impuestos por la Administración». De ellas puede extraerse esta simple «comprobación administrativa» para permitir el inicio de un procedimiento de reintegro, el cual debe ponderar las causas de incumplimiento y condiciones de inversión y empleabilidad de los fondos. De este modo, es posible determinar la existencia de un margen interpretativo en manos de la Administración tanto en el momento de iniciar el procedimiento de reintegro como a la hora de determinar la parcialidad o totalidad de éste dependiendo de la interpretación sobre el cumplimiento finalista de la subvención, hecho ya observado por la doctrina⁶.

⁶ En este sentido, J. L. Rodríguez Molero. (2005: 37, 85) defiende que «existe un amplísimo margen sobre la decisión a adoptar con relación al incumplimiento producido, hasta tal

En definitiva, pueden llevarse a interpretaciones completamente diferenciadas por dos Administraciones distintas que resolviesen sobre un mismo caso, perdiendo la esencia de este carácter reglado.

B) EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES Y LAS CAUSAS DE FUERZA MAYOR

También puede ocurrir que, a pesar de los esfuerzos del beneficiario, debido a una causa de fuerza mayor, no pueda cumplir con la totalidad o parte de los objetivos a pesar incluso de haber invertido los fondos públicos. Sin embargo, y a pesar de esta grave situación, la STS de 2 de junio de 2014 (RC 66/2013) indica que «el eventual reintegro de las subvenciones concedidas no responde tanto a la exigencia de responsabilidad a título de culpa, sino a la lógica de que la ayuda pública viene condicionada desde su inicio en términos objetivos, por el estricto cumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de su concesión. Para que, en supuestos muy excepcionales, aquella ecuación pudiera quebrarse sería preciso justificar que la causa obstativa al cumplimiento fue un suceso de fuerza mayor del todo extraño o ajeno al ámbito o sector en el que se desenvuelve la actuación empresarial». Por ende, la exención de un reintegro de subvenciones por causas de fuerza mayor parece ser estrictamente restringida desde una esfera jurisdiccional lo cual deja en una posición muy complicada al afectado de esta causa. Ahora bien, también es cierto que «un suceso de fuerza mayor del todo extraño o ajeno al ámbito o sector en el que se desenvuelve la actuación empresarial» deja, sin lugar a duda, un ámbito de negociación e interpretación lo suficientemente amplio como para que exista un cierto margen interpretativo a la hora de considerar si ha existido esa fuerza mayor reforzada o no por la cual exonerar al beneficiario de tener que reintegrar la subvención.

2. LA NECESARIA EVOLUCIÓN BUROCRÁTICA

El actual sistema de procedimiento administrativo se asemeja a grandes rasgos al ideal weberiano, autor el cual llega a afirmar que la burocracia debe ejercitarse de una manera «deshumanizada». El sentido de este hecho es perseguir la igualdad formal tanto a nivel personal como real de manera que se condene el privilegio y la negación, en principio, de toda tramitación «según el caso»⁷. Sin embargo, su obra fue publicada a principios del siglo XX y es-

punto que una misma situación de incumplimiento puede originar decisiones antagónicas dependiendo de la interpretación que se realice de la normativa en la materia.

⁷ *Vid.* M. Weber (1912: 179, 708, 732, 738).

taba pensada para una Administración perteneciente a un Estado Liberal. Por el contrario, en el Estado Social y Democrático de Derecho⁸ no se persigue, *stricto sensu*, el cumplimiento de las normas jurídicas *per se*, sino que se establece el foco en la consecución de los objetivos marcados a la hora de crear estas normas jurídicas⁹. Ello explica de forma excelente porqué el reintegro de subvenciones es posible siempre y cuando no se logren alcanzar los objetivos propuestos, pues es una de las bases jurídicas del sistema de derecho español. En contraposición, el factor reglado y el carácter deshumanizado de la Administración evitan un diálogo que permita lograr un entendimiento entre las partes que aclare una situación conflictiva. En estos casos, la posición del beneficiario, ya comentada, es ampliamente controversial. La de la Administración, por su lado, tampoco es satisfactoria ya que aquello que perseguía con la subvención no se ha logrado y además debe, en consecuencia, perjudicar gravemente a todas aquellas personas que directa o indirectamente están vinculadas al destino de esos fondos (empleados del beneficiario, acreedores...). Asimismo, una actuación que pueda llegar incluso a considerarse arbitraria socialmente, aunque *de facto* no lo sea¹⁰, puede perjudicar también la imagen y la legitimidad del ente público. Por ello es necesario iniciar un proceso de evolución jurídica en materia administrativa, para lo cual es posible acudir a fórmulas modernas de solución de conflictos, cada vez más extendidas no sólo en nuestro derecho, sino también en el de los países cercanos, para intentar salvaguardar al máximo el interés general y la legitimidad administrativa.

3. MEDIACIÓN Y REINTEGRO DE SUBVENCIONES

Todo lo anterior conduce a plantear la posibilidad de aplicación de medios alternativos de solución de controversias¹¹ como mecanismos útiles para lidiar de forma más flexible y humana en los conflictos suscitados por el reintegro de subvenciones. En el ámbito administrativo, concretamente, existen herramientas en el ordenamiento jurídico vigente que permiten llegar a acuerdos de mediación que finalicen un procedimiento, pues el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP) prevé la posibilidad de que las Admi-

⁸ Siendo España un país que lo es, o pretende serlo, de acuerdo con las primeras palabras articuladas de la Carta Magna: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho».

⁹ *Vid.* A. Galiana Saura, Ángeles (2008: 211-212).

¹⁰ Se entiende, en este sentido, que derivado de la potestad administrativa, permitida jurisprudencialmente como ya se ha comentado, de que la simple interpretación del incumplimiento de objetivos puede implicar el reintegro de subvenciones.

¹¹ Nomenclatura que pretende utilizarse en España para estos mecanismos por el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia para los conocidos internacionalmente como Alternative Dispute Resolution (ADR).

nistraciones Públicas puedan «celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado¹²». En este sentido, Rebollo Puig entiende que no sólo es posible aplicar la terminación convencional en materia de reintegro de subvenciones, sino que lo califica como un mecanismo especialmente adecuado para ello¹³. Entendiendo como interés público en estos casos que llegar a un acuerdo sobre la devolución de los fondos de la manera menos traumática y más justa y proporcional puede suponer un bien social superior a un brusco tirón financiero, de manera que se pongan en una balanza y se ponderen, con proporcionalidad, las expectativas del interesado y el interés público¹⁴.

En este ámbito, parece interesante decantarse por la mediación por encima de otros medios autocompositivos de intereses¹⁵ y, sobre todo, heterocompositivos¹⁶, dentro del procedimiento administrativo. La utilización del arbitraje puede poner en riesgo el interés general por el que debe velar la Administración al no estar el árbitro vinculado en su decisión a este hecho y, además, verse constreñido también el control judicial de la actuación administrativa por parte de los tribunales, consagrado por el artículo 106 CE¹⁷. Respecto a las otras dos figuras, la transacción supone siempre una cesión por parte de las partes participantes en el procedimiento¹⁸ y para resolución de conflictos administra-

¹² Sobre terminación convencional y procedimiento administrativo *vid.*, entre otros: R. O. Bustillo Bolado, Roberto Orlando. (2010: 385-445), F. Delgado Piqueras (1995), L. Parejo Alfonso, Luciano. (1995: 153-213).

¹³ Así, M. Rebollo Puig (2005: 498-499), determina que «pese al carácter reglado del reintegro [...], las diferentes causas de reintegro que pueden presentar en cada caso concreto, lo hacen más flexible o dúctil de lo que pudiera parecer, de modo que muchas veces una terminación convencional que tenga en cuenta todos los factores en juego puede introducir soluciones menos traumáticas y drásticas que el puro reintegro y ser incluso más adecuadas a los intereses públicos».

¹⁴ En un sentido similar, *vid.* P. Brufao Curiel (2022: 197).

¹⁵ Medios de resolución de conflictos que se basan en la autonomía de las partes para celebrar un acuerdo, para lo cual puede existir o no un tercero neutral interviniente. En estos casos, ejemplos son la mediación, la transacción y la conciliación.

¹⁶ Medios de resolución de conflictos que se basan en el sometimiento de las partes a la decisión de un tercero neutral, el cual expondrá una solución a la cual las partes se comprometen a acogerse previamente. En estos casos, ejemplos son el arbitraje o la clásica sede judicial.

¹⁷ En este sentido, *vid.* V. Escartín Escudé (2016: 187), donde defiende que «el arbitraje bajo esta configuración supone un elemento de ruptura del sistema de garantías tan considerable que entiendo no compensa los beneficios que su práctica puede acarrear. Todo ello aderezado, además, por la certeza de que existe una alternativa mejor para el arbitraje administrativo, más garantista y adecuada a las exigencias constitucionales».

¹⁸ De acuerdo con S. Ginard Martínez (2022: 408), esta bilateralidad «requiere que ambas partes transaccionen y no sólo una de ellas, [...] cada una de las partes debe sufrir un sacrificio de dar, prometer o retener algo (*aliquid datum, aliquid retentum*)».

tivos resulta un lastre significativo para lo que puede suponer sobre el principio de legalidad y para el interés general; y, en lo que respecta a la conciliación, si bien es muy similar a la mediación, el tercero partícipe es una figura pasiva¹⁹, a diferencia del mediador, de manera que su única función es juntar a las partes, no intentar lograr ese acuerdo. Por ende, entendiendo la mediación en el sentido del artículo 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁰, y dotándola del aspecto negociador que tiene este mecanismo, es posible optar por una solución equitativa y justa al problema del reintegro intentando un procedimiento mediado antes de sentenciar la economía del beneficiario.

Ahora bien, la mediación administrativa tiene unas especialidades diferenciadoras de la privada que merecen ser puestas en contexto para situar una eventual discusión sobre el reintegro de subvenciones. En primer lugar, no toda actuación tiene cabida dentro de la mediación, y por ello gran parte del estudio ha versado sobre las capacidades discrecionales de la Administración en el reintegro de subvenciones, y es que sólo debe existir la aplicación de este mecanismo en la parte dispositiva de la Administración, de manera que sería posible mediar sobre las potestades discrecionales, mas no sobre las regladas²¹. Asimismo, a diferencia del ámbito privado, en que la mediación intenta apartar del sentido estricto de la ley a la negociación mediante la búsqueda de un acuerdo más equitativo y justo que evite controversias, en la mediación administrativa este hecho es descartable debido a la vinculación de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, siendo el respeto al orden normativo un requisito *sine qua non*. A este fin, el mediador debe estar informado de la legalidad vigente a fin de conducir la negociación de forma eficaz y por caminos lícitos. Asimismo, la mediación, como ya se ha apuntado, debe buscar el interés general en el acuerdo final. Es por todo ello por lo que parece necesario que persona mediadora, en estos supuestos, sea experta en derecho administrativo.

Finalmente, hay que destacar que, aunque la mediación administrativa es un sector aún por crecer, tiene un gran potencial dentro del mundo administrativo, tanto intrajudicial como extrajudicial, y que, además, ya tiene sus semillas plantadas en la legislación básica tanto en la terminación convencional del procedimiento administrativo como en el ámbito impugnatorio de los recursos

¹⁹ Vid. J. C. Ortiz Pradillo (2022: 55).

²⁰ Se define como «aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador».

²¹ En este sentido, *vid.* F. Pascua Mateo (2022: 207), donde afirma que «la mediación cabe en materias disponibles para la Administración, especialmente en aquellas en las que existe una cierta discrecionalidad administrativa, sobre todo cuando ésta procede de la presencia de conceptos jurídicos indeterminados».

administrativos²². Por todo ello, no parece una temeridad invitar a explorar esta posibilidad en un ámbito tan concreto y controversial como puede llegar a ser el reintegro de subvenciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Brufao Curiel, P. (2022): «La terminación convencional del procedimiento administrativo como alternativa a la actuación unilateral de la Administración», en F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y Arbitraje en la Administración Pública*, Madrid, Wolters Kluwer.
- Carballo Martínez, G. (2015): «La mediación administrativa y judicial: planificación legal y estratégica para su puesta en funcionamiento», en E. Vázquez De Castro y C. Fernández Canales (coords.), *Practicum mediación 2016*. Madrid, Aranzadi.
- Escartín Escudé, V. (2016): «Los nuevos mecanismos de control y resolución extrajudicial de conflictos en derecho administrativo. En especial, el arbitraje administrativo», en J. Agudo González, *Control administrativo y justicia administrativa*, INAP.
- Galiana Saura, Á. (2008): *La ley: entre la razón y la experimentación*, Valencia, Tirant lo Blanc.
- Ginard Martínez, S. (2022): «La transacción judicial y extrajudicial de las Administraciones Públicas», en F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y Arbitraje en la Administración Pública*, Madrid, Wolters Kluwer.
- Martínez Giner, L. Á. (2006): *El reintegro de subvenciones públicas*, Madrid, Iustel.
- Ortiz Pradillo, J. C. (2022): «Los sistemas alternativos de resolución de conflictos y su aplicabilidad a la Administración», F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y Arbitraje en la Administración Pública*, Madrid, Wolters Kluwer.
- Pascua Mateo, F. (2022): «Mediación e impugnación de actos administrativos», en F. J. Bauzá Martorell (dir.), *Mediación y Arbitraje en la Administración Pública*, Madrid, Wolters Kluwer.
- Rebollo Puig, M. (2005): «El reintegro de subvenciones», en G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor.
- Rodrigo Lavilla, J. (2018): «Revocación y reintegro de subvenciones», en M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coord.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, 2.^a ed., Thomson Reuters.
- Rodríguez Castaño, A. R. (2018): «El establecimiento de subvenciones. Planificación estratégica. Requisitos para el otorgamiento de subvenciones. Bases reguladoras.

²² En este sentido regula el artículo 112.2 LPACAP.

Publicidad de las subvenciones», M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coord.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, 2.^a ed., Thomson Reuters.

Rodríguez Molero, J. L. (2005): «El procedimiento de incumplimiento y reintegro de subvenciones: una propuesta de racionalización», *Auditoría Pública*, núm. 37.

Weber, M. (1912): *Economía y Sociedad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica.

REFLEXIONES SOBRE LA EFICACIA INVALIDANTE DE LA OMISIÓN DEL PLAN ESTRATÉGICO DE SUBVENCIONES¹

Gustavo Manuel Díaz González

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La aprobación del Plan Estratégico como presupuesto esencial del establecimiento de las subvenciones. 3. Sobre la invocabilidad de la falta de aprobación del Plan Estratégico en la impugnación indirecta de las bases reguladoras de la concesión de subvenciones. 4. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: En fechas recientes, el Tribunal Supremo ha declarado que la falta de aprobación del Plan Estratégico con carácter previo al establecimiento de subvenciones es susceptible de invocación como vicio determinante de la nulidad de las ordenanzas locales por las que se fijan las bases reguladoras de la concesión de las mismas en el contexto de la impugnación indirecta de aquellas. Se alcanza, así, una solución coherente con la consideración del Plan Estratégico como requisito esencial de la regulación de las subvenciones, que permite entender superadas algunas de las dificultades interpretativas a las que dio lugar la

¹ La presente comunicación se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación «Herramientas algorítmicas para ciudadanos y Administraciones Públicas» (ref.: PID2021-126881OB-I00), concedido por el MIC, y cuyo IP es el profesor Dr. Alejandro Huergo Lora, y «Contratación pública y competencia: nuevos retos ante el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» (ref. V-1157), concedido por la URJC y financiado por la Comunidad de Madrid, y cuya IP es la Profa. Dra. María Hernando Rydings.

Deseo expresar mi agradecimiento al profesor Dr. Javier García Luengo, con quien he tenido la oportunidad de discutir algunos de los aspectos sobre los que versa la presente comunicación. La responsabilidad en relación con los errores que hayan podido subsistir me corresponde, claro está, en exclusiva.

incorporación de esta importante novedad por virtud del artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

PALABRAS CLAVE: Plan Estratégico de Subvenciones; impugnación indirecta de reglamentos; vicios de procedimiento; nulidad de pleno derecho.

ABSTRACT: The Spanish Supreme Court has recently stated that the lack of approval of the Strategic Plan before establishing public subsidies may be pled as a defect of automatic nullity of city ordinances which establish the rules governing those subsidies in the indirect appealing. This solution appears consistent with considering the Strategic Plan as an essential prerequisite of public subsidies, which allows to overcome some of the difficulties which were caused by the insertion of this relevant novelty through Section 8.1 of the Law 38/2003, of 17th November —General Act on Public Subsidies—.

KEY WORDS: Strategic Plan on Public Subsidies; indirect appealing against decrees; procedural infringement; automatic nullity.

1. INTRODUCCIÓN

La incorporación, *ex* artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones —en adelante, LGS—, de la exigencia de aprobación de un Plan Estratégico con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención² fue destacada en los primeros comentarios de la norma como una novedad relevante, no exenta, en todo caso, de crítica.

En este sentido, de una parte, la previsión contribuiría a la racionalización de la actividad subvencional, reforzaría la aplicación de diversos mandatos constitucionales —en primer término, del principio de justicia material del gasto público consagrado en el artículo 31.2 CE, cuyos contenidos, pese a haber motivado importantes desarrollos doctrinales³, han sido objeto de un tratamiento tan solo tangencial en la jurisprudencia constitucional⁴— y coadyuvaría a la reconducción de aquella hacia parámetros estrictamente jurídicos⁵. En definitiva, la obligación de elaboración del Plan Estratégico se orientaría a asegurar el cumplimiento de las finalidades justificativas del establecimiento

² El citado precepto ha de ser leído conjuntamente con la Disposición adicional decimotercera LGS, de conformidad con la cual los planes y programas relativos a políticas públicas sectoriales previstos en normas legales o reglamentarias tendrán la consideración de planes estratégicos de subvenciones, siempre que recojan el contenido previsto en el artículo 8.1.

³ A este respecto, resulta obligada la remisión a B. Sesma Sánchez (1998: 603 y ss.).

⁴ Cfr. Á. Aguillo Avilés y E. Bueno Gallardo (2018: 1121 y ss.).

⁵ Sobre estas cuestiones, entre otros, J. R. Fernández Torres (2005: 266), J. del Barco Fernández-Molina (2005: 79) y B. Sesma Sánchez (2010: 50).

de las correspondientes líneas de ayudas⁶, en la medida en que facilitaría tanto su programación como su evaluación *ex post* y, al fin y a la postre, un más adecuado diseño de las políticas públicas de fomento.

No obstante, de otra parte, la atribución de carácter básico al artículo 8.1 LGS y su consiguiente aplicación a la actividad subvencional de cualesquiera Administraciones y entidades públicas podría resultar problemática, particularmente, en la esfera local, ya por razón del carácter principalmente coyuntural de la actividad de fomento desarrollada en dicho contexto⁷, ya por la falta de medios para garantizar el recto cumplimiento de la obligación legal controvertida, particularmente en los municipios de menor población⁸. En fin, el elevado grado de indeterminación de la disposición —subrayado incluso por el Consejo de Estado⁹—, particularmente en relación con cuestiones tales como la naturaleza de los planes, su procedimiento de elaboración o las consecuencias jurídicas que derivarían de la falta de aprobación de los mismos, plantearía dificultades interpretativas que en algunos casos han continuado manifestándose en fechas recientes¹⁰.

Así las cosas, en opinión de parte de la doctrina especializada, el desarrollo reglamentario de la disposición, efectuado por los artículos 10 y siguientes del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio —en adelante, RGS—, que no poseen carácter básico¹¹, habría arrojado luz sobre algunas de las cuestiones mencionadas. En concreto, en lo que aquí interesa, la atribución de carácter meramente programático al Plan Estratégico y la afirmación de su inhabilidad para la creación de derechos y obligaciones, así como la previsión de la modificación, sustitución o supresión de las líneas de subvenciones que no alcancen los objetivos perseguidos como única «sanción» aplicable a los supuestos de incumplimiento del Plan —cfr., respectivamente, los artículos 12.3 y 15 RGS—, se habrían traducido en la negación de eficacia invalidante a la inobservancia del mismo en el establecimiento y ejecución de una concreta línea de subvencio-

⁶ Dicho de otra forma, el artículo 8.1 LGS aspiraría a garantizar el cumplimiento del «fin secundario» de la subvención, noción diferente del «fin primario» de aquella, que se identifica con la actividad que se compromete a realizar el beneficiario. La distinción, apuntada ya por G. Fernández Farreres (1983: 230 y ss.), sería definitivamente asumida por J. M. Díaz Lema (1985: 168) y por la doctrina posterior, entre la que cabe destacar a P. Arellano Pardo (2005: 323 y ss.), J. García Luengo (2010: 69 y ss., con exhaustiva referencia al tratamiento de la cuestión en la doctrina alemana), A. Bueno Armijo (2011: 86-87) y J. Pascual García (2016: 162-163).

⁷ En este sentido, cfr. B. Sesma Sánchez (2010: 50-51).

⁸ Es de esta opinión J. R. Fernández Torres (2005: 267-268).

⁹ Dictamen 1756/2003, de 26 de junio.

¹⁰ Al respecto, destaca la detallada exposición de J. R. Fernández Torres (2005: 267 y ss.). Aun recientemente ha expresado F. Toscano Gil (2021: 830) sus dudas sobre la eficacia invalidante de la falta de aprobación del Plan Estratégico de Subvenciones.

¹¹ Cfr. la Disposición final primera del RGS.

nes¹², conclusión contraria a la de quienes, a la sola vista del texto legal, habían sostenido que tales actuaciones incurrirían en un vicio de anulabilidad¹³. Esta regulación, preciso es subrayarlo, volvería a motivar la formulación de objeciones menores por parte del Consejo de Estado desde la perspectiva de la falta de claridad del marco normativo¹⁴.

La presente comunicación tiene por objeto dar noticia de la forma en que el Tribunal Supremo ha abordado este último problema, con específica consideración de la muy reciente línea jurisprudencial en la que ha admitido la posibilidad de alegar la falta de aprobación del Plan Estratégico en la impugnación indirecta de las ordenanzas locales reguladoras de la concesión de subvenciones. A tal fin, efectuaremos un breve repaso de la doctrina del Tribunal Supremo, afirmada hace ya una década, en relación con la consideración del Plan Estratégico como requisito esencial para el establecimiento de cualquier subvención (2) para, seguidamente, referir cómo el Alto Tribunal ha cohonestado esta lectura del artículo 8.1 LGS con la tradicional limitación de las posibilidades de invocación de los vicios de forma y de procedimiento en el planteamiento del recurso indirecto y de la cuestión de ilegalidad (3). Nuestra exposición se cerrará con la formulación de unas breves conclusiones (4).

2. LA APROBACIÓN DEL PLAN ESTRATÉGICO COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DEL ESTABLECIMIENTO DE LAS SUBVENCIONES

Como viene de decirse, el Tribunal Supremo ha declarado en diversas Sentencias de los años 2012 y 2013¹⁵ que la LGS configura el Plan Estratégico como un requisito esencial para el establecimiento de cualquier subvención. La controversia giraba, en todos los casos, en torno a la validez de las bases reguladoras de ayudas individuales de transporte a favor de familiares de personas en régimen penitenciario, que varios Ayuntamientos vascos habían articulado sin que las mismas hallaran el debido soporte en los correspondientes Planes Estratégicos. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había descartado que cupiera atribuir eficacia invalidante a la inobservancia del artículo 8.1 LGS, por cuanto del referido precepto no derivaría la exigencia de una determinada forma de exteriorización de la planificación de la actividad subvencional, con imposición, incluso a «las Administraciones públicas más

¹² En este sentido, véase particularmente B. Sesma Sánchez (2010: 52-53).

¹³ Esta es la postura que, con carácter previo a la aprobación del RGS, sostuvo J. R. Fernández Torres (2005: 269).

¹⁴ Dictamen 800/2006, de 22 de junio.

¹⁵ SSTs de 26 de junio de 2012 (recurso núm. 4271/2011), de 4 de diciembre de 2012 (recurso núm. 4369/2011) y de 16 de abril de 2013 (recurso núm. 1372/2012).

modestas», de la adopción de «un elemento tan escasamente definible como el denominado plan estratégico». El Tribunal Superior de Justicia parecía hacerse eco, así, no solo de las dudas doctrinales que se habían formulado por razón de la escasa densidad normativa del artículo 8.1 LGS, sino también de las dificultades que, desde una perspectiva práctica, se habrían planteado, en opinión de algunos autores, como consecuencia de la imposición de la planificación de la actividad subvencional al conjunto de niveles territoriales del poder.

El Tribunal Supremo, con base en un razonamiento harto sintético, entiende, sin embargo, que la comprensión del problema por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no es correcta. En este sentido, el Tribunal acude, en primer término, a una interpretación gramatical del artículo 8.1 LGS, que incorpora la exigencia de aprobación del Plan Estratégico con anterioridad al establecimiento de cualquier subvención de manera imperativa y categórica. En segundo lugar, entiende el Alto Tribunal que la lectura sistemática del citado artículo 8.1 y de las previsiones concordantes de la LGS refuerza la anterior conclusión. En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo acuerda en todos los casos la estimación de los respectivos recursos de casación.

Ha de notarse que el Tribunal Supremo no se refiere en ningún momento al desarrollo reglamentario del artículo 8.1 LGS. En nuestra opinión, dicha omisión no puede en modo alguno considerarse incorrecta, toda vez que los artículos 10 y siguientes del RGS no poseen carácter básico, lo que determina su inaplicación a las entidades locales ubicadas en Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de régimen local¹⁶, como era notoriamente el caso¹⁷. Con independencia de ello, tampoco consideramos, en contra de que parece que cabría entender de acuerdo con algunas destacadas voces de la doctrina especializada, citadas *supra*, que la eventual toma en consideración del referido desarrollo reglamentario hubiera debido conducir al Tribunal Supremo a una conclusión diferente, y ello por dos motivos fundamentales. En primer lugar, el artículo 12.3 RGS identifica la tantas veces referida naturaleza programática del Plan con la inexigibilidad de sus contenidos por los particulares¹⁸, no con la pretendida validez general del establecimiento y de la ejecución de líneas de subvenciones al margen del mismo. En segundo lugar, abstracción hecha del rótulo del precepto, el artículo 15 RGS alude a la revisión —en sentido amplio o no técnico— de las líneas de ayudas que se revelen inadecuadas para la consecución de las finalidades que hubieren justificado su establecimiento, no a la sanción jurídica aplicable al incumplimiento de los Planes Estratégicos, que, consiguientemente, se localiza en el régimen

¹⁶ Cfr. el párrafo segundo del apdo. 2 de la Disposición final primera del RGS.

¹⁷ Cfr. el artículo 10.4 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

¹⁸ En este sentido, al hilo de otras consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Plan Estratégico, cfr. J. Pascual García (2016: 180-181) y A. R. Rodríguez Castaño (2018: 243).

jurídico-administrativo general. En consecuencia, ni siquiera para el ámbito estatal resulta posible concluir, en nuestra opinión, que el RGS relativice el deber de adopción del instrumento controvertido con carácter previo al establecimiento de las subvenciones. No parece ser otra, en suma, la lectura del marco normativo asumida por el Tribunal Supremo, cuando afirma que «el Plan Estratégico tiene carácter previo al establecimiento de *cualquier* subvención» —cursiva añadida—, sin dar cabida a los distinguos que se deducirían de la interpretación de la que respetuosamente disentimos.

3. SOBRE LA INVOCABILIDAD DE LA FALTA DE APROBACIÓN DEL PLAN ESTRATÉGICO EN LA IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE LAS BASES REGULADORAS DE LA CONCESIÓN DE SUBVENCIONES

Mucho más recientemente, y en coherencia con la doctrina fijada en las resoluciones referidas, el Tribunal Supremo ha declarado que la falta de adopción del Plan Estratégico puede ser alegada como vicio determinante de la nulidad de pleno derecho de las ordenanzas locales reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco de su impugnación indirecta. De esta forma, en las importantes Sentencias de 4 de marzo de 2021 (recurso núm. 4939/2019) y de 9 de mayo de 2022 (recurso núm. 2317/2020), el Alto Tribunal ha anulado sendas desestimaciones de cuestiones de ilegalidad acordadas de nuevo por el Tribunal Superior de Justicia de País Vasco en relación con la ordenanza reguladora de subvenciones individuales para gastos de transporte por visitas a personas internas en centros penitenciarios del Ayuntamiento de Aduna —localidad sita en la provincia de Guipúzcoa—. Las cuestiones de ilegalidad se habían planteado con base en dos argumentos esenciales: en primer lugar, por razón de la falta de aprobación del Plan Estratégico; en segundo lugar, por la alegada incompetencia objetiva de la entidad local para el establecimiento de la línea de ayudas controvertida, que derivaría de la supresión de la competencia municipal en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social operada por la LRSAL. Como es evidente, a los efectos de la presente exposición, interesa considerar específicamente la primera de las tachas de invalidez referidas.

Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia había declarado en las sentencias recurridas que la no aprobación del Plan Estratégico no constituiría un vicio formal asimilable a la «omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento» o a haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente a los efectos de su consideración en la impugnación indirecta de la ordenanza, pudiendo tan solo hacerse valer en el breve plazo de dos meses para la interposición del recurso directo. Al admitir a trámite los recursos de casación, el Tribunal Supremo fijaría como puntos sobre los que existiría interés casacional

objetivo la cuestión relativa a si cabe alegar como motivo de impugnación indirecta de una ordenanza reguladora de una determinada subvención la falta de aprobación del correspondiente Plan Estratégico, así como la referente a si la posibilidad de impugnación indirecta se cualifica cuando se trata de una Administración territorial que ejerce la potestad de impugnación de acuerdos y actos de los entes locales —extremo este último sobre el que el Tribunal Supremo daría una respuesta negativa y que, por razones de espacio, no es posible analizar aquí—.

El razonamiento desplegado por el Tribunal Supremo para la resolución de los recursos de casación, enteramente coincidente en ambas Sentencias, parte de una sintética recapitulación de su propia doctrina jurisprudencial en relación con los requisitos que han de observarse en la impugnación indirecta de las disposiciones generales, a saber: en primer lugar, que la causa de ilegalidad de la norma reglamentaria se proyecte sobre el acto administrativo recurrido; en segundo lugar, que, habiéndose alegado un vicio de forma o de procedimiento, el mismo sea asimilable a una «omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente», o a que se hubiera dictado por órgano manifiestamente incompetente. En otro lugar hemos manifestado nuestro desacuerdo con el segundo elemento de la referida doctrina jurisprudencial, que, dicho en extrema síntesis, consideramos no respetuoso de la proclamación general de la nulidad de pleno derecho del reglamento ilegal y que —entendemos— incorpora elementos de confusión del régimen jurídico aplicable a actos y reglamentos¹⁹. Por consiguiente, lo que principalmente interesa destacar en este momento es la coherencia de la aplicación del razonamiento tradicional en relación con los límites de la impugnabilidad indirecta de las normas reglamentarias con la consideración del Plan Estratégico como requisito esencial para el establecimiento de subvenciones.

Y es que, efectivamente, el Tribunal Supremo zanja la cuestión con un recordatorio de su propia interpretación de las implicaciones jurídicas del artículo 8.1 LGS, que impone la adopción del Plan Estratégico con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, lo que supone tanto la necesaria formalización externa del mismo como la incorporación, como mínimo, de los contenidos relacionados en el precepto citado. Con base en dichas consideraciones, entiende el Alto Tribunal que, al decidir la desestimación de la cuestión de ilegalidad promovida contra la ordenanza del Ayuntamiento de Aduna, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no examinó adecuadamente las causas de invalidez tomadas en consideración en la resolución del recurso indirecto, de lo que resulta el desconocimiento de la naturaleza de aquella como cauce procesal facilitador de la expulsión del ordenamiento jurídico de las disposiciones reglamentarias ilegales. De esta forma, el Tribunal Supremo

¹⁹ Cfr. G. M. Díaz González (2014: 1169 y ss.).

reafirma su propia doctrina en relación con la eficacia invalidante de la falta de aprobación del Plan Estratégico de Subvenciones. Una conclusión, a nuestro juicio, plenamente acertada y que culmina todo un proceso de clarificación de las consecuencias jurídicas derivadas de la inobservancia del artículo 8.1 LGS, casi veinte años después de la aprobación de la norma.

4. CONCLUSIONES

Como ha podido comprobarse, algunas de las dificultades interpretativas planteadas a partir de la introducción del deber de elaboración y aprobación del Plan Estratégico con carácter previo al establecimiento de las subvenciones y del desarrollo reglamentario —no básico— del artículo 8.1 LGS hallan respuesta en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, la posibilidad de alegar la omisión del referido instrumento con ocasión de la impugnación indirecta de las ordenanzas locales reguladoras de la concesión de subvenciones, en todo coherente con la caracterización del Plan Estratégico como requisito esencial para el establecimiento de las mismas, despeja definitivamente las dudas que los analistas del marco normativo controvertido han venido planteando a lo largo de estos veinte años de vigencia de la LGS de 2003. La importancia de las Sentencias analizadas no se agota en este punto, toda vez que las mismas fijan, además —como se ha subrayado en un importante *blog* jurídico—, una doctrina jurisprudencial especialmente relevante en el momento presente, que habrá de ser tomada en consideración particularmente por las entidades locales a la hora de gestionar los Fondos Europeos «Next Generation»²⁰.

Si la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo es inobjetable desde la perspectiva de la adecuada interpretación de la letra de la ley, es también acorde, en nuestra opinión, con el espíritu del texto. Mediante la imposición de la obligación general de planificar la actividad subvencional, el legislador persigue garantizar no ya que al otorgamiento de ayudas siga la efectiva observancia de las obligaciones que se imponen a los beneficiarios, sino, en primer término, que se cumplan los fines justificativos de la articulación de las diferentes líneas de subvenciones. El de elaborar y efectuar el seguimiento del Plan Estratégico representa, en este sentido, un deber fundamental desde la perspectiva de la adecuada gestión de los fondos públicos, en general, y de la garantía de la eficacia y, sobre todo, de la juridificación de una actividad en ocasiones difícilmente reconducible a parámetros estrictamente técnicos, como es la subvencional, en particular. El Plan Estratégico se erige, en suma, en un instrumento indispensable para la correcta configuración de la principal figura de la actividad de fomento.

²⁰ Cfr. Baño León Abogados (2021).

BIBLIOGRAFÍA

- Aguallo Avilés, Á. y Bueno Gallardo, E. (2018): «Artículo 31», en M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.^a E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española: XL Aniversario*, Las Rozas, Boletín Oficial del Estado, pp. 1095-1128.
- Arellano Pardo, P. (2005): «Artículo 37. Causas de reintegro», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, 2.^a ed., Valladolid, Lex Nova, pp. 317-336.
- Baño León Abogados (2021): «La importancia del plan estratégico de subvenciones», entrada de *blog* de 17 de junio, accesible en: <<https://banoleon.com/es/blog/la-importancia-del-plan-estrategico-de-subvenciones/>>.
- Barco Fernández-Molina, J. del (2005): «Artículo 8. Principios generales», en AA.VV., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, 2.^a ed., Valladolid, Lex Nova, pp. 76-83.
- Bueno Armijo, A. (2011): *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 545 pp.
- Díaz González, G. M. (2014): «Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, pp. 1161-1177.
- Díaz Lema, J. M. (1985): *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, IEF, 452 pp.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 848 pp.
- Fernández Torres, J. R. (2005): «El establecimiento de subvenciones», en G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 263-327.
- García Luengo, J. (2010): *El reintegro de subvenciones*, Cizur Menor, Aranzadi, 201 pp.
- Pascual García, J. (2016): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 6.^a ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 764 pp.
- Rodríguez Castaño, A. R. (2018): «El establecimiento de subvenciones. Planificación estratégica. Requisitos para el otorgamiento de subvenciones. Bases reguladoras. Publicidad de las subvenciones», en M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 239-289.
- Sesma Sánchez, B. (1998): *Las subvenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 808 pp.
- (2010): «Disposiciones generales de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento», en L. A. Martínez Giner y A. Navarro Faure (coords.), *Ré-*

gimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 19-117.

Toscano Gil, F. (2021): «Las potestades administrativas en el ámbito de las subvenciones», en E. Gamero Casado (dir.), *La potestad administrativa: Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 827-877.

PLAN ESTRATÉGICO DE SUBVENCIONES: CONFIGURACIÓN Y CONTROL JURISDICCIONAL

*Josep Ramon Fuentes i Gasó
Marina Rodríguez Beas¹*

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. La figura del PES. A) La regulación jurídico-administrativa: art. 8 de la LGS. B) El fundamento de esta modalidad de planificación estratégica. 3. La configuración del PES a la luz de la doctrina jurisprudencial. A) El PES como presupuesto ineludible para el otorgamiento de subvenciones. B) Impugnación indirecta de una disposición general a través de una cuestión de ilegalidad. 4. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: Esta comunicación se centra en el análisis de uno de los asuntos susceptibles de control jurisdiccional en materia de subvenciones, como es el Plan Estratégico de subvenciones y sobre el que se ha consolidado jurisprudencia en los últimos años. En la medida en que el Plan Estratégico de subvenciones es un instrumento fundamental para los procesos de distribución de recursos, se presta especial atención a determinar si resulta un presupuesto ineludible para el otorgamiento de subvenciones y por consiguiente su omisión se considera un vicio esencial que invalida la convocatoria o las ordenanzas que en su caso se hayan dictado.

¹ Esta comunicación es resultado del proyecto de I+D+i «El nuevo rol de la ciudadanía ante la justicia administrativa: la regulación y la implementación de la mediación como sistema de prevención y resolución de conflictos» (referencia PID2020-112688GB-100), financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. Este trabajo se ha realizado como miembros del grupo de investigación de la Universitat Rovira i Virgil *Territori, ciutadania i sostenibilitat*, reconocido como grupo de investigación consolidado y que cuenta con el apoyo del Departament de Recerca i Universitats de la Generalitat de Catalunya (2021 SGR 00162).

PALABRAS CLAVE: planificación estratégica; nulidad; racionalización; impugnación indirecta.

ABSTRACT: This communication focuses on the analysis of one of the matters subject to jurisdictional control in the matter of subsidies, such as the Strategic Plan for subsidies and on which jurisprudence has been consolidated in recent years. Insofar as the Strategic Subsidy Plan is a fundamental instrument for resource distribution processes, special attention is paid to determining whether it is an unavoidable budget for granting subsidies and therefore its omission is considered an essential defect that invalidates the summons or the ordinances that, if applicable, have been issued.

KEY WORDS: strategic planning; nullity; rationalization; indirect challenge.

1. PLANTEAMIENTO

El establecimiento de subvenciones² se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración³. Sin embargo, una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente, comienza la reglada, y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración⁴.

El repertorio de materias que durante estas décadas han ido integrando el listado de asuntos susceptibles de control jurisdiccional⁵ en subvenciones, es muy variado y se encuentra sujeto a una constante interpretación y revisión. En el siguiente apartado nos detendremos en el análisis de unos de los aspectos sobre las que se ha formado jurisprudencia en los últimos años. Una de las cuestiones relativas a la configuración de las subvenciones que requiere especial atención actualmente es la dirigida a determinar si el Plan Estratégico de subvenciones (en adelante PES) regulado en el art. 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS) es un presupuesto ineludible para el otorgamiento de subvenciones. Se trata, en concreto, de un instrumento fundamental para los procesos de distribución de recursos. Acotado así el objeto, el debate gira en torno a distintos elementos específicos de

² M. Franch i Saguer (2022: 858).

³ Con relación a la discrecionalidad de las subvenciones, entre otras, véase SSTs 17 de octubre de 1997; 15 de mayo de 2001; SAN 3 de mayo de 2002; 24 de septiembre de 2001; 2 de julio de 2001; 4 de diciembre de 2000; STSJ Castilla y León 16 /2003, de 27 de enero.

⁴ *Vid.* SSTs 3 de marzo de 1993; 2 de octubre de 1995; 28 de mayo de 1997; 20 de junio de 1997; 17 de octubre de 1997; 28 de noviembre de 1997; 12 de enero de 1998; 15 de mayo 2001; 15 de abril de 2002; 7 de abril de 2003; 18 de mayo de 2004; 12 de julio de 2006; 15 de diciembre de 2009; 22 de octubre de 2010; 30 de enero de 2012; 7 de octubre de 2013; 21 de diciembre de 2016; 22 de diciembre de 2016; 16 de noviembre de 2021; entre otras.

⁵ Sobre los mecanismos de control de legalidad de las subvenciones, véase C. Doncel Rodríguez (2022).

este instrumento que conviene apuntalar. El elemento basilar desde el que cabe comenzar el estudio de los PES es el dirigido a determinar si la omisión de este requisito se considera un vicio procedimental esencial que invalida la convocatoria o las ordenanzas que en su caso se hayan dictado.

2. LA FIGURA DEL PES

Bajo el fundamento constitucional de los arts. 31.2 y 103.1, la racionalización del gasto público y el cumplimiento de las directrices de política presupuestaria exigen que las Administraciones públicas concreten en un PES los objetivos, efectos, plazos, costes, financiación, etc., en materia de subvenciones.

En tal sentido, de conformidad con la LGS, se establece la «necesidad de elaborar un plan estratégico de subvenciones que introduzca una conexión entre los objetivos y efectos que se pretenden conseguir, con los costes previsibles y sus fuentes de financiación, con el objeto de adecuar las necesidades públicas a cubrir a través de las subvenciones con las previsiones de recursos disponibles con carácter previo a su nacimiento y de forma plurianual»⁶.

El Consejo de Estado señaló que el PES se trata de un «instrumento destinado, por una parte, a valorar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y, por otra, a lograr una mayor coordinación entre las distintas líneas de subvenciones individualmente consideradas»⁷.

Por tanto, se define, siguiendo a Pascual García, como «una aplicación de criterios de buena gestión inspirada en técnicas del sector privado por cuanto no hace, sino trasladar, con las necesarias adaptaciones, al ámbito de la actividad subvencional lo que en términos empresariales se estudia bajo la denominación “análisis estratégico de negocio”»⁸, y debe preceder tanto a las normas sectoriales de creación de subvenciones como a las bases reguladoras. Para Del Barco la necesidad de elaborar un PES «conecta directamente con la inquietud social de conocer qué se hace y qué resultados se obtienen con el dinero público que se materializa a través del gasto subvencional y en qué medida da respuesta a las demandas socioeconómicas vigentes»⁹.

⁶ Exposición de motivos de la LGS.

⁷ *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado 1756/2003, de 26 de junio, sobre el Anteproyecto de Ley General de Subvenciones.

⁸ Pascual García (2016: 102-103).

⁹ Del Barco (2004: 78).

A) LA REGULACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: ART. 8 DE LA LGS

La figura del PES se regula en el art. 8 de la LGS¹⁰. Del tenor literal de este se pueden inferir tres consideraciones básicas: a) el PES se impone, con carácter general y sin excepciones, a todos los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones; b) el PES es un presupuesto ineludible para el otorgamiento de subvenciones; y c) el PES debe contener los objetivos y efectos que se pretenden con las subvenciones, el plazo necesario para su materialización, los costes previsibles y sus fuentes de financiación.

En este sentido, el Reglamento de la LGS concibe los PES como «un instrumento necesario para conectar la política de asignación presupuestaria a los rendimientos y objetivos alcanzados en cada política pública gestionada a través de subvenciones. En cambio, y con el fin de no introducir rigideces innecesarias en el proceso de planificación estratégica, se admite en el reglamento la posibilidad de reducir el contenido del plan para determinadas subvenciones»¹¹. Los PES se configuran como un instrumento fundamental para orientar los procesos de distribución de recursos en función del índice de logro de fines de las políticas públicas. En definitiva, el reglamento aborda «la regulación de los planes estratégicos de subvenciones con rigor, pero con la suficiente flexibilidad como para que los órganos de las Administraciones públicas asuman el valor que, en términos de eficacia, eficiencia y transparencia, supone su adecuada aprobación y seguimiento»¹².

Esta regulación supone una configuración de los PES, convirtiéndose en verdaderos instrumentos preceptivos y programáticos de gestión¹³, con una naturaleza no reglamentaria, elaborados y aprobados por el órgano administrativo competente que proponga el establecimiento de líneas de subvención, de manera previa a la aprobación de sus bases normativas reguladoras, constituyéndose aquellos en *conditio sine qua non* a la efectiva publicación de éstas¹⁴. Siguiendo esta línea, la reciente modificación de la LGS añade la obligatoriedad que las bases reguladoras de cada subvención harán referencia al PES en

¹⁰ Precepto que tiene cumplido desarrollo en la Sección 1.ª del Capítulo III del Título Preliminar (arts. 10 a 15) del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la referida Ley General de Subvenciones.

¹¹ Apartado tercero del Preámbulo del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

¹² *Ibidem*.

¹³ Sobre la regulación en materia de gestión de subvenciones y los fondos europeos para la recuperación, véase entre otros, J. Botella Carretero; M. Vela Juan (2021) y T. Font i Llovet (2021).

¹⁴ En este sentido J. Jiménez Vacas (2022).

el que se integran, señalando de qué modo contribuyen al logro de sus objetivos¹⁵.

B) EL FUNDAMENTO DE ESTA MODALIDAD DE PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

Desde un punto de vida del fundamento técnico, el PES se concibe como un «eslabón a través del cual se produce la unión entre la fase de asignación de recursos públicos y la fase de ejecución de políticas de fomento»¹⁶. Por ello, la propia aprobación de un PES se convierte en requisito preceptivo previo a la aprobación de toda base reguladora posterior. En consecuencia, no adoptan una forma jurídica de reglamento, si no instrumentos técnicos internos de programación no susceptibles de crear por sí mismos derechos ni obligaciones de índole económico o jurídico para con terceros posibles interesados en su programa.

Así, a esta finalidad de enlazar la fase de asignación de recursos con la de ejecución de políticas de fomento, responden precisamente los principios informadores de la acción subvencionada, siendo estos los de «eficacia en el cumplimiento de los objetivos y eficiencia en la asignación y utilización de recursos, amén del imperativo de subordinar los planes “al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”»¹⁷. Estos principios contemplados en el art. 8 de la LGS se han trasladado de los considerados principios rectores de la política presupuestaria del Sector Públicos, resueltos en los de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, responsabilidad y lealtad institucional¹⁸.

3. LA CONFIGURACIÓN DEL PES A LA LUZ DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Por lo que respecta a la forma de configurar el PES, concretamente, conviene partir de la interpretación que realiza el Tribunal Supremo en las sentencias más recientes.

¹⁵ Se modifica el apartado 1 del art. 8 LGS por la disposición final 13.1 Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023.

¹⁶ Dictamen del Consejo de Estado 1756/2003, sobre el anteproyecto de Ley General de Subvenciones.

¹⁷ Sobre la eficiente asignación de recursos públicos, *vid.* Rodríguez Míguez, José Antonio (2021: 369).

¹⁸ Conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera Principios, relacionados en el art. 26.2 Ley 47/2003, General Presupuestaria.

A) EL PES COMO PRESUPUESTO INELUDIBLE PARA EL OTORGAMIENTO DE SUBVENCIONES

La primera característica que destaca la doctrina jurisprudencial es aquella que determina que el PES se produce con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención. Es decir, la Administración otorgante está abocada a elaborar el PES de forma previa a la regulación de la subvención. La segunda característica recae en el propio art. 8 de la LGS considerándolo imperativo y categórico. En este contexto, la dicción del precepto citado, exigiendo con carácter previo el PES «no es tangencial y no sistemático, sino requisito esencial y previo a la regulación de la subvención, de tal forma que sí requiere una formalización o instrumentalización externa que, aunque no es exigible una determinada formalidad, sí una definición específica que pueda ser identificada»¹⁹.

En este contexto, el Alto Tribunal apoya su interpretación en el mismo art. 8 en su apartado 3 al establecer que: «La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios: a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante. c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos». Esto también lo relaciona con la Disposición Adicional 13 de la misma Ley, para así establecer una definitiva interpretación de la imperatividad del precepto²⁰.

Esto no ofrece duda alguna actualmente para la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así se ha de entender desde la STS (Sala de lo Contencioso, Sección 4), de 26 de junio de 2012, que declara este extremo como doctrina jurisprudencial, y ha sido seguido por otras Sentencias de la Sala, de 4 de diciembre de 2012, 28 de enero de 2013; 16 de abril de 2013; 543/2022, de 9 de mayo de 2022.

En este sentido, J. R. Fernández Torres, dado que el deber de insertar y programar las subvenciones en el marco de la planificación estratégica es inequívoco, afirma que «en rigor carecen de soporte legitimador aquellas otras subvenciones que se pretendan conceder, aislada e individualizadamente, al margen del PES que haya elaborado y aprobado cada Administración Pública o entidad instrumental bajo su dependencia»²¹.

¹⁹ STS de 26 de junio de 2012, FJ 3.

²⁰ STS 543/2022, de 9 de mayo, FJ 2.

²¹ J. R. Fernández Torres (2005: 25).

B) IMPUGNACIÓN INDIRECTA DE UNA DISPOSICIÓN GENERAL A TRAVÉS DE UNA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

Conviene detenerse en un aspecto que ha suscitado controversia reciente y sobre el que cabe apreciar, a día de hoy, una clara tendencia jurisprudencial. El contexto analizado gira en torno a determinar el alcance y límites de la impugnación indirecta de una disposición general, articulado a través del cauce procesal de planteamiento de una cuestión de ilegalidad, en relación con el requisito establecido en el art. 8.1 de la LGS, en el sentido de si cabe entender que la inexistencia de dicho Plan constituye un mero vicio formal del procedimiento o un vicio de carácter sustancial.

Se discute, en esencia sí, con ocasión de la impugnación indirecta de una Ordenanza reguladora de una determinada subvención, cabe alegar como motivo de ilegalidad de la misma, la falta de aprobación con carácter previo del preceptivo PES al que se refiere el art. 8.1 de la LGS, al entenderse que se trata de un supuesto de incumplimiento de un requisito esencial en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, o, por el contrario, se considera que se trata de un mero vicio formal de dicho procedimiento, y, como tal, no alegable en el recurso contencioso-administrativo indirecto; y, en ambos casos, si la posibilidad de impugnación indirecta se cualifica cuando se trata de una Administración territorial que ejerce la potestad de impugnación de acuerdos y actos de entes locales.

La cuestión a dilucidar en este supuesto gira en torno a dos posiciones. La esgrimida por la Abogacía del Estado que entiende que la falta de aprobación con carácter previo del PES no tiene encaje entre los vicios de procedimiento que permite articular un recurso indirecto contra una disposición general²². Y la postura mantenida por la jurisprudencia desde el año 2012, según la cual, el PES tiene carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituyendo un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que la haga identificable.

La discrepancia de origen se encuentra en determinar si se está o no ante un vicio de procedimiento que permite articular un recurso indirecto contra una disposición general, en la medida que no se trate de una «omisión clamorosa total y absoluta del procedimiento para la aprobación de la Ordenanza».

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo aplicable en estos casos es el art. 27 LRJCA, al no distinguir entre vicios de procedimiento sean o no de

²² Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 310/2019, de 5 de noviembre, dictada en la cuestión de ilegalidad número 2/2019, sobre la Ordenanza del Ayuntamiento de Arduña (Gipuzkoa) reguladora de subvenciones individuales para gastos de transporte para gastos de transporte por visitas a personas internas en centros penitenciarios.

carácter esencial y vicios sustantivos o de carácter material²³. Se considera, por tanto, que «[...] la cuestión de ilegalidad y del procedimiento especial en que ha de resolverse, tiene como razón de ser la necesidad, demandada por el principio de seguridad jurídica, de poner fin cuanto antes a la incertidumbre causada por una sentencia firme que acoge una impugnación indirecta sin poder disponer la nulidad de la norma así impugnada. Consecuentemente, su planteamiento sólo se justifica si el proceso en que se impugnó indirectamente la norma no llegó al órgano jurisdiccional con competencia para su impugnación directa»²⁴. Reafirmando que «[...] debe imponerse aquella necesidad, por encima de otra consideración, cuando el órgano jurisdiccional competente para la impugnación directa conoce de él. Con ello no cercena el derecho de defensa, a cuya protección atiende el criterio de que el enjuiciamiento se limite a las cuestiones suscitadas, e impide que la incertidumbre se prolongue más allá de lo necesario. Por tanto, aquel último inciso, en el que se expresa que “a sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general”, debe entenderse como comprensivo de un mandato que prima sobre las concretas razones esgrimidas ante ese órgano jurisdiccional en una posterior instancia o en un posterior grado»²⁵.

Esta interpretación conduce a la jurisprudencia a colegir que: «a través del planteamiento de una cuestión de ilegalidad, [...], el juez o tribunal promovente puede aducir todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico que pudieran determinar la invalidez de la disposición general por ser disconforme a Derecho, sin que la circunstancia de que el recurso contencioso-administrativo, entablado contra un acto de aplicación de una disposición general, se interponga por una Administración Pública, que tenga atribuidas funciones de control de la legalidad de la actuación de otra Administración pública, cualifique la posición jurídica de aquella en el proceso jurisdiccional»²⁶. Esto justifica que se declare nula una ordenanza por motivos formales al no acreditarse la aprobación del PES con carácter previo a la aprobación de la Ordenanza²⁷.

4. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, podemos confirmar que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha reforzado el relevante principio de planificación contemplado en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del

²³ *Vid.* M. L. Noya Ferreiro (2021: 519-520).

²⁴ STS 26 de junio de 2012, FJ.

²⁵ STS 306/2021 de 4 marzo de 2021, FJ 3.

²⁶ STS 306/2021 de 4 marzo de 2021, FJ 4.

²⁷ STS 543/2022 de 9 mayo de 2022, FJ 4.

Sector Público y en la LGS al dictar que es un requisito esencial y previo a la concesión de cualquier subvención el cumplimiento del PES.

La STS 306/2021, de 4 de marzo, establece que cuando dichas subvenciones tengan el carácter de disposición de carácter general, es necesario que en su proceso de redacción se incorpore previamente el PES previsto en el art. 8.1 de la LGS. La omisión de este trámite se considera un vicio procedimental esencial que invalidará la convocatoria o las ordenanzas que en su caso se hayan dictado.

Por tanto, al tratarse de una causa de nulidad de pleno derecho, cabe la impugnación indirecta²⁸. Así, en el caso concreto analizado por el Tribunal Supremo en la citada sentencia, anula la Ordenanza del Ayuntamiento de Aduña, planteada como una cuestión de ilegalidad.

Más recientemente, el Alto Tribunal en la Sentencia 543/2022, de 9 de mayo, subraya con claridad que el PES constituye un instrumento de planificación de políticas públicas cuyo objetivo es el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, cuya aprobación es previa a la regulación de la subvención, constituyendo un requisito esencial. La ausencia de este Plan implica la existencia de un vicio sustancial (art. 47 Ley 39/2015), tal como fue considerado en la STS de 26 de junio de 2012.

En conclusión, estamos ante una jurisprudencia relevante con respecto a las futuras subvenciones que otorguen las Administraciones públicas que, en base a los fondos europeos, se destinan a la lucha contra el cambio climático. Esta línea jurisprudencial recuerda el criterio estricto del Tribunal Supremo sobre los informes y requisitos previos en la tramitación de disposiciones generales y enfatiza la importancia del PES de todas aquellas normas destinadas al otorgamiento de subvenciones. Esto resulta de gran interés para los entes locales, dado el importante papel que tienen en la recepción y ejecución de los fondos europeos.

BIBLIOGRAFÍA

- Botella Carretero, J. y Vela Juan, M.^a (2021): «Real Decreto-ley 36/2020: novedades en materia de convenios administrativos, subvenciones y tramitación ambiental», en *Actualidad Administrativa*, núm. 3.
- Bueno Mora, S. (2004): «Los sujetos de la relación jurídica subvencional. Beneficiarios y entidades colaboradoras: régimen singular de las asignaciones a grupos políticos

²⁸ Sobre las diferencias entre la nulidad y la anulabilidad, véase M. C. Campos Acuña (2017).

- y de las subvenciones a las asociaciones de vecinos», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, pp. 120-130.
- Campos Acuña, M.^a C. (2017): «Nulidad y anulabilidad», en *Comentarios a la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos.
- Casado Casado, L. (2019): *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo. Restricciones y limitaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 369 pp.
- Castillejo Manzanares, R. y Martín Contreras, L. M. (2021): *El proceso administrativo (LJCA): Cuestiones problemáticas. Procedimiento abreviado y procedimientos especiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 700 pp.
- Collado Beneyto, P. J. (2009): *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 734 pp.
- Del Barco Fernández-Molina, J.; Panizo García, A.; Silva Urien, I. y Arellano Pardo, P. (2004): *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Valladolid, Lex Nova, 620 pp.
- Doncel Rodríguez, C. (2022): «La vulneración de la autonomía local a través de mecanismos de control de legalidad de las subvenciones. Comentario a la STS 1201/2021, de 4 de octubre», en *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 3 (marzo).
- Fernández Farreres, G. (2019): «Derecho al cobro de la subvención y obligación de devolución de lo percibido (reflexiones a propósito de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo)», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 202, pp. 11-50.
- Font i Llovet, T. (2021): «El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la recuperación», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55, pp. 115-142.
- Franch i Sagner, M. (2022): «L'activitat de foment de l'Administració local. Les subvencions», en Gifreu i Font, J. y Fuentes i Gasó, J. R., *Règim Jurídic dels Governos Locals de Catalunya*, València, Tirant lo blanch, pp. 857-879.
- Jiménez Vacas, J. J. (2012): «Planes estratégicos de subvenciones especial referencia a la Comunidad de Madrid», en *Diario La Ley*, núm. 7961.
- Manteca Valdelande, V. (2006): «Nuevo Reglamento de subvenciones», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 716/2006.
- Mora de la Viña, M.^a J. (2017): «Gestión y control de subvenciones», en *Presupuesto y gasto público*, núm. 86, pp. 23-38.
- Noya Ferreiro, M.^a L. (2021): «El procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad», en Castillejo Manzanares, R. y Martín Contreras, L. M., *El proceso administrativo (LJCA): Cuestiones problemáticas. Procedimiento abreviado y procedimientos especiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 487-541.

Pascual García, J. (2016): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, 6.^a ed., Madrid, Boletín Oficial del Estado, 764 pp.

Rodríguez Míguez, J. A. (2021): «Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis», en *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 60.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES

Esther Rando Burgos

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El reintegro de subvenciones: algunas apreciaciones generales. 3. El principio de proporcionalidad en el ámbito de las subvenciones. 4. La modulación del alcance del reintegro de subvenciones: aplicación del principio de proporcionalidad y reciente doctrina jurisprudencial. A) No es aplicable el principio de proporcionalidad cuando ha tenido lugar un incumplimiento total, aunque el mismo se deba a causas ajenas al beneficiario de la subvención. B) Sí es aplicable la proporcionalidad en el reintegro de subvenciones cuando el incumplimiento es parcial y de imposible cumplimiento. C) Sí es aplicable la proporcionalidad cuando el coste del objeto de la subvención resulta finalmente inferior a la subvención obtenida. 5. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: La aplicación del principio de proporcionalidad en materia de reintegro de subvenciones continúa siendo una cuestión que genera no pocos debates. El incumplimiento total o el cumplimiento parcial de la obligación adquirida con la concesión de la subvención tiene diferentes consecuencias cuando el beneficiario se ve obligado a su reintegro, pudiendo entrar en juego la proporcionalidad como medio para su graduación. La casuística que presenta esta cuestión es el objeto del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: actividad de fomento; subvenciones; reintegro de subvenciones; principio de proporcionalidad.

ABSTRACT: The application of the principle of proportionality in terms of reimbursement of subsidies continues to be an issue that generates not a few debates. Total non-compliance or partial compliance with the granting of the subsidy has different consequences when the beneficiary is forced to repay it,

and proportionality may come into play as a means for graduation. The casuistry that presents this question is the object of the present work.

KEY WORDS: promotion activity; grants; reimbursement of subsidies; principle of proportionality.

1. INTRODUCCIÓN

Las subvenciones constituyen una de las principales manifestaciones de la actividad de fomento en tanto estímulo de la actividad privada consistente en impulsar determinadas actuaciones por parte de los particulares. Adecuado es comenzar señalando alguna de las definiciones dadas por la doctrina al término subvención¹. Sin carácter exhaustivo, el profesor Fernández Farreres se ha ocupado con detalle de esta institución del Derecho Administrativo, definiéndola, de manera temprana, como «atribuciones patrimoniales, dinerarias o no, que se conceden a fondo perdido y afectadamente al fin que justifica su otorgamiento por un ente jurídico-administrativo o, incluso, por una persona jurídico-privada en el ejercicio de funciones públicas delegadas, a favor de un particular» (1983: 100).

Ahora bien, excedería el objeto del presente, centrarnos en una figura que ha sido tratada con magisterio por la doctrina más autorizada. La finalidad es aproximarnos, siquiera someramente, a una cuestión concreta circunscrita en el ámbito de otra también tratada extensamente, esto es la incidencia y aplicación que el principio de proporcionalidad tiene en el contexto del reintegro de subvenciones. Y ello, particularizado en los últimos pronunciamientos acaecidos sobre la cuestión. Pese a que la Ley General de Subvenciones (LGS) cumple ya dos décadas, son múltiples las cuestiones que continúan precisadas de estudio y concreción.

Se entiende que los supuestos en que, procediendo el reintegro de la subvención otorgada por alguno de los motivos enumerados en la LGS, resulta aplicable el principio de proporcionalidad y la casuística que de ello se deriva continúa, pese al transcurso del tiempo, siendo un trámite de actualidad, lo que justifica este trabajo.

¹ Sin obviar, sin carácter exhaustivo, otros relevantes trabajos que se han ocupado de conceptualizar esta figura. Véase, Carretero Pérez (1991); Cantón Vázquez, Carmona Ruiz y González Pol (1997); Sesma Sánchez (1998); Requero Ibáñez (2002); Fernández Farreres (2005); López Ramón (2005); Díaz Lema (2005); Collado Beneyto (2009). De manera más reciente, destacar los trabajos del profesor Bueno Armijo (2013 y 2017).

2. EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES: ALGUNAS APRECIACIONES GENERALES

La LGS dedica su título II al régimen del reintegro de subvenciones. Particular significancia el art. 37.1, dedicado a enumerar las causas que motivan el reintegro de las cantidades percibidas lo que conlleva, a su vez, la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro. Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Subvenciones (RLGS), se ocupa también de la cuestión, desarrollando el título III de la Ley.

Como señala Bueno Armijo (2011: 341) «La caducidad de las subvenciones se regula en el ordenamiento jurídico español bajo del nombre de reintegro, lo que debemos identificar [...] con el “reintegro en sentido estricto”, es decir, con las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS». Ahora bien, destaca el autor que la identificación entre caducidad y reintegro de subvenciones no es total ya que «si bien todas las causas de declaración de caducidad de las subvenciones pueden reconducirse, con carácter general, a alguna de las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS, no ocurre igual a la inversa, de modo que no todas las causas de reintegro del art. 37 LGS constituyen, en puridad, causas de declaración de caducidad».

Junto a lo anterior, es destacable como el reintegro es el medio previsto por nuestro ordenamiento jurídico, con carácter general, para reaccionar frente a un incumplimiento del beneficiario². El interés general es la máxima que persigue la subvención, por ende, es consecuencia lógica que incumplida aquella proceda la devolución de las cantidades percibidas por tal concepto, junto a las cantidades previstas en la normativa (intereses de demora).

En el mismo sentido la exposición de motivos de la LGS, al señalar el incumplimiento de la obligación derivada de la subvención concedida como motivo del reintegro de la subvención concedida. Explícita al indicar «El incumplimiento del resto de las obligaciones, así como la resistencia, excusa o negativa a las actuaciones de control, serán causas de reintegro cuando ello imposibilite verificar el empleo dado a los fondos percibidos, o el cumplimiento de la finalidad y de la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ingresos o recursos para la misma finalidad». Como se observa no sólo son distintos los motivos que pueden conllevar el reintegro de la subvención, sino que, además, puede obedecer a razones de diferente índole.

² Véase Tena Piazuelo (2005); Martínez Giner (2006); Arellano Pardo (2004); o Requero Ibáñez (2002), entre otros.

3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS SUBVENCIONES

El principio de proporcionalidad, en sentido propio, y ceñido al ámbito del Derecho Administrativo, impone la debida relación entre la infracción cometida y la sanción impuesta. Es precisamente en el ámbito del procedimiento sancionador en el que mayor protagonismo presenta.

No obstante, no es exclusivo del mismo. Así lo corrobora la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), al referirse a los principios de intervención de las Administraciones para el desarrollo de las actividades que le vienen atribuidas en el ejercicio de sus respectivas competencias, cuando las mismas establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, prevé que deben aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, además de motivar su necesidad para la protección del interés público, evitando, en todo caso, diferencias de trato discriminatorias (art. 4).

Por su parte, el art. 29 LRJSP se refiere en exclusiva al principio de proporcionalidad, si bien constreñido al ámbito de las sanciones. Ahora bien, obsta indicar que el reintegro de subvenciones no presenta naturaleza punitiva, es más, las posibles causas que originen la resolución de reintegro son compatibles e independientes, de las posibles sanciones que puedan proceder, favoreciendo con ello la respuesta reparadora propia del reintegro con la respuesta represiva o sancionadora frente al incumplimiento³. Similar tenor presenta el art. 37.1.e) LGS que contempla como causa de reintegro, la resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero y el art. 58.c) LGS que tipifica como infracción muy grave dicha conducta. Concurren, por tanto, en este caso ambos reproches jurídicos frente al beneficiario incumplidor.

4. LA MODULACIÓN DEL ALCANCE DEL REINTEGRO DE SUBVENCIONES: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RECIENTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, apuntado el marco general sobre el que se asienta la institución del reintegro de las subvenciones, preciso es subrayar un límite fundamental,

³ Como tampoco tienen carácter sancionador los intereses de demora que conlleva el reintegro de la subvención. Tajante en este sentido, entre otras muchas, la STS de 16 de noviembre de 2021 (rec. 6955/2020) cuando afirma «el interés de demora sobre la cantidad de reintegro no tiene carácter sancionador, sino que deriva de la aplicación del art. 37 de la Ley General de Subvenciones».

en la medida en que puede entenderse como una auténtica modulación del alcance que pueda tener, atendiendo a la entidad del incumplimiento que ha dado lugar al citado reintegro de la subvención. Con ello, la LGS adecúa, incluso puede decirse que modula, atendiendo a la gravedad del hecho que motiva el reintegro, la consecuencia que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye.

En este sentido, tras establecer las causas en que procede el reintegro de las cantidades percibidas en concepto de subvención, el art. 37.2 la LGS gradúa la regla general, consciente de la casuística que la misma puede presentar. De esta forma, sin hacerlo explícitamente se refiere al principio de proporcionalidad, señalando que:

«Cuando el cumplimiento por el beneficiario o, en su caso, entidad colaboradora se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por éstos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación de los criterios enunciados en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de esta ley o, en su caso, las establecidas en la normativa autonómica reguladora de la subvención».

Ello es preciso ponerlo en relación con el precepto citado. El art. 17.3.n) LGS establece respecto de dicho principio que:

«3. La norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones concretará, como mínimo, los siguientes extremos [...]

n) Criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones. Estos criterios resultarán de aplicación para determinar la cantidad que finalmente haya de percibir el beneficiario o, en su caso, el importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad».

Por su parte, el RLGS se refiere al principio de proporcionalidad con ocasión de la regulación del reintegro por incumplimiento de las obligaciones establecidas con motivo de la concesión de la subvención, en su art. 91, fijando en su aptdo. 3, que: «En los casos previstos en el apartado 1 del artículo 32 de este Reglamento, procederá el reintegro proporcional si el coste efectivo final de la actividad resulta inferior al presupuestado»⁴.

⁴ Por remisión del precepto, el art. 32.1 del RLGS, establece que: «Salvo que las bases reguladoras establezcan otra cosa, el presupuesto de la actividad presentado por el solicitante, o sus modificaciones posteriores, servirán de referencia para la determinación final del importe de la subvención, calculándose éste como un porcentaje del coste final de la actividad. En este caso, el eventual exceso de financiación pública se calculará tomando como referencia la proporción que debe alcanzar dicha aportación respecto del coste total, de conformidad con la normativa reguladora de la subvención y las condiciones de la convocatoria».

La falta de concreción y la amplitud de criterios a que dichos preceptos pueden dar lugar en la práctica conlleva que no sean pocas las controversias que en la práctica ocasiona.

Coincidimos con el profesor Bueno Armijo (2011: 478), al indicar que en virtud de la previsión contenida en el art. 37.2 LGS «el principio de proporcionalidad resultará de aplicación incluso aunque las bases reguladoras no indiquen nada», y ello, siguiendo a Rebollo Puig (2005: 445) cuando afirma que ello, aunque solo sea «por el valor y eficacia directos de los principios generales del Derecho».

Destacable también que estamos ante un incumplimiento que, dadas sus características y atendiendo a la «menor» gravedad, da lugar a un «reintegro parcial», así se deduce del propio art. 37.2 LGS cuando señala, aun obviando el término «parcial», que «se aproxime de modo significativo al cumplimiento total», a lo que suma un segundo requisito que se acredite por el beneficiario «una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos».

Entre otras tantas, en STS de 17 de mayo de 2022 (rec. 246/2021), se recogen los precedentes jurisprudenciales sobre la cuestión, la doctrina constante mantenida por la Sala Tercera sobre la cuestión. Acoge su propia STS de 16 de marzo de 2012 (rec. 1680/2010) cuando razona que: «Esta Sala ha sentado una doctrina ya consolidada en cuanto a la exigencia del cumplimiento de las condiciones impuestas a los beneficiarios de subvenciones. Hemos mantenido de modo constante que quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquéllos. El incumplimiento de las obligaciones de forma, aunque tengan un carácter instrumental, también pueden determinar, en aplicación de los preceptos legales, o bien el decaimiento del derecho a obtener el beneficio o bien el deber de reintegrar su importe». Entre las obligaciones formales que señala, se encuentran la de justificar o acreditar ante la Administración que el beneficiario ha realizado actuaciones (mantenimientos de fondos propios, inversión productiva, creación de puestos de trabajo, etc.) a cuya ejecución venía subordinada la concesión del incentivo. Y es que cuando hablamos de subvención, ha de tenerse muy presente el binomio derecho-obligación, desde el momento en que la finalidad de la misma no es otra que realizar una actuación que es lo que justifica su concesión, por tanto, la falta de cumplimiento de la misma inexorablemente tiene una clara consecuencia: la no procedencia de la cantidad otorgada y su necesario reintegro.

Y como prosigue recordando la STS, «La acreditación tiene un doble carácter que no debe ser confundido: ha de hacerse en tiempo y forma, por un lado, y con ella ha de demostrarse que el cumplimiento material de las exigencias impuestas se llevó a cabo dentro del tiempo previsto en la resolución in-

dividual de concesión del beneficio, por otro». De ahí que el incumplimiento de la obligación de justificar la realización de los compromisos asumidos pueda ser determinante de que la subvención acordada no sea finalmente entregada o que se exija su reintegro a quien la recibió.

Sin obviar, otras anteriores, como la STS de 12 de marzo de 2008 (rec. 2618/2005) que fija cómo el principio de proporcionalidad permite emplear ciertos criterios de graduación de los posibles incumplimientos de las condiciones impuestas al conceder las subvenciones, debiéndose valorar la incidencia que la anomalía que tenga lugar suponga sobre el conjunto de las relaciones Administración-beneficiario, y conectando la proporcionalidad con la equidad. En similares términos, la STS de 30 de marzo de 2010 (rec. 12/2008) que insiste en que en la aplicación del principio de proporcionalidad deben ponderarse las circunstancias concurrentes en cada supuesto, a los efectos de determinar el grado de incumplimiento que ha tenido lugar.

De ahí que la casuística en la materia sea enorme y los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que, paulatinamente, van clarificando cuándo es y cuándo no, aplicable el principio de proporcionalidad acordado el reintegro de una subvención por concurrir las circunstancias que al mismo dan lugar.

A) NO ES APLICABLE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CUANDO HA TENIDO LUGAR UN INCUMPLIMIENTO TOTAL, AUNQUE EL MISMO SE DEBA A CAUSAS AJENAS AL BENEFICIARIO DE LA SUBVENCIÓN

Como se indicaba, la casuística que en la práctica tiene lugar en que ha de entenderse por aproximación al cumplimiento total por parte del beneficiario y los diferentes supuestos que pueden dar lugar al reintegro de la subvención, hacen que no sea una cuestión pacífica.

Entre otras muchas, la STS de 16 de noviembre de 2021 (rec. 6955/2020), dedica su F.D. Tercero, a la proporcionalidad, recordando que «existe una línea jurisprudencial sobre la aplicación del principio de proporcionalidad que considera procedente su utilización para moderar los efectos del reintegro en aquellos casos en que se ha producido un cumplimiento parcial de los compromisos contraídos, considerando que reintegro de las subvenciones percibidas no debía ser total sino proporcionado al grado de efectivo cumplimiento de las obligaciones». No obstante, también reconoce que no puede aplicarse la proporcionalidad cuando se está ante un incumplimiento total, aunque el mismo se deba a circunstancias ajenas al beneficiario (en el caso de autos, no obtuvo las licencias preceptivas para la construcción de instalaciones industriales y, en consecuencia, no pudo desarrollar la actividad que justificaba la concesión de la subvención).

Destaca la meritada resolución judicial que «no cabe calificar de meramente parcial el incumplimiento de una de las condiciones capitales en casos como el de autos, cual es la de obtener las preceptivas autorizaciones para la construcción de las instalaciones industriales que se benefician de fondos públicos y para el ejercicio de su actividad».

Por tanto, si bien tanto la propia normativa como la jurisprudencia reconocen en no pocos supuestos la aplicación del principio de proporcionalidad en el reintegro de subvenciones, en el supuesto enjuiciado, a la luz de lo previsto en el art. 37 LGS y de la jurisprudencia analizada, no concurren los citados requisitos que posibiliten su observancia y aplicación, ya que no ha existido un compromiso parcial de los compromisos adquiridos sino que el incumplimiento ha sido total y, en consecuencia, no procede la reducción en la cantidad a reingresar.

B) SÍ ES APLICABLE LA PROPORCIONALIDAD EN EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES CUANDO EL INCUMPLIMIENTO ES PARCIAL Y DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO

En otra reciente STS de 22 de septiembre de 2022 (rec. 4447/2021), sí reconoce la aplicación del principio de proporcionalidad en el supuesto de un beneficiario de subvención, inicialmente denegada, al que se exigía un período de tres años de alta en el Régimen de Trabajadores Autónomos. Si bien estuvo en tal situación algo más de un año, con posterioridad causó bajo, resolviéndose favorablemente la solicitud de subvención en vía jurisdiccional, casi cuatro años después del inicio del procedimiento. Como señala la STS «es de imposible cumplimiento para el actor lo exigido por la administración [...] el principio de proporcionalidad permite el equilibrio de los derechos en conflicto, lo que justifica la desestimación del recurso, pues la resolución impugnada aplicó dicho principio al reconocer el reintegro parcial de la ayuda pública concedida, proporcionada al tiempo durante el que recurrente permaneció de alta».

En síntesis, reconoce que «resulta aplicable el principio de proporcionalidad. Es decir, dado que el actor sí estuvo un cierto período de tiempo en alta, el reintegro debería tener en cuenta esta circunstancia. Y así parece que ha sido toda vez que el reintegro exigido no es total sino parcial».

C) SÍ ES APLICABLE LA PROPORCIONALIDAD CUANDO EL COSTE DEL OBJETO DE LA SUBVENCIÓN RESULTA FINALMENTE INFERIOR A LA SUBVENCIÓN OBTENIDA

En otro caso, la STS de 17 de junio de 2022 (rec. 920/2021) también se reconoce la aplicación del principio de proporcionalidad en un supuesto de ajuste del precio (reducción del coste de la inversión inicialmente prevista) como consecuencia de una mejor oferta contractual para la realización de la obra subvencionada, que, además, se acomete en su integridad, dando por tanto cumplimiento total al objeto de la subvención, ello, sin perjuicio de reducir el importe de la subvención en el porcentaje correspondiente en relación con el importe de la inversión realmente realizada. Todo ello, en la controversia generada por una Administración autonómica que, aplicando como causa de reintegro la prevista en el art. 37.1.a) LGS, entendía que el Ayuntamiento beneficiario había falseado las condiciones de la subvención al presentar presupuestos desproporcionados.

5. CONCLUSIONES

La aplicación del principio de proporcionalidad en el marco del reintegro de subvenciones continúa, pese al tiempo transcurrido desde la aprobación de la LGS, siendo un tema de actualidad que genera no pocas controversias por la variada casuística de situaciones a las que da lugar.

El hecho de partida es la propia esencia de la subvención, como una de las principales manifestaciones de la actividad de fomento, orientada a la realización de determinadas actividades por los particulares (beneficiarios) en aras a la consecución de un interés general. Ahora bien, incumplido el hecho que justificaba la concesión de la misma, entra en juego la figura del reintegro de la misma, en los supuestos que tasadamente establece la propia LGS y que desarrolla el RLGS.

La controversia, surge en este momento, cuando acordado el reintegro, nuestro ordenamiento jurídico posibilita, en determinados supuestos y concurriendo ciertas circunstancias modular el mismo, a través de la aplicación de la proporcionalidad. Como regla general, se exige, y así lo establece la propia LGS, que el cumplimiento por el beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total, procederá entonces, entender que no ha concurrido un incumplimiento de la subvención, sino que se está ante un cumplimiento parcial, entrando en juego la proporcionalidad en aras a garantizar los derechos en conflictos en aras a la equidad.

En síntesis, se está ante una cuestión que, entre otras razones, por la amplitud de la casuística que presenta continúa contando con recientes pronuncia-

mientos jurisdiccionales que se aventura se sucederán en el tiempo en aras a perfilar lo máximo posible la concurrencia o no de la proporcionalidad ante el incumplimiento del beneficiario de una subvención.

BIBLIOGRAFÍA

- Arellano Pardo, P. (2004): «Título II. Del reintegro de subvenciones», en Del Barco Fernández Molina, J., *Comentarios a la nueva Ley General de Subvenciones*. Lex Nova, Valladolid, pp. 299-380.
- Bueno Armijo, A. (2011): *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común*. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- (2013): *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*. Universidad Externado de Colombia.
- (2017): «La concesión directa de subvenciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 204, pp. 269-312.
- Cantón Vázquez, R., Carmona Ruiz, R. y González Pol, E. (1997): «La política de subvenciones de las Administraciones públicas», *Auditoria Pública*, núm. 8, pp. 23-28.
- Carretero Pérez, A. (1991): «Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 213, pp. 419-443.
- Collado Beneyto, J. (2009): *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento*. Tirant lo Blanch, Valencia,
- Díaz Lema, J. M. (2005): «Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 358/2003, de 17 de noviembre», *Justicia Administrativa*, núm. 27, pp. 5-34.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
- (2005): «El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley», en Fernández Farreres, G. (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*. Thomson-Civitas, Madrid, pp. 29-63.
- López Ramón, F. (2005): *Comentarios a la Ley General de Subvenciones (Ley 358/2003, de 17 de noviembre)*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Martínez Giner, L. A. (2006): *El reintegro de subvenciones públicas*. Iustel, Madrid.
- Rebollo Puig, M. (2005): «Capítulo X. El reintegro de subvenciones», en Fernández Farreres, G., *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, pp. 407-527.
- Requero Ibáñez, I. (2002): «El régimen jurídico de las subvenciones locales», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, pp. 44-58.

Sesma Sánchez, B. (1998): *Las subvenciones públicas*. Lex Nova, Valladolid.

Tena Piazuelo, V. (2005): «El reintegro de subvenciones», en López Ramón, F. (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones. (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 105-129.

LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PÚBLICA DE LOS MIEMBROS DE UNA AGRUPACIÓN DE BENEFICIARIOS

Xavier Codina García-Andrade

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La responsabilidad jurídico-pública de reintegro de los miembros de una agrupación. A) Las exigencias de la LGS para acudir a la figura de la agrupación. B) La responsabilidad jurídico-pública de reintegro de los miembros de la agrupación. C) El régimen especial adoptado por el RDL 36/2020. Bibliografía.

RESUMEN El presente trabajo estudia el confuso régimen jurídico de la responsabilidad de los miembros de una agrupación de beneficiarios de una subvención en relación con la Administración otorgante. El trabajo parte del régimen de responsabilidad que se establece en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y que ha sido interpretada por el Tribunal Supremo de una manera que se aleja del tenor literal de la norma.

PALABRAS CLAVE subvención; agrupaciones; responsabilidad solidaria; reintegro.

ABSTRACT This piece of work assesses the confusing Spanish legal regime of the liability of the members of consortium of beneficiaries of a grant vis-à-vis the granting authority. This paper addresses the liability regime established in Law 38/2003, of 17 November, General Law on Subsidies and the interpretation of its provisions provided by the Supreme Court in a way that somewhat deviates from the provision's literal wording.

KEY WORDS grants; consortium; joint and several liability; reimbursement.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las grandes actuaciones objeto de subvención es habitual que la ejecución del proyecto se lleve a cabo por varios beneficiarios que asumen distintos compromisos en el marco de una única relación subvencional y ante una única Administración concedente. En no pocas ocasiones, esas relaciones entre beneficiarios se articulan a través de una figura cooperativa que conocemos en nuestro ordenamiento bajo el nombre de «agrupación de beneficiarios»¹.

Pues bien, a pesar de su importancia práctica, que aumenta de manera directamente proporcional a la complejidad del proyecto y a su exposición a fondos europeos, la «agrupación de beneficiarios» apenas recibe atención por parte de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones («LGS»). Tampoco recibe excesiva atención por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia.

El propósito de este breve trabajo es analizar un aspecto concreto del régimen de esta figura como es la responsabilidad jurídico-pública por reintegro de los miembros de la agrupación ante la Administración concedente.

Con carácter previo debe advertirse que, de conformidad con el artículo 11 LGS, estas agrupaciones tienen la condición de *sujetos* beneficiarios y por tanto les será de aplicación la LGS en su conjunto. No se pretende aquí reconstruir todo ese régimen sino solo examinar un aspecto concreto como es la responsabilidad de los miembros de estas agrupaciones. El presente trabajo estudia la cuestión desde la perspectiva de las subvenciones otorgadas por la Administración y sujetas a la LGS. Así pues, no se estudian las ayudas que otorgan otras entidades del sector público que tienen la misma finalidad, pero se rigen por derecho privado².

Por razones de espacio no se analiza aquí el régimen jurídico-público sancionador ni el jurídico-privado de responsabilidad. Este último habitualmente se articula a través de un acuerdo de agrupación con cláusulas específicas de limitación de exposición al riesgo³. Ese acuerdo tiene efectos entre las partes,

¹ Existen otras figuras cooperativas como son la creación de sociedades de vehículo específico, las asociaciones, los consorcios, las comunidades de bienes o las denominadas por la ley «unidades económicas». El artículo 11 LGS menciona alguna de ellas en sus apartados 2 y 3.

² En el ámbito jurídico-privado las subvenciones se catalogan como donaciones condicionales o modales, en los términos de los artículos 618 y 619 del Código Civil, cuya aceptación que lleva implícita la asunción de las condiciones impuestas y es susceptible de revocación de conformidad con el artículo 647 del Código Civil. Al respecto ver, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9, de 25 de mayo de 2021, núm. 272/2021, rec. 751/2020.

³ Una práctica habitual a la hora de configurar la responsabilidad entre las partes por reclamaciones de terceros será la de su limitación cualitativa (definir qué conductas sí darán lugar

pero no afecta a las obligaciones frente a la Administración, que se rigen por la LGS.

2. LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PÚBLICA DE REINTEGRO DE LOS MIEMBROS DE UNA AGRUPACIÓN

A) LAS EXIGENCIAS DE LA LGS PARA ACUDIR A LA FIGURA DE LA AGRUPACIÓN

El artículo 11.3 LGS menciona a las agrupaciones como uno de los *sujetos* que puede acceder a la condición de beneficiarios. Se trata de entes sin personalidad jurídica y de base personal (por oposición a otras figuras mencionadas, como las comunidades de bienes, de base real). La posibilidad de acudir a la figura de la agrupación debe preverse *«expresamente en las bases reguladoras»*.

El artículo 11.3 LGS exige que la solicitud de la subvención y su resolución incluyan los siguientes aspectos: (i) los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro de la agrupación; (ii) el importe de subvención a aplicar por cada miembro de la agrupación; y (iii) la identificación de un representante o apoderado único de la agrupación, con poderes bastantes para cumplir las obligaciones que, como beneficiario, corresponden a la agrupación. Además, la LGS exige que la agrupación no se disuelva hasta que *«haya transcurrido el plazo previsto en los artículos 39 y 65 de esta Ley»*.

De este precepto se extraen varias ideas fuerza. La primera, que la división de tareas e importes recibidos y su identificación expresa son elementos esenciales para aceptar la utilización de esta figura. Según A. R. Rodríguez Castañón, estos elementos persiguen garantizar una mayor integridad en la ejecución de los fondos públicos recibidos por la agrupación beneficiaria (2018: 398). Ahora bien, repárese como el precepto distingue expresamente entre compromisos asumidos e importes recibidos.

La segunda, que las agrupaciones pueden ser objeto de responsabilidades jurídico-públicas derivadas tanto de la acción de reintegro ejercida por la Administración como de la potestad sancionadora.

La tercera, los beneficiarios deben alcanzar determinados acuerdos para constituir la agrupación. Esos acuerdos quedan al margen de la LGS, que tan solo exige que se identifique un «apoderado único» (que habitualmente será la entidad coordinadora) y que se prevea un plazo de vigencia que alcance, al

al nacimiento de la responsabilidad) o su limitación cualitativa (determinar la cuantía máxima que alcanzaría el resarcimiento).

menos, los plazos de prescripción de las acciones a disposición de la Administración.

B) LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PÚBLICA DE REINTEGRO DE LOS MIEMBROS DE LA AGRUPACIÓN

La condición de beneficiario de una agrupación conduce a que deba asumirse por esta (que es lo mismo que decir que por sus miembros), las distintas obligaciones impuestas a los beneficiarios por parte de la LGS y los instrumentos que regulen la concreta subvención. Así, por ejemplo, cada uno de los miembros de la agrupación debe aportar la justificación requerida en relación con las actividades que realice «*en nombre y por cuenta del beneficiario* [la agrupación]» (artículo 30.6 LGS).

Entre esas obligaciones adquiere especial importancia la de ser responsable del reintegro de la subvención. La regla general, contemplada en el artículo 40.1 LGS, es que será sujeto obligado del reintegro el beneficiario de la subvención. Por tanto, la agrupación, que el artículo 11.3 LGS califica de beneficiaria de la subvención, será obligada principal del reintegro. Ahora bien, ese mismo precepto reconoce la condición de beneficiarios a los miembros de la agrupación por lo que podría asumirse que estos son también obligados principales del reintegro.

Sin embargo, como señala Martínez Giner (2006: 203-204), el artículo 40.2 LGS, que opera como *lex specialis* relativa a la responsabilidad de los miembros de la agrupación, matiza esta conclusión. Ese precepto establece que los miembros de la agrupación son responsables solidarios de la obligación de reintegro impuesta con carácter principal a la agrupación (excluye, pues, la posibilidad de que los miembros sean responsables principales). El mismo autor apunta la razón de ser de esta regla especial: como el beneficiario es una agrupación sin personalidad jurídica, la adecuada protección de los fondos públicos exige que los miembros que la componen asuman cierto la responsabilidad del reintegro (2006: 209).

El problema radica en que el tenor literal del artículo 40.2 LGS no es del todo claro. Primero, por cómo está estructurado ese precepto. En su apartado primero establece que «*[l]os miembros de las personas y entidades contempladas en el apartado 2 y en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de esta ley responderán solidariamente de la obligación de reintegro del beneficiario en relación a las actividades subvencionadas que se hubieran comprometido a efectuar*». Y en su apartado tercero añade que «*responderán solidariamente los miembros, partícipes o cotitulares de las entidades a que se refiere el apartado 3 del artículo 11 en proporción a sus respectivas partici-*

paciones, cuando se trate de comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado».

Esta aparente reiteración no es tal. Si se observa con detenimiento, el apartado primero hace referencia expresa a las entidades del «segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11». Es precisamente ahí donde se menciona de manera específica a las agrupaciones de beneficiarios. Por tanto, es el apartado primero del artículo 40.2 LGS el que recoge el régimen de responsabilidad de las agrupaciones de beneficiarios, quedando el apartado tercero de ese artículo para el resto de entidades mencionadas en el 11.3 LGS. En otras palabras, el artículo 40.2 LGS distingue dos regímenes diferentes en función del tipo de entidad cooperativa.

Además, el apartado primero del artículo 40.2 LGS está redactado de manera algo confusa ya que conecta dos planos diferentes, lo cual crea ciertas dudas interpretativas. Por un lado, el plano del reintegro (que como hemos dicho es en esencia una obligación pecuniaria) y por otro el plano de la ejecución del proyecto (que es una obligación de contenido técnico-material). Ello tiene a mi juicio, una doble consecuencia desde el punto de vista del alcance y extensión de la responsabilidad.

En primer lugar, resulta que la responsabilidad solidaria del miembro de la agrupación aparece en directa conexión con «*las actividades subvencionadas que se hubieran comprometido a efectuar*». Parece, pues, que esas actividades técnico-materiales son el ámbito en el que se movería la responsabilidad solidaria, por lo que cada miembro de la agrupación solo respondería de aquellos reintegros relacionados con la parte del proyecto que se hubieran comprometido a realizar. En otras palabras, al conectar la responsabilidad solidaria con «*las actividades subvencionadas que se hubieran comprometido a efectuar*» se limita el alcance de la responsabilidad solidaria de los miembros de la agrupación a estos aspectos. Algunos autores dan un paso más y afirman que sólo serán responsables solidarios los miembros de la agrupación que han incumplido sus compromisos⁴. A mi juicio esta interpretación encuentra una objeción: limitaría en exceso la idea de responsabilidad solidaria en la medida en que cada miembro de la asociación solo respondería de sus incumplimientos, pero no del resto.

Una interpretación que permite conciliar el carácter solidario y el tenor literal del precepto (que expresamente establece que la responsabilidad solidaria del miembro surge «*en relación a*» las actividades que se hubiera comprometido a realizar), consistiría en que la responsabilidad solidaria de un miembro surge cuando el incumplimiento afecta de manera directa a las actividades por él comprometidas, con independencia de que tal incumplimiento no le sea

⁴ M. Rebollo Puig (2005: VII.2) o L. A. Martínez Giner (2006: 211).

imputable. En cambio, si el incumplimiento no afecta a sus actividades, tal responsabilidad no se activaría. Así, un miembro de la agrupación que hubiera ya efectuado todas las actuaciones por él comprometidas, no se vería afectado por un reintegro originado en un aspecto del proyecto alejado de sus actuaciones.

En segundo lugar, la redacción del artículo 40.2 LGS determina la extensión de la responsabilidad en términos económicos. Ésta quedaría limitada al valor de la diferencia entre las actividades que el beneficiario se hubiera comprometido a efectuar menos las pendientes de ejecución en el momento en que surge la obligación de reintegro. El precepto no habla de responder en proporción a lo recibido, sino en función de las actividades *«que se hubiera comprometido a efectuar»*. En ese sentido, la mención a las actividades comprometidas podría ser entendida por una opción del legislador, que bien podría haberse referido a los importes asignados (se trata de elementos diferentes, ambos esenciales, respecto de los cuales debe informarse a la Administración concedente *ex art. 11 LGS*). Es más, cuando la LGS ha querido pronunciarse en favor de otro sistema así lo ha hecho. Es el caso de la responsabilidad por reintegro de comunidades de bienes u otras unidades económicas, cuyos miembros responden solidariamente *«en proporción a sus respectivas participaciones»* (artículo 40.2 *in fine* LGS). Esta redacción, interpretada bajo el prisma del principio de proporcionalidad, conduciría a una necesaria limitación de la cuantía a reintegrar. No comparte esta tesis el profesor M. Rebollo Puig, que considera que el precepto *«debe interpretarse sólo como una limitación de los supuestos en que surge esta responsabilidad solidaria, pero no de su extensión»* (2005: VII.2)⁵.

La escasa doctrina judicial existente hasta el momento difiere del planteamiento aquí expuesto tanto en lo que respecta a la limitación del alcance de la obligación de reintegro como al de su extensión. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2019, rec. 502/2018 (Ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat) afirma que la Administración puede exigir el reintegro a cualquiera de los participantes, y no solo a la entidad coordinadora, quedando la obligación de éstos *«limitada, en términos cuantitativos, al grado de responsabilidad que asumieron en la ejecución del proyecto subvencionado»*. El Alto

⁵ M. Rebollo Puig (2005: VII.2) señala que: *«Más difícil sería aceptar que también signifique una limitación cuantitativa de modo que la responsabilidad sólo alcanzaría, por así explicarlo, a la parte de culpa en el incumplimiento que da lugar al reintegro. La regla sería entonces de complejísima aplicación. Llevaría, por otra parte, a que, si hay varios miembros que incumplieron sus compromisos, habría varios responsables solidarios pero cada uno sólo respecto a una parte del reintegro, lo que aumentaría enormemente las dificultades. Frente a ello, creo, aun con las dudas que suscita un precepto tan poco claro, que debe interpretarse sólo como una limitación de los supuestos en que surge esta responsabilidad solidaria, pero no de su extensión»*.

Tribunal concluye que *«la Administración concedente de la ayuda pública puede exigir la obligación de reintegro a la entidad coordinadora o al resto de entidades partícipes de forma solidaria, aún con carácter limitado, en proporción, respecto a éstas, a las cantidades asignadas a cada una, en consonancia con las actividades subvencionadas que se hubieren comprometido a efectuar»*.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2020, rec. 8087/2019 (Ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), donde además se confirma la posibilidad de la Administración de dirigirse frente a los miembros participantes a los que no les es imputable la causa de reintegro. Así, la Sentencia señala que la Administración puede dirigirse frente al coordinador y frente a los miembros de la agrupación con independencia de que les fuere o no imputable el incumplimiento que dio lugar a la obligación de reintegro *«es decir, que se desvincula de la eventual culpa que pudieran tener en dicho incumplimiento, aunque, desde el punto de vista cuantitativo, la responsabilidad, en el caso de las entidades participantes, tiene un carácter limitado a la devolución de las cantidades asignadas a cada participante, de acuerdo con el principio de proporcionalidad»*.

En conclusión, el Tribunal Supremo sostiene que el deber de reintegro no está limitado en cuanto a su alcance (puede exigírsele a cualquiera de las entidades participantes incluso aunque no le sea imputable la causa del reintegro), pero sí en cuanto a su extensión (solo en proporción al grado de responsabilidad asumido en el proyecto).

A mi juicio, el Tribunal Supremo (y el dictamen del Consejo de Estado en el que se apoya⁶) realiza una interpretación del artículo 40.2 LGS que fuerza el tenor literal del precepto. Y es que, como se ha puesto de manifiesto en este trabajo, el precepto conecta la responsabilidad solidaria con las actividades comprometidas por cada miembro de la agrupación. Esa conexión debe entenderse aplicable tanto en relación con el alcance de la responsabilidad solidaria (surge cuando se ven afectadas las actividades comprometidas) como a su extensión (el límite de la responsabilidad es el valor de las actividades comprometidas y no realizadas⁷).

⁶ Dictamen del Consejo de Estado n.º 660/2012, de 13 de septiembre.

⁷ Esta interpretación fue seguida por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 (rec. 29/2017), que señaló que solo correspondía reclamar las cantidades correspondientes a actividades comprometidas y no realizadas. Sin embargo, esta decisión fue revocada por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 7 de enero de 2021, rec. 23/2019 (Ponente: Peña Elías), que aplica la doctrina del Tribunal Supremo.

C) EL RÉGIMEN ESPECIAL ADOPTADO POR EL RDL 36/2020

Cuando un proyecto se enmarque (no queda claro si con carácter exclusivo o no) en actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público en relación con los fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia («MRR»), el régimen jurídico aplicable viene determinado por el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia («RDL 36/2020»). Así, el artículo 67 RDL 36/2020 sintetiza las reglas aplicables a las agrupaciones de beneficiarios, que podrán ser beneficiarias de actividades vinculadas con el MRR cuando así se prevea en las bases reguladoras (art. 67.1 RDL 36/2020).

El aspecto más relevante de ese precepto es justamente el que tiene que ver con la responsabilidad de los miembros de la agrupación. Así, el artículo 67.4 RDL 36/2020 establece:

«Todos los miembros de la agrupación tendrán la consideración de beneficiarios de la subvención, y serán responsables solidariamente respecto del conjunto de actividades subvencionadas a desarrollar por la agrupación, incluyendo la obligación de justificar, el deber de reintegro o de reembolso de cuotas de préstamos, y las responsabilidades por infracciones».

Del tenor literal del precepto se podría deducir que este apartado expande el alcance y la extensión de la responsabilidad solidaria de los beneficiarios, que ya no aparece conectada a las actividades comprometidas por cada uno de los miembros, sino que se refiere al «conjunto de actividades subvencionadas a desarrollar por la agrupación». Parece, pues, que estamos ante dos regímenes distintos, e incompatibles, de responsabilidad. El de la LGS es un régimen limitado en cuanto a su alcance y extensión, mientras que el del RDL 36/2020 no parece contemplar límite alguno.

En ese contexto, la Circular núm. 1/2021 de la Abogada General del Estado «sobre diversas cuestiones que suscita el Real Decreto-Ley 36-2020», de 20 de mayo de 2021, afirma que la norma aplicable debe ser la general de la LGS dado que (i) el RDL 36/2020 es una regulación meramente formal o adjetiva, pero no sustantiva; (ii) no existe ninguna razón que permita interpretar que el RDL 36/2020 ha pretendido aprobar un régimen distinto al general sino todo lo contrario: la ejecución de los fondos «se entorpecería si se agravase el régimen de responsabilidad de los miembros de las agrupaciones». Esta interpretación debe ser bienvenida, si bien es deseable una modificación legislativa que aclare la cuestión, en la medida en que la circular, por su naturaleza, no arroja la suficiente seguridad jurídica a los interesados además de realizar una interpretación que no es del todo convincente.

BIBLIOGRAFÍA

- García Luengo, J. (2010): *El reintegro de subvenciones*, Civitas, 202 pp.
- Gómez Pomar, F. (2007): «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, n.º 3.
- Martínez Giner, L. A. (2010): «El reintegro de las subvenciones públicas», en L. A. Martínez Giner, y A. Navarro Faure (coords.), *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, pp. 159-229.
- (2006): *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, 344 pp.
- Martínez Lago, M. A. (2010): «Infracciones y sanciones en materia de subvenciones públicas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 36, pp. 83-122.
- Rebollo Puig, M. (2005): «El reintegro de subvenciones», en G. Fernández Farreres (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Thomson-Civitas, pp. 407-527.
- Rodríguez Castaño, A. R. (2018): «Los sujetos de relación jurídica. Órgano concedente, beneficiarios y entidades colaboradoras. La subcontratación», en M. Garcés Sanagustín y A. Palomar (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, pp. 389-432.

LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA IMPUGNACIÓN DE SUBVENCIONES

Susana E. Castillo Ramos-Bossini

SUMARIO: 1. Introducción: el contexto en que se sitúan las polémicas que suscita la consideración de acto o reglamento de las bases del acto subvencional y las consecuencias derivadas de dicha calificación. 2. La consideración como acto o reglamento de la convocatoria y las bases de subvenciones y el régimen de su impugnación indirecta. 3. Las omisiones de trámites procedimentales como causa de impugnación de las bases de subvenciones. 4. ¿Se puede seguir demostrando la solución a estas cuestiones?. Bibliografía.

RESUMEN: La presente comunicación plantea, en el marco de la legislación de subvenciones, cómo se plasma la problemática surgida con carácter general en las discusiones acontecidas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la distinción entre acto y reglamento a los efectos de su impugnación indirecta y el alcance de la omisión de trámites en el régimen de invalidez de instrumentos de ordenación.

PALABRAS CLAVE: nulidad; anulabilidad; trámites esenciales; actos plúrimos; bases reguladoras.

ABSTRAC: The present communication raises, within the framework of the legislation of subsidies, how the problem arisen in general in the discussions that took place in the doctrine and in the jurisprudence on the distinction between act and regulation for the purposes of its indirect challenge and the Scope of the omission of procedures in the regime of invalidity of ordering instruments.

KEY WORDS: nullity; voidability; essential procedures; multiple acts; regulatory bases.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO EN QUE SE SITUAN LAS POLÉMICAS QUE SUSCITA LA CONSIDERACIÓN DE ACTO O REGLAMENTO DE LAS BASES DEL ACTO SUBVENCIONAL Y LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE DICHA CALIFICACIÓN

Desde hace ya algunos años la doctrina científica viene cuestionando los pacíficos, hasta hace relativamente poco tiempo, paradigmas sobre los que se había asentado la teoría sobre la nulidad y la anulabilidad de actos y reglamentos y los efectos que producen dichas declaraciones¹. En lo que nos afecta, y en esta materia relativa a las subvenciones, me referiré concretamente a dos, a saber: las consecuencias que se derivaban de los vicios en la tramitación de instrumentos de ordenación y el alcance y las consecuencias de la eventual declaración de nulidad de pleno derecho del mismo; la segunda, en intensa conexión con la ya relatada, consistente en la calificación de dichos instrumentos como acto o reglamento y consiguientemente el régimen de impugnación anidado a dicha calificación.

Con relación a la primera cuestión, la doctrina clásica más autorizada², y con ella, finalmente la jurisprudencia de nuestros tribunales³, había mantenido que todo vicio de un reglamento era determinante de su nulidad de pleno derecho⁴. Pero como ya se ha dejado entrever, hoy día dicha cuestión no resulta pacífica en nuestra doctrina que, muy especialmente respecto de los planes urbanísticos⁵, ha cuestionado dicha solución por resultar demasiado drástica, radical y, quizás, atentatoria contra el principio de justicia material. Inclusive alguna norma, precisamente de carácter urbanístico, ha ensayado una alternativa distinta no sin cierta polémica⁶.

¹ Por todos puede verse Doménech Pascual, G. (2002).

² García de Enterría, E. (1959).

³ Pueden destacarse, por el impacto que tuvo la misma como consecuencia de la omisión del informe de impacto de género y su incidencia en la calificación de nulo de pleno derecho del Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental, a este respecto, las STS de 6 de octubre de 2015 (rec. 2676/2012) y la STS de 27 de octubre de 2016 (rec. 929/2014) que reiteró idénticas consideraciones sobre la omisión de dicho trámite en el Reglamento General de Costas.

⁴ López Ramón, F. (2018) ha explicado detalladamente cómo se produjo la evolución hasta llegar a esa conclusión.

⁵ Por todos puede verse Parejo Alfonso, L. (2020).

⁶ Sin entrar en la polémica suscitada, lo que escapa al contenido de esta comunicación, el artículo 7 de la Ley de Impulso y sostenibilidad de Andalucía atempera el régimen de invalidez de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística intentando moderar una reiterada y muy criticada jurisprudencia de anulación de los planes. En idéntico sentido, el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana realiza en su artículo 55, en línea con la anterior norma autonómica, una operación similar.

Si nos referimos a la segunda cuestión, íntimamente ligada también a la anterior, es notoriamente conocido que la asignación de la naturaleza como acto o como reglamento a un determinado instrumento de ordenación tiene, aún hoy todavía, efectos determinantes respecto del régimen de su impugnación y los consiguientes efectos de su invalidez⁷. También de las relativas indecisiones, con marcha adelante y atrás, de nuestros Tribunales a la hora de determinar el régimen de su eventual impugnación.

En especial, y centrándonos en el objeto de esta comunicación, esta puesta en cuestión de los paradigmas clásicos ha sido una constante en los últimos años respecto de los denominados actos plúrimos. Muy en concreto respecto de la posibilidad o no de impugnación de los actos derivados de los mismos que, como sabemos, es en los dogmas clásicos propio tan solo de normas reglamentarias mediante su impugnación indirecta. Así ha acontecido, desde hace algún tiempo, respecto de las bases de convocatoria de procesos selectivos siguiendo la estela marcada por la jurisprudencia constitucional (STS de 22 de enero de 2009, rec. 2596/2005), pero con posterioridad respecto de múltiples casos, a saber: las relaciones de puestos de trabajo (STS de 5 de febrero de 2014, rec. 2986/2012), las ofertas públicas de empleo (STS 18 de marzo de 2019, rec. 2528/2016), los pliegos de cláusulas administrativas particulares (STS de 22 de marzo de 2021, rec. 4883/2019), las ponencias de valores (STS de 16 de junio de 2022, rec. 7303/2020), etc. Inclusive, y en el contexto de las medidas adoptadas frente a la pandemia, se han suscitado polémicas en torno a este asunto⁸. En todos ellos la delimitación de si nos encontrábamos frente a

⁷ La STS de 19 de septiembre de 2022 (rec. 937/2021) recuerda algunas de las distinciones que, a estos efectos, se han argumentado: «el reglamento tiene siempre un contenido normativo, es decir, establecer auténticas normas jurídicas. Ello significa que los preceptos reglamentarios se caracterizan por establecer mandatos o prohibiciones de alcance general y abstracto: no se dirigen a una o varias personas determinadas, sino a todos aquéllos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma (generalidad); y no regulan un único caso o situación, sino que se aplican a todos aquellos casos que en el futuro puedan producirse (abstracción). En este sentido, suele decirse que los reglamentos se instalan establemente en el ordenamiento jurídico y lo innovan. La mejor prueba de que los reglamentos no pueden contener prescripciones singulares ni concretas viene dada por el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, consagrado actualmente en el art. 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Los actos administrativos generales, por el contrario, aun estando dirigidos a una pluralidad de personas que a menudo no puede concretarse con antelación, se refieren a un caso concreto y agotan su eficacia una vez aplicados al mismo. Si vuelve a producirse una situación similar, será necesario dictar un nuevo acto administrativo general. El acto administrativo general, precisamente por carecer de naturaleza normativa, no deja de ser un acto administrativo: no puede encontrar fundamento normativo en sí mismo, sino que debe apoyarse en auténticas normas jurídicas que prevean la correspondiente potestad habilitante. Y por esta misma razón, no puede innovar ni modificar el ordenamiento jurídico, entendido aquí como el conjunto de normas vigentes en un momento dado».

⁸ Salamero Teixidó, L. (2020) y Enríquez Malavé, G. (2020).

normas, aunque solo fuera a efectos de su impugnación indirecta, ha sido objeto de discusión.

Bien es cierto que, no sin cierta razón y como reconoce la STS de 19 de septiembre de 2022 (rec. 937/2021), no ha sido una cuestión fácil en determinadas ocasiones delimitar dicha naturaleza ya que, como expresa, dicha sentencia: *«forzoso es reconocer que la distinción entre reglamento y acto administrativo general, con arreglo a los criterios normalmente aceptados que se acaban de recordar, no siempre es fácil de aplicar. Hay tipos de actos con respecto a los cuales puede ser arduo dilucidar si tienen o no tienen carácter normativo»*⁹.

Pues bien, ambas cuestiones, polémicas donde las hubiere, también concurren en el control jurisdiccional de la convocatoria de subvenciones derivado de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS). Empecemos, sin embargo, por motivos de coherencia con la segunda cuestión relatada para luego referirnos a cómo incide la misma en las consecuencias que han de anudarse a la omisión de trámites procedimentales.

2. LA CONSIDERACIÓN COMO ACTO O REGLAMENTO DE LA CONVOCATORIA Y LAS BASES DE SUBVENCIONES Y EL RÉGIMEN DE SU IMPUGNACIÓN INDIRECTA

Pues bien, comenzando con este segundo supuesto, las distintas instancias judiciales y el propio Tribunal Supremo han ido estableciendo criterios que no siempre han tenido la coherencia que hubiese sido deseable.

De esta forma, y a título de ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2013 (rec. 351/2013) consideró que una Orden que establecía las bases de unas subvenciones eran un acto plúrimo sin naturaleza de disposición reglamentaria por no tener vocación de permanencia. Sin embargo, con posterioridad, el Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de marzo de 2015 (rec. 1223/2014) no dudó en declarar que tenía razón la recurrente en cuanto que las bases de una convocatoria de subvenciones tienen naturaleza reglamentaria y no de acto plúrimo, atendiendo como criterio para llegar a dicha conclusión al procedimiento seguido para su elaboración.

Posteriormente, en 2017, aún se producirá una vuelta más de tuerca en esta cuestión. En efecto, la STS de 30 de noviembre de 2017 (rec. 1253/2015) hará depender dicha cuestión no ya de la tramitación procedimental realizada, sino de otro criterio más sutil y clásico en la distinción entre acto y reglamento: el

⁹ Suay Rincón, J. (2020: 113) reconoce la dificultad de deslindar en qué ocasiones estamos frente a una norma o, por el contrario, estamos frente a un plan.

contenido y la vocación de permanencia de las concretas bases. Así se argumentaría en dicha resolución jurisdiccional: «Que unas bases reguladoras de una concesión de subvenciones sean una disposición general o un simple acto administrativo singular, aunque plúrimo, dependerá de su contenido, es decir, de si tales bases tienen una validez para sucesivas convocatorias y se incorporan al ordenamiento jurídico para un determinado período de tiempo o de forma indefinida o si, por el contrario, son unas bases exclusivas para una sola convocatoria y sólo válidas para su aplicación única pero plúrima en dicha ocasión»¹⁰.

En realidad, y a fin de atender al problema planteado, es decisivo en primer término distinguir entre bases reguladoras de las subvenciones y el acto de convocatoria de éstas que viene regulado en el artículo 23 de la LGS¹¹. Como ha razonado la doctrina citada, en principio, en el caso de las bases reguladoras de las subvenciones, no estaríamos frente a un mero acto aplicativo, sino que, por el contrario, sería un acto innovador susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos. A diferencia del anterior, el segundo, me refiero a la estricta convocatoria de la subvención, sería un acto ordenado de aplicación del ordenamiento, aunque se dirija a una pluralidad indeterminada de destinatarios. Ciertamente, y a pesar de ese intento de distinción, lo cierto es que la propia LGS permite que ambos actos confluyan en una misma actuación lo que deja sin resolver la problemática planteada especialmente en la Administración estatal y autonómica —no así en las entidades locales¹²— donde un orden puede ser, y de hecho lo es en numerosas ocasiones, el instrumento utilizado para realizar la convocatoria y establecer las bases.

3. LAS OMISIONES DE TRÁMITES PROCEDIMENTALES COMO CAUSA DE IMPUGNACIÓN DE LAS BASES DE SUBVENCIONES

Ahora sí vayamos a la primera cuestión que, como ya adelantábamos, se encuentra, como no podría ser de otra forma, también presente en esta materia de subvenciones y ayudas públicas. A estos efectos, es preciso en primer término poner de relieve que distintas resoluciones jurisdiccionales han reproducido, en el ámbito aquí analizado, la ya citada polémica consideración de la

¹⁰ Y es que, en general, la normativa autonómica exige la aprobación previa de unas bases generales.

¹¹ Pascual García, J. (2004, p. 75). En el mismo sentido, y es un argumento generalmente utilizado por los autores que se han ocupado de la cuestión, puede verse: Vázquez Garranzo, J. (2018: 449-451); Navarro Faure, A. (2010: 121); Silva Urien, I. (2004: 203).

¹² Y es que, como ha destacado Bastardo Yustos, F. M. (2017: 232), tal posibilidad no se acomoda al régimen de distribución de competencias entre Alcalde y Pleno existentes en la esfera local.

omisión de trámites en la validez o invalidez de las bases de la convocatoria de subvenciones y sus consecuencias.

Fijémonos, a estos efectos, en la STSJ del País Vasco 310/2019, de 5 de noviembre de 2019 (rec. 2/2019) que aborda los efectos que desencadena la ausencia de aprobación previa del Plan Estratégico de Subvenciones en la convocatoria de éstas¹³. La sentencia, valorando dicho vicio, toma partido respecto de las consecuencias que la omisión de trámites procedimentales puede tener en la validez o invalidez de estos instrumentos de ordenación descartando que se trate, a pesar de la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya existente, que estemos ante un vicio de procedimiento que permita articular *«un recurso indirecto contra una disposición general por no constituir esa falta de aprobación del Plan Estratégico de Subvenciones una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para la aprobación de la Ordenanza que causa perjuicio al recurrente en los términos expresados en dicha Sentencia, sino un simple defecto formal que no causa perjuicio al recurrente y cuya impugnación tiene su sede natural en el recurso directo dentro de los plazos legalmente establecidos, en tanto que el indirecto está esencialmente llamado a depurar los vicios sustantivos o de legalidad material en que pudieran haber incurrido las normas reglamentarias de cobertura, que no es el caso de autos como ha quedado expuesto»*.

La distinción entre vicios sustantivos o procedimentales o formales a los efectos de decidir el régimen de invalidez se había «colado», permítasenos la expresión, en el régimen de impugnación de las bases de convocatorias de subvenciones.

Sin embargo, y como creo que se ha puesto de relieve, dicha cuestión no ha sido pacífica, ni en la doctrina, ya se apuntaba más arriba, ni tampoco en la jurisprudencia¹⁴. De esta forma, y más recientemente, es de citar la STS de 4 de marzo de 2021 (rec. 4939/2019) —y, con posterioridad, la STS de 9 de mayo de 2022, rec. 2317/2020— que aborda la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistente en determinar si con ocasión de la impugnación indirecta de una Ordenanza reguladora de una determinada subvención, cabe alegar como motivo de ilegalidad de la misma la falta de aprobación con carácter previo del preceptivo plan estratégico de subvenciones al que se refiere el artículo 8.1 de la Ley General de Subvenciones, al entenderse que se trata de un supuesto de incumplimiento de un requi-

¹³ Fernández Torres, J. R. (2005: 264) estima que su exigencia está ligada al propósito del legislador de racionalizar el gasto público, junto a potenciar la transparencia y la información de la actividad subvencional, lo que lo hace en opinión del autor inexcusable. En idéntica líneas del autor se ha situado la jurisprudencia. De esta forma puede verse la SSTS de 26 de junio de 2012 (rec. 4271/2011), de 4 de diciembre de 2012 (rec. 4369/2011), 28 de enero de 2013 (rec. 559/2012) o 16 de abril de 2013 (rec. 1372/2012).

¹⁴ SSTS de 6 de julio de 2010 (rec. 4039/2006) y de 19 de abril de 2012 (rec. 3252/2009).

sito esencial en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza, o, por el contrario, se considera que se trata de un mero vicio formal de dicho procedimiento y, como tal, no alegable en el recurso contencioso-administrativo indirecto.

El Tribunal razonará que:

«Carece, por tanto, de base jurídica, a los efectos de aplicación del artículo 27 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la distinción entre vicios de procedimiento, sean o no de carácter esencial, y vicios sustantivos o de carácter material, en que se sustenta la sentencia impugnada, pues el Tribunal competente para resolver la cuestión de ilegalidad debe pronunciarse sobre todas las cuestiones suscitadas en el proceso en que se enjuició el acto de aplicación, acerca de la ilegalidad de la disposición reglamentaria».

Y contesta a la cuestión planteada:

1. *El artículo 8.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, debe ser interpretado en el sentido de que la aprobación de un Plan Estratégico de Subvenciones, con carácter previo al establecimiento de cualquier subvención, constituye un requisito esencial del procedimiento subvencional, de modo que el incumplimiento de esa obligación, por parte de la Administración pública o Ente público convocante de las ayudas públicas, determina la nulidad de la Orden de convocatoria de la subvención.*

2. *A través del planteamiento de una cuestión de ilegalidad, cuya regulación procedimental se establece en los artículos 27 y 123 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el juez o tribunal promovente puede aducir todas aquellas infracciones del ordenamiento jurídico que pudieran determinar la invalidez de la disposición general por ser disconforme a Derecho, sin que la circunstancia de que el recurso contencioso administrativo, entablado contra un acto de aplicación de una disposición general, se interponga por una Administración Pública, que tenga atribuidas funciones de control de la legalidad de la actuación de otra Administración pública, cualifique la posición jurídica de aquella en el proceso jurisdiccional.*

En fin, y como puede apreciarse, se reproduce en la materia de subvenciones y ayudas públicas la problemática que ya acontecía en otras materias de la que nos hicimos eco al principio de estas líneas. También los interrogantes de que soluciones ofrecidas por la jurisprudencia sean las más adecuadas o, inclusive siéndolo, que sean suficientes para abordar la problemática suscitada.

4. ¿SE PUEDE SEGUIR DEMORANDO LA SOLUCIÓN A ESTAS CUESTIONES?

Quizás la pregunta que encabeza este último apartado sería la principal conclusión a la que puede llegarse en esta comunicación. No es sólo en materia de subvenciones y ayudas públicas, como resulta notorio, allí donde se manifiestan las disfunciones puestas de relieve en la presente comunicación.

Sin entrar a dilucidar cuál podría ser la solución adecuada a las cuestiones expuestas, lo que excedería del estrecho margen que una comunicación permite, las soluciones a las cuestiones planteadas podrían venir de la mano de las establecidas en materia contractual o en los procesos selectivos en el caso de los actos plúrimos presentes en este tipo de actuaciones de la Administración¹⁵, y de soluciones como las que ha ofrecido la legislación urbanística andaluza en lo que se refiere al alcance de la omisión de trámites en la tramitación de estos instrumentos.

Sin duda, y atendiendo a la materia a la que afecta, su resolución que estimo conveniente y necesaria, sin apriorismos y sin posturas encontradas, sería una cuestión incardinada en la competencia estatal. Más específicamente en la competencia estatal sobre el régimen jurídico de los actos y del procedimiento administrativo común que estimo es el lugar adecuado para abordar estas cuestiones más que en un ámbito sectorial como es el analizado aquí.

El momento adecuado podría haber acontecido cuando se procedió a dictar las «dos gemelas» en 2015, pero no se hizo y ello a pesar de que la doctrina ha apuntado desde hace años la necesidad de abordar dichas cuestiones. En cualquier caso, parece que, más pronto que tarde, deberíamos plantearnos un *aggionarmiento* de la legislación procedimental a los nuevos retos que se plantean a nuestras Administraciones públicas a fin de no dejar, en forma exclusiva, al arbitrio judicial la resolución a problemas de tan enorme relevancia.

BIBLIOGRAFÍA

- Bastardo Yustos, F. M. (2017): *El régimen jurídico de las subvenciones en el ámbito local*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados.
- Doménech Pascual, G. (2002): *La invalidez de los reglamentos*, Valencia, Tirant lo Blanch.

¹⁵ Recuérdese, respecto de este punto, la jurisprudencia constitucional y europea. En concreto, y muy señeramente, la STC 87/2008 y la Sentencia eVigilo (C-538/13), de 12 de noviembre de 2015 y las consideraciones contenidas en estas resoluciones jurisdiccionales acerca de cuándo es posible la impugnación de actos plúrimos como las convocatorias de procesos selectivos o los pliegos de condiciones en materia contractual.

- Enríquez Malavé, G. (2020): «Naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente al COVID-19: ¿Actos administrativos o disposiciones generales?», *Diario La Ley*, n.º 9740.
- Fernández Torres, J. R. (2005): «El establecimiento de subvenciones», en *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Cizur Menor (Navarra), Thompson-Civitas.
- García de Enterría, E. (1959): «Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición», *Revista de Administración Pública*, n.º 29.
- López Ramón, F. (2018): «La calificación de los vicios de los reglamentos», *Revista de Administración Pública*, n.º 205.
- Navarro Faure, A. (2010): «Procedimiento de concesión y gestión presupuestaria de subvenciones», en *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Parejo Alfonso, L. (2020): «La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. I, 2020.
- Pascual García, J. (2004): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas (4.ª Edición)*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Salamero Teixidó, L. (2020): «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, n.º 9638.
- Silva Urien, I. (2004): «Procedimiento de concesión y gestión de subvenciones», en *Comentarios Prácticos a la Ley General de Subvenciones*, Valladolid, Lex Nova.
- Suay Rincón, J. (2020) *Urbanismo y justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Vázquez Garranzo, J. (2018): «Procedimiento de concesión de subvenciones: concurrencia y concesión directa», en *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.

DISPARAR CON PÓLVORA DEL REY: EL PROBLEMA DE LA EVALUACIÓN DE LA EFICIENCIA DE LAS SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS

José Vida Fernández

SUMARIO: 1. Significado y relevancia de la evaluación de la eficiencia de subvenciones y ayudas. 2. La evaluación de ayudas públicas en la Unión Europea. A) La evaluación de los fondos europeos. B) La evaluación de las ayudas otorgadas por los Estados. 3. La evaluación de las subvenciones en España. A) La planificación de las subvenciones. B) El control de las subvenciones. C) La evaluación de las subvenciones. 4. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía.

RESUMEN: La evaluación de la eficiencia de las subvenciones y ayudas constituye una asignatura pendiente. El desarrollo de mecanismos de control —justificación, control financiero y fiscalización— ha eclipsado la cuestión de su evaluación que no se aborda por estos mecanismos que están limitados a la legalidad. Aunque existen algunas medidas tanto a nivel interno como europeo, no existe una valoración sistemática y sólida de la evaluación de su eficiencia.

PALABRAS CLAVE: subvenciones; ayudas públicas; eficiencia; evaluación; control.

ABSTRACT: Efficiency assessment of state aid is a pending issue. The development of state aid controls —justification, financial control and audit— has overshadowed the need for their evaluation, that is not included in these controls as they focus on the legal side. Although there are some measures at both the

internal and European level, there is no systematic and solid efficiency assessment.

KEY WORDS: subsidy; State aid; efficiency; evaluation; monitoring.

1. SIGNIFICADO Y RELEVANCIA DE LA EVALUACIÓN DE LA EFICIENCIA DE SUBVENCIONES Y AYUDAS

Más allá de los controles legales y financieros de las subvenciones y ayudas públicas, ¿alguien se ocupa de comprobar que han cumplido su objetivo dentro de las políticas públicas y que lo han hecho de la mejor forma posible? La respuesta a esta pregunta puede resultar incómoda sobre todo teniendo en cuenta su creciente volumen y crucial trascendencia para el progreso económico y el bienestar de nuestra sociedad.

Aunque la crisis financiera de 2008 derivó en una austeridad generalizada impuesta por la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, no se llegó a materializar el principio de eficiencia, imprescindible para la gestión de unos recursos públicos cada vez más escasos. Tampoco ahora, cuando la superación de la actual crisis derivada de la pandemia del COVID-19 se basa una estrategia opuesta consistente en la movilización masiva de fondos públicos, se han dispuesto los sistemas y mecanismos necesarios que garanticen su uso eficiente.

No es ninguna novedad la constatación de que nuestro sistema administrativo ha sido tradicionalmente refractario a la concreción del principio de eficiencia, por más que constituye un principio constitucional que debiera informar la actuación de nuestras Administraciones¹. La configuración de nuestro Derecho Administrativo se ha centrado en la eficacia y el cumplimiento formal del principio de legalidad, evitando las valoraciones sustantivas que exige la eficiencia, que son sospechosas de introducir criterios subjetivos y economicistas, así como de interferir en la oportunidad de las decisiones.

Sin embargo, en las últimas décadas se han producido algunos avances en la incorporación del principio de eficiencia como consecuencia, no sólo de las coyunturas mencionadas, sino de una mayor madurez económica e institucional que ha llevado a introducir distintos mecanismos de evaluación.

En efecto, la política de mejora de la regulación (*better regulation*) impulsada por la UE se ha traducido en la incorporación de un sistema de evaluación del impacto normativo (a nivel europeo e interno) que, pese a sus deficiencias

¹ *Vid.*, entre otros, E. Schmidt-Aßmann (2006: 101), M. Vaquer Caballería (2011) y E. Albi, E. Onrubia (2016).

y limitaciones, constituye un avance en la racionalización de la potestad reguladora que permite contar, no ya con normas más adecuadas (formal y legalmente) sino también más convenientes (sustantivamente)².

Otra manifestación del avance del principio de eficiencia se está produciendo en el ámbito de los servicios públicos prestacionales, en concreto en los servicios sanitarios que experimentan una mayor presión por el constante incremento del gasto sanitario y la limitación de los recursos públicos disponibles. Las tecnologías sanitarias y, en particular, los medicamentos se someten a un procedimiento de financiación selectiva conforme al que no se incluye cualquier innovación, sino aquellas que demuestren tanto su eficacia como su eficiencia a través de su evaluación económica³.

Estos avances en la evaluación de la eficiencia no han alcanzado, por el contrario, al sistema de subvenciones y ayudas públicas. Aunque sorprenda este retraso, dada la evidente necesidad de evaluar la eficiencia de la actividad subvencional, existen razones que disuaden o impiden su incorporación. En primer lugar, la naturaleza misma de las subvenciones hace dudar si éstas pueden ser eficientes —lo que se interpreta como un oxímoron—, cuando, ciertamente, es así —lo que no implica que tengan que someterse a criterios económicos—. En segundo lugar, la evaluación económica conlleva una valoración sustantiva sobre la oportunidad de las subvenciones, lo que genera una resistencia en las autoridades en tanto se aproxima nervio mismo de la decisión política que condiciona, pero no sustituye. Por último, se considera que la evaluación de la eficiencia puede implicar una valoración subjetiva, lo cual no es cierto en tanto se desarrolla a través de un proceso empírico basado en una metodología científica.

A pesar de todo, la evaluación de la eficiencia de las subvenciones constituye una prioridad ineludible en un Estado social que aspire a gastar mejor bajo la convicción de que lo que no se mide no se puede mejorar. En efecto, la evaluación —en particular, la económica— permite, no sólo una mayor transparencia y participación, sino un mejor control y, sobre todo, un mayor acierto en las subvenciones que ciudadanos y empresas disfrutan y financian. De este modo, la evaluación de la eficiencia de las subvenciones resulta especialmente oportuna en tanto que, como técnica clave en la actividad de fomento permite responder a la pregunta crucial: ¿funcionó correctamente? Rechazar o menospreciar el alcance que tiene la evaluación de la eficiencia de las subven-

² Si bien, a nivel europeo, el sistema de evaluación de impacto normativo se encuentra más desarrollado e incluye la valoración del impacto económico, en España se trata de un trámite formal bastante limitado que excluye los aspectos económicos (más allá de los presupuestarios). Cfr. J. Vida Fernández (2017).

³ Aunque el sistema de evaluación de la eficiencia de las tecnologías sanitarias presenta algunas deficiencias, cada vez es más relevante la evaluación económica en la financiación de las prestaciones sanitarias. *Vid.* F. Lobo, J. Oliva, J. Vida (2022).

ciones en un Estado social maduro supone admitir que las Administraciones y los beneficiarios sigan disparando con pólvora del rey.

2. LA EVALUACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS EN LA UNIÓN EUROPEA

A) LA EVALUACIÓN DE LOS FONDOS EUROPEOS

La UE ha mostrado una constante preocupación por la eficacia y eficiencia de las ayudas públicas que se ha puesto de manifiesto, a nivel macro, en la gestión de los fondos mediante los que articula su política de cohesión. Los tradicionales fondos estructurales y de inversión (FEDER, FSE+, FTJ y FEMPA) junto al Fondo de Cohesión, son gestionados de forma compartida por la Comisión y los Estados Miembros, que suscriben acuerdos de asociación como marco en el que se concretan los programas operativos.

Conforme al principio de buena gestión financiera —que exige una ejecución de los créditos conforme a los principios de economía, eficiencia y eficacia aplicando una evaluación previa y retrospectiva de programas y actividades⁴— se ha creado un sistema de evaluación de los fondos estructurales para valorar su eficacia, eficiencia e impacto que ha ido evolucionando hacia una mayor intensidad y complejidad. Así, en los sucesivos Reglamentos que contienen las disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales para los distintos períodos de programación⁵, se ha dispuesto un sistema de evaluaciones que elaboran los Estados miembros y la Comisión a través de expertos independientes, y que incluye evaluaciones previas, para el diseño de los programas; intermedias, para el ajuste en su ejecución; y finales, en las que se analiza el grado de utilización de los recursos, la eficacia y la eficiencia de la programación y el impacto socioeconómico, y de las que se extraen conclusiones para la configuración de las políticas de cohesión económica y social⁶.

Estos sistemas de evaluación existen también en otros fondos, como es el caso del Mecanismo de Recuperación y de Resiliencia, para el que se contemplan una evaluación intermedia a comienzos de 2024 y una evaluación *ex post*

⁴ Artículo 310.5 TFUE y artículos 33 y 34 Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046.

⁵ La evaluación *ex ante* y *ex post* para determinar el impacto de los programas se introdujo en el Reglamento (CEE) n.º 2052/88 y ha sido reformado por el Reglamento (CE) n.º 1260/1999 (período 2000-2006), el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 (período 2007-2013), el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 (período 2014-2020) y el actual Reglamento (UE) 2021/1060 (período 2021-2027).

⁶ Los resultados de las evaluaciones *ex post* del último período están accesibles en el Commission Staff Working Document, «Ex-post evaluation of the 2007-2013», SWD(2016) 452 final. Y también en el Commission Staff Working Document, «Ex post evaluation of the ERDF and Cohesion Fund 2007-13W», SWD(2016) 318 final.

que debe presentarse antes de que finalice 2028 sobre su ejecución global y efectos a largo plazo.

B) LA EVALUACIÓN DE LAS AYUDAS OTORGADAS POR LOS ESTADOS

Por otra parte, la Unión también ha impulsado la evaluación de las ayudas a través de la supervisión de su compatibilidad con el mercado interior. La Comunicación Modernización de las ayudas estatales de 2012 derivó en una intensificación de la evaluación *ex post* que se introdujo en el Reglamento General de Exención por Categorías (Reglamento UE 651/2014) como contrapeso a la supresión de la exigencia de notificación por los Estados de los regímenes de ayudas con mayor impacto sobre el mercado interior. De este modo, los regímenes de ayudas incluidos en las categorías exentas de notificación —ayudas regionales, PYMEs, etc.— cuyo gasto anual medio sea superior a 150 millones de euros pueden beneficiarse de dicha exención, presentando un plan de evaluación⁷ que debe ser aprobado por la Comisión mediante decisión. Conforme al plan, los Estados se comprometen a realizar evaluaciones por un organismo independiente para comprobar que las ayudas son compatibles con el mercado interior, para lo que se definen unos objetivos, indicadores, metodología y calendario, y cuyo resultado se traslada a la Comisión que lo valora y da publicidad a los resultados. Los planes de evaluación no son tanto un informe de evaluación *ex ante*, sino que sirven a la Comisión para supervisar los regímenes de ayuda en tanto deben tenerse en cuenta para la renovación y aprobación de otros similares.

Este sistema de evaluación previsto para que las ayudas puedan beneficiarse de la exención de la notificación se está aplicando de forma cada vez más habitual a medida que se van incrementando el volumen de los regímenes de ayuda⁸, como en los PERTE del Plan de Recuperación (*NextGenerationEU*), que superan ampliamente el umbral.

⁷ Conforme a las guías de la Comisión: Documento de Trabajo, «Metodología común para la evaluación de las ayudas estatales», SWD(2014) 179 final, 28 de mayo de 2014.

⁸ La media de los regímenes de ayudas notificadas se incrementó un 124% entre 2013 y 2016. En 2018 había 45 regímenes de ayuda en 16 Estados (España 2) con un presupuesto anual total de 50.000 millones *vid.* B. Brandtner, D. Vidoni (2018: 479).

3. LA EVALUACIÓN DE LAS SUBVENCIONES EN ESPAÑA

La actividad administrativa de fomento a través de subvenciones se enmarca, en nuestro país, en los principios constitucionales de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos (art. 31.2 CE).

Estos principios se concretan en la normativa presupuestaria, que constituye el marco de la actividad subvencional, y que exige que la gestión de los recursos públicos se oriente por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público, y establece la obligación de valorar las repercusiones y efectos de las actuaciones que afecten a los gastos públicos (art. 7 LO 2/2012 Estabilidad Presupuestaria). Asimismo, entre los principios de programación y gestión presupuestaria figura la eficiencia y la evaluación de las actuaciones que afecten a los gastos públicos (arts. 26 y 69.1 LGP).

La normativa sobre subvenciones recoge igualmente el principio de eficiencia en la asignación y utilización de recursos públicos (artículo 8.3 LGS), que se concreta en una serie de medidas para incrementar los niveles de eficiencia y eficacia en la gestión del gasto público subvencional, como son la elaboración un plan estratégico y un sistema de seguimiento a través del control y evaluación de objetivos (apartado I EM LGS).

A) LA PLANIFICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES

La obligación de elaborar un plan estratégico de subvenciones se introdujo en la LGS como instrumento de planificación de las políticas públicas subvencionales a través de la conexión de los objetivos y efectos que se pretenden alcanzar con los costes previstos y la financiación disponible, a fin de adecuar las necesidades con los recursos disponibles, de forma previa a su puesta en marcha y programada (apartado I EM LGS).

Así se dispone que los órganos que propongan el establecimiento de subvenciones deben concretar previamente en un plan estratégico los objetivos y efectos que se pretenden alcanzar con su aplicación, el plazo para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, todo ello conforme a los objetivos de estabilidad presupuestaria (art. 8.1 LGS). Los planes estratégicos de subvenciones se aprueban por cada departamento de las distintas Administraciones, y tienen que presentar un contenido mínimo, y publicarse y mencionarse en las bases reguladoras de las subvenciones, siendo supervisados por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE).

La elaboración de un plan estratégico de subvenciones es un requisito esencial y previo a la convocatoria de las subvenciones cuya omisión deriva en un

vicio sustancial⁹. No obstante, el cumplimiento con la exigencia de la elaboración de los planes estratégicos ha sido tardío y limitado¹⁰, sin que se hayan derivado mayores consecuencias ya que son escasos los recursos interpuestos por esta causa. Asimismo, se han identificado importantes deficiencias que ponen en duda la seriedad de los planes estratégicos en el caso de la AGE¹¹.

Los planes son documentos de carácter programático por lo que no generan derechos ni obligaciones, quedando su efectividad condicionada a la posibilidad poner en marcha las subvenciones en función de las disponibilidades presupuestarias. Se trata de un protosistema de evaluación que obliga a realizar un ejercicio de racionalización de la actividad subvencional, a través del seguimiento y valoración final de las subvenciones para corregir, sustituir o eliminar las líneas de subvenciones en pro de la eficacia y de la eficiencia (arts. 12 y 15 Real Decreto 887/2006).

B) EL CONTROL DE LAS SUBVENCIONES

El sistema de seguimiento y control de las subvenciones —a través de su justificación, su control financiero y su fiscalización— no se ha ocupado de la evaluación al no valorar sustantivamente la eficacia y eficiencia de las subvenciones.

En efecto, la justificación de las subvenciones implica un ejercicio de control formal dirigido a comprobar el cumplimiento de las condiciones impuestas y la consecución de los objetivos fijados en el acto de concesión de la subvención.

En cuanto al control financiero de las subvenciones que lleva a cabo por la IGAE consiste en un control interno que se limita a verificar sus elementos formales —adjudicación, cumplimiento, justificación, financiación, etc.— para confirmar que se adecuan al acto de concesión y a la normativa aplicable. Como se ha indicado, la IGAE se encarga de la supervisión de los planes es-

⁹ Cfr. STS 26-6-2012 (RC. 4271/2011) que los reconoce como un defecto sustancial de las ordenanzas de subvenciones, y no un mero vicio formal; la STS 4-3-2021 (RC 4939/2019) estima una cuestión de ilegalidad contra una ordenanza por ausencia del plan. *Vid.* J. M. Baño Fos (2021).

¹⁰ De hecho, en la AGE la mitad Ministerios no los habían aprobado en 2017 y en 2020 faltaban dos cfr. Informe de fiscalización de los planes estratégicos de subvenciones del área político-administrativa del Estado (n.º 1052) del Tribunal de Cuentas (30-10-2014) y los Informes generales sobre la planificación estratégica de subvenciones en el sector público estatal (2017, 2018, 2019 y 2020) de la IGAE.

¹¹ Informe general sobre planificación estratégica de subvenciones sector público estatal 2020, IGAE, p. 3.

tratégicos, aunque se limita a una supervisión superficial del sistema de elaboración desde un punto de vista metodológico.

Por último, el Tribunal de Cuentas ejerce un control externo, tanto en su labor fiscalizadora como jurisdiccional, para comprobar el cumplimiento de los requisitos y exigencias legales aplicables a las subvenciones en todas sus fases, desplegando así una fiscalización de la legalidad, financiera y operativa de carácter formal que no valora los aspectos sustantivos¹².

Se trata de tres sistemas que son exclusivamente de control, y no tanto de evaluación, ya que se dirigen a comprobar que la actuación de los distintos sujetos involucrados se ajusta a los requisitos administrativos, financieros y, en definitiva, legales aplicables a la subvención, y, proceder, de no ser así, al reintegro y a una eventual sanción.

C) LA EVALUACIÓN DE LAS SUBVENCIONES

A pesar de que la LGS anunciaba en su exposición de motivos (apartado I) un sistema de seguimiento de las subvenciones, a través del control y evaluación de objetivos, no terminó de concretarlo, por lo que actualmente no existe un sistema de evaluación equiparable al sistema de control. Esto no ha impedido que diversos organismos de evaluación y supervisión de carácter general hayan llevado a cabo actuaciones aisladas de evaluación de las subvenciones.

En primer lugar, tanto la extinta Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL) como su sucesor, el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas (IEPP) han evaluado programas de subvenciones proporcionando recomendaciones, y, asimismo, elaborando guías metodológicas. La nueva regulación de la evaluación de políticas públicas en la AGE (Ley 27/2022) no contempla la evaluación de subvenciones, por lo que seguirán desarrollándose de forma puntual por el IEPP.

En segundo lugar, la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) ejerce una función de evaluación *ex post* del gasto público que se centra en programas concretos sobre los que elabora los estudios de revisión de gasto público (*spending review*). En ejercicio de esta función emitió su primer estudio transversal de revisión del gasto público en 2019 sobre la «Evaluación de la estrategia y procedimiento de concesión de subvenciones» en el que critica la inexistencia de un verdadero sistema de evaluación. Asimismo, la AIReF también ha elaborado estudios sobre programas y políticas articuladas

¹² Así G. Fernández Farreres (1982: 519-522) quien lo identificaba como un mero control de legalidad y proponía extender el examen del Tribunal de Cuentas, a la eficacia e, incluso, a la oportunidad de las subvenciones.

a través de subvenciones, aunque se trata de una evaluación global que no se centra ni profundiza en la eficiencia.

Por último, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) elabora informes y recomendaciones sobre regímenes de ayudas públicas para valorar los posibles efectos sobre la competencia. Hasta el momento ha realizado diez informes que se centran en su impacto sobre la competencia, y sólo, indirectamente, sobre la eficiencia de las ayudas. Por otra parte, la CNMC ha elaborado un importante Documento sobre metodologías para la evaluación de ayudas públicas en 2016¹³, y, en 2021, adoptó un Documento con recomendaciones a los poderes públicos para favorecer la competencia¹⁴, que contiene un Decálogo para mejorar la eficacia de las ayudas públicas en el que propone «implantar una cultura de evaluación de los efectos de las ayudas».

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La evaluación eficiencia de las subvenciones y ayudas públicas constituye una exigencia derivada de los principios de eficacia, eficiencia y buena gestión financiera que no se ha cumplido satisfactoriamente ni a nivel interno ni tampoco europeo.

Si bien la UE ha desarrollado un sistema de evaluación de sus fondos para determinar su contribución a los objetivos de la Unión, se limita a una valoración de conjunto que no constituye un verdadero análisis de su eficiencia. Por otra parte, la UE ha impulsado la evaluación de las subvenciones otorgadas por los Estados como requisito para disfrutar de la exención por categorías en los regímenes de ayudas de gran presupuesto, pero se trata de un sistema de evaluación muy simple y débil limitada a la presentación de un plan de evaluación que autoriza la Comisión.

A nivel interno no existe un verdadero sistema de evaluación de las subvenciones ya que los controles —justificación, financiero y fiscalización— desarrollados hasta ahora se han centrado exclusivamente en el cumplimiento legal y financiero. Únicamente la planificación de las subvenciones implica cierta racionalización y evaluación que, en todo caso, resulta insuficiente. Aunque distintos organismos —AEVAL-IEEP, AIReF, CNMC— realizan evaluaciones y recomendaciones sobre programas concretos, tampoco cubren este

¹³ Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas (PRO/CNMC/001/16), 9 julio de 2016.

¹⁴ Documento con recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva (G-2021-01, 7-7-2021).

déficit de nuestro sistema de subvenciones que sigue ignorando la relevancia de la eficiencia como principio vertebrador del gasto público.

Ante este panorama resulta imprescindible establecer un sistema específico y especializado en este tipo de evaluaciones, que se coordine tanto con la evaluación general de políticas públicas, así como con el sistema de control de las subvenciones. Este sistema debe centrarse especialmente en las evaluaciones finales para valorar los resultados obtenidos y corregir así errores de diagnóstico o ejecución en futuras actuaciones. Asimismo, debe basarse en una metodología sólida que parta de una adecuada definición de los objetivos y resultados esperados, y lleve a cabo una medición cuantitativa de los resultados obtenidos. También debe ser proporcionado y concentrarse en determinados programas de subvenciones por razón de su volumen o características. Por último, es imprescindible la intervención de un organismo especializado y que sea independiente de los órganos concedentes de las subvenciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Albi, E. y Onrubia, J. (2016): «Institucionalizar la evaluación económica de políticas públicas: eficiencia y rentabilidad social», *Papeles de Economía Española*, núm. 147, pp. 50-67.
- Baño Fos, J. M.^a (2021): «La importancia del plan estratégico de subvenciones previo a la convocatoria de las mismas: el aviso a navegantes de la STS n.º 306/2021 (REC. 4939/2019)», *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 241, pp. 90-93.
- Brandtner, B. y Vidoni, D. (2018); «State Aid Evaluation: State of Play and Ways Forward», *European State Aid Law Quarterly*, vol. 17, núm. 4, pp. 475-482.
- Fernández Farreres, G. (1982): «El control de las subvenciones a los particulares por el Tribunal de Cuentas», en *El Tribunal de Cuentas en España*, vol. I, IEF, pp. 519-522.
- Lobo, F.; Oliva, J. y Vida, J. (2022): *La evaluación de la eficiencia de las tecnologías sanitarias en España: origen, evolución y estado actual*, FUNCAS.
- Schmidt-Aßmann, E. (2006): «Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos», en J. Barnés (coord.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Global Press, pp. 15-132.
- Vaquero Caballería, M. (2011): «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, pp. 91-135.
- Vida Fernández, J. (2017): «La evaluación de impacto normativo como instrumento para la mejora de la regulación», en L. Parejo y J. Vida (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo*, Tirant lo Blanch, pp. 467-512.

RELACIÓN CONCLUSIVA

EL CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE LAS SUBVENCIONES

José Cuesta Revilla

SUMARIO: 1. La efectividad del control económico-financiero de la actividad subvencional. A) Consecuencias jurídicas de los mecanismos de control externos. B) Consecuencias, no estrictamente jurídicas, que derivan del sistema de control económico-financiero. C) La potenciación del control económico-financiero. D) La función fiscalizadora del TCu y de los OCex han contribuido a un solapamiento de controles. E) Conclusiones. 2. El papel de la confianza legítima y otros principios en el reintegro de subvenciones. A) ¿Está vigente el principio de confianza legítima en el ámbito de las subvenciones?. B) Convivencia del principio de confianza legítima con otros principios. C) La irrelevancia del principio de confianza legítima frente a irregularidades cometidas por la Administración, en relación con la adjudicación o el cumplimiento de la ayuda. D) La inestabilidad regulatoria, la proporcionalidad y la igualdad como fundamento del principio de confianza y del reintegro. E) Reintegro, discrecionalidad y precedente administrativo. F) La potestad sancionadora en materia de subvenciones y su eventual conjunción con el reintegro. G) Consideraciones finales.

RESUMEN: Los profesores Agudo González y Fernández Salmerón se han ocupado del control de la actividad subvencional. El primero ha valorado la efectividad del sistema, mientras que el segundo ha estudiado la vigencia del principio de confianza legítima frente a la exigencia de reintegro.

PALABRAS CLAVE: fomento; subvenciones; control; confianza legítima.

ABSTRACT: Professors Agudo González and Fernández Salmerón have dealt with the current state of control of subsidized activity. The former of them has assessed the real effectiveness of the system, while the latter has studied the

validity of the principle of legitimate trust, invoked against the demand for reimbursement.

KEY WORDS: promotion; subsidies; control; legitimate trust.

1. LA EFECTIVIDAD DEL CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO DE LA ACTIVIDAD SUBVENCIONAL

El control de las subvenciones se basa en un sistema complejo en el que interviene la propia Administración concedente de las subvenciones, los órganos interventores y el TCu, entre otros. Tal control se ejerce no sólo respecto de la Administración que otorga las subvenciones, sino también de las entidades colaboradoras, así como del beneficiario. Además, hemos de constatar una realidad nociva: la división de disciplinas dentro del Derecho Público y la tajante separación entre lo administrativo *stricto sensu* y lo administrativo-financiero y presupuestario.

Los administrativistas hemos descuidado, entre otras cosas, el estudio del alcance de la función interventora, de la naturaleza de los reparos y discrepancias, o la trascendencia de las irregularidades detectadas en el control interno en la invalidez de la subvención a los efectos de generar responsabilidad patrimonial de la Administración. Y, también, del control financiero y su conexión con el reintegro (caducidad del procedimiento y la prescripción de este derecho).

Asimismo, es inexplicable la escasa atención prestada al control externo del TCu. La razón es muy clara: el núcleo del Derecho Administrativo gira en torno al control de legalidad de la actuación administrativa, y otras formas de control han quedado relegadas como si fueran algo ajeno a aquella.

De hecho, han surgido dos realidades jurídicas que responden a dos disciplinas que caminan por sendas paralelas. Así, es sorprendente que se hable de *doble legalidad*, en el entendido de que la actividad subvencional ha de someterse a la legalidad administrativa, por un lado, y al principio de legalidad financiero, por otro.

Los administrativistas sólo nos centramos en una parte de esa realidad jurídica y, en cambio, hemos abandonado todo lo que tiene que ver con la legislación presupuestaria. El resultado es un control económico-financiero de las subvenciones deficiente.

Por todo ello AGUDO habla de la *paradoja del control*. Si hay varios órganos de control y bastantes mecanismos de control es porque está en juego la gestión del dinero público, un campo abonado para el fraude. Pero dudamos

que estos controles sean realmente efectivos y contribuyan a disminuir los riesgos que pretenden prevenir.

La conclusión la anticipó ya el ponente: no son necesarios tantos controles, sino otro tipo de estos más afines a las bases constitucionales del sistema de control económico-financiero. En efecto, hoy se reiteran los controles; los procedimientos se prolongan durante años y los órganos de control interno y externo exigen una colaboración al beneficiario de manera sucesiva y complementaria, en la que éste no goza de las garantías suficientes. Y nos encontramos con situaciones sorprendentes. El control de los órganos interventores tiene consecuencias mediatas en la validez de la subvención. Sin embargo, la doctrina no administrativista se ha pronunciado acerca de la trascendencia de esas irregularidades en la validez de la subvención. Y hay una causa de nulidad radical, que es plasmación del principio de especialidad presupuestaria, la carencia o insuficiencia de crédito, que no figura en LPAC.

Así, la sanción de nulidad se extiende no sólo al acto de ejecución del presupuesto, sino también al acto mediante el cual la Administración se obligó frente a un tercero, sin perjuicio de la obligación de indemnizarle por los daños soportados por tan irregular actuación. AGUDO opina que, si las obligaciones de la Hacienda Pública nacen, entre otras causas, de los actos dictados por la Administración, no es posible que el acto de compromiso de gasto —la resolución de concesión de la subvención— sea válido si incumple la legalidad presupuestaria. Estamos ante un acto administrativo cuyo contenido es de imposible ejecución.

A) CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS MECANISMOS DE CONTROL EXTERNOS

La función fiscalizadora del TCu puede tener un claro papel instrumental respecto de la función jurisdiccional. El contenido de sus Informes y Memorias también debe referirse a las infracciones, abusos o prácticas irregulares detectadas, en una clara expresión de la instrumentalidad del control de la legalidad implícito a la función fiscalizadora. Ahora bien, esto no significa que la finalidad principal de los Informes de fiscalización sea identificar hechos susceptibles de generar responsabilidad contable. No, cuando de dichos informes se desprenden hechos indiciariamente constitutivos de responsabilidad contable, la consecuencia habrá de ser el inicio de la fase de actuaciones previas que enlazan las dos funciones del TCu.

En definitiva, la función jurisdiccional del TCu también emplea el control de la legalidad para reconocer los menoscabos a la Hacienda Pública susceptibles de reparación. Ahora bien, no utiliza ese control para incidir en la validez

de la actuación administrativa. Se contrasta la legalidad para confirmar la antijuridicidad del daño y el nacimiento de responsabilidad.

B) CONSECUENCIAS, NO EstrictAMENTE JURÍDICAS, QUE DERIVAN DEL SISTEMA DE CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO

Dijimos que el sistema de controles económico-financieros es complejo, lo que no es exactamente igual que ser eficaz. Veámoslo: la función interventora es bastante eficaz cuando hablamos de la Administración General del Estado. No puede decirse lo mismo de la local. Junto a ellos están los cargos electos con competencias sustantivas, sujetos problemáticos. Vemos situaciones en las que el órgano controlado se controla a sí mismo y provoca casos como los *levantamientos* de reparo, aprobaciones sin atender a reparos o resoluciones de discrepancias poco fundadas en Derecho.

En realidad, el problema está en la acumulación de competencias en los mismos órganos. Por eso es muy relevante la obligación del órgano interventor de elevar al Pleno, con ocasión de la dación de cuentas, la relación de todas las resoluciones adoptadas por el presidente de la Corporación contrarias a sus reparos y que se han trasladado al TCu y a los Ocex. La puesta en marcha de la Plataforma de Rendición de Cuentas de las Entidades Locales puede ser la vía para zanjar el problema.

C) LA POTENCIACIÓN DEL CONTROL ECONÓMICO-FINANCIERO

La reducción de la función interventora y la potenciación del control financiero demuestran la transformación del funcionamiento del control interno de subvenciones. Esa evolución se basa en una relación de complementariedad entre controles internos previos y posteriores, aunque se tiende a una reducción de aquellos potenciando éstos. ¿Hasta qué punto es esto positivo en lugar de optar por la complementariedad?

Agudo comparte la idea de quienes ponen en duda que sea positivo establecer relaciones de prioridad o de preferencia temporal entre los tipos de controles económico-financieros. Ahora bien, para llegar a eso se deberían dar algunas circunstancias como, por ejemplo, evitar que los sucesivos controles sean redundantes y que dupliquen esfuerzos.

D) LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL TCU Y DE LOS OCEx HAN CONTRIBUIDO A UN SOLAPAMIENTO DE CONTROLES

Por otra parte, la transformación del funcionamiento del control interno por la función fiscalizadora del TCU y de los OCEx han propiciado un solapamiento de controles. AGUDO, ante el creciente protagonismo de los OCEx, expresa su rechazo a que el Tribunal venga siendo reemplazado, en materias prototípicas de su actividad fiscalizadora, mediante la creación de nuevos órganos y entidades de control como la AIREF o la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación.

E) CONCLUSIONES

Es una evidencia que las duplicidades de control no han servido para mejorar los controles de eficacia, eficiencia y economía. El escaso protagonismo de estos tres criterios frente al de legalidad, evidencia que no se atiende a cómo se emplean los fondos públicos ni en si se cumplen los fines previstos.

Así pues, ¿atendiendo a las bases constitucionales del sistema de controles económico-financieros, qué fines son los que habría que fomentar con este control? La identificación de infracciones, el restablecimiento de la legalidad, la condena a los responsables, pero también la buena administración de los fondos públicos, la mejora de la gestión, o la disuasión de eventuales responsabilidades... En realidad, se impone generar procesos continuos para adaptar y corregir la práctica administrativa, consolidando procesos cada vez más eficaces y eficientes, sin dejar de lado el control de la legalidad.

Han de existir controles, pero necesitamos menos y más efectivos. Es imprescindible dotar de contenido pleno a las funciones del TCU. Éste se ocupa de aspectos de la práctica administrativa que tienen una importancia fundamental tanto para fomentar la diligencia en la gestión de fondos públicos, como para optimizar la buena administración y fomentar la eficacia y la eficiencia a la actuación administrativa. Ha de repensarse la jurisdicción del TCU y concederle la importancia que su función constitucional merece.

El estudio del sistema de control de la actuación de las Administraciones pasa por incorporar a nuestra dogmática administrativa los controles económico-financieros; por integrarlos juntamente con el control de legalidad de la jurisdicción contenciosa e, incluso, por fortalecer formas de control como la jurisdicción contable, clave para fiscalizar patologías de la actuación administrativa que no tienen acceso a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso.

2. EL PAPEL DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y OTROS PRINCIPIOS EN EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES

Otro aspecto del control de las subvenciones abordado fue el del reintegro, analizando el papel que juega en su exigencia el principio de confianza legítima y otros como el de proporcionalidad y el de igualdad. Materia estudiada por el prof. Fernández Salmerón.

El ejercicio de la potestad de reintegro suele derivar de las contradicciones experimentadas por la Administración en el seno de los procedimientos de otorgamiento y control de ayudas públicas. A poco que se profundice en la institución se advierten una serie de particularidades.

El otorgamiento de una subvención es el prototipo de acto administrativo *sub conditione*. Es una decisión por la que se opera una transferencia dineraria a favor de un particular y está sujeta a una o varias verificaciones sobre la regularidad, no tanto de la conducta de la Administración en el acto de otorgamiento, sino de la seguida por el beneficiario.

Por otra parte, el reintegro pone de manifiesto una realidad extraña a la mayor parte de las potestades administrativas: éstas se materializan una vez que la Administración dicta el acto que concreta la expresión de su voluntad, fruto del ejercicio de una potestad atribuida por el ordenamiento. Obviamente todos los actos en que se materializa el ejercicio de potestades administrativas pueden reconsiderarse, y revertirse sus efectos. Pero esta posibilidad es ocasional y, además, esa eventual reversión de efectos tiene su origen en la concurrencia de una causa de invalidez en el acto administrativo mismo o en el procedimiento, no en la conducta desplegada por los particulares beneficiados por la Administración.

Pues bien, en las subvenciones sucede algo distinto. Una vez culminada la fase de adjudicación e incluso de transferencia patrimonial al beneficiario, el procedimiento continúa y lo hace con una secuencia de actuaciones, que son cruciales para la suerte definitiva del mencionado desplazamiento patrimonial. Tales actuaciones son las llamadas «fases de control». Si éstas pueden dar lugar a un nuevo procedimiento autónomo, el de reintegro, o éste se reconduce a simples actuaciones integrantes de un macroprocedimiento subvencional complejo es algo que no parece estar cerrado. Y esta indefinición ocasiona no pocos problemas.

Precisamente esa articulación procedimental compleja de la potestad de fomento ha dado pie a que los recurrentes, buscando argumentos técnicos frente a las resoluciones que ordenan el reintegro, hayan echado mano de principios como el de seguridad jurídica, proporcionalidad o confianza legítima. Éste, en concreto, veremos que, en el ámbito judicial, recibe un tratamiento dispar y problemático.

A) ¿ESTÁ VIGENTE EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL ÁMBITO DE LAS SUBVENCIONES?

No podemos desconocer la existencia de una evidente tensión entre una persistente invocación de dicho principio como motivo de invalidez por parte de quienes recurren resoluciones de reintegro, y, a la par, un constante rechazo de este por parte de nuestra jurisprudencia.

Es cierto que la realidad subvencional es altamente compleja y, por ello, el principio de confianza legítima puede no presentar la misma relevancia frente al ejercicio de la potestad de reintegro, en función de las circunstancias que rodeen la atribución patrimonial en que la subvención consiste.

Por otra parte, algunas subvenciones son confirmadas en su regularidad por el órgano gestor y solo mucho tiempo después son objeto de órdenes de reintegro, como consecuencia de la actividad fiscalizadora de los órganos de intervención.

Ahora bien, pese a que la jurisprudencia no ha negado tajantemente la vigencia del principio de confianza legítima en materia de reintegros en general, sí que la ha limitado a supuestos de cambios de criterio una vez confirmada la regularidad de los gastos o de la aplicación de los fondos.

De hecho, podemos afirmar que ha sido en este campo de las subvenciones, en el que se ha reconocido jurisprudencialmente la concurrencia de una confianza protegible basada en una conducta anterior de la Administración o supuestos de convivencia del principio de confianza legítima con otros.

B) CONVIVENCIA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA CON OTROS PRINCIPIOS

Según lo visto, cabe afirmar que las ayudas públicas no son ni mucho menos ajenas al principio de confianza legítima, aunque la clave del recurso al mismo radica en su empleo técnico adecuado, pues no resulta infrecuente su uso indiscriminado ante situaciones que pueden repeler a la justicia material, sin reparar en la prioridad que ha de concederse al de legalidad, por ejemplo, o a la doctrina de los actos propios.

Así, ante una disposición interpretativa, el juicio de legalidad por el que la Administración reduce su margen de discrecionalidad conviene que sea ponderado por el tribunal, toda vez que la tensión legalidad-confianza debe basarse en un contraste real de la situación en cada caso. De ahí que se haya propuesto que no quepan soluciones abstractas en materia de confianza legítima.

Por otra parte, también parecen encajar más en la regla *venire contra factum proprium*, solo aquellos casos en los que la Administración realiza comporta-

mientos contradictorios dentro de la misma relación jurídica subvencional, habiendo ajustado el beneficiario su conducta al criterio inicialmente señalado por el ente concedente. Pues bien, a pesar de ello los tribunales invocan el principio de confianza legítima como sustentador de la estimación del recurso.

C) LA IRRELEVANCIA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA FRENTE A IRREGULARIDADES COMETIDAS POR LA ADMINISTRACIÓN, EN RELACIÓN CON LA ADJUDICACIÓN O EL CUMPLIMIENTO DE LA AYUDA

El TS ha aceptado el principio de confianza legítima para avalar la solución de no considerar procedente el reintegro ordenado por la Administración, en caso de otorgamiento de la subvención aplicando criterios erróneos. Sobre el papel, éste es un campo abonado para la aplicación de aquél, pues la reversión de la irregularidad inicial o la ineptitud sobrevenida de una decisión anterior es uno de sus presupuestos.

Pero los tribunales realizan una dispar utilización del principio de confianza legítima. Generalmente, para que proceda el reintegro, resulta requisito previo que se ejercite la revisión de oficio y se anulen los actos de adjudicación.

La cuestión se complica cuando, en lugar de limitar sus fallos a la invocación del principio de legalidad —no cabe reintegro sin anulación previa del acto de adjudicación—, los tribunales apelan al principio de confianza legítima como refuerzo impeditivo del reintegro practicado. Invocación que, en opinión de Salmerón, resulta superflua. En este caso, el Derecho aplicable debe prevalecer sobre cualquier inercia administrativa como fuente generadora de confianza. Y lo mismo ha de entenderse cuando existen datos normativos inequívocos —elementos reglados— sobre las condiciones de ejecución de la subvención, por ejemplo.

En definitiva, esta doctrina es coherente con uno de los postulados del principio de confianza, en virtud del cual ésta únicamente puede fundarse en actos definitivos y determinantes de la Administración. En cambio, cuando las condiciones de ejecución de la ayuda permiten un margen interpretativo, ha de extremarse la protección de la confianza depositada por el beneficiario ante los vaivenes de la Administración, pues entonces no hay una oposición tan evidente confianza-ordenamiento, sino que son las conductas de aquella las que guían al beneficiario induciéndolo a un final frustrante.

D) LA INESTABILIDAD REGULATORIA, LA PROPORCIONALIDAD Y LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y DEL REINTEGRO

Uno de los argumentos justificativos del principio de confianza se encuentra, precisamente, en los cambios normativos repentinos y la llamada inestabilidad regulatoria. No obstante, recordemos que la apelación al principio de confianza legítima por parte de los tribunales, en casos de prosperabilidad de la acción del recurrente, aun cuando tienen un valor, éste es meramente subsidiario frente a la aplicación del principio de legalidad.

Otro tema importante es el de los plazos, o, lo que es lo mismo, la caducidad para el ejercicio de la potestad de reintegro, como efecto de una dilatación excesiva de aquellos, que podría afectar a la eficacia de la potestad de reintegro. En efecto, la confianza del beneficiario en la estabilidad de las decisiones administrativas se va reforzando, necesariamente, por el paso del tiempo: cuanta mayor sea la distancia temporal entre el pronunciamiento de conformidad y el de disconformidad y consiguiente reintegro, mayor peso ha de reconocerse a la confianza legítima.

Otros fundamentos vendrían dados por principios tales como el de buena administración y el de *non bis in idem* procedimental.

E) REINTEGRO, DISCRECIONALIDAD Y PRECEDENTE ADMINISTRATIVO

Junto a la anterior situación hay otra en la que pueden darse pronunciamientos contradictorios sobre la procedencia del reintegro: la provocada por dos decisiones adoptadas en expedientes distintos. La Administración aplica un criterio favorable sobre el cumplimiento en un procedimiento y, en otro posterior, sostiene el incumplimiento en relación con ese mismo aspecto de la ayuda. Parece un caso evidente de precedente administrativo.

¿Y si la disparidad en sendos expedientes ha afectado a dos beneficiarios distintos? Y el primero es tratado de modo más benévolo y el segundo sufre una orden de reintegro. Pues bien, aunque en ambos casos estemos ante un precedente, según Fernández Salmerón, en el primero está comprometido el principio de confianza legítima, mientras que en el segundo éste colisiona con el principio de igualdad.

Ahora bien, en los dos casos, el principal obstáculo para que podamos hablar de precedente consiste en saber si la potestad de reintegro es o no una potestad discrecional. Porque si fuera reglada, no hay espacio para precedente alguno, sino estricta aplicación del ordenamiento.

Lo cierto es que el TS ha afirmado —para negar el principio de confianza legítima— que el otorgamiento de subvenciones puede nacer como una potestad discrecional, pero que «una vez reguladas por la correspondiente norma y anunciadas, termina la discrecionalidad y empieza la regla y el reparto concreto que escapa del puro voluntarismo de la Administración».

Sin embargo, en opinión de Salmerón, estos casos «irritan el sentido de justicia». En tales supuestos de retracción del principio de igualdad, aflora la verdadera eficacia del principio de confianza legítima, de modo que resulta plausible que, incluso quien confió en una práctica administrativa ilegal, pueda ser merecedor de protección.

F) LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE SUBVENCIONES Y SU EVENTUAL CONJUNCIÓN CON EL REINTEGRO

Para Salmerón la convivencia entre causas de reintegro y tipos sancionadores en materia de subvenciones no conculca, *per se*, el principio *no bis in idem*. Lo que no quiere decir que la combinación de ambas potestades no pueda ocasionar efectos indeseables.

Sea como fuere, tal vez pudiera pensarse en la aprobación de nuevas medidas normativas que supusieran una matización a la concurrencia inexorable de las dos responsabilidades (reintegro y sanción), en aquellos casos en que así se dé. Podría establecerse que aquellas causas de reintegro de carácter más formal, esto es, que no acrediten el incumplimiento por el beneficiario de las condiciones materiales de aplicación de la ayuda, pudieran estar sujetas a una postergación condicionada en la aplicación de alguna de las potestades disponibles, como sucede en el ámbito tributario. Ello conduciría, por ejemplo, a incorporar el principio de proporcionalidad en este ámbito, tal vez mediante la previsión de plazos razonables de cumplimiento.

Por último, habría que recordar la conveniente preferencia en la tramitación del expediente sancionador sobre el de reintegro, habida cuenta que aquél interrumpe el plazo de prescripción para la exigencia de éste, efecto que, en cambio, el expediente de reintegro no provoca sobre el sancionador.

G) CONSIDERACIONES FINALES

En el marco de la práctica de reintegros, el espacio para la protección de las expectativas generadas por la Administración es más amplio de lo que pudiera parecer y, de lo que el TS ha concedido. No obstante, no todos los

casos en los que parecen traicionarse esas expectativas permiten la invocación eficaz del principio de confianza legítima.

En este sentido, hemos distinguido un primer grupo de supuestos en los que la Administración declara la no conformidad en el cumplimiento de la ayuda, ordenando el oportuno reintegro, pudiendo juzgarse tales declaraciones y reintegros como inconsistentes por conductas seguidas con carácter previo por la propia Administración. En estos casos el principio de confianza legítima suele ser un elemento coadyuvante del principio de legalidad.

Un segundo grupo, el de las contradicciones entre dos o más decisiones administrativas de conformidad, adoptadas en perjuicio del beneficiario, constituye un campo abonado para afirmar la vigencia del principio de confianza legítima.

Pero, por otro lado, se pueden distinguir aquellos supuestos en los que las contradicciones entre pronunciamientos de conformidad/disconformidad tienen lugar en expedientes autónomos. Aquí recurrimos al instituto del precedente, lo que nos ha conducido necesariamente a evaluar el papel de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de reintegro, así como al estudio de la aplicabilidad, junto al de confianza legítima, del principio de igualdad, cuando el contraste incorpore un elemento de alteridad subjetiva.

Por último, por lo que se refiere a la potestad sancionadora en el mismo ámbito de las ayudas públicas, aunque es sabido que su convergencia con el ejercicio de la potestad de reintegro no conculca el de *no bis in idem*, resulta de interés analizar con más profundidad dicha confluencia, sobre todo a partir del solapamiento de las causas que determinan el ejercicio de una y otra potestades y la considerable aflicción que la conjunción de ambas puede producir en los beneficiarios desde los postulados del principio de proporcionalidad.

CUARTA SESIÓN

**EL REFLORECIMIENTO DE LA UNIÓN
EUROPEA Y EL RÉGIMEN DE LAS
SUBVENCIONES A LOS 20 AÑOS DE LA LEY
GENERAL**

PONENCIAS

EL NUEVO PROTAGONISMO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO ORGANIZACIÓN SUPRANACIONAL Y COMO ACTOR EN EL TABLERO MUNDIAL

Diana-Urania Galetta

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Entre obligaciones de solidaridad y principio de subsidiariedad y en la dirección de una subsidiariedad «revisada»: el protagonismo de la Unión europea durante la gestión de la pandemia de COVID-19. A) Crisis sanitaria y contribución solidaria conjunta de las Instituciones europeas y los Estados miembros. B) Hacia una nueva interpretación del principio de subsidiariedad, en la dirección de una subsidiariedad «revisada». 3. La estrategia europea de datos y el Reglamento General de Protección de Datos: la Unión europea en busca de un nuevo liderazgo en el escenario mundial. A) La estrategia europea de datos como «inversión» inteligente. B) Liderar con el ejemplo: el estándar de protección de datos personales de la Unión europea como punto de referencia mundial. 4. Ver más allá y antes que los demás: el Libro blanco y la propuesta de la Ley de Inteligencia Artificial. A) El marco general. B) Los problemas específicos relacionados con el uso de la IA en las actividades de las Administraciones Públicas y el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales UE sobre el derecho a una buena administración. 5. Las crisis como ocasión de relanzamiento de la Unión Europea. Reflexiones conclusivas. Bibliografía.

RESUMEN: A través del examen de la gestión de la pandemia de COVID-19 y de la protección de los datos personales que aborda el Reglamento General de Protección de Datos Reglamento, en conexión con la propuesta de la Ley de Inteligencia Artificial se intenta analizar el nuevo protagonismo de la Unión europea como organización supranacional y como actor en el tablero mundial, desde la perspectiva de su «misión legal» —según los Tratados constitutivos la

UE— de ser un actor que promueva la buena gobernanza global. Mi conclusión es que, finalmente, la Unión europea, gracias a las recientes crisis, parece capaz de hacer nuevos progresos: y no solo en cuanto actor protagonista en el tablero mundial, pero también en su función de protagonista mundial «bueno».

PALABRAS CLAVE: Unión europea; Subsidiariedad; RGPD; inteligencia artificial; derecho a una buena administración.

ABSTRACT: Through the analysis of how it has been able to manage the COVID-19-pandemic and of how the issue of protection of personal data has been addressed by the General Data Protection Regulation, in connection also with the proposal of the Artificial Intelligence Act, I try to assess the situation as to the new role of the European Union as a supranational organization and as an actor in the world stage, from the perspective of its «legal mission»—according to the founding Treaties the EU— to be an actor that promotes good global governance. My conclusion is that, finally, the European Union, thanks to the recent crises, seems able to make new progress: and not only as a protagonist on the world stage, but also in its role as a «good» global actor.

KEY WORDS: European Union; Subsidiarity; GDPR; artificial intelligence; right to good administration.

1. INTRODUCCIÓN

Como se lee en la introducción de un libro reciente —que tiene el significativo título «Understanding the EU as a good global actor»¹, la UE constituye posiblemente «una de las más exitosas y complejas entre los experimentos de organización regional jamás creados»²—.

En cuanto a su función como «Good global actor» (protagonista mundial «bueno»), cierto es que ya en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea se precisa que los Estados miembros están «Resueltos a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo».

Luego, hay los artículos 3 y 21 del Tratado de la Unión Europea (TUE) que se proporcionan como «paraguas conceptual»³, al precisar que: «La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos» (artículo 3, apartado 1 artículo 3, apartado 5) y «En sus relaciones con el res-

¹ «Entender la UE como un actor global bueno», y bueno en el sentido de que tendría bondad, desde el punto de vista moral.

² E. Fahey, I. Mancini (2022: 1). En el mismo sentido M. Cremona (2004: 553).

³ They «provide a “conceptual umbrella”». E. Fahey, I. Mancini (2022: 1).

to del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas» (artículo 3, apartado 5 TUE)⁴. Y que: «La acción de la Unión en la escena internacional se basará en los principios que han inspirado su creación, desarrollo y ampliación y que pretende fomentar en el resto del mundo: la democracia, el Estado de Derecho, la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el respeto de la dignidad humana, los principios de igualdad y solidaridad y el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y del Derecho internacional» (artículo 21, apartado 1 TUE).

Se puede entonces decir, que según sus Tratados constitutivos la UE tiene como «misión legal» la de ser un actor que promueva la buena gobernanza global, en el sentido de que se lo explica en el portal de las Naciones Unidas: «respeto pleno de los derechos humanos, Estado de Derecho, participación efectiva, asociaciones de múltiples interesados, pluralismo político, procesos e instituciones transparentes que rindan cuentas, un sector público eficiente y eficaz, legitimidad, acceso al conocimiento, información y educación, empoderamiento político de la población, equidad, sostenibilidad, y actitudes y valores que fomenten la responsabilidad, la solidaridad y la tolerancia»⁵.

Dicho esto, y teniendo en cuenta el tema que se me ha asignado y que supone un análisis desde la perspectiva del nuevo protagonismo de la Unión europea como organización supranacional y como actor en el tablero mundial, me limitaré a examinar el tema con dos ejemplos: la gestión de la pandemia de COVID-19 y la cuestión de la protección de los datos personales que aborda el Reglamento General de Protección de Datos Reglamento, en conexión con la propuesta de la Ley de Inteligencia Artificial⁶ y con el significado más auténtico del derecho a una buena Administración como está garantizado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea.

⁴ Ver J. Ziller (2018a: 20).

⁵ Ver el documento «Acerca de la buena gobernanza y los derechos humanos», <<https://www.ohchr.org/es/good-governance/about-good-governance>>.

⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN>>.

2. ENTRE OBLIGACIONES DE SOLIDARIDAD Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EN LA DIRECCIÓN DE UNA SUBSIDIARIDAD «REVISADA»: EL PROTAGONISMO DE LA UNIÓN EUROPEA DURANTE LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA DE COVID-19

A) CRISIS SANITARIA Y CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA CONJUNTA DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS Y LOS ESTADOS MIEMBROS

A pesar de las dificultades y aporías en el desarrollo de la Unión Europea en la última década, la pandemia de COVID-19 ha dejado claro que la crisis sanitaria (al igual que cualquier crisis)⁷ no habría podido superarse sin una contribución solidaria conjunta de las Instituciones europeas y los Estados miembros⁸. Por esta razón, las decisiones de política económica de las Instituciones europeas para combatir el impacto económico de la pandemia han marcado un cambio de perspectiva que, a mi juicio, no va a ser sólo temporal.

El BCE ha reaccionado reanudando la flexibilización cuantitativa y con un Programa de Compras de Emergencia (PEPP)⁹. El principio de referencia, formulado por la presidenta del BCE, Christine Lagarde, con un *tweet* del 19 marzo de 2020, fue: «Tiempos extraordinarios requieren medidas extraordinarias»¹⁰.

Por supuesto, no puedo entrar aquí en detalles.

Por lo tanto, sólo diré que, desde el punto de vista del compromiso financiero, las iniciativas tomadas por la Unión Europea para combatir el impacto económico de la pandemia de COVID-19 no tienen precedentes en la historia anterior de la Unión Europea. El «Plan de recuperación para Europa»¹¹ (*Next Generation EU*) es, en este sentido, un hito en la interpretación de ese principio de solidaridad al que los Tratados de la UE hacen referencia tanto indirecta como directa¹² varias veces.

⁷ Ver las reflexiones conclusivas en el párrafo 5.

⁸ G. Montani (2010: 27) se refiere expresamente a la distinción entre orden cooperativo y orden coercitivo en la experiencia europea.

⁹ Ver en <<https://www.ecb.europa.eu/ecb/educational/explainers/tell-me/html/pepp.es.html>>.

¹⁰ *Lagarde asegura que el BCE hará «todo lo necesario» para hacer frente a la crisis del coronavirus*, en <<https://www.economista.es/tags/Politica-monetaria/228>>.

¹¹ Ver en <https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es>.

¹² Ver en los preámbulos y en los artículos: 2 TUE, 3 apartado 3 y 5 TUE, 21, apartado 1 TUE, 24 apartado 2 y 3 TUE, 31 apartado 1, 67 apartado 2 TFUE, 80 TFUE, 122 apartado 1 TFUE, 194 apartado 1 TFUE, 222 apartado 1 y 3 TFUE y también en el protocolo 28, sobre la cohesión económica, social y territorial.

El hecho de que esta solidaridad concreta venga acompañada de necesarios compromisos es, en mi opinión, también muy positivo, pues puede y debe ayudar a reducir la inestabilidad que sería el resultado de políticas públicas a corto plazo de la parte de los Estados miembros¹³.

En efecto, para los planes nacionales de recuperación financiados por el Plan de Recuperación «Next Generation EU», los objetivos de las políticas públicas nacionales dependen de los objetivos del «Next Generation EU»: ¡que deben alcanzarse a toda costa!

Esto es precisamente lo más positivo para un país como Italia, por ejemplo, donde la inestabilidad de las políticas públicas es un problema bien conocido desde hace tiempo.

En cualquier caso, el trasfondo teórico no es sencillo, porque se trata de una compleja combinación de decisiones sobre los presupuestos y las finanzas públicas, la forma de gobierno, los procesos democráticos y efectivos de toma de decisiones y la asunción de responsabilidad en cuanto a la política fiscal, con repercusiones claras también a la forma de gobierno¹⁴.

Sin embargo, estas medidas financieras —y las obligaciones que conllevan para los Estados beneficiarios— no son en sí mismas decisivas para provocar una reanudación efectiva del proceso de integración europea. La propia provisionalidad de estas medidas, de hecho, apunta a futuros problemas.

La pandemia, a pesar de ser una crisis más o menos simétrica, ha exacerbado aún más el estado de asimetría entre los Estados miembros.

De hecho, la cohesión y la resistencia de la Unión europea siguen siendo objeto de examen y la UE se encuentra en una encrucijada.

La crisis de la deuda primero, la pandemia del COVID-19 y el ataque de Rusia a Ucrania¹⁵ después, han mostrado claramente la necesidad de una mayor coordinación e integración¹⁶.

¹³ Ver las reflexiones muy realísticas (y muy impactantes) de M. Fuertes, F. Sosa Wagner (2011). Sobre la necesidad de planear para el desarrollo se vea el volumen editado por J. Medina Vásquez, S. Becerra, P. Castaño (2014).

¹⁴ Ver A. Sciortino (2015: 199).

¹⁵ Cuatro meses después de su invasión de Ucrania, Rusia ha calificado las relaciones con Occidente como dañadas a largo plazo. «Sí, será una crisis larga», dijo el portavoz del Kremlin, *Dmitry Peskov*, en una entrevista con el canal de televisión estadounidense MSNBC emitida la noche del martes 21 de junio de 2022. Ver en <<https://www.zdf.de/nachrichten/politik/kremls-precher-peskov-beziehung-westen-ukraine-krieg-russland-100.html?targetContentType=news>>.

¹⁶ Ver las reflexiones conclusivas en el párrafo 5.

B) HACIA UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD, EN LA DIRECCIÓN DE UNA SUBSIDIARIEDAD «REVISADA»

Como consecuencia de todo lo que se ha dicho hasta ahora, resultaría necesario, en mi opinión, interpretar el principio de subsidiariedad, ya a partir de ahora, desde una nueva perspectiva.

Ante crisis de esta envergadura, ha quedado en realidad claro que no tiene sentido dejar a las iniciativas de cada uno de los Estados miembros la gestión de crisis que no son aptas para ser solucionadas por los Estados miembros de la Unión separadamente, aun meno pueden serlo por las entidades infraestatales (*Regioni, Länder, Comunidad Autónoma, etc.*).

La fragmentación de las estructuras organizativas y de las competencias sólo puede conducir a una pérdida innecesaria de tiempo y dinero, y también puede conducir a una restricción innecesaria de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión en cuanto tales.

Por esta razón, el 17 de junio de 2020 la Comisión Europea presentó la estrategia de vacunas de la UE, con el objetivo de acelerar el desarrollo, la fabricación y la utilización de vacunas contra la COVID-19¹⁷.

Con la «Estrategia de Vacunas de la UE», la Comisión contribuyó a que todo el proceso fuera más eficiente; con lo que el plazo para llegar a la fabricación de vacunas eficaces se redujo a menos de un año en el caso de la mayoría de las vacunas¹⁸.

El éxito de la compra de vacunas a nivel de la UE es una prueba clara de que el objetivo sólo podría alcanzarse a nivel de la Unión.

En cuanto al problema de la restricción de los derechos y libertades fundamentales, entre febrero y julio de 2021 el Tribunal General de la UE tuvo que evaluar la legalidad de las decisiones de ejecución por las que la Comisión autorizó la comercialización de las vacunas Pfizer¹⁹, Astrazeneca²⁰ y Moderna²¹.

¹⁷ Comunicación de la Comisión «Estrategia de la UE para las vacunas contra la COVID-19», Bruselas, 17-6-2020, COM(2020) 245 final.

¹⁸ Ver en <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/public-health/eu-vaccines-strategy_es>.

¹⁹ T-418/21, Alazun y otros/Comisión, recurso interpuesto por 775 denunciantes el 12 de julio de 2021; T-464/21, Faller y otros/Comisión, recurso interpuesto por 75 denunciantes el 30 de julio de 2021; T-96/21, Amort y otros/Comisión, recurso interpuesto por 35 denunciantes el 16 de febrero de 2021, que impugnan la decisión de aplicación de la Comisión Europea EMEA/H/C/005735/II/0030 de 31 de mayo de 2021.

²⁰ T-165/21, Amort y otros/Comisión, Recurso interpuesto el 29 de marzo de 2021 por 35 denunciantes contra la Decisión de Ejecución de la Comisión de 29 de enero de 2021 C(2021) 698 (final).

²¹ T-136/21, Amort y otros c. Comisión, dictamen propuesto el 5 de marzo de 2021, que impugna la decisión de ejecución C(2021) 94 (final) de la Comisión Europea del 6 de enero de

Sin embargo, todos los recursos fueron desestimados por el tribunal por considerarlos inadmisibles debido a la falta de interés jurídico, a la ausencia de afectación directa e individual; y también por tratarse de actos jurídicos sin carácter reglamentario²². Me parece todavía que, aunque se hubieran examinados el fondo de las cuestiones, las posibilidades de éxito de estas demandas hubieran sido muy bajas. Los demandantes argumentaban, en todos los casos mencionados, que las autorizaciones de la Comisión no podían «basarse en una relación beneficio-riesgo positiva ni responder a una necesidad médica no cubierta»: lo cual me parece bastante difícil de probar! Tanto más cuanto que, a pesar de los muchos problemas y dificultades (que ciertamente no quiero negar o disminuir aquí), al final del día, la estrategia de vacunas de la UE fue ciertamente una historia de éxito. Se ha tratado —y ahora podemos afirmarlo con certeza razonable— de encontrar la solución definitiva a una crisis sanitaria gravísima a través del desarrollo y despliegue de vacunas efectivas y seguras contra el virus²³.

El hecho de que tengamos el privilegio de reunirnos, hoy, aquí, en una gran sala de conferencias de una manera totalmente presencial es una prueba concreta de ello.

Para terminar con este primer punto, me parece entonces claro que, ante crisis de magnitud como la provocada por la pandemia de COVID-19, se manifiesta plenamente el valor y la valía de un *protagonismo activo* de la Unión europea (como organización supranacional y como actor en el tablero mundial). Como ha sido evidente, la solución a una crisis sanitaria gravísima como la causada por el COVID-19 no habría podido ser encontrada por cada Estado miembro por sí mismo; o peor aún, en el marco institucional de regiones y provincias autónomamente.

Esto resultó de manera clarísima, por ejemplo, en Italia durante el pico de la pandemia²⁴.

2020. Ver también T-632/21, Agreiter y otros/Comisión, interpuesto por 34 denunciantes contra Decisión de Ejecución C(2021) 5686 final de la Comisión, de 23 de julio de 2021, por la que se modifica la autorización condicional de comercialización del medicamento para uso humano «Spikevax — Vacuna de ARNm frente a COVID-19 (con nucleósidos modificados)» concedida por la Decisión de Ejecución C(2021) 94 final, de 6 de enero de 2021.

²² Véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 9 de noviembre de 2021, asuntos T-136/21, Amort c. Comisión, asunto T-165/21, Amort c. Comisión y asunto T-96/2, Alazun c. Comisión; así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 4 de enero de 2022, asuntos T-418/21, Alazun y otros c. Comisión y EMA, y de 7 de febrero de 2022, asunto T-464/21, Faller c. Comisión.

²³ Basta con ver lo que está sucediendo en países como China, que no han podido disponer de vacunas eficaces en beneficio de toda la población. Ver «China: “Zero Covid” non sta funzionando» (26 de noviembre de 2022), en <<https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/cina-zero-covid-non-sta-funzionando-36794>>.

²⁴ Ver sobre esto los dos volúmenes editados por G. Carullo, P. Provenzano (2020).

Me refiero al hecho de que, la regionalización del sistema de salud pública actuada en Italia²⁵ —obedeciendo al principio de subsidiariedad entendido en su acepción más clásica, es decir de transferencia de competencias en favor del nivel inferior: las autoridades regionales— ha tenido un impacto muy negativo en los ciudadanos durante los peores momentos de la pandemia en Italia. El sistema de salud pública ha funcionado de forma muy diferente en cada región, con todas las consecuencias negativas asociadas y, sobre todo, el trato desigual entre los conciudadanos que ha derivado de ese «sistema regionalizado» de salud pública²⁶.

En última instancia —y sin trivializar demasiado el asunto— mi idea podría resumirse así: cuanto mayor sea el problema, más alto debe ser el nivel responsable de gestionar el mismo.

En realidad, me parece que, al fin y al cabo, sea sólo una cuestión de perspectiva. Y mi perspectiva es defender que el principio de subsidiariedad no consiste en que la UE *sólo pueda* actuar cuando las medidas de los Estados miembros no son suficientes. La cuestión, a mi juicio, es más bien que la Unión *debe estar en condiciones de poder actuar* toda vez que parezca evidente que las medidas de los Estados miembros no son suficientes²⁷.

La normativa de la UE sobre certificados digitales COVID-19 es también un claro ejemplo de ello²⁸.

La propuesta de la Comisión de la UE²⁹ ya destacaba claramente cómo sus objetivos —es decir, facilitar la libre circulación de personas dentro de la UE durante la pandemia de COVID-19 mediante la introducción de certificados seguros e interoperables del estado de vacunación, prueba y recuperación del

²⁵ «Aziendalizzazione» de la gestión y regionalización son los dos rasgos destacados introducidos por la reforma Amato-De Lorenzo de 1992, reforzados y ampliados por las leyes Basanini, de federalismo administrativo a Constitución sin cambios (l. 15 de marzo de 1997 nr. 59 y l. 15 de mayo de 1997 nro. 127; l. 16 de junio de 1998 nro. 191; l. 8 de marzo de 1999, nro. 50) y mantenidos por la reforma Bindi de 1999. Después, la reforma constitucional de 2001 otorgó a las regiones una competencia compartida en la organización de las intervenciones de protección de la salud y marcó el final de las grandes reformas orgánicas de la sanidad a nivel nacional. Ver R. Ferrara (2020: 115).

²⁶ Ver los diferentes capítulos, dedicados a cada región, en G. Carullo, P. Provenzano (2020). Para más información sobre las discusiones de política pública en tema de sistemas de salud pública (en Italia) ver M. Ferrera, G. Zincone (1986).

²⁷ Por ejemplo, en lo que respecta al problema de la defensa del ciberespacio. Ver M. Furtés (2022: 218). Sobre esto mismo tema ver también P. Pawlak (2019: 167).

²⁸ Ver T. Cerruti (2021: 17); D.-U. Galetta, C. Carullo (2022: 71).

²⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados interoperables de vacunación, de test y de recuperación para facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19 (certificado verde digital), Bruselas, 17-3-2021, COM(2021) 130 final, 2021/0068(COD).

titular³⁰— no hubieran sido alcanzados suficientemente por los Estados miembros por sí solos.

Si no se había actuado a nivel de la UE, los Estados miembros habrían introducido sistemas diferentes, con problemas para reconocer los documentos en otros Estados miembros y con una restricción adicional innecesaria o incluso un impedimento a la libre circulación de los ciudadanos de la UE como resultado final cierto³¹.

Por lo tanto, aquí opino —y concluyo este punto— que hoy en día, frente a crisis de alcance tan grande, se necesita una nueva perspectiva sobre la subsidiariedad: la de una subsidiariedad «revisada», en la que la pregunta que se debe plantear no es, a mi juicio, si la UE *puede* actuar (porque las medidas que tienen los Estados miembros para actuar no son suficientes). La pregunta es, más bien, *cómo sea posible* darle a la Unión europea todos los instrumentos, en primer lugar, jurídicos, para hacerlo.

Es decir, que me parece necesario y urgente reanudar con eficacia ese proceso de integración³² que ha dado a la Unión europea una posición internacional destacada. Aquel proceso de integración que —entendido desde el Tratado de Maastricht como «el proceso creador de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa»³³— ha permitido hacer realidad los objetivos y valores de la UE que, en última instancia, dan a los ciudadanos europeos una identidad común y significativa.

Mi impresión es todavía que, al menos hasta el estallido de las tres últimas crisis —la de la deuda soberana antes, la de COVID-19 y la relacionada con la invasión rusa de Ucrania ahora— el énfasis se puso demasiado en la segunda parte de la famosa frase del artículo A, apartado 2, del Tratado de Maastricht: la que hace referencia a la exigencia de que las decisiones sean tomadas «de la forma más próxima posible a los ciudadanos».

Ha llegado el momento de invertir la perspectiva; y los ejemplos que voy a dar en el siguiente párrafo son la prueba de que es posible y que vale la pena intentar hacerlo precisamente en la perspectiva de impulsar un nuevo protagonismo de la Unión europea como organización supranacional y como actor en el tablero mundial.

³⁰ Reglamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021, relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19, OJ L 211, 15-6-2021, p. 1-22.

³¹ D.-U. Galetta, G. Carullo (2022: 75).

³² Ver P. Rieker (2021: 1).

³³ Artículo A, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea, en *Diario Oficial* nro. C 191 de 29/07/1992, pp. 1-10.

3. LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS Y EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS: LA UNIÓN EUROPEA EN BUSCA DE UN NUEVO LIDERAZGO EN EL ESCENARIO MUNDIAL

A) LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DATOS COMO «INVERSIÓN» INTELIGENTE

En el portal de la Comisión europea hay páginas dedicadas al «futuro digital de Europa», donde se explica que: «La Unión Europea tratará de convertirse en modelo mundial de la economía digital, ayudará a la digitalización de las economías en desarrollo, elaborará normas digitales e impulsará esta normalización a nivel internacional»³⁴.

Estas afirmaciones dan a entender que la Unión europea trata de buscar deliberadamente un nuevo liderazgo en el escenario mundial.

De hecho, desde la aprobación en 2016 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)³⁵, la Unión Europea ha emprendido múltiples iniciativas legislativas en la materia³⁶. Estas han sido impulsadas también por la Comunicación de la Comisión del febrero 2020 «una estrategia europea de datos»³⁷.

En esta Comunicación se declara expresamente, que: «La UE puede convertirse en un modelo de referencia de una sociedad empoderada por los datos para tomar mejores decisiones, tanto en el ámbito empresarial como en el sector público»³⁸ y se precisa, que el objetivo es de convertir a la Unión en líder de una sociedad dirigida por los datos.

La idea sería de crear «un mercado único de datos» para que los datos fluyan libremente por la Unión y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las Administraciones públicas³⁹.

Desde la perspectiva de los ciudadanos europeos, la idea básica es que: «Los ciudadanos solo confiarán y harán suyas las innovaciones basadas en los datos

³⁴ Ver en: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es>.

³⁵ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), OJ L 119, 14-5-2016, pp. 1-88.

³⁶ Ver I. Graef, B. van der Sloot (2022: 513).

³⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones, Una Estrategia Europea de Datos, Bruselas, 19-2-2020, COM(2020) 66 final.

³⁸ Comunicación COM(2020) 66 final, cit., p. 1.

³⁹ Comunicación COM(2020) 66 final, cit., párr. 3 y 4.

si confían en que todo intercambio de datos personales en la UE estará sujeto al pleno respeto de sus estrictas normas en materia de protección de datos»⁴⁰. Es decir, que un estándar elevado de protección de datos parece como la condición necesaria para poder desarrollar plenamente el potencial del mercado europeo de los datos: datos libres y abiertos⁴¹, pero protegidos⁴².

Precisamente por esta razón, la UE creó ante todo «un sólido marco para la confianza digital»⁴³ con el Reglamento General de Protección de Datos⁴⁴. Entonces, si queda claro que la protección de datos es «el pilar del empoderamiento de los ciudadanos y del enfoque de la UE para la transición digital»⁴⁵, el RGPD sigue siendo el punto de referencia esencial en materia de protección de los datos personales de los ciudadanos de la Unión Europea.

Esto se deduce claramente, entre otros, del considerando nro. 4 del Reglamento (UE) 2022/868 (Reglamento de Gobernanza de Datos)⁴⁶, que especifica que: «En caso de conflicto entre lo dispuesto en el presente Reglamento y el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales o el Derecho nacional adoptado de conformidad con el Derecho de la Unión en la materia, debe prevalecer el Derecho de la Unión o nacional que sea aplicable en la materia».

B) LIDERAR CON EL EJEMPLO: EL ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LA UNIÓN EUROPEA COMO PUNTO DE REFERENCIA MUNDIAL

La gestión automatizada de la información que hoy en día es posible gracias a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha generado como consecuencia que el análisis y recogida de ingentes cantidades de datos es posible⁴⁷.

⁴⁰ Comunicación COM(2020) 66 final, cit., pág. 1.

⁴¹ Ver también la Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (versión refundida), OJ L 172, 26-6-2019, pp. 56-82.

⁴² Ver A. Iliopoulou-Penot (2022: 969), en cuanto a la construcción de una ciudadanía digital europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.

⁴³ Comunicación COM(2020) 66 final, cit., pág. 2.

⁴⁴ Ver todavía, en un sentido muy crítico W. Veil (2018: 686).

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, La protección de datos como pilar del empoderamiento de los ciudadanos y del enfoque de la UE para la transición digital: dos años de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos, Bruselas, 24-6-2020, COM(2020) 264 final.

⁴⁶ Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022, relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos), OJ L 142, 3-6-2022, pp. 1-44.

⁴⁷ D.-U. Galetta (2022a: 181). Ver también D.-U. Galetta (2022b: 48).

Esta capacidad amplísima de acceso y procesamiento ha traído consigo la necesidad de otorgar protección jurídica a los datos de carácter personal de las personas físicas, sobre todo a aquellos que puedan afectar a la intimidad de las personas.

Diversos instrumentos regulatorios sobre las transferencias de datos aparecieron a escala internacional, algunos de carácter vinculante y otros no⁴⁸. Pero, como al nivel global no ha habido hasta ahora acuerdo sobre un «estándar global» de protección, se produjo una peligrosa situación de «fragmentación legal», que ha minado la posibilidad de alcanzar una armonización en la regulación de protección de datos a esta escala «mundial»⁴⁹.

La Unión Europea, al contrario, ha otorgado reconocimiento jurídico de máximo nivel a este derecho: tanto el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como el artículo 16, apartado 1, del TFUE recogen expresamente que «toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan».

Por este motivo, la protección de los datos de carácter personal se ha convertido en un objetivo político clave en el ámbito de la UE⁵⁰; y El RGPD, en aplicación desde el 25 de mayo de 2018, ha traducido en la práctica este «derecho a la protección», que ha sido reconocido a favor de «toda persona» (y no solo de los ciudadanos de la Unión europea): y ello a pesar del hecho de que, incluso después de la adopción de la Carta de los Derechos de la UE, las instituciones de la UE no pueden adoptar actos de derecho secundario cuyo único o primordial objetivo sea la protección de los derechos fundamentales⁵¹.

En el documento dedicado a delinear la estrategia del Supervisor Europeo de Protección de Datos 2015-2019⁵² se plantea expresamente la idea de una Unión europea que lidera con el ejemplo en el diálogo global sobre protección de datos y privacidad⁵³. La idea básica es que sea necesario, en la era digital,

⁴⁸ Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) publicó en 1980 las «Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data» ya que, por la creciente importancia del procesamiento de datos transfronterizos a nivel económico y social, se consideró como un objetivo vital el establecer una serie de directrices. Ver en <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf>>.

⁴⁹ Ver sobre esto tema específico el largo trabajo de tesis doctoral de Sobrino García, Itziar, *Transferencias de datos personales en las relaciones Unión Europea-Estados Unidos y su incidencia en el sector público español*, en <<https://www.investigacion.biblioteca.uvigo.es/>>.

⁵⁰ M. Burri, R. Schär (2016: 482). Ver también A. Gascón Macén (2021: 209), que resalta como el Reglamento General de Protección de Datos es el modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea.

⁵¹ Ver J. Ziller (2018b: 255).

⁵² El texto completo está disponible en alemán, francés e inglés en el sitio web del SEPD, <www.edps.europa.eu>.

⁵³ Precisamente: «An EU that leads by example in the global dialogue on data protection and privacy in the digital age», en <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/15-07-30_strategy_2015_2019_update_en.pdf>, p. 3.

identificar soluciones políticas interdisciplinarias a los retos que plantean los macrodatos y desarrollar una dimensión ética del tratamiento de los datos personales⁵⁴.

De hecho, como bien subraya la Comisión europea en su primer informe oficial sobre su aplicación (de junio 2020), «El RGPD ha reforzado las salvaguardias de protección de datos, aporta a los particulares derechos adicionales y más sólidos, una mayor transparencia, y garantiza que todos aquellos que tratan datos personales en el ámbito de su aplicación deban rendir más cuentas y tengan una mayor responsabilidad»; así que, a fin de cuentas, «El RGPD es un componente importante del enfoque tecnológico centrado en las personas»⁵⁵.

El RGPD marca un punto de referencia esencial, y no solamente en el marco de la UE. La influencia mundial, hoy, de la perspectiva europea en tema de protección de datos personales parece evidente. Además, también viene de lejos⁵⁶. Como bien subraya Jacques Ziller⁵⁷, es en Alemania, y precisamente en el Estado federado de Hesse, que se aprobó, en 1970, la primera ley sobre la protección de datos personales en los sistemas informatizados; y, a continuación, primero en el Land de Baviera (1972) y luego a nivel federal en Alemania (1977) y en Suécia (1973), Francia (1978), Austria (1978)⁵⁸, etc. El resultado, a principios de los años 2000, era un marco normativo muy fragmentado, que fue exactamente el origen de la decisión de sustituir la Directiva (CE) de 1995⁵⁹ por un Reglamento de la UE (el RGPD).

Entonces, se puede decir, que no es solo a partir de la decisión sobre el asunto del «Escudo de la privacidad» (*Privacy shield*)⁶⁰ que Europa ha estado a la vanguardia en la protección de los datos personales. Desde el principio, Europa siempre ha ido por delante sobre los Estados Unidos en la materia y ha ejercido una influencia cultural y un papel de liderazgo. Hasta el punto de que en la lite-

⁵⁴ Ver el Resumen del Dictamen del SEPD sobre la manipulación en línea y los datos personales (2018/C 233/06), en OJ C 233, 4-7-2018, pp. 8-11.

⁵⁵ COM(2020) 264 final, cit., párr. 1.

⁵⁶ Ver M. G. Losano (1989).

⁵⁷ Ver Ziller, Jacques (2018b: 185). Ver también J. L. Piñar Mañas (2010: 27).

⁵⁸ Ley del Land sobre la protección de datos (Datenschutzgesetz) de 7 de octubre de 1970. Ver J. Ziller (2018b: 255).

⁵⁹ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos., OJ L 281, 23-11-1995, pp. 31-50.

⁶⁰ Como se sabe, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció el 16 de julio de 2020 con la «Sentencia Schrems II» (C-311/18, Data Protection Commissioner y Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems) sobre el régimen de transferencia de datos entre la Unión Europea y los Estados Unidos, invalidando la decisión de adecuación del «Escudo de la Privacidad Unión Europea-Estados Unidos» adoptada en 2016 por la Comisión Europea tras la expiración del «Acuerdo de puerto seguro».

ratura se ha comentado, ya con respecto a la Directiva de 1995, que se trataría de un cuerpo normativo «agresivo», «penetrante»⁶¹ o, en el mejor escenario, de un «mecanismo no coercitivo de globalización jurídica blanda»⁶².

Esta relevante influencia del régimen jurídico europeo de protección de datos⁶³ no es meramente cultural. Depende mucho del hecho de que —como se ha debidamente recordado— «el intercambio de mercancías y servicios entre las dos orillas del Atlántico alcanza un valor de unos dos billones de Euros cada día»⁶⁴: ¡de verdad y con todas las consecuencias⁶⁵!

Es más, la regulación europea está desplegando una influencia muy importante también en algunos países de América Latina y en particular en los países del Mercosur⁶⁶; y esta influencia ha crecido, y crecerá todavía, tras la adopción del RGPD.

4. VER MÁS ALLÁ Y ANTES QUE LOS DEMÁS: EL LIBRO BLANCO Y LA PROPUESTA DE LA LEY DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

A) EL MARCO GENERAL

Las novedades más recientes se refieren al desarrollo de un marco estratégico de la UE basado en los valores de la Unión para ofrecer a los ciudadanos «la confianza necesaria para que acepten las soluciones basadas en la IA, animando al mismo tiempo a las empresas a desarrollarlas y utilizarlas»⁶⁷.

El libro Blanco de 2020⁶⁸ y la propuesta de 2021 de un Reglamento sobre un enfoque europeo respecto a la inteligencia artificial (la Ley de Inteligencia

⁶¹ Ver por todas las referencias bibliográficas: M. D. Birnhack (2008: 508).

⁶² «A non-coercive mechanism of soft legal globalization». Esta es la tesis propugnada, finalmente, por M. D. Birnhack (2008: 508).

⁶³ Señala por ejemplo M. D. Birnhack (2008: 515) que: «A decade after the Directive entered into force, it is time to acknowledge that it has had a wider global impact than thus far acknowledged».

⁶⁴ A. José Morales (2006: 187).

⁶⁵ Ver a este respecto también M. D. Birnhack (2008: 508).

⁶⁶ Ver D. Doneda, M. Viola De Azevedo Cunha, Mario (2010: 365) y la literatura estadounidense a la que se refiere. Ver también, con respecto sobre todo sobre al caso específico de Argentina, J. Ziller (2018b: 255), así como varios capítulos el volumen «Protección de Datos Personales. Compendio de lecturas y legislación», México, Tiro Corto Editores, que se puede descargar en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5669/31.pdf>>.

⁶⁷ Ver en la páginas del sitio Web de la Comisión europea dedicadas a las estrategias de la Unión europea 2019-2024.

⁶⁸ Ver Comisión Europea, Libro Blanco sobre la inteligencia artificial, un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 19-2-2020, COM(2020) 65 final.

Artificial)⁶⁹ tienen como objetivo de garantizar la seguridad y los derechos fundamentales de las personas y las empresas, reforzando al mismo tiempo la inversión y la innovación en todos los países de la UE. Se trata de poner en práctica principios característicos del enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza.

Es muy importante precisar, que la base jurídica de la propuesta de Ley de Inteligencia Artificial es el artículo 114 TFUE, que trata de la adopción de medidas para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

Se trata, en efecto, de evitar la fragmentación del mercado único⁷⁰, pues parece evidente que un tratamiento jurídico individual por cada Estado resultaría ser una solución claramente insuficiente y parcial. Entre otras consecuencias, conduciría inevitablemente las empresas a trasladarse a aquellos países que actuarían a modo de paraísos fiscales para la IA⁷¹.

Ya solamente por eso, parece justificada la necesidad de adoptar una regulación unitaria al nivel de la Unión Europea. Y, además, se trata también de no obviar la peligrosa ideología del transhumanismo y sus catastróficas consecuencias⁷².

La regulación del uso de la Inteligencia Artificial se caracteriza, de un lado, como una limitación a los excesos de esta nueva ideología y, del otro lado, como una oportunidad de ajustarla a un uso correcto y respetuoso de los valores y derechos fundamentales de la Unión europea, empezando por el respeto de dignidad de la persona humana⁷³.

Es decir, que el enfoque es antropocéntrico y, por consiguiente, se reivindica la supervisión y el control humano de los sistemas de IA⁷⁴.

⁶⁹ Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, 21-4-2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD).

⁷⁰ Ver en el mismo sentido E. Gamero Casado (2021: 271).

⁷¹ Ver López Oneto (2020: 20).

⁷² Ver, entre tantos, J.-G. Ganascia (2017).

⁷³ Ver C. Colapietro (2022: 1); P. A. De Miguel Asensio (2021: 1).

⁷⁴ Ver E. Gamero Casado (2021: 272); L. Cotino Hueso, J. A. Castillo, I. Salazar, R. Benjamins, M. Cumbreiras M. Esteban (2021).

B) LOS PROBLEMAS ESPECÍFICOS RELACIONADOS CON EL USO DE LA IA EN LAS ACTIVIDADES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES UE SOBRE EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN

Este último aspecto de la cuestión resulta esencial cuando se pasa a tratar el tema del uso de la IA en la actividad de las Administraciones públicas, porque es precisamente en este contexto específico donde la supervisión y el control humano de los sistemas de IA me parecen imprescindibles y fundamentales⁷⁵.

Por el momento, un solo documento alude expresamente a esto haciendo referencia al artículo 41 de la Carta UE. Me refiero a las conclusiones de la Presidencia (alemana) del Consejo de la Unión Europea de 21 de octubre de 2020, donde se declara que: «Reconocemos el potencial que tienen las tecnologías digitales, en particular las aplicaciones de inteligencia artificial, para mejorar la protección del derecho a una buena administración, el derecho de acceso a los documentos y el derecho de petición»⁷⁶. En el mismo documento se precisa, también, que «las tecnologías digitales, incluida la inteligencia artificial» pueden hacer «más fácil y eficaz la participación pública, ampliando el acceso a los servicios públicos, facilitando la documentación de los casos de violaciones y abusos de los derechos fundamentales»⁷⁷.

La Comisión europea, por su parte, ya en la Comunicación de 2010, Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica, especificaba expresamente que: «En un momento en que los recursos públicos se ven severamente limitados, las TIC pueden ayudar al sector público a crear formas innovadoras de prestar sus servicios a los ciudadanos, al tiempo que potencian la eficiencia y contienen los costes»⁷⁸. Luego reafirma el concepto en la Comunicación de 2016 sobre el Plan de acción de la UE para la administración electrónica 2016-2020, en el cual precisa que «la administración electrónica simplifica los procesos administrativos, mejora la calidad de los servicios y aumenta la eficiencia interna del sector público»; y que: «Los planes de acción sobre administración electrónica han constituido instrumentos políticos pensados para

⁷⁵ Ver D.-U. Galetta, J. G. Corvalan (2019: 1); D.-U. Galetta (2019: 171).

⁷⁶ Consejo de la Unión Europea, Conclusiones de la Presidencia de 21 de octubre de 2020, La Carta de los Derechos Fundamentales en el contexto de la inteligencia artificial y el cambio digital, en <<https://data.consilium.europa.eu>>, pág. 25.

⁷⁷ Conclusiones de la Presidencia de 21 de octubre de 2020, cit., pág. 15.

⁷⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015. Aprovechamiento de las TIC para promover una Administración pública inteligente, sostenible e innovadora, COM/2010/0743 final.

avanzar en la modernización de las Administraciones públicas en toda la Unión Europea»⁷⁹.

Es decir, que en el ámbito de la Unión europea la atención se centra sobre todo en el potencial de la IA (y de las TIC en general) y menos en sus riesgos, cuando se trata de hablar de sus aplicaciones en el sector público.

En este sentido, también el enfoque del RGPD va en esta dirección. En efecto, a pesar de que el artículo 22, apartado 1, prevé que: «Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar», en las explicaciones elaboradas por el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29 se precisa que el artículo 6, apartado 1, letra e), «podría ser una base adecuada para la elaboración de perfiles en el sector público en determinadas circunstancias» a condición que la tarea o función tenga «una clara base jurídica»⁸⁰.

Todavía es necesario también tener en cuenta, que en el artículo 22, apartado 3, RGPD se especifica que, aunque sea admisible un tratamiento automatizado, «En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión»⁸¹. Al mismo tiempo, en las explicaciones elaboradas por el Grupo de Trabajo del artículo 29 se precisa que: «En todos los casos, los interesados deben contar con suficiente información sobre el uso y las consecuencias previstos del tratamiento para garantizar que cualquier consentimiento que den constituya una elección informada»⁸².

⁷⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020. Acelerar la transformación digital de la administración, Doc. COM(2016) 179 final. Ver al respecto D.-U. Galetta (2022a: 182).

⁸⁰ Ver el documento del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, 17/ES WP251rev. 01, <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051>, p. 15.

⁸¹ Ver también el considerando 71 del RGPD: «En cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación y a impugnar la decisión».

⁸² Documento del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, cit., p. 14. De un análisis reciente sobre el contencioso jurisdiccional en los Estados miembros de la UE resulta también que, muy frecuentemente, el mero hecho que el consentimiento no fue suficientemente informado ha llevado el juez a calificar de ilegítimo el tratamiento automatizado. Ver S. Barros Vale, G. Zanfir-Fortuna, Gabriela (2022: 48).

A mi juicio, todo este complejo conjunto de normas solo puede implicar que, además de la cuestión de la existencia de una base jurídica para el tratamiento automatizado de la parte de las Administraciones públicas⁸³ —e incluso cuando hay un «consentimiento explícito del interesado»⁸⁴ que sea válido para facilitar una decisión automatizada⁸⁵— las Administraciones públicas tienen en todo los casos que mantener el respeto a las garantías derivadas del derecho a una buena administración del artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea⁸⁶. Derecho a una buena administración que incluye, en particular, el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte; la obligación que incumbe a la Administración de siempre motivar sus decisiones⁸⁷, y a fortiori cuando se trata de decisiones individuales automatizadas.

Si los datos y la información son la base de las decisiones tomadas por cualquier persona, por cierto, «la historia del régimen y empleo de los documentos y expedientes por la Administración es, al fin y al cabo, la historia del poder del Estado, tal y como lo entendemos»⁸⁸.

Me parece entonces de importancia crucial —en el contexto del procedimiento administrativo y de la relación con el «poder administrativo» que el procedimiento administrativo tiene por objeto disciplinar— que la Unión europea mantenga el enfoque moderno y garantista del artículo 41 de la Carta UE hacia los ciudadanos y toda persona⁸⁹, también (y tal vez sobre todo) en un contexto de administración «digitalizada».

⁸³ Ver el artículo 6 apartado 1, letra e), en virtud del cual el tratamiento es lecito cuando «es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento».

⁸⁴ Es decir cuasi siempre, como dar el consentimiento es en la mayoría de los casos necesario para poder acceder al servicio prestado si se trata de una Administración pública.

⁸⁵ Ver Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679 WP259, 28 de noviembre de 2017, <http://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051>.

⁸⁶ Ver D.-U. Galetta (2020a: 85), D.-U. Galetta (2020b: 501).

⁸⁷ Ver, para más información, D.-U. Galetta (2005: 819).

⁸⁸ R. Rivero Ortega (2008: 41).

⁸⁹ La disposición sobre el derecho a una buena administración está en el Capítulo V de la Carta de los derechos UE, dedicado a la «ciudadanía». No obstante e significativamente, el derecho a una buena administración se reconoce en favor no sólo de los ciudadanos, sino de «toda persona».

5. LAS CRISIS COMO OCASIÓN DE RELANZAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Recientemente, un observador muy atento llamó la atención sobre el hecho de que, si los Estados miembros de la UE debaten y se enfrentan entre sí, eso es para buscar conjuntamente una solución y que esto «es precisamente para lo que Europa está»; y lamentó el hecho de que, todavía, el mensaje que se divulga especialmente por las prensas nacionales es, al contrario, solamente de contenido negativo: el de un desacuerdo permanente entre los gobiernos de los Estados miembros⁹⁰.

Además, no hay dudas de que la principal condición para el éxito del relanzamiento del papel de la Unión es su cohesión interna. Como bien se subraya en el documento final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa: «Esta Conferencia puede suponer los cimientos de la creación de una Europa más unida y políticamente cohesionada. Todo ello se reduce a una palabra: Unión. No podemos calificarnos así si no logramos la colaboración de la que esta Conferencia ha hecho gala»⁹¹.

Resulta evidente que la unidad de propósito es la única manera de impulsar una Unión Europea capaz de prosperar y renovar su liderazgo en un mundo donde el multilateralismo y la política de poder parecen haber encontrado nueva fuerza⁹². Así que los Gobiernos de los Estados miembros, que con demasiada frecuencia han preferido anteponer los intereses nacionales a los comunes y servir a sus objetivos políticos internos⁹³, deberán intensificar sus esfuerzos, tan como lo hicieron —y con indudable éxito— durante la pandemia de COVID-19⁹⁴.

De hecho, la propuesta número 21 del informe final de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (2021-2022), «Toma de decisiones y cohesión en la Unión», tiene como objetivo «que la UE mejore su capacidad para tomar decisiones rápidas y efectivas, sobre todo en el ámbito de la política exterior y de seguridad común (PESC), hablando con una sola voz y actuando como un verdadero actor mundial⁹⁵, proyectando un papel positivo en el mundo y marcando la diferencia en respuesta a cualquier crisis»⁹⁶.

⁹⁰ Ver G. Vilella (2022).

⁹¹ Así en: Conferencia sobre el Futuro de Europa, Informe sobre el resultado final, mayo de 2022, que se puede descargar en <<https://futureu.europa.eu/es/pages/reporting?format=html&locale=es>>, p. 39.

⁹² Estoy totalmente de acuerdo con lo que dice Mercedes Fuertes en el epílogo de su libro, refiriéndose a los eventos más recientes (la invasión de Ucrania): M. Fuertes (2022: 239).

⁹³ En el mismo sentido ver M. Fuertes (2022: 223).

⁹⁴ Ver en el precedente párrafo 2.

⁹⁵ Ver S. Gstöhl (2020: 503) para algunas reflexiones interesantes sobre la posición del UK como «actor internacional» después de la Brexit.

⁹⁶ Conferencia sobre el Futuro de Europa, Informe sobre el resultado final, cit., p. 64.

Desatender ese objetivo, considerar otra alternativa, me parece bastante desolador. Supondría un declive imparable de la Unión Europea.

Por cierto, como se subraya en el documento ya mencionado de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, en el futuro la UE tendrá también que ser «más asertiva y asumir un papel de liderazgo mundial en la promoción de sus valores y normas en un mundo cada vez más turbulento»⁹⁷.

Y sobre este último punto, no hay que olvidar que las turbulencias y las crisis son, tanto para los individuos como para las estructuras sociales de las que ellos forman parte, un elemento importante y que permite avanzar de una manera que de otro modo no se haría⁹⁸.

No por casualidad el término griego «crisis» (*krinein*⁹⁹) significa «decidir», «juzgar» y, en un sentido más amplio, indica la idea de una «posibilidad de elección»¹⁰⁰.

Esto ya lo había puesto de manifiesto uno de los más importantes Padres fundadores de la Unión Europea, Jean Monnet, que en sus Memorias subraya que: «Como siempre, la sabiduría y las reformas sólo se produjeron después de grandes dificultades»; y, a la pregunta si medidas adoptadas antes habrían evitado la gran crisis, responde que: «Hacer esta pregunta es ignorar que los hombres aceptan el cambio solo en la necesidad y ven la necesidad solo en la crisis»¹⁰¹.

Jean Monnet estaba en efecto totalmente convencido, de que: «Europa se haría en las crisis, y que sería la suma de las soluciones que se aportarían a estas crisis»¹⁰².

⁹⁷ Conferencia sobre el Futuro de Europa, Informe sobre el resultado final, cit., p. 93. En el Informe se afirma también que: «Europa puede y debe ayudar a los Estados miembros a fortalecer sus democracias. Porque predicando con el ejemplo y apoyando los esfuerzos de terceros países en pos de la democracia, nos protegemos nosotros», p. 129. Ver también B. Rosamond (2005: 436).

⁹⁸ Ver, entre otros, S. Mangiameli (2020: 66) sobre la respuesta a la crisis sanitaria como vía para reanudar el proceso de integración europea.

⁹⁹ Ver en el *Dizionario Greco Antico Olivetti* (2015), <<https://www.grecoantico.com>>.

¹⁰⁰ Ver en J. A. Hernández Guerrero (2014: 110), que señala también como «la crisis es uno de los rasgos característicos de nuestro mundo actual».

¹⁰¹ «Comme toujours, la sagesse et les réformes n'intervinrent qu'au terme de grandes difficultés. Des mesures si simples, prises plus tôt, eussent-elles évité la grande crise? Poser cette question, c'est ignorer que les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ils ne voient la nécessité que dans la crise». J. Monnet (1976: 129), a propósito del New Deal después de la crisis de 1929.

¹⁰² «J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises. Avec le recul, je doute pour ma part que ce résultat eût été atteint sans l'autorité politique européenne que constituait le Comité d'action». J. Monnet (1976: 488), a propósito de la Création par Monnet du «Comité d'Action pour les Etats-Unis d'Europe».

Por lo tanto —y para conectarme con lo que ya he dicho en la introducción— concluyo diciendo que comparto plenamente el pensamiento y las palabras de Jean Monnet. Estoy convencida de que la Unión europea, gracias a las recientes crisis, será capaz de hacer nuevos progresos: y no solo en cuanto actor protagonista en el tablero mundial, pero también en su función de protagonista mundial «bueno».

BIBLIOGRAFÍA

- Barros Vale, S. y Zanfir-Fortuna, G. (2022): *Automated Decision-Making Under the GDPR: Practical Cases from Courts and Data Protection Authorities*, Future of Privacy Forum Research Report, en <<https://fpf.org/wp-content/uploads/2022/05/FPF-ADM-Report-R2-singles.pdf>>.
- Birnhack, M. D. (2008): «The EU Data Protection Directive: An Engine of a Global Regime», en *Computer Law & Security Report*, núm. 24(6), pp. 508-520.
- Burri, M. y Schär, R. (2016): «The Reform of the EU Data Protection Framework: Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy», en *Journal of Information Policy*, núm. 6, pp. 479-511.
- Carullo, G. y Provenzano, P. (2020): *Le Regioni alla prova della pandemia da COVID-19*, Collana CERIDAP, Napoli, Editoriale Scientifica, vol. 1, 370 pp.; vol. 2, 406 pp.
- Cerruti, T. (2021): «Il certificato digitale europeo tra luci e ombre», en Ilaria Anrò, G. B. (ed.), *La strategia di vaccinazione anti COVID-19 nell'Unione europea. Profili istituzionali e riflessi sulla libertà di circolazione*, núm. especial Eurojus (<www.eurojus.it>), pp. 17-35
- Colapietro, C. (2022): «La Proposta di Artificial Intelligence Act: quali prospettive per l'Amministrazione digitale?», en *CERIDAP*, núm. monográfico 1/2022 (Public Administration facing the challenges of digitalization), <<https://ceridap.eu>>, pp. 1-24.
- Cotino Hueso, L., Castillo, J. A., Salazar, I., Benjamins, R., Cumbreiras, M. y Esteban, A. M.^a (2021): «Un análisis crítico constructivo de la Propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas sobre la Inteligencia Artificial (Artificial Intelligence Act)», en *Diario La Ley*, 2 de julio de 2021, Wolters Kluwer, acceso completo en <<https://links.uv.es/2FK3xc4>>.
- Cremona, M. (2004): «The Union as a global actor: Roles, models and identity», en *Common Market Law Review*, núm. 41, pp. 553-573.
- De Miguel Asensio, P. A. (2021): «Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial», en *La Ley Unión Europea*, núm. 92, pp. 1-8
- Doneda, D. y Viola De Azevedo Cunha, M. (2010): «Data protection as a trade resource in Mercosur: a data protection framework as an integrative tool», en M. Tosca-

- no, F. Filho y L. Lixinski (ed.), *The Law of Mercosur*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 365-386.
- Fahey, E. y Mancini, I. (2022): *Understanding the EU as a good global actor. Ambitions, Values and Metrics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 314 pp.
- Ferrara, R. (2020): *L'ordinamento della sanità*, Torino, Giappichelli, 2.^a ed., 359 pp.
- Ferrera, M. y Zincone, G. (1986): *La salute che noi pensiamo: domanda sanitaria e politiche pubbliche in Italia*, Bologna, Il Mulino, 236 pp.
- Fuertes, M. (2022): *Metamorfosis del Estado. Maremoto digital y ciberseguridad*, Madrid, Marcial Pons, 240 pp.
- Fuertes, M. y Sosa Wagner, F. (2011): *Bancarotta del estado y Europa como contexto*, Madrid, Marcial Pons, 176 pp.
- Galetta, D.-U. (2005): «Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005/3, pp. 819-857.
- (2019): «Public Administration in the Era of Database and Information Exchange Networks: Empowering Administrative Power or Just Better Serving the Citizens?», en *European Public Law*, núm. 25(2), pp. 171-182.
 - (2020a): Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT), en R. Cavallo Perin y D.-U. Galetta (ed.), *Il diritto dell'Amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, pp. 85-117.
 - (2020b): «Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia», en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, núm. 4, pp. 501-516.
 - (2022a): «Derechos y garantías concretas respecto del uso por los poderes públicos de decisiones automatizadas e Inteligencia Artificial: la importancia de las garantías en el procedimiento administrativo», en L. Cotino Hueso y M. Bauzá Reilly (ed.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2022, pp. 181-203.
 - (2022b): «El derecho a una buena administración en un entorno de Administración pública digital. Reflexiones a partir del ejemplo de Italia», en A. A. Martino (ed.), *De Luis XIV al Estado inteligente*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2022, pp. 48-56.
- Galetta, D.-U. y Carullo, G. (2022): «Using Technology to support Administrations in controlling the SARS-CoV-2 Pandemic», en I. Lipowicz y G. Szpor (ed.), *Instruments of Public Law. Digital Transformation during the Pandemic*, London, Routledge, 2022, pp. 71-85.
- Galetta, D.-U. y Corvalán, J. G. (2019): «Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto», en *Federalismi.it* (<<http://www.federalismi.it>>), núm. 6, pp. 1-23.

- Gamero Casado, E. (2021): «El enfoque europeo de Inteligencia Artificial», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20, pp. 268-289.
- Ganascia, J.-G. (2017): *Le Mythe de la Singularité. Faut-il craindre l'intelligence artificielle?*, Paris, Seuil, 144 pp.
- Gascón Macén, A. (2021): «El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea», en *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 13(2), pp. 209-232.
- Graef, I. y Van der Sloot, B. (2022): «Collective Data Harms at the Crossroads of Data Protection and Competition Law: Moving Beyond Individual Empowerment», en *European Business Law Review*, núm. 4, pp. 513-536.
- Gstöhl, S. (2020): «The EU After Brexit: A Weaker or Stronger International Actor?», en *European Foreign Affairs Review*, núm. 4, pp. 503-522.
- Hernández Guerrero, J. A. (2014): *Las Palabras de moda*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en <<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc-q25s2>>, pp. 367.
- Iliopoulou-Penot, A. (2022): «The construction of a European digital citizenship in the case law of the Court of Justice of the EU», en *Common Market Law Review*, núm. 59, pp. 969-1006.
- Losano, M. G. (1989), *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 213 pp.
- Mangiameli, S. (2020): «COVID-19 and European Union. The answer to the Health crisis as a way for resuming the process of European Integration», en *Humanities and rights global network journal*, núm. 2, pp. 66-116.
- Monnet, J. (1976): *Mémoires*, Paris, Fayard, 642 pp.
- Montani, G. (2010): «Lo Stato sovranazionale. Ordine cooperativo e ordine coercitivo nell'esperienza europea», en *Il Politico*, núm. 2, pp. 27-51.
- Morales, J. A. (2006): «Las relaciones de la Unión Europea con los Estados Unidos y Rusia. Situación actual y perspectivas», en *Cuadernos de estrategia*, pp. 179-220.
- López Oneto, M. (2020): *Fundamentos para un Derecho de la inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 326 pp.
- Medina Vásquez, J., Becerra, S. y Castaño, P. (2014): *Prospectiva y política pública para el cambio estructural en América Latina y el Caribe*, Libros de la CEPAL, núm. 129 (LC/G.2622-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 332 pp.
- Pawlak, P. (2019): «The EU's Role in Shaping the Cyber Regime Complex», en *European Foreign Affairs Review*, núm. 2, pp. 167-186.
- Piñar Mañas, J. L. (2010): «¿Existe privacidad?» (Lección magistral impartida en la Apertura Solemne del Curso Académico en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid en 2008), en *Protección de Datos Personales. Compendio de lecturas y legislación*, México, Tiro Corto Editores, pp. 15-55.

- Rieker, P. (2021): «Differentiated Integration and Europe's Global Role: A Conceptual Framework», en *European Foreign Affairs Review*, núm. especial, pp. 1-14.
- Rivero Ortega, R. (2008), *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónico*, 2.^a ed., Pamplona, Thomson Aranzadi, 2.^a ed., 256 pp.
- Rosamond, B. (2005): «Conceptualizing the EU model of governance in EU politics», en *European Foreign Affairs Review*, núm. 10, pp. 463-478.
- Sciortino, A. (2016): «Governance economica europea e parlamenti nazionali», en F. Lanchester (ed.), *Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello* Milano: Giuffrè, pp. 199-228.
- Veil, W. (2018): «Die Datenschutz-Grundverordnung: des Kaisers neue Kleider. Zu den Strukturdefiziten des alten wie des neuen Datenschutzrechts», en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, núm. 10, pp. 686-696.
- Villella, G. (2022): «Challenges and opportunities for the European Union: a step forward», en *CERIDAP*, núm. 4 (<<https://ceridap.eu/>>).
- Ziller, J. (2018a): «Rapport introductif L'intégration européenne dans l'océan Indien: une puissance commerciale au service du développement», en D. Blanc y J. Dupont-Lassale (ed.), *L'Union européenne, modèle de puissance ou puissance modèle dans l'océan Indien?*, Paris, Clément Juglar, pp. 19-34.
- Ziller, J. (2018b), «L'accréditation des régimes de protection des données informatiques des pays tiers par l'Union européenne: le cas de l'Argentine», en F. Orlando Sorto (ed.), *O pensamento juridico entre Europa e América. Estudos em Homenagem ao Professor Mario G. Losano*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, pp. 255-282.

REFLEXIONES SOBRE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES EN SU VIGÉSIMO ANIVERSARIO

Germán Fernández Farreres

SUMARIO: 1. Una puntualización previa. 2. La ausencia de una regulación general de la actividad administrativa subvencional hasta la aprobación de la Ley General de Subvenciones de 2003. 3. Consecuencias en la jurisprudencia y en la doctrina. 4. La trascendencia de la aprobación de la Ley General de Subvenciones y su reglamento. 5. Características generales de la Ley General de Subvenciones. 6. Algunos extremos de la regulación vigente que ya se han corregido y otros pendientes de rectificación. A) La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley General de Subvenciones. B) Los procedimientos de concesión de subvenciones. C) El procedimiento de reintegro. 7. Consideración final. Bibliografía.

RESUMEN: En el presente estudio se procede a una valoración general de lo que, tras veinte años de vigencia, ha supuesto la Ley General de Subvenciones de 2003 para la racionalización de una parcela del actuar de las Administraciones Públicas de creciente importancia. Complementariamente se señalan algunas cuestiones concretas de la actual regulación que aún podrían y deberían ser mejoradas.

PALABRAS CLAVE: Ley General de Subvenciones de 2003; subvenciones; ayudas públicas; procedimiento de concesión de subvenciones; reintegro de subvenciones; fondos NGUE.

ABSTRACT: In the present study we proceed to a general assessment of what, after twenty years of validity, the General Subsidies Law of 2003 has meant for the rationalization of a portion of the actions of the Public Administrations of

increasing importance. In addition, some specific issues of the current regulation that could and should still be improved are pointed out.

KEY WORDS: General Law on Subsidies of 2003; subsidies; public aid; subsidy award procedure; reimbursement of subsidies; NGUE funds.

1. UNA PUNTUALIZACIÓN PREVIA

En el Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo de 2012, una de las sesiones estuvo dedicada a la cuestión que nos va a ocupar en las programadas para este año. Lo fue, sin embargo, de manera muy parcial y limitada, al quedar referida a la problemática específica de las «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis». Y, además, se ciñó a una sola ponencia que, por lo demás, tuvo el grato encargo de preparar y exponer¹.

En esta ocasión, dado que a final de año se cumplirán veinte años de vigencia de la Ley General de Subvenciones (en adelante, LGS), la Junta Directiva ha considerado conveniente dedicar las Jornadas a un análisis global y de conjunto del marco normativo regulador de la actividad administrativa consistente en el establecimiento y otorgamiento de subvenciones. Un completo y exhaustivo elenco de cuestiones a analizar, lo que inevitablemente condiciona o limita el objeto y contenido de esta ponencia. Como su propio título indica, trataré de formular algunas consideraciones, a modo de balance general, sobre lo que, tras veinte años de vigencia, ha supuesto la LGS para la racionalización de una cada vez más importante, y delicada, parcela del actuar de las Administraciones Públicas. Sin perjuicio de que complementariamente se apunten algunas cuestiones o aspectos concretos de la actual regulación que, a mi juicio, aún podrían y deberían ser mejorados, no otro es el objetivo de las consideraciones que paso seguidamente a exponer.

2. LA AUSENCIA DE UNA REGULACIÓN GENERAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SUBVENCIONAL HASTA LA APROBACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES DE 2003

Hasta la aprobación de la LGS, el Derecho español no dispuso de una normativa que, siendo de aplicación general, disciplinara de manera completa y global este tipo o modalidad de acción administrativa. Aunque la actividad subvencional de las Administraciones Públicas tuvo un notable desarrollo

¹ Véase Fernández Farreres (2012).

desde mediados del siglo XIX, sobre todo con la llamada legislación de fomento del ferrocarril y obras públicas², por sorprendente que parezca ese desarrollo se produjo sin que el legislador hubiera establecido un marco regulatorio general que enmarcara los requisitos y condiciones de su ejercicio y, por tanto, sus límites.

Sólo con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 se fijaron, por vez primera, algunas reglas generales que, aun cuando supusieron cierto avance, de todo punto fueron insuficientes.

Ahí quedó la cosa hasta que treinta años más tarde, se aprobó la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, si bien puede afirmarse que se trató de una regulación sectorial de muy limitado alcance y de muy escasa significación.

Hubo que esperar hasta principios de la década de los años noventa para que la anómala situación en la que se venía desarrollando la acción administrativa consistente en el otorgamiento de subvenciones, al carecer prácticamente de toda ordenación jurídica, comenzara a ser objeto de algunas correcciones.

Los artículos 81 y 82 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 23 de septiembre de 1988 establecieron, en efecto, unas cuantas reglas que poco más tarde fueron reajustadas por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (artículo 16.3), y la posterior Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (artículo 135.3).

Lo más destacable de su contenido fue la declaración de que las subvenciones habrían de otorgarse «bajo los principios de publicidad, concurrencia y objetividad», razón por la cual, previo a su otorgamiento, deberían dictarse las oportunas bases reguladoras aprobadas por Orden Ministerial y publicadas en el Boletín Oficial del Estado. Asimismo, entre otros extremos, se dispuso que en las bases se tendría que precisar la forma de concesión u otorgamiento, aunque el artículo 86.1 no dejó de puntualizar que el principio de concurrencia se observaría cuando «la finalidad o naturaleza de la subvención así lo exija» y todo ello sin perjuicio de que esa concurrencia también quebraría cuando se tratase de subvenciones de asignación nominativa en los Presupuestos Generales del Estado. Por último, se estableció que en los casos de incumplimiento de los fines y condiciones con que se hubiera otorgado la subvención, procedería el reintegro de las cantidades percibidas, sin perjuicio de tipificar una serie de infracciones administrativas y sus correspondientes sanciones (artículo 82).

² Para una visión de conjunto de la evolución y desarrollo de la actividad administrativa estableciendo y otorgando subvenciones y otras ayudas económicas a lo largo del siglo XIX y primera mitad del XX, véase el minucioso y documentado estudio de Villar Palasi (1954).

Debo recordar, en fin, que como complemento de estas pocas reglas, el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, aprobó el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas. Pero su ámbito de aplicación quedó formalmente circunscrito a las ayudas económicas estatales que se otorgaran en régimen de concurrencia competitiva y su regulación resultó ser, asimismo, tan parca como defectuosa.

Así pues, aunque la situación algo mejoró, avanzada la década de los años noventa se carecía de un marco normativo aceptable. El reto de lograr una adecuada «juridificación» de la actividad administrativa consistente en el otorgamiento de subvenciones y una amplia variedad de ayudas económicas —que, por otra parte, estaba experimentando una creciente expansión—, aún seguía pendiente.

Por otra parte, también hubo que esperar a la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, de reforma del Código Penal, para que se introdujese específicamente en nuestro ordenamiento la tipificación delictiva de la obtención fraudulenta de subvenciones públicas y del disfrute fraudulento de subvenciones lícitamente obtenidas (artículo 350), lo que, tras las sucesivas reformas del Código Penal en 2003, 2010, 2012 y 2019, ha llevado a que el artículo 308 tipifique ahora con mucha más minuciosidad los referidos delitos.

Resta añadir que, si atendemos ahora a la incidencia de las subvenciones y ayudas a las actividades económicas en la competencia, hasta 1989 no se previó que el entonces Tribunal de Defensa de la Competencia pudiera conocer de la compatibilidad de dichas ayudas con la garantía de un mercado único y competitivo³. Y, sin embargo, desde el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea en 1986, esas ayudas, por imperativo del Derecho Comunitario, sólo podían preverse y otorgarse de manera limitada. Por consiguiente, era preciso establecer los oportunos mecanismos de control del ejercicio por las Administraciones Públicas de la facultad de otorgar subvenciones y ayudas dada su incidencia en la competencia y en la propia unidad del mercado, y no sólo desde la consideración comunitaria, sino también de la unidad del mercado nacional, dado el desarrollo que ya en esas fechas había experimentado el nuevo Estado autonómico.

Pues bien, la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989 no dio la respuesta que se necesitaba. Simplemente por guardar las apariencias, se limitó a prever la posibilidad de que el Tribunal examinase y se pronunciase sobre la incidencia de las ayudas en la competencia cuando así fuese requerido por el Ministro de Economía y Hacienda, sin que, por lo demás, el dicta-

³ Con arreglo a la vieja Ley 110/1963, de 30 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, las ayudas públicas quedaron al margen de la esfera de intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia.

men del Tribunal fuese vinculante (artículo 19). En definitiva, una regulación insuficiente y en verdad criticable, que, no obstante, la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ha mantenido en lo fundamental.

3. CONSECUENCIAS EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA DOCTRINA

La deficiente situación normativa que acabo de recordar tuvo importantes consecuencias. La jurisprudencia se enfrentó a notables limitaciones a la hora de tener que enjuiciar la legalidad de las decisiones administrativas relativas a este tipo de acción. La discrecionalidad administrativa, fruto de la ausencia de una regulación suficiente, determinó que el control judicial de la actividad administrativa subvencional —en las, por lo demás, escasas ocasiones en las que su intervención fue reclamada— apenas fuese efectivo.

Por otro lado, también supuso que la atención doctrinal dispensada a este tipo de actividad administrativa fuera muy escasa. Si en Alemania, Italia o Francia, ya desde los años cincuenta del siglo pasado el interés por la acción administrativa dispensadora de subvenciones y ayudas había dado lugar a la aparición de importantes contribuciones⁴, entre nosotros hubo que esperar a la década de los años ochenta para que comenzaran a aparecer algunos estudios monográficos de cierta entidad⁵, reclamando con ello también la necesidad de ampliar el horizonte en la temática y problemática que de manera generalizada venía ocupando la atención de la doctrina. Una atención centrada ante todo en la actividad administrativa ordenadora —y limitativa— de las actividades privadas y en el control de la acción administrativa «desfavorable», de «gravamen», «limitativa» o «restrictiva» de derechos —por tanto, la convencionalmente denominada actividad de policía—, mientras que la actividad «favorable» apenas preocupaba y de ahí que acampara poco menos que extramuros del Derecho Administrativo⁶.

⁴ En Alemania, entre otros muchos más, pueden recordarse los estudios de Ipsen (1956), Stern (1960: 519 y ss.), Zacher (1967: 308 y ss.), Kirchhoff (1973), y, algo más tarde, el de Henke (1979). En Italia, la importante obra, en dos tomos, de G. Pericu (1967 y 1971). Y también en Francia, los estudios de Boulois (1951), y de Scheuing (1974). Una relación más amplia y detallada de las aportaciones en la doctrina comparada puede verse en Fernández Farreres (1983: 807-840), y en el de Sesma Sánchez (1998, pp. 757-808).

⁵ Véase Fernández Farreres (1983). Poco después, la monografía de Díaz-Lema (1985) y, sobre todo, aunque ya algo más tarde, la de Sesma Sánchez (1998), obra de gran valor en la que, además, se presta una especial atención a la perspectiva más propia del Derecho Financiero.

⁶ No puede olvidarse que, en su objetivo central, el Derecho Administrativo a lo largo del siglo XIX y toda la primera mitad del siglo XX se centró prioritariamente en la relación autoridad-libertad, tratando de acotar aquélla en defensa y garantía de ésta, con marginación o muy escasa atención, por tanto, a la acción pública no restrictiva de la libertad individual. El carácter garantista del Derecho Administrativo llevó, en efecto, a una notable despreocupación por las

4. LA TRASCENDENCIA DE LA APROBACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y SU REGLAMENTO

Dado el desolador panorama que se acaba de describir, fácilmente se explica la trascendencia de la LGS, y del complementario Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. El nuevo marco normativo ha determinado, sin duda alguna, un importante y decisivo avance en el encuadramiento jurídico —en la «juridificación», podría decirse— de un tipo de actividad administrativa caracterizada ante todo por un amplísimo grado de discrecionalidad, sin parangón alguno en cualesquiera otros ámbitos de la actividad administrativa. Una discrecionalidad potenciada al máximo por la pasividad del legislador, pues, como bien se ha dicho, «el juez administrativo no puede llegar donde el Derecho no llega, y allí donde puede llegar la extensión e intensidad de su control depende esencialmente de la Ley»⁷.

De este modo, tras su aprobación, las decisiones judiciales pronto comenzaron a abundar, tanto en el orden contencioso-administrativo como en el penal⁸, dando lugar a la consolidación de un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre diversos aspectos del régimen jurídico de las subvenciones. Tal es el caso, sin ánimo de exhaustividad, de los siguientes: la caracterización general de la subvención⁹ y su diferenciación respecto de otras figuras¹⁰; la trascendencia del Plan Estratégico, que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 8 LGS y 10 a 15 RGS, como regla debe ser aprobado con carácter previo al establecimiento de toda subvención¹¹; la naturaleza jurídica de las

acciones públicas que benefician o favorecen a los ciudadanos y, entre ellas, claro es, las que se traducen en el otorgamiento de ayudas y beneficios económicos. Sólo a partir de avanzada ya la segunda mitad del pasado siglo y hasta hoy, aunque sin abandonar esa perspectiva de permanente tensión entre autoridad y libertad, el progresivo asentamiento de una Administración prestacional ha evidenciado la necesidad de expandir las técnicas de control y de garantía de los derechos individuales y colectivos frente a las nuevas formas de hacer y actuar del poder público. Y entre ellas, naturalmente, a la creciente acción administrativa otorgando subvenciones y ayudas económicas.

⁷ Véase Fernández Rodríguez (2011: 26): «Es el legislador, no los jueces, quien puede —y debe— reducir el poder discrecional, porque a los jueces no les es dado otra cosa que controlar si el poder concedido por la Ley ha sido correctamente ejercido, esto es, si lo ha sido dentro de los límites establecidos por aquella y si la decisión adoptada ha sido debidamente justificada».

⁸ Por ejemplo, entre las más recientes, la importante STS (Sala Segunda) de 13 de septiembre de 2022 (rec. cas. 601/2022), en el asunto de los ERES de la Junta de Andalucía.

⁹ Pueden verse las SSTS de 10 de julio de 2018, rec. 1555/2016, y de 25 de mayo de 2021, rec. 7295/2018.

¹⁰ Véanse SSTS de 13 de abril de 2013, rec. 6015/2009, y de 2 de julio de 2018, rec. 1149/2017.

¹¹ A este respecto, SSTS de 26 de junio de 2012, rec. 4271/2011, de 4 de diciembre de 2012, rec. 4369/2011, de 28 de enero de 2013, recs. 57/2012 y 559/2012, y de 16 de abril 2013, rec. 1372/2012.

bases reguladoras de la convocatoria¹²; la compatibilidad de determinados requisitos y condiciones para el acceso a la subvención con el principio de igualdad y no discriminación¹³; los límites a los cambios regulatorios de los requisitos y condiciones de la subvención, según que el otorgamiento de la misma requiera o no de convocatoria previa y de que, convocada, haya sido o no otorgada en el momento del cambio¹⁴; la posible responsabilidad patrimonial de la Administración como consecuencia de la invalidez del otorgamiento de la subvención, especialmente cuando se trata de subvenciones ilegales o incompatibles con el Derecho de la Unión Europea¹⁵; la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la adecuación a Derecho de aquellas subvenciones previstas y otorgadas por la Administración General del Estado que, sin embargo, pudieran no estar amparadas en título competencial suficiente, por corresponder la competencia a las Comunidades Autónomas¹⁶; la posición del juez nacional ante la necesidad de que la previsión y otorgamiento de subvenciones y ayudas estatales se ajuste a las exigencias del DUE¹⁷; o, en fin, a propósito del pago y reintegro de subvenciones, habiéndose aclarado que el pago, tras la comprobación de la justificación del cumplimiento de las condiciones, no impide que, con posterioridad, se puedan realizar ulteriores fiscalizaciones que den lugar, incluso, a la incoación del procedimiento de reintegro, siempre que las mismas se realicen dentro del plazo de cuatro años al que, como plazo de prescripción, dicho reintegro queda sujeto¹⁸.

Junto a este relevante impacto en la jurisprudencia, la aprobación de la LGS también desencadenó un verdadero aluvión de comentarios, estudios y análisis doctrinales que no ha cesado, manteniéndose de manera constante hasta hoy mismo¹⁹.

¹² SSTS de 16 de abril de 2013, rec. cas. 6470, y de 8 y 14 de enero de 2014, rec. 2651 y 2654/2012.

¹³ SSTS de 29 de mayo de 2018, rec. cas. 386/2015, y de 22 de mayo de 2018, rec. cas. 3326/29015.

¹⁴ SSTS de 27 de mayo de 2019, rec. cas. 5362/2018, de 21 de enero de 2016, rec. 563/2012, de 29 de abril de 2018, rec. 4693/2016, y de 10 de julio de 2018, rec. 4665/2016.

¹⁵ Véase STS de 5 de septiembre de 2018, rec. cas. 839/2017.

¹⁶ Entre otras muchas, SSTS de 8 de marzo de 2019, rec. 1240/2016, y de 21 de mayo de 2019, rec. cas. 2458/2016.

¹⁷ Por ejemplo, STS de 11 de octubre de 2018, rec. cas. 4797/2017.

¹⁸ Entre otras muchas más, SSTS de 6 de marzo de 2018 (rec. 557/2017), de 20 de septiembre de 2018 (rec. 551/2017), de 24 de septiembre de 2019 (recs. 551/2017 y 2349/2017), de 14 de enero de 2020 (rec. 4926/2007), de 25 de mayo de 2020 (rec. 1598/2019), etc. Puede verse, al respecto, Fernández Farreres (2019: 11 y ss.).

¹⁹ Baste con esta pequeña muestra: Vol. Col (dir. J. del Barco) (2004); Vol. Col. (dir. F. López Ramón) (2005); Vol. Col. (dir. G. Fernández Farreres) (2005); Vol. Col. (dir. G. Fernández Farreres) (2007); Vol. Col. (2009); Vol. Col. (coords. L. A. Martínez Giner y A. Navarro Faure) (2010); Vol. Col. (coord. M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda) (2018). Y entre las numerosas monografías y estudios, entre otros, Martínez Giner (2006); Pascual García

Todos estos progresos han sido, en gran medida, mérito indudable de la LGS de 2003²⁰, lo que por sí sólo justifica ya una valoración sumamente positiva. Pero cabe añadir que, además, esta valoración queda ratificada al constatar que estamos ante una ley no sólo oportuna por necesaria, sino también adecuada y, en líneas generales, acertada en su contenido.

5. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

Como es notorio, la LGS es ante todo una ley procedimental, una ley que regula con minuciosidad los requisitos y trámites que las Administraciones Públicas deben observar cuando actúan estableciendo y otorgando subvenciones. Su finalidad es facilitar una gestión administrativa más transparente y eficaz y, a la vez, limitar la discrecionalidad tan característica de este tipo de actividad. Y todo ello también al servicio de la mejor garantía y protección de los derechos de los particulares destinatarios de la misma.

La sujeción de la acción administrativa subvencional a un procedimiento propio y específico, más allá de la mera observancia de las exigencias presupuestarias, era de todo punto necesario a fin de poner coto a las que podríamos denominar —permítase el paralelismo terminológico— tradicionales subvenciones «de plano»²¹.

Junto a esta primera característica, la Ley presta especial atención a la fiscalización y verificación del efectivo cumplimiento de los compromisos y obligaciones que asumen los destinatarios o beneficiarios de las subvenciones. Se trata de un aspecto nuclear, de la máxima importancia, que ha llevado a que los diversos controles previstos, tanto por los órganos concedentes, como sobre todo por la Intervención en el ejercicio del control financiero que le compete, sean ciertamente rigurosos y exigentes. Tanto es así que el estatuto jurídico de los beneficiarios de subvenciones no deja de asemejarse en algunos extremos al propio estatuto del contribuyente, lo que, por otra parte, tampoco puede extrañar si se tiene en cuenta que la Ley fue pergeñada desde el Ministerio de

(2007); Luengo García (2010); Bueno Armijo (2011, 2012 y 2017: 269 y ss.); Pérez Bernabéu (2013).

²⁰ La Ley se complementó con el Reglamento dictado en su desarrollo, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, y ha sido objeto de algunas modificaciones, si bien, en la mayoría de los casos, han sido de muy poco alcance.

²¹ La plena discrecionalidad caracterizaba el ejercicio de la potestad administrativa en la fase de establecimiento de la subvención (decisión de subvencionar) y también, con gran frecuencia, en la fase de otorgamiento, dependiendo de cómo se configurasen por la correspondiente norma reglamentaria las condiciones y requisitos, así como el procedimiento de concesión u otorgamiento.

Hacienda y, en especial, por la Intervención General de la Administración del Estado.

Cabe añadir que la Ley también resulta acertada al haber optado por acotar un concepto estricto de subvención. De este modo, la regulación que establece guarda coherencia con su propio objeto, dada la notable variedad de formas de ayudas económicas existentes —e, incluso, de otros supuestos, como es el caso las transferencias y dotaciones presupuestarias de los distintos entes públicos como medio de financiación, que también suelen denominarse, indistintamente, como subvenciones, si bien lo sea de manera manifiestamente impropia y equívoca— a las que, ciertamente, muchas de las reglas previstas en ningún caso podrían serles de aplicación.

Queda claro, pues, el positivo juicio que, de manera global y de conjunto, merece la LGS. Tanto que no creo exagerar si digo que, de no existir tal regulación, asuntos como el de los ERES de la Junta de Andalucía difícilmente se habrían depurado.

Dejando al margen cualquier valoración de la condena penal impuesta, lo que quiero resaltar es que la calificación delictiva de las actuaciones llevadas a cabo se ha sustentado en la premisa fundamental de que las reglas relativas al establecimiento y otorgamiento de subvenciones que imponen la LGS y la correspondiente normativa autonómica fueron manifiestamente incumplidas. De no haber existido esas reglas, muy probablemente las actuaciones realizadas ningún reproche penal habrían merecido.

Baste recordar que el Gobierno y los órganos competentes de la Administración andaluza idearon un sistema —bastante burdo, por otra parte— consistente en calificar presupuestariamente como transferencias a una empresa pública (IFA, luego IDEA) lo que no eran sino subvenciones de carácter sociolaboral, y, asimismo, en celebrar un Acuerdo Marco entre la Consejería de Empleo y la empresa pública y sucesivos convenios particulares, en virtud de los cuales la Consejería —a través del Director General de Empleo— designaba «libremente» a los beneficiarios de las «subvenciones» —al margen por completo de las reglas reguladoras del otorgamiento de las mismas—, procediendo la empresa pública al pago sin más de las mismas.

Lo relevante, pues, es que sin una normativa como la reguladora de las subvenciones, ese otorgamiento directo y discrecional por sí sólo difícilmente habría podido desembocar en la condena penal a la que finalmente se ha llegado. Incluso, hasta es posible que ni tan siquiera se hubiera producido la declaración de nulidad de los actos de otorgamiento y pago de tales subvenciones. Y, desde luego, no habría habido necesidad de disfrazarlas presupuestariamente como «transferencias» para tratar de eludir la legislación aplicable a lo que en realidad eran subvenciones en sentido estricto.

6. ALGUNOS EXTREMOS DE LA REGULACIÓN VIGENTE QUE YA SE HAN CORREGIDO Y OTROS PENDIENTES DE RECTIFICACIÓN

Llegados a este punto, he de añadir que algunos extremos de la regulación vigente deberían ser reconsiderados y, en su caso, corregidos.

A) LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

Algunos ya han sido rectificadas, si bien no lo hayan sido por completo.

No otra cosa ha sucedido con la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, dado que inicialmente se estableció que las entregas dinerarias que realizaran los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, sólo serían calificables como subvenciones sujetas a la LGS cuando las mismas fueran «consecuencia del ejercicio de potestades administrativas».

Esta delimitación, que no dejó de ser objetada por el Consejo de Estado al dictaminar sobre el anteproyecto de ley (dictamen de 26 de junio de 2003, exp. 1756/2003) y que de inmediato mereció algunas críticas de la doctrina, finalmente ha sido corregida. La Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el 2018, aunque de manera indirecta, al no modificar el artículo 3. 1 y 2 de la LGS, ha añadido a la misma una nueva disposición adicional 26.^a, en virtud de la cual «las entregas dinerarias sin contraprestación que otorguen las entidades de derecho público del sector estatal que se rijan por el derecho privado, tendrán siempre la consideración de subvenciones». Y aún añade: «Su concesión y demás actuaciones contempladas en esta Ley constituirán el ejercicio de potestades administrativas a los efectos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, quedando sometidas al mismo régimen jurídico establecido para las subvenciones concedidas por las Administraciones Públicas».

De esta manera ha quedado eliminado el artificioso e injustificado criterio del ejercicio de potestades administrativas a fin de sujetar las subvenciones otorgadas por los organismos y entes públicos de carácter instrumental de las Administraciones territoriales a las reglas dispuestas por la LGS, lo que, como es evidente, no buscaba sino excluir la aplicación de las reglas que la propia

Ley establecía, reflejando así, una vez más, el conocido fenómeno de la huida del Derecho Administrativo²².

Además, ha de añadirse que, tras la nueva redacción dada por la disposición final 7.^a.2 de la LRJSP de 2015 a la disposición adicional decimosexta de la LGS, aunque formalmente se admite que las fundaciones del sector público pueden conceder subvenciones, ese reconocimiento queda sujeto a tal cúmulo de condiciones que, de hecho y materialmente, el otorgamiento corresponde a la Administración a la que la fundación esté adscrita. Y es que «únicamente podrán conceder subvenciones cuando así se autorice a la correspondiente fundación de forma expresa mediante acuerdo del Ministerio de adscripción u órgano equivalente de la Administración a la que la fundación esté adscrita [...]»; y, asimismo, «la aprobación de las bases reguladoras, la autorización previa de la concesión, las funciones derivadas de la exigencia de reintegro y de la imposición de sanciones, así como las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas, serán ejercidas por los órganos de la Administración que financien en mayor proporción la subvención correspondiente; en caso de que no sea posible identificar tal Administración, las funciones serán ejercidas por los órganos de la Administración que ejerza el Protectorado de la fundación».

En consecuencia, sin perjuicio de que mucho convendría que se estableciera expresamente que también las subvenciones otorgadas por la demás entidades privadas del sector público que no son fundaciones habrán de ajustarse al mismo régimen que para éstas últimas se ha previsto, en gran medida se ha logrado reconducir a la regulación general las entregas dinerarias efectuadas por las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas territoriales, lo cual no puede merecer sino una valoración muy positiva.

B) LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES

Sin embargo, los procedimientos de concesión tal como se encuentran configurados deberían ser reconsiderados y, en su caso, corregidos.

La LGS ciñe a dos los procedimientos de concesión de subvenciones: uno de carácter ordinario, configurado como un procedimiento de concurrencia

²² No obstante, el artículo 5 del Reglamento de la LGS precisó que la concesión de tales entregas dinerarias no calificables como subvenciones (por razón de la naturaleza del ente otorgante y del no ejercicio de una potestad administrativa), «se ajustará al procedimiento elaborado por la entidad», cuyo contenido mínimo también quedó especificado, y añadió que «sólo podrán realizar entregas dinerarias sin contraprestación de forma directa en los supuestos a que se refiere el artículo 22.2 de la Ley».

competitiva y que aspira a ser la regla general; y otro, calificado como de concesión directa, con pretensiones de que sea excepcional.

El objetivo de la Ley es claro: persigue erradicar la tradicional práctica de que las Administraciones y sus entes instrumentales, contando con la correspondiente cobertura presupuestaria —dada la tradicional regla de la nulidad de los actos y contratos sin cobertura presupuestaria—, otorguen subvenciones de manera directa e *intuitu personae*, sin observar previa convocatoria, ni publicidad, ni tan siquiera ajustarse, en fin, a criterio alguno anticipadamente establecido.

La concesión directa, que ha constituido el núcleo central de la discrecionalidad característica de este tipo de acción administrativa, queda limitada por la Ley a que concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 22.2. Por tanto, a que la correspondiente subvención se haya previsto «nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales», a que su «otorgamiento o cuantía venga impuesto a la Administración por una norma de rango legal», o a que, «con carácter excepcional, [...] se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública».

En consecuencia, más allá de que la ley lo prevea, sea la de Presupuestos o cualquier otra, las Administraciones Públicas sólo pueden otorgar subvenciones de manera directa, por decisión propia y en el sentido señalado, cuando «acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública».

Sucede, no obstante, que esta restricción no está bien configurada.

De una parte, peca por exceso. Siendo el procedimiento ordinario el de concurrencia competitiva y considerándose como tal el que «se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria» (artículo 22.1), toda concesión que no se ajuste a ese criterio de «concurrencia competitiva» irremisiblemente será concesión directa y, por tanto, quedará sujeta a la señalada limitación en cuanto a su otorgamiento. Una consecuencia que, sin embargo, resulta de todo punto exagerada, ya que no deberían equipararse los casos de otorgamiento *intuitu personae* con aquellos otros de otorgamiento previa convocatoria y en régimen de concurrencia, aunque la misma no sea competitiva, quedando abierta, por tanto, la posibilidad de que todos los que reúnan los requisitos y cumplan las condiciones a las que se condiciona el otorgamiento o concesión puedan obtenerla²³.

²³ Bueno Armijo (2017: 275), reconoce que las subvenciones previstas a favor de todas las personas que se encuentren en una determinada situación o reúnan ciertos requisitos, «son fre-

Pero, por otro lado, también peca por defecto.

Tal como se ha previsto el límite a la concesión directa de subvenciones, su operatividad y eficacia prácticamente queda reducida a la nada. Aunque se trate de una interpretación más que discutible, el hecho es que la jurisprudencia considera que el artículo 22.2.c) LGS no exige que la Administración tenga que justificar la dificultad o inconveniencia de acudir al procedimiento de concesión en concurrencia competitiva²⁴, bastando con que acredite que la subvención otorgada satisface un interés general²⁵. Pero, con ello, al prescindirse de la necesaria concurrencia de los dos requisitos y ser suficiente con que se justifique la existencia de razones de interés público, la limitación queda definitivamente vaciada de todo alcance al no añadir nada nuevo. La existencia justificada de razones de interés público siempre es necesario que concurra para el establecimiento y otorgamiento de cualquier subvención, lo sea de manera directa o en régimen de concurrencia competitiva.

Por todo lo dicho, la LGS debería precisar más adecuadamente la configuración de los procedimientos de concesión, distinguiendo entre concesión en régimen de «concurrencia» y «concesión directa», a fin de englobar en la primera categoría tanto el otorgamiento en régimen de competencia como en régimen de mera concurrencia. Y, a la vez, habría que ceñir las limitaciones al establecimiento y otorgamiento de subvenciones por las Administraciones Públicas a los supuestos de concesión directa, entendida ésta en los términos

cuentísimas y parecen especialmente aceptables, e incluso deseables, en el caso de ayudas con finalidad social». Por lo demás, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 55 del Reglamento de la LGS, nada impide que, con sujeción al límite del crédito presupuestario, se puedan prever y otorgar subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva, aplicando en tal caso la regla de la temporalidad en la solicitud hasta el agotamiento de la partida presupuestaria o, en su caso, procediendo al prorrateo de la cuantía de la subvención en función del número de solicitantes.

²⁴ En realidad, el artículo 22.2.c) utiliza la expresión «dificulten su convocatoria pública», lo que no es acertado, si bien no parece que pueda tener otro significado que el equivalente a «circunstancias que hagan inexistente la concurrencia competitiva». Así lo ha traducido el artículo 22.3.c.2.º de la Ley 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria: «También se podrán otorgar de forma directa las subvenciones cuando las características especiales de la persona beneficiaria o de la actividad subvencionada excluyan la posibilidad de acceso a cualquier otro interesado, haciendo inexistente la concurrencia competitiva».

²⁵ Como se dijo en la STS de 14 de noviembre de 2011 (recurso 1/2008), el art. 22.2.c) LGS contempla «con carácter excepcional» un doble supuesto, el de las «subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario» y el de las subvenciones en que se acrediten «otras [razones] debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública». Y añade que «el precepto reglamentario citado [se refiere al art. 67 RGS] desarrolla esta previsión requiriendo una memoria del órgano gestor de las subvenciones competente por razón de la materia que justifique la concurrencia de alguno de los dos citados supuestos citados, la de las razones de interés público, etc., o de las otras que justifican la dificultad de su conveniencia pública». Ha de añadirse que, como ha señalado Bueno Armijo (2017), algunas leyes autonómicas han sancionado plenamente esa misma interpretación.

estrictos que he señalado, es decir, cuando se pretendan otorgar *intuiti personae*, sin convocatoria previa ni fijación anticipada de requisitos y condiciones.

Además, las limitaciones al otorgamiento directo —una vez desgajadas del mismo las subvenciones otorgadas en régimen de concurrencia no competitiva— deberían ser mucho más precisas que las actuales, sin descartar que pudieran traducirse sencillamente en una prohibición, lo que, por otra parte, reforzaría el principio de legalidad y también aseguraría mejor los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad.

A mi juicio, no deja de ser razonable que sólo el legislador pueda establecer subvenciones de concesión directa, es decir, subvenciones que tengan por destinatario a personas o entidades concretas y determinadas, directamente identificadas e individualizadas, excluyendo con ello que las Administraciones puedan hacerlo.

Por el contrario, no encuentro justificación a que éstas no puedan establecer y otorgar subvenciones, o que sólo puedan hacerlo limitadamente, por razón de que la selección de los beneficiarios no se haga en régimen de competencia. Lo verdaderamente relevante es que exista concurrencia a partir de la correspondiente convocatoria pública, más allá de que para la selección final de los beneficiarios se siga o no un procedimiento competitivo.

Y una precisión final. Para evitar la práctica de la concesión directa de subvenciones en sentido estricto (subvenciones *intuitu personae*), convendría establecer la prohibición de que las Administraciones celebren convenios cuando los mismos no traigan causa del específico supuesto de otorgamiento directo de la subvención con arreglo a lo dispuesto en la LGS y, por tanto, de acuerdo con lo dicho, en virtud de ley. Y es que los convenios para la concreción de las condiciones y requisitos de las subvenciones concedidas directamente²⁶ nada tienen que ver con los convenios de colaboración que, aun cuando formalmente no otorgan subvenciones, materialmente no otra es su consecuencia o resultado, al proceder la Administración sin más a la entrega de una suma dineraria a fondo perdido para la realización de la actividad que llevará a cabo el particular parte del convenio, sin que medie, por tanto, contraprestación alguna.

Sobre esta cuestión, dado lo que ya dije en mi ponencia en las Jornadas de 2012, en este momento únicamente insistiré en que la actual caracterización

²⁶ A estos convenios de colaboración vinculados al otorgamiento directo de subvenciones con arreglo a la LGS, se refiere Bustillo Bolado (2010: 225 y ss.), lo que le lleva a reconsiderar —aunque me parece que de manera innecesaria— la cuestión de la naturaleza jurídica de las subvenciones. Pero, como se advierte seguidamente en el texto, de acuerdo con una generalizada práctica administrativa, estos convenios no excluyen a aquéllos otros en los que, al margen por completo de la LGS, la obligación de la Administración, de acuerdo con el objeto del convenio, consiste sencillamente en el otorgamiento de una suma dineraria.

legal de los convenios de colaboración de la Administración «con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado» (artículo 6 LCSP 2017), resulta insuficiente a los efectos de poner coto a esa práctica, ya que, en realidad, responde exclusivamente al objetivo de evitar que, a través de los mismos, se encubran verdaderos contratos pero no subvenciones. De ahí la conveniencia de que quedara expresamente excluida la posibilidad de celebrar convenios cuyo objeto sea el otorgamiento directo de subvenciones al margen de los supuestos previstos por la LGS²⁷, ya que, frente a lo que puede parecer, el artículo 48.7.1.º LRJSP de 2015, al establecer que «cuando el convenio instrumente una subvención, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable», no resuelve por completo la cuestión. Resulta al menos dudoso que con tal previsión se esté excluyendo, o prohibiendo, que el objeto del convenio sea justamente la aportación sin más de una suma dineraria afectada al cumplimiento del fin que se fija en el convenio, ya que, aunque de hecho lo sea, formalmente no se trata de una subvención.

En definitiva, sería más claro y seguro disponer que el convenio no podrá tener por objeto el otorgamiento de subvenciones al margen de los supuestos que la LGS prevea —es decir, cuando sea posible la concesión directa de la subvención—, al igual que se prohíbe que el objeto del convenio pueda consistir en prestaciones propias de los contratos.

C) EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

También algunos aspectos del procedimiento de reintegro reclaman una corrección.

El Tribunal de Cuentas, en su Informe de Fiscalización aprobado por resolución de 27 de diciembre de 2017 de la Comisión Mixta del Congreso de los Diputados para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, ha llamado la atención sobre la conveniencia de «regular de forma más detallada el procedimiento de reintegro de subvenciones» y la necesidad de «incrementar el control y la supervisión sobre la actuación de los órganos gestores de subvenciones de forma que se garantice una gestión más acorde con los principios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía».

²⁷ En reiteradas ocasiones, el Tribunal de Cuentas ha llamado la atención sobre este uso fraudulento de los convenios de colaboración con la finalidad de orillar la aplicación de las reglas previstas por la LGS. Por todas, véase la Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas, de 30 de noviembre de 2010, p. 22.

En lo más destacable, dejando ahora al margen otras cuestiones, advierte el Tribunal de Cuentas que, en la regulación del procedimiento de reintegro de subvenciones, aspectos tales como la «formulación de requerimientos ante la falta de presentación de la justificación, el contenido y los plazos del proceso de revisión de las justificaciones presentadas (especialmente en el caso de subvenciones plurianuales), el cobro y registro contable de los ingresos por cantidades no aplicadas, la imposición de sanciones o el propio registro de estas actuaciones, entre otros, carecen de una regulación detallada o lo suficientemente precisa, lo que ocasiona inseguridad jurídica, tanto en los gestores como en los beneficiarios de las subvenciones, incoherencias en la actuación administrativa e incluso, en ocasiones, el incumplimiento de la normativa aplicable».

En concreto, de acuerdo con el artículo 70.3 RLGS, ante la falta de presentación en el plazo previsto de la justificación por el beneficiario del empleo dado a la subvención y el cumplimiento de las cargas a las que queda condicionado el otorgamiento, el órgano administrativo competente deberá requerirle para que la misma sea presentada en el plazo improrrogable de quince días. Pero lo relevante es que no se establece ningún plazo para realizar dicho requerimiento, lo que puede producir y de hecho produce un retraso en el inicio del procedimiento de reintegro de aquellas subvenciones cuyo pago ha sido anticipado. Y todo ello sin perjuicio de que la dilación también puede resultar perjudicial para el beneficiario, por cuanto la cantidad a abonar como intereses de demora puede verse notablemente incrementada.

Por otra parte, aunque el artículo 39 LGS establece el plazo de prescripción de cuatro años del derecho al reintegro y, más directamente, el artículo 84 RLGS, precisa que «la revisión de las facturas o documentos de valor probatorio [...] deberán ser objeto de comprobación en los cuatro años siguientes sobre la base de una muestra representativa», al no estar previsto un plazo específico para que el órgano gestor revise la justificación presentada y emita el correspondiente pronunciamiento sobre la aplicación de los fondos, de nuevo aumenta el riesgo de que se produzcan retrasos en el inicio de los potenciales procedimientos de reintegro y a la vez, de que se produzca el efecto de que el montante de los intereses de demora queden incrementados.

Por lo demás, la inexistencia de plazo también puede dilatar el pago de la subvención cuando la misma no ha sido anticipada, lo que genera problemas y dificultades que han llegado a la Sala Tercera del TS. Aunque pudiera parecer que la presentación de la documentación a la que se refiere el artículo 30 LGS sin que la Administración resuelva ordenando el pago equivale a un supuesto de silencio que, en este caso, teniendo en cuenta la regla del artículo 25.5 LGS —aunque la misma está referida al acto de otorgamiento o de concesión— sería un silencio negativo o desestimatorio que abriría las puertas del recurso contencioso-administrativo ordinario, el TS considera, por el con-

trario, que «[...] el acto del beneficiario de una subvención otorgada por acto firme de la Administración por el que se justifica el cumplimiento de la actividad a que se obligó con el otorgamiento de la subvención, constituye una actuación a la que aquél viene obligado, que no inicia un procedimiento administrativo sujeto a un plazo máximo de resolución conforme al actual artículo 21.3 LPAC» [SSTS de 6 de marzo de 2018 (rec. cas. 557/2017), de 3 de octubre de 2018 (rec. cas. 2720/2017), de 6 de noviembre de 2018 (rec. cas. 557/2017) y de 11 de abril de 2019 (rec. cas. 2528/2017)]. Y de ahí que, ante la falta de resolución expresa de la Administración o, si se quiere, ante la inactividad de la Administración en orden a proceder al pago, el beneficiario deba acudir al recurso contencioso-administrativo que prevé el artículo 29.2 LJCA [SSTS de 11 de abril de 2019, rec. cas. 2528/2017, y de 23 de enero de 2018 (rec. cas. 543/2017)].

Ahora bien, afirmada la procedencia del recurso del artículo 29.2 LJCA y no la del recurso contencioso-administrativo ordinario, si bien para su resolución el órgano jurisdiccional debería limitarse a constatar si el beneficiario ha aportado al órgano gestor de la subvención la justificación documental del cumplimiento en los términos establecidos y si éste ninguna objeción al respecto ha manifestado, manteniéndose, por tanto, inactivo, en la STS de 29 de enero de 2018 (rec. cas. 543/2017) se ha estimado que la Administración puede oponerse a la pretensión actora aduciendo la existencia de causa de incumplimiento, es decir, esgrimiendo no ya la inobservancia, o la observancia de manera deficiente, de la debida justificación documental del cumplimiento de las condiciones, sino la concurrencia de cualquiera de las causas determinantes del no pago previstas en el artículo 37.1 LGS.

Sin embargo, con ello se produce una notable paradoja. El TS mantiene que el pago de la subvención tras la presentación de la documentación justificativa del cumplimiento (artículo 30.1 LGS) no supone la iniciación de un procedimiento administrativo autónomo y sujeto a las reglas de la LPAC —y de ahí que la inactividad de la Administración no de entrada a la regla del silencio administrativo y a la apertura del recurso contencioso-administrativo ordinario, sino al recurso del artículo 29.2 LJCA—, pero, de contrario, admite que en el contencioso-administrativo por inactividad la Administración puede oponer cualquier causa de incumplimiento, lo que, obsérvese bien, de haberlo hecho en vía administrativa habría dado lugar a que el recurso pertinente fuera, sin lugar a dudas, el recurso contencioso-administrativo ordinario.

Por consiguiente, no me parece que la cuestión esté correctamente resuelta. No es coherente rechazar que la inactividad de la Administración determinante de que el pago no se haga efectivo sea recurrible por la vía del recurso contencioso-administrativo ordinario y, a la vez, admitir que en el recurso por inactividad puede la Administración oponer cualquier causa denegatoria del pago, transformándose así el propio objeto del recurso.

Además, debe tenerse en cuenta que en la STS de 23 de abril de 2008 (rec. cas. 4942/2005) quedó dicho que «[...] el procedimiento abreviado que prevé el artículo 29.2 de la Ley Jurisdiccional no está previsto sino para que los tribunales obliguen a la Administración a ejecutar sus propios actos firmes cuando el sentido de éstos y su contenido no vengan, a su vez, supeditados a otros requisitos o condiciones, matizando, en este sentido, que en los casos en que éstas existan y sea discutible su cumplimiento, esto es, cuando lo que se pone en cuestión es no tanto la firmeza misma del acto sino su falta de eficacia intrínseca, aquel procedimiento no resulta idóneo para lograr la ejecución de un acto de tales características». De manera que, si la viabilidad del recurso jurisdiccional frente a la inactividad de la Administración queda condicionada en los términos señalados, lo procedente sería concluir que dicho recurso no es el pertinente cuando se trata del cobro de una subvención, en tanto que el pago está supeditado no sólo a que el beneficiario de la misma cumpla con la obligación de justificación documental del gasto, sino también a que el cumplimiento de las condiciones haya sido real y efectivo y que, por tanto, no concurre ninguno de los supuestos del artículo 37.1 LGS. Porque, en otro caso, no se comprende que, admitida la procedencia de dicho recurso, en tanto que el órgano gestor no ha opuesto en vía administrativa causa alguna de denegación del cobro, simultáneamente se admita que el objeto del mismo puede ir más allá y extenderse al enjuiciamiento de la procedencia o no del pago por razón de incumplimientos de las condiciones con las que se otorgó la subvención.

Como se ve, la regulación resulta defectuosa, lo que genera problemas y dificultades. El órgano gestor goza de una excesiva discrecionalidad, ya que queda indeterminado el momento en el que se ha de iniciar la verificación y el plazo para llevarla a cabo, ya que solo queda vinculada por el plazo de prescripción. Todo lo cual resulta perjudicial no sólo para la Administración, sino, incluso, para los propios beneficiarios. Y, a la vez, el remedio judicial frente a la inactividad de la Administración en orden a hacer efectivo el pago una vez presentada la justificación, coloca al beneficiario en una situación de inseguridad, rayana en la indefensión, dado que sorpresivamente puede oponérsele una causa de incumplimiento que, sin embargo, en vía administrativa no ha podido combatir.

Ha de añadirse, por último²⁸, que en la documentación justificativa, tanto en la forma de cuenta justificativa con aportación de justificantes de gasto

²⁸ Los problemas que suscita la regulación del reintegro no se agotan, desde luego, con lo dicho. Algunos otros ya han sido de detallados análisis en la doctrina, aunque por el momento no se han traducido en cambio alguno de la vigente regulación. Es el caso, por ejemplo, de la yuxtaposición de algunas causas de reintegro, que en realidad son sanciones encubiertas, con la correlativa tipificación de las mismas como infracciones (véase, a este respecto, J. García Luen-go (2010: 83 y ss.). No obstante, se constata que en la práctica no se suelen acumular reintegro

como en la de cuenta justificativa simplificada, se ha de incluir «una memoria económica y una memoria de actuación, en base a las cuales el centro gestor debe comprobar “la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad”» (arts. 32.1 LGS y 72 y 75 RLGS). Sin embargo, en la práctica, tal como ha constatado una vez más el Tribunal de Cuentas, inicialmente sólo se suele fiscalizar la memoria económica y no la memoria de actuación, ya que, salvo el de prescripción de cuatro años, no existe plazo para efectuar la revisión de la justificación, lo que genera en el beneficiario una indeseable situación de inseguridad.

7. CONSIDERACIÓN FINAL

Por su propia naturaleza y características, el otorgamiento de subvenciones y ayudas económicas es campo propicio para que las Administraciones Públicas puedan incurrir en abusos con más facilidad que cuando desarrollan otro tipo de actuaciones. Por ello, si la LGS ha supuesto un avance importante y, en líneas generales, ha deparado unos buenos resultados, parece lógico y razonable que esa regulación se preserve y, en su caso, se mejore técnicamente, sin dar entrada a cambios que, a lo sumo, sólo circunstancias excepcionales pueden justificar.

Concluiré con las mismas palabras que utilicé en mi ponencia de 2012: «En la acción de repartir subvenciones y ayudas, más que en ninguna otra actividad administrativa, resulta patente el riesgo de que los intereses generales queden defraudados. Por eso, es necesario extremar las cautelas y no confiar sin más en que la virtud asistirá a quienes tengan que decidir. La virtud es necesaria. Confiarlo todo a ella, una peligrosa ingenuidad». Y añado ahora: «La regulación detallada y minuciosa, aunque conlleve algunos inconvenientes, es condición imprescindible para evitarlo o, al menos, limitarlo».

BIBLIOGRAFÍA

- Albi, F. (1960): *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, pp. 468 y ss.
- Baena del Alcázar, M. (1967): «Sobre el concepto de fomento», *Revista de Administración Pública* núm. 54, pp. 43 y ss.
- Boulois, J. (1951): *Essai sur la politique des subventions administratives*, Armand Collin, Paris.

y sanción, lo que viene siendo denunciado por el Tribunal de Cuentas en sus Informes de Fiscalización.

- Bueno Armijo, A. (2011): *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común*, IAAP, Sevilla
- (2012): *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá
- (2017): «La concesión directa de subvenciones», *Revista de Administración Pública* núm. 204, pp. 269 y ss.
- Bustillo Bolado, R. O. (2010): *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3.^a ed., Aranzadi.
- Collado Beneyto, P. J. (2009): *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Díaz-Lema, J. M. (1985): *Subvenciones y Crédito Oficial*, IEF, Madrid.
- Fernández Farreres, G. (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEL, Madrid, pp. 799 y ss.
- (2012): «Subvenciones y ayudas económicas en tiempos de crisis», en vol. col., *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica. Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (Tarragona, 10 y 11 de febrero de 2012), INAP, Madrid, 2012. Publicado, asimismo, en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 154 (2012), pp. 19 y ss.
- (2019): «Derecho al cobro de la subvención y obligación de devolución de lo percibido (reflexiones a propósito de la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo)», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 202, pp. 11 y ss.
- Fernández Rodríguez, T. R. (2011): *Sobre los límites constitucionales del poder discrecional. Lección jubilar*, Donostia-San Sebastián.
- García Luengo, J. (2010): *El reintegro de subvenciones*, Civitas, Madrid.
- Henke, W. (1979): *Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht*, Mohr, Tübingen.
- Ipsen, H. P. (1956): *Öffentliche Subventionierung Privater*, Heymanns, Köln.
- Martínez Giner, L. A. (2006): *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid.
- Nieves Borrego, J. (1963): «Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa sobre la subvención», *Revista de Administración Pública*, núm. 42, pp. 17 y ss.
- Kirchhoff, G. (1973): *Subventionen als Instrument der Lenkung und Koordinierung*, Duncker&Humblot, Berlin.
- Pascual García, J. (2007): *Las subvenciones públicas*, BOE, Madrid.
- Pérez Bernabéu, B. (2013): *La recuperación de las ayudas de Estado. Principios y procedimiento*, IEF, Madrid.

- Pericu, G. (1967 y 1971): *Le sovvenzioni como strumento di azione amministrativa*, 2 tomos, Giuffrè, Milano.
- Scheuing, D. H. (1974): *Les aides financières publiques*, Berger-Levrault, Paris.
- Sesma Sánchez, B. (1998): *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid.
- Stern, K. (1960): «Rechtsfragen der öffentliche Subventionierung Privater», *Juristenzeitung*, pp. 519 y ss.
- Vol. Col. (dir. J. del Barco) (2004): *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid.
- Vol. Col. (dir. F. López Ramón) (2005): *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Vol. Col. (dir. G. Fernández Farreres) (2005): *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Madrid, Civitas.
- (dir. G. Fernández Farreres) (2007): *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Vol. Col. (coords. L. A. Martínez Giner y A. Navarro Faure) (2010): *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Vol. Col. (coord. M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda) (2018): *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, 2.^a ed., Aranzadi.
- Villar Palasí, J. L. (1954): «Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político», *Revista de Administración Pública*, núm. 14, pp. 10 y ss.
- Zacher, H. (1967): «Verwaltung durch Subventionen», *VVDStRL*, núm. 25, pp. 308 y ss.

COMUNICACIONES

AYUDAS DE ESTADO: UN CONCEPTO DE DERECHO EUROPEO EN LA ÓRBITA DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES

Teresa M. Navarro Caballero

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ayudas de estado y subvenciones. Conceptos no del todo coincidentes que convergen. 3. Las ayudas de estado en el derecho europeo. Régimen común. A) La regla general de la incompatibilidad con el mercado interior y sus modulaciones. B) El régimen de control *ex ante* mediante notificación previa. C) La flexibilización del deber de notificación. El control *ex post* de las ayudas exentas. 4. Las ayudas públicas en la Ley General de Subvenciones y su reglamento. Bibliografía.

RESUMEN: Este trabajo realiza un breve análisis del Derecho europeo de las ayudas de Estado de régimen común y el tratamiento que estas reciben en el Derecho interno. Se constata cómo, pese al concepto estricto de subvención de la LGS y su reglamento, que *a priori* las excluye, ambas categorías convergen en determinados aspectos del régimen jurídico interno.

PALABRAS CLAVE: ayudas de Estado; subvenciones; mercado interior; competencia.

ABSTRACT: This work makes a review of the European regime of state aid and the treatment they receive in the Spanish Law. It is verified how, despite the strict concept of subsidy of the Law, both categories converge in certain aspects of the internal legal regime.

KEY WORDS: state aids; grant; subsidy; internal market.

1. INTRODUCCIÓN

La política europea sobre la competencia es esencial para el correcto funcionamiento del mercado interior¹, de ahí que el régimen de Derecho europeo originario de las ayudas de Estado se ubique en el Título VII del TFUE, relativo a las «Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones», en la sección segunda del Capítulo 1 dedicado a las «Normas sobre competencia» (arts. 107 a 109). Teniendo en cuenta que una empresa que recibe apoyo de un gobierno obtiene una ventaja que podría afectar negativamente sobre sus competidores, las normas de este sector han perseguido que las empresas compitan en igualdad de condiciones en el mercado de cualquier Estado miembro, evitando que se lleven a cabo prácticas contrarias a la competencia que puedan distorsionarla². Esta circunstancia determinó que, desde su mismo nacimiento, la Comunidad Económica Europea forjara una «policía económica» que garantizara la compatibilidad de las acciones estatales con los presupuestos básicos del mercado interior (Fernández Farreres, 2016: 233), pues los incentivos, ayudas o subvenciones han sido y siguen siendo una potente herramienta de fomento que ni los Estados ni la propia UE van a dejar de emplear, menos aún en situaciones de crisis económica.

Como se verá, hoy en día Europa cuenta con un marco normativo de las ayudas de Estado bien definido y maduro y no ignora que la igualdad de condiciones también puede ser socavada por las ayudas que terceros países conceden a sus empresas³. En efecto, se ha constatado un vacío en las normas de

¹ La integración económica de la Unión se forjó mediante el establecimiento de un mercado común, suprimiendo o prohibiendo las barreras que los Estados podrían imponer para favorecer sus economías, población o territorios («integración negativa»), sustituyendo intervenciones públicas por libertad y mercado. Este objetivo precisaba de un régimen que garantizara que la competencia no se falseara en el mercado interior. Esta prioridad del mercado da lugar a una legitimidad subordinada de las intervenciones públicas que, cobrando un carácter subsidiario o complementario, solo se permitirán cuando sean necesarias porque aquel o las libertades en competencia no basten para satisfacer todas las necesidades (Martínez López-Muñiz, 2005: 487 y *passim*).

² Pues en las sociedades avanzadas el derecho de la competencia despliega sus efectos en el marco de las relaciones entre intervención pública y mercado y delimita las funciones de los poderes públicos en la economía. Define el papel que el mercado desempeña en ella y garantiza su efectivo funcionamiento, evitando posiciones de dominio e interferencias innecesarias (Malaret i García, 2010: 65 y 75). Para esta autora, las reglas del TFUE sobre ayudas estatales forman parte de lo que ella caracteriza como el «gobierno incompleto de la economía a nivel comunitario», a la vista de la regulación comunitaria de la política económica y monetaria que se hace descansar, esencialmente, en la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros (p. 76).

³ Esta no es una cuestión baladí si tenemos en cuenta que los intercambios comerciales de la UE con la economía mundial son muy relevantes: según señala la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, de 5 de mayo de 2021 [COM(2021) 223 final], la UE representa el 16,4% del

competencia, comercio y contratación pública de la UE, que le impide adoptar medidas cuando las subvenciones extranjeras provocan distorsiones en el mercado interior, en particular mediante la financiación de concentraciones o de licitaciones. De ahí que se esté trabajando en una propuesta de Reglamento sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior⁴.

2. AYUDAS DE ESTADO Y SUBVENCIONES. CONCEPTOS NO DEL TODO COINCIDENTES QUE CONVERGEN

Hasta que la Comisión adoptara la «Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (2016/C 262/01), de 19 de julio de 2016, las ayudas de Estado carecían de una definición consensuada e inequívoca más allá del artículo 107 del Tratado y su interpretación por la jurisprudencia comunitaria. Esta Comunicación resume sistemáticamente la práctica cristalizada en las Decisiones de la Comisión sobre la compatibilidad de las ayudas con el mercado interior y la jurisprudencia de los tribunales de la UE recaída al respecto, brindando orientación general sobre todos los aspectos que integran el concepto de Derecho europeo «ayuda de Estado». Una medida nacional será ayuda estatal, a efectos del art. 107.1 TFUE, cuando concurren los elementos que exponemos sucintamente:

- La medida debe ser imputable al Estado, o su financiación proceder de fondos estatales. Lo relevante es el origen público de los fondos, que incluye todos los recursos del sector público (nacional, regional o local y entidades públicas dependientes de ellas y, a veces, privadas) concedidos directa o indirectamente. Es decir, las medidas han de comportar

total del comercio mundial (en 2019 aquellos ascendieron a 5.984.000 millones Euros). Como consecuencia de ello, el comercio supone casi el 35% del PIB de la UE y en 2017, un tercio de las inversiones mundiales tuvo como destino la UE, que fue el lugar de establecimiento de unas 100.000 empresas propiedad de entidades extranjeras. La inversión extranjera directa (IED) es una importante fuente de empleo (16 millones de puestos de trabajo), crecimiento y competitividad, sin embargo, en la medida en que escapan al control del régimen de ayudas de Estado pueden ocasionar un falseamiento de la competencia.

⁴ Esta laguna la ha puesto de manifiesto tanto el Libro Blanco sobre subvenciones extranjeras (*Libro Blanco sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras* [COM(2020) 253 final], como la propuesta de reglamento sobre subvenciones europeas, que permitirá combatir la competencia desleal de países que otorgan subsidios masivos a su industria. Sobre esta propuesta, el Consejo y el Parlamento Europeo han alcanzado el 30 de junio de 2022 un acuerdo político provisional que se basa en el principio de la soberanía económica, a su vez, apoyado en dos principios clave como el de inversión y protección. Por ello, como advierte Laguna de Paz (2021, p. 1468), con esta propuesta de reglamento se trata de evitar que terceros países favorezcan indebidamente a sus empresas, situándolas en mejores condiciones para adquirir las europeas, participar en licitaciones públicas o realizar actividades comerciales en la UE.

un gasto, una reducción de ingresos o la ausencia de riesgos para los poderes públicos⁵.

- Es imprescindible la existencia de una empresa. Al respecto, la Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal aclara (p. 3) que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, entendiéndose por «actividad económica» cualquier actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un mercado. Interpretación amplia del concepto de empresa que, siguiendo a Fernández Farreres (2016: 236), da cabida tanto a una sociedad como a una asociación u otra organización sin ánimo de lucro, un trabajador autónomo... más allá de su titularidad pública o privada.
- La medida debe suponer la concesión de una ventaja económica entendida en sentido material (al margen de la forma jurídica que revista y atendiendo, por tanto, exclusivamente a los efectos que produce), y suponer un beneficio que mejore la situación financiera y reduzca las cargas de la empresa en condiciones que no son las normales del mercado. Ha de ser concedida sin remuneración o contraprestación a cambio. Es decir, ha de ser una ventaja no compensatoria, otorgada unilateralmente. Pero, entiéndase bien, las ayudas, por ser gratuitas, no son actos de mera liberalidad, pues su razón de ser es facilitar la realización de actividades que muchas veces no se realizarían sin el apoyo público o la consecución de resultados de interés general.
- La medida ha de ser selectiva; especificidad, que no singularidad, del beneficiario, que excluye las medidas de carácter general abiertas a todas las empresas, sectores o actividades que operan en un país de la UE en igualdad de condiciones.
- Ha de tener efecto sobre la competencia (porque la falsee o amenace con falsearla) y los intercambios comerciales entre Estados miembros; esto se produce si la medida es susceptible de mejorar/reforzar la posición competitiva del beneficiario frente a otras empresas. Al examinarlo, la Comisión no tiene que acreditar que el efecto sea real en el comercio entre los países comunitarios sino solo si las ayudas son

⁵ La exigencia de la financiación de la ayuda con fondos públicos tiene carácter acumulativo a la de que sea otorgada por los Estados. Esto es discutible para algún autor que, teniendo en cuenta que el fin último es proteger la competencia, entiende que lo relevante debería ser que con la ayuda se traslada a una empresa o sector una ventaja económica, aunque el coste recaiga sobre terceros, no tanto que comporte o no una reducción de ingresos para los poderes públicos (Laguna de Paz, 2021: 1474).

susceptibles de afectar a los intercambios entre los Estados miembros, no probar su incidencia real en ella.

A la vista de todo lo expuesto comprobamos que, en el plano comunitario, el concepto de ayuda estatal es muy amplio, al encuadrar todo tipo de ayuda económica tanto positiva (subvenciones, créditos, avales) como negativa (exenciones, bonificaciones). En el ámbito interno, sin embargo, el concepto predominante no es el de ayuda sino el estricto de subvención, aunque, en algún momento, la legislación sectorial haya empleado el primero. En efecto, en la Ley General de Subvenciones (LGS) cristalizó un concepto estricto de subvención que excluye, a los efectos que aquí interesan, los beneficios fiscales con fines extra fiscales (las llamadas «subvenciones por ahorro de gasto», en las que no existe una entrega de dinero), los créditos oficiales y los avales [art. 2.4 g) y h)] que sí encajan en el amplio concepto europeo de ayuda. Ahora bien, en virtud de las Disposiciones adicionales 6.^a y 9.^a de la Ley 38/2003, a los créditos y a los incentivos regionales se aplicarán importantes aspectos de la LGS como sus principios generales, los requisitos y obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras, el procedimiento de concesión, el control financiero y el régimen de las infracciones y sanciones (que incluye el control de cumplimiento y el reintegro), siendo de aplicación supletoria en todo lo demás. Así pues, por el juego de las excepciones al concepto estricto de subvención del art. 2 y la supletoriedad de esta Ley a muchos supuestos que según ella misma no tienen el carácter de subvención (art. 2.4 LGS), pero son ayuda estatal a efectos del Derecho europeo, se produce un efecto expansivo que hace confluir ambos conceptos de ayuda y subvención en los aspectos más sustanciales del régimen de la LGS.

3. LAS AYUDAS DE ESTADO EN EL DERECHO EUROPEO. RÉGIMEN COMÚN

A) LA REGLA GENERAL DE LA INCOMPATIBILIDAD CON EL MERCADO INTERIOR Y SUS MODULACIONES

Como regla general, el art. 107.1 TFUE declara incompatibles con el mercado interior las ayudas estatales que falseen o amenacen falsear la competencia al afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. No obstante, el propio art. 107.2 TFUE declara directamente compatibles una serie de ayudas que responden a situaciones extraordinarias, razones de especial solidaridad o necesidad, por lo que sobre ellas la Comisión carece de margen de valoración al autorizarlas. Estos supuestos de compatibilidad automática, aunque tengan que comunicarse a la Comisión, han sido calificadas como excepciones objetivas a la regla de la compatibilidad (Fernández Farres, 2016: 238). Finalmente, al amparo del art. 107.3, otras ayudas *podrán*

considerarse compatibles y, por ende, autorizarse por la Comisión, siempre que se justifiquen por objetivos de interés general europeo claramente definidos.

Estas modulaciones de la regla general de incompatibilidad son una pura aplicación del principio de proporcionalidad, pues no está prohibida toda ayuda o alteración del mercado sino solo los falseamientos indebidos que provengan de comportamientos desproporcionados, injustificados o irrazonables (Malaret i García, 2010: 86). Como advierte Fernández Farreres (2016: 234), nos encontramos ante una modalidad de intervencionismo económico que, si bien puede conllevar distorsiones a la competencia, no conviene erradicar, al venir demandado por el principio de cohesión económica y social para lograr un desarrollo armónico de la Unión Europea. Precisamente por ello, el derecho europeo de las ayudas estatales no persigue eliminarlas, sino que las instancias comunitarias controlen el uso que de ellas hacen los Estados⁶.

B) EL RÉGIMEN DE CONTROL *EX ANTE* MEDIANTE NOTIFICACIÓN PREVIA

Así pues, sobre las ayudas de Estado existe un control previo y determinante desde las instituciones europeas para asegurar, como sabemos, que las intervenciones de los gobiernos no distorsionen la competencia y el comercio. De tal forma, la Comisión está obligada a examinar permanentemente los regímenes de ayudas existentes en los Estados miembros (art. 108.1 del TFUE) y será informada por estos de los proyectos de concesión o modificación de ayudas con la antelación suficiente para que pueda presentar sus observaciones sobre la compatibilidad con el mercado interior⁷.

Así pues, como regla general, toda ayuda de Estado está sujeta al deber de notificación, que conlleva un efecto suspensivo de la medida hasta que la Comisión se pronuncie. Por lo tanto, la falta de notificación cuando sea debida, la ejecución misma de la ayuda sin la decisión de compatibilidad o incumpliendo una decisión negativa convierte la ayuda en ilegal. En tal caso, la Comisión podrá, por iniciativa propia o por denuncia de interesado, realizar, ahora, un control *a posteriori* para examinar su legalidad y, en su caso, adoptar la «de-

⁶ En efecto, las autoridades comunitarias, más que prohibir taxativamente las políticas estatales en materia de ayudas las ha encauzado y dirigido —de un lado, reduciendo el desarrollo autónomo de las políticas económicas nacionales de ayudas a los productores nacionales y, de otro, atribuyendo la competencia última para su adopción a los órganos comunitarios—, a la vez que ha desarrollado su propia política comunitaria de ayudas con fondos propios (Fernández Farreres, 2016, pp. 234, 241, 242).

⁷ Las dudas de la Comisión sobre la compatibilidad de la ayuda dan lugar a la apertura de un procedimiento de investigación formal que concluirá con una decisión de conformidad positiva, condicionada o negativa, según se considere compatible, compatible con condiciones o no compatible con el mercado interior (art. 9 del Reglamento 2015/1589).

cisión de recuperación»⁸ si ya se hubiere otorgado. Cabe significar que la declaración de compatibilidad de una medida por la Comisión no significa necesariamente que la ayuda sea legal, si se ha infringido el deber de notificación. Consecuentemente, las ayudas pueden y deben ser controladas por las autoridades y tribunales nacionales que, aunque no pueden pronunciarse sobre la compatibilidad de la ayuda⁹, sí deben deducir todas las consecuencias de la infracción del art. 108.3 TFUE conforme al Derecho nacional, tanto en lo relativo a la validez de los actos de ejecución de la ayuda como a su devolución. En todo caso, la declaración de compatibilidad en cuanto al fondo no subsana la ilegalidad (formal) de la ayuda no notificada, de donde puede desprenderse, incluso, la obligación de reintegro¹⁰.

C) LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DEBER DE NOTIFICACIÓN. EL CONTROL *EX POST* DE LAS AYUDAS EXENTAS

En la búsqueda de una mayor eficiencia y la reducción de las cargas administrativas¹¹ el régimen de las ayudas notificadas del art. 108.3 se ha flexibilizado gracias a dos importantes excepciones: las ayudas de menor cuantía y las exenciones por categorías. De un lado, el deber de notificación previa se dispensa en aquellos supuestos en que por su cuantía las ayudas no tengan posi-

⁸ La decisión de recuperación procede tanto ante las ayudas ilegales, es decir, ayudas no notificadas o aportando información incorrecta, como ante las ayudas abusivas, esto es, si el beneficiario incumple las obligaciones que se le impusieron al otorgarla (art. 7 Reglamento 2015/1589).

⁹ Aunque para determinar si se ha infringido el deber de notificación Laguna de Paz nos recuerda que los tribunales nacionales pueden, siguiendo los criterios fijados al respecto por las autoridades europeas en virtud de la prevalencia del Derecho de la UE, interpretar si la actuación estatal es o no una ayuda pública, valorar si es una ayuda nueva o existente y decidir si ha sido o no notificada, y todo ello tomando en consideración el interés comunitario (pp. 1492-1493).

¹⁰ Esto, que podría dar lugar a una situación rocambolesca (porque origina la obligación de reintegro, volver a tramitar el procedimiento para notificarla y, cuando se autorice, proceder a otorgarla), se ha resuelto de forma práctica exigiendo solo la devolución de los intereses desde la fecha del otorgamiento de la ayuda hasta la decisión de compatibilidad que haya adoptado la Comisión (Fernández Farreres, 2016: 248).

¹¹ La Unión era consciente de la necesidad de agilizar y simplificar estos procedimientos para que los Estados miembros no frenen su actividad y decide, en el marco de un proceso de modernización del régimen de ayudas, dejar el análisis previo para las de mayor incidencia en el mercado único, evitando, como señala Laguna de Paz (u.o.c.: 1488), el microcontrol. Para compensar el cambio, de un lado, intensifica la cooperación de los Estados en el diseño y ejecución de las ayudas y, de otro, refuerza el seguimiento *a posteriori* de la Comisión. El pórtico de estas reformas se encuentra en la Comunicación «Modernización de las ayudas estatales en la UE» (COM/2012/0209 final) del que se han derivado la Comunicación de 2016 sobre el concepto de ayuda de Estado ya mencionada, el nuevo Reglamento de procedimiento (2015/1589), los nuevos Reglamentos de *minimis* y el Reglamento General de Exenciones por Categorías (RGEC), que referiremos seguidamente.

bilidad de falsear la competencia (ayudas de *minimis*) y, de otro, en los supuestos que sean subsumibles en las exenciones por categorías de ayudas de Estado horizontales. Estas exenciones liberan a las ayudas de la obligación de notificación previa y, por tanto, del efecto suspensivo que le es consustancial, pero no de un particular régimen de comunicación a través del que se articulará el control de las mismas¹².

4. LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y SU REGLAMENTO

Las ayudas públicas pueden afectar a la libre concurrencia y a la unidad de mercado en el ámbito interno, por lo que también hay que velar por el respeto de la competencia frente aquellas. Dejando a un lado el régimen nacional de defensa de la competencia nos limitamos a referir sucintamente el tratamiento que las ayudas públicas reciben en el ámbito de la Ley 38/2003 y en el RD 887/2006. Ya en sede de principios, el art. 8 LGS dispone que cuando los objetivos que se pretenden conseguir con las subvenciones afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores. Además, como primer requisito para el otorgamiento de las *subvenciones*¹³ (sic), el art. 9.1 LGS, relativo a las ayudas notificadas, positiva el deber de comunicación previa y el efecto suspensivo de la *subvención* hasta que recaiga la declaración de compatibilidad¹⁴, requisitos genuinos del Derecho comunitario de las ayudas de Estado, difuminando el contorno de los términos «subvención» y «ayuda» de Estado del Derecho europeo. En la misma línea, el art. 16 del reglamento de la LGS, relativo a la «Comunicación a la Unión Europea de proyectos de establecimiento, concesión o modificación de una *subvención*», señala que «para las *subvenciones* a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley General de Subvenciones» (como sabemos, las ayudas que han de notificarse a la UE), «no se podrá iniciar ningún procedimiento de concesión de *subvenciones* sin que se haya producido la comunicación de los proyectos para su establecimiento, concesión

¹² La transparencia y el seguimiento de estas ayudas se efectúa en virtud del envío información para su publicación en un sitio web del Estado correspondiente o en el DOUE, la formalización de un registro central de ayudas o la evacuación de toda la información que la Comisión le requiera (arts. 3 del Reglamento (UE) 2015/1588 y 9 y ss. del RGEC para ayudas horizontales y 6 Reglamento de *minimis*).

¹³ En este Capítulo relativo a las «Disposiciones comunes a las *subvenciones* públicas» es evidente que la Ley utiliza el concepto en sentido amplio, que da cabida al de Derecho europeo de «ayuda». Lo mismo cabe decir del Real Decreto 887/2006 que aprueba su Reglamento. Además, una y otro utilizan en numerosas ocasiones de forma indistinta los términos «subvención» y «ayuda».

¹⁴ En estos casos de ayudas notificadas «no se podrá hacer efectiva una *subvención* en tanto no sea considerada compatible con el mercado común» (art. 9.1 *in fine*).

o modificación a los órganos competentes de la Unión Europea». De igual manera, el efecto suspensivo alcanza al pago de la *subvención* que, de acuerdo con el art. 16.2 RGS, estará en todo caso condicionado a que los órganos competentes de la UE hayan adoptado una decisión de no formular objeciones a la misma o hayan declarado la *subvención* compatible con el mercado común. De hecho, exige que los términos en que la declaración de compatibilidad se realice se hagan constar en el acto administrativo de concesión. Si, además, la UE hubiera condicionado la decisión de compatibilidad estableciendo exigencias o requisitos cuyo cumplimiento pudiera verse afectado por la actuación del beneficiario las condiciones establecidas deberán trasladarse a este, entendiendo que las asume si, en el plazo de quince días desde su notificación, no renuncia a la *subvención* concedida.

En lo que se refiere al reintegro de *subvenciones* también se emplea el término en sentido amplio y su régimen jurídico se aplica a las ayudas de Estado pues, de acuerdo con el art. 37.1 h) LGS, si la Comisión adopta una decisión de la que se derive la necesidad del reintegro de acuerdo con los arts. 107 a 109 TFUE, habrá que devolver las cantidades percibidas y el interés de demora que corresponda desde el momento del pago de la *subvención* hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o la fecha en que el deudor lo ingrese si es anterior a esta.

BIBLIOGRAFÍA

- Díaz Lema, J. M. (2005): «Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre», *Justicia Administrativa*, n.º 27.
- Fernández Farreres, G. (2016): «El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el Derecho español», *Revista de Administración Pública*, n.º 200.
- Fuertes González, B. E. (2016): «Las ayudas de Estado», *Economía industrial*, n.º 401.
- Laguna de Paz, J. L. (2021): *Tratado de Derecho Administrativo. General y económico*, 4.ª ed., Thomson Reuters, Navarra.
- Malaret i García, E. (2010): «Intervención de los Estados miembros y Derecho europeo de las ayudas públicas: Estado y mercado en la crisis económica», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 14.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2005): «Ayudas públicas», *Derecho europeo de la competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Velasco San Pedro (coord.), Lex Nova, Valladolid.

LA MODIFICACIÓN DE LOS MARCOS DE APOYO AL DESPLIEGUE DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES: LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

Ángel M. Moreno Molina

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La jurisprudencia del TJUE, al amparo de las directivas de renovables. 3. La tercera directiva y su impacto en este terreno, especialmente en la jurisprudencia existente.

RESUMEN: Los cambios regulatorios en los sistemas nacionales de apoyo al despliegue de las energías renovables han generado una importante veta de litigios y procesos de arbitraje internacional. La comunicación analiza sumariamente la jurisprudencia del TJUE atinente a los principios o límites que tienen que observar los Estados miembros de la Unión a la hora de materializar esos cambios normativos.

PALABRAS CLAVE: energías renovables; marcos de apoyo; cambios regulatorios; principios; TJUE.

ABSTRACT: The regulatory changes introduced by states in their national support schemes for the deployment of renewable energies have generated an important pattern of litigation and international arbitrations. The paper briefly analyzes the case – law of the ECJ concerning the principles or limits that the MS of the Union must follow when they implement those regulatory changes.

KEY WORDS: renewable energies; support schemes; regulatory changes; legal principles; ECJ.

1. INTRODUCCIÓN

Como no ignoran quienes cultivan estas materias, la posibilidad, por parte de un Estado, de modificar su marco legal regulador de las ayudas e incentivos establecidos para fomentar el despliegue de las energías renovables se enfrenta a no pocos óbices jurídicos. No es el menor de ellos el impacto que dichas mudanzas legales puedan tener en los beneficios esperados por las mercantiles que invirtieron en los proyectos de construcción, erección y conexión de las instalaciones de generación y distribución de dichas energías perpetuas. Lucros «esperados», cuando no abiertamente «prometidos» o «garantizados» en las correspondientes leyes, reglamentos o instrumentos convencionales. Dicho escenario ha generado una plétora de procesos judiciales, arbitrajes internacionales, dictámenes y meditaciones en diferentes naciones, jurisdicciones y organizaciones internacionales, de la que la doctrina ha dado oportuna noticia y estudio.

Esta modesta comunicación se centra en un aspecto concreto, pero esencial, de esta compleja problemática: cuál es la jurisprudencia esencial del TJUE al respecto. Doctrina de imprescindible manejo puesto que los EM deben fraguar e implementar sus marcos de apoyo a las energías renovables en el marco jurídico de las directivas europeas aprobadas hasta la fecha en este campo, que han sido objeto de cuestiones prejudiciales en interpretación; cuestiones suscitadas precisamente en el seno de litigios suscitados en los tribunales internos de los EM y en los que se cuestionaba la licitud de los cambios regulatorios adoptados por las autoridades nacionales.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE, AL AMPARO DE LAS DIRECTIVAS DE RENOVABLES

El primer acercamiento del TJ a estas cuestiones se produjo en el año 2014, como consecuencia de una cuestión prejudicial sustanciada por un tribunal contencioso-administrativo sueco: sentencia del TJ de 1 de julio de 2014, asunto C-573/12, *Ålands Vindkraft AB c. Agencia de la Energía*. Su marco de referencia era todavía la Directiva 2009/28¹.

El TJ tendría ulteriormente otras oportunidades de abordar la modificabilidad de los sistemas nacionales de apoyo a las renovables. Así, su sentencia de 11 de julio de 2019, *Agreenergy y Fusigano c. Ministero dello Sviluppo Economico* (asuntos acumulados C-180/18, C-286/18 y C-287/18) resuelve una

¹ Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables («segunda directiva de renovables»).

nueva cuestión prejudicial en interpretación del art. 3.3 de la Directiva 2009/28, suscitada por el Consejo de Estado de Italia. En ella aborda de manera central la modificabilidad de los sistemas de apoyo y su posible colisión con los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

En el pleito *a quo* las actoras son dos empresas del sector de la energía fotovoltaica y que tienen sendas instalaciones de ese tipo en distintos municipios italianos. Impugnan el Quinto Plan de energía ante el Tribunal Administrativo Regional (T.A.R.) del Lazio, alegando que el mismo reducía considerablemente los incentivos para la producción de energía eléctrica a partir de instalaciones solares fotovoltaicas. Ante este revés, las empresas recurren ante el *Consiglio di Stato* sosteniendo, entre otros motivos, que el quinto plan de energía es contrario a la legislación italiana y a la Directiva 2009/28, y que vulnera el principio de protección de la confianza legítima. Ante las dudas suscitadas, el Consejo de Estado formula la siguiente cuestión prejudicial: «¿Debe interpretarse el art. 3.3 (a) de la Directiva 2009/28 (a la luz del principio general de protección de la confianza legítima y del sistema general establecido por la Directiva para regular los incentivos a la producción de energía procedente de fuentes renovables) en el sentido de que es incompatible con el Derecho de la Unión una normativa nacional que permite ... mediante sucesivos decretos de desarrollo, la reducción o incluso la supresión de las tarifas de incentivación anteriormente establecidas?». El TJ tenía pues, la puerta abierta para fijar estas importantes cuestiones.

Por lo que hace al principio de seguridad jurídica, el Tribunal recordó su plena aplicación al caso de autos, con base en la sentencia *Alands Vindkraft*, arriba expuesta, según la cual dicho principio exige que «una normativa permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone y que estos puedan conocer sin ambigüedad sus derechos y obligaciones y adoptar las medidas oportunas en consecuencia». En cuanto al principio de protección de la confianza legítima, el Tribunal recordó su propia jurisprudencia, según la cual «la posibilidad de invocar dicho principio está abierta a todo operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas». Ahora bien, cuando «un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses, no puede invocar tal principio si se adopta esa medida». Además, *los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades nacionales*² (pár. 31, cursiva añadida).

² Aquí, el Tribunal vuelve a citar textualmente su sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol*, C-201/08, apartado 53.

Este es, a nuestro juicio, el nudo gordiano de la doctrina del TJ. Un operador diligente no puede invocar el principio de confianza legítima si puede prever la adopción futura de medidas desfavorables. Lo cual no quiere decir que por ese solo hecho fracase su demanda (pues podría triunfar por otros motivos). El hecho de que el operador sea un comerciante, es decir, un operador presumiblemente experto y conocedor del sector en el que se mueve (a diferencia de un consumidor o ciudadano lego en la materia) hace que su grado de previsibilidad de posibles cambios regulatorios futuros sea grande. Cuando más grande es el conocimiento del funcionamiento de un sector o actividad económica por parte de un operador, menor es la posibilidad de invocar el principio de confianza legítima y pretender que los cambios eran inopinados e imprevisibles.

Por lo tanto, los EM tienen discreción para establecer o no un sistema de apoyo. Tienen, igualmente, la más amplia discreción para determinar sus modalidades, formatos, ámbito territorial o temporal, etc. Dentro de esas facultades figura desde luego la posible modificación del sistema, siempre que ello no vaya en contra de promesas claras o compromisos inequívocos, en contra de lo dispuesto en la propia norma que se pretende modificar, o en violación de otras reglas o principios de pertinente aplicación.

Aunque corresponde exclusivamente al juez nacional apreciar si se respeta la confianza legítima de los operadores económicos (según fijara ya el TJ en *Ålands Vindkraft*) el Tribunal de Luxemburgo proporcionó al Consejo de Estado italiano una serie de elementos interpretativos relativos al Derecho de la Unión que le permitieran apreciar esta conformidad.

De todo ello dedujo el pretor europeo que la aplicación de la normativa nacional debería haber resultado previsible para las empresas demandantes. Mas no basa solamente el Tribunal dicha conclusión en un plano cognoscitivo de las actoras, que a fuer de subjetivo puede ser diferente del de otras empresas en situación similar, sino que la normativa, debidamente publicada, siendo precisa y cognoscible, reunía los requisitos de previsibilidad y objetividad necesarias³. Estas consideraciones condujeron al TJ a concluir que la normativa controvertida ante el Consejo de Estado ni vulneraba los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, ni era incompatible con la Directiva 2009/28.

³ Afirma el Tribunal en este punto: «la normativa era la adecuada para indicar desde un primer momento a los operadores económicos prudentes y diligentes que el sistema de incentivos aplicable a las instalaciones solares fotovoltaicas podía ser adaptado, o incluso suprimido, por las autoridades nacionales a fin de tener en cuenta la evolución de ciertas circunstancias y que, por tanto, sobre la base de dicha normativa no podía existir la certeza de que dicho sistema se mantuviera durante determinado período» (par. 44).

El *imbroglio* italiano no había sido cerrado definitivamente, pues daría lugar a un nuevo litigio, sobre la misma base normativa y con parecidos actores, si bien en este caso apareció además en escena el Tribunal Constitucional, como órgano remitente de la cuestión prejudicial correspondiente, y que dio lugar a una nueva sentencia del TJ, la de 15 de abril de 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (ANIE) y otros c. Ministero dello Sviluppo económico*, asuntos acumulados C-798/18 y C-799/18.

En este caso el problema analizado consistió en si se opone al Derecho de la UE la aplicación de una disposición nacional que reduce o retrasa significativamente el pago de los incentivos ya concedidos por la ley y definidos sobre la base de acuerdos específicos celebrados con la entidad pública GSE y, si dicha norma interna es compatible con los principios generales de protección de la confianza legítima, de seguridad jurídica, de cooperación leal y de efecto útil, con los artículos 16 y 17 de la CDFUE, con la Directiva 2009/28 y con el artículo 216 TFUE, apartado 2, en particular en relación con la Carta de la Energía de 1998. Ahí es nada.

Centrándonos exclusivamente en la cuestión de la posible tensión entre la capacidad de modificación regulatoria del Estado y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, al TJ le bastó con reproducir los razonamientos que vertiera en la sentencia *Agrenergy*. Como ya hiciera en aquella sentencia, el TJ suministró al tribunal remitente las siguientes consideraciones fáctico-normativas: (a) las órdenes ministeriales de desarrollo del Decreto Legislativo de 2003 establecieron una tarifa de incentivación específica de un importe decreciente, y fijaron un límite máximo de la potencia eléctrica acumulada de todas las instalaciones que podían beneficiarse del incentivo; (b) el propio tenor de la normativa indicaba al operador económico prudente y diligente que los incentivos no estaban garantizados para todos los operadores interesados durante un período determinado, teniendo en cuenta que se fijaba un límite máximo de potencia eléctrica; (c) los acuerdos celebrados después del 31 de diciembre de 2012 entre GSE y las empresas hacían mención expresa al hecho de que aquella se reservaba el derecho de modificar unilateralmente sus condiciones por mor de la posible evolución normativa. A juicio del Tribunal «estos elementos constituían... un indicio suficientemente claro para los operadores económicos de que los incentivos en cuestión podían ser modificados o suprimidos» (par. 51 de la sentencia); (d) las medidas impugnadas no tienen efecto retroactivo.

Estas consideraciones le llevaron a concluir, como ya hiciera en la sentencia *Agrenergy*, que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa como la que era objeto de litigio ante el tribunal del Lazio. Por lo tanto, esta sentencia confirma y reafirma la doctrina establecida en aquel fallo.

3. LA TERCERA DIRECTIVA Y SU IMPACTO EN ESTE TERRENO, ESPECIALMENTE EN LA JURISPRUDENCIA EXISTENTE

Las tres sentencias del TJ que se acaban de exponer comparten una nota común: fueron dictadas para responder a cuestiones prejudiciales atinentes a la Directiva 2009/28. Sin embargo, hay un desarrollo normativo posterior muy importante, y este no es otro que la aprobación de la tercera directiva de renovables, la Directiva 2018/2001, actualmente vigente⁴. A diferencia de la segunda directiva, la Directiva 2018/2001 sí que introdujo reglas más amplias relativas al sistema de apoyo, y específicamente en materia de su estabilidad (art. 6). Es por ello posible plantearse (al menos a nivel teórico) que la jurisprudencia de Luxemburgo podría haber quedado obsoleta debido a que actualmente tenemos unas reglas específicas de *lex scripta* europea en materia de estabilidad de los sistemas de apoyo, que no existían al tiempo del dictado de los fallos arriba referidos.

Para aclarar estas cuestiones debemos partir de la regulación vigente en materia de estabilidad del sistema de apoyo a las energías renovables, que se contiene en el art. 6 de la Directiva 2018/2001. Estos dos apartados establecen unos límites o condiciones sustantivas o materiales a la capacidad que los EM tienen de revisar sus propios sistemas de apoyo. En virtud del apartado primero, las autoridades nacionales deben garantizar que el «nivel» de apoyo (no el sistema en sí, sino su nivel o volumen financiero) y las condiciones en que dicho apoyo se preste a las energías renovables no se revise si ello: (a) tiene un efecto negativo sobre los «derechos» conferidos en este contexto (es decir, en el contexto del sistema de apoyo) o (b) si perjudica la viabilidad económica de los proyectos que ya se benefician del apoyo económico⁵.

Entendemos que ambos requisitos o letras no son cumulativos, sino alternativos. Por lo tanto, bastaría con que la revisión de un sistema de apoyo tuviera alguna de las consecuencias reguladas en dichas letras para que fuera en contra del Derecho de la Unión. Otro aspecto interesante es la interpretación de la expresión «derechos conferidos» por los sistemas de apoyo. Desde luego, el derecho devengado pero no satisfecho o pagado a la empresa beneficiaria puede catalogarse como un derecho en sentido estricto, pero no lo es una mera expectativa de estabilidad del sistema de apoyo. Aquí sí puede ser pertinente la doctrina que el TJ elucidó en el asunto *ANIE*, de 2021, relativa al juego del derecho de propiedad consagrado en el art. 15 de la CDFUE.

⁴ Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

⁵ Dicho de otra forma más clara (la redacción de la directiva es un poco enrevesada): los EM deben abstenerse de revisar sus sistemas de apoyo si se da alguna de esas circunstancias.

En cualquier caso, el art. 6 de la directiva vigente no prohíbe o desconoce la capacidad que los EM tienen para alterar los términos del marco regulatorio de apoyo a las renovables, pero lo proscribire si ello produce ciertas repercusiones, «prohibidas» por el aptdo. 1. Evidentemente, en un hipotético escenario litigioso, la prueba de la concurrencia del perjuicio de la viabilidad económica de los proyectos requerirá de los actores una acabada fase probatoria apoyada en todo tipo de estudios económicos.

Otra de las cuestiones que llama la atención en este crucial art. 6. 1 es que no se haga mención en ningún momento a los principios de seguridad jurídica o de confianza legítima. Una interpretación grosera de este silencio normativo podría llevar a sostener que los cambios regulatorios de los que aquí se habla ya no tienen que someterse a la observancia de dichos principios. Nada de eso. El hecho de que el art. 6 no los mencione no quiere decir en ningún caso que no entren en juego. Por lo tanto, en este aspecto la jurisprudencia del TJ es complementaria de la regulación contenida en este precepto. Ello significa que, en la práctica, el EM que pretenda llevar a cabo una modificación de su sistema de apoyo deberá respetar dos tipos de límites, condiciones o requisitos: por un lado, los que están establecidos en el art. 6 de la directiva y, por otro, los que dimanen de la jurisprudencia del TJ.

El apartado 2 del art. 6, por su parte, es igualmente relevante a pesar su laconismo, pues establece que los EM pueden ajustar el nivel de apoyo de acuerdo con criterios objetivos, siempre que tales criterios «estén establecidos en el diseño original del sistema de apoyo». Aquí, es evidente a nuestro juicio que la palabra «ajustar» es equivalente a la expresión «revisar» (el nivel de apoyo) que se emplea en el primer apartado, por lo tanto, el apartado 2 también se refiere a cualquier cambio o modificación legal-regulatoria del marco jurídico del apoyo a las renovables. Si ello es así, es claro que este apartado configura un nuevo y adicional requisito para la capacidad del Estado a la hora de modificar su marco de apoyo: solo pueden llevar a cabo esa revisión o modificación normativa de acuerdo con unos criterios que tienen que cumplir dos requisitos cumulativos: (a) tienen que ser objetivos; y (b) tienen que estar establecidos en el diseño original del sistema de apoyo.

Este apartado 2 del art. 6 sí que tiene una conexión evidente (aunque no explícita) con los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, puesto que si existen criterios objetivos y predecibles, los operadores jurídicos verán reforzada su seguridad jurídica, y correlativamente no podrán invocar la traición de su esperanza.

Parece plenamente procedente examinar qué dice la exposición de motivos de la directiva sobre estos preceptos, pues es una fuente autorizadísima de interpretación de las normas, y por supuesto de las de la Unión, como el propio TJ subraya en su jurisprudencia. Nos interesa sobremanera el apartado 29, que dice lo siguiente: «[...] las políticas de apoyo a las energías renovables deben

ser previsibles y estables, y deben evitar los cambios recurrentes o retroactivos. [...] Los EM deben evitar que la revisión de toda ayuda concedida a proyectos de energías renovables tenga repercusiones negativas en su viabilidad económica. En ese contexto, los EM deben promover políticas eficientes en lo que se refiere a las ayudas, y *garantizar su sostenibilidad financiera*. Por otra parte, se debe publicar un calendario indicativo a largo plazo que abarque los principales aspectos del apoyo previsto...» (la cursiva es nuestra). Como puede apreciarse, el espíritu y elemento teleológico de la directiva es claro: quiere limitar al máximo la capacidad de los EM de revisar los sistemas de apoyo a la baja (si se revisan al alza no hay ni problemas, ni recursos); los sistemas de apoyo deben ser previsibles y sobre todo «estables». Las reformas legales súbitas, anticipadas, repetitivas, erráticas y sobre todo las retroactivas están ahora claramente proscritas. La garantía de la sostenibilidad financiera del sistema de apoyo es ya una obligación perfecta que se impone a los EM, y cuyo cumplimiento la Comisión puede exigir a través del recurso de incumplimiento ante el TJUE.

Todo ello puede ser interpretado como una reacción europea ante el hecho de que algunos EM podrían haber hecho un uso excesivo de su potestad de modificación de la normativa, por mucho que esas reformas legales pudieran haber sido validadas por los tribunales internos. En este sentido, la directiva envía un claro aviso a navegantes: operaciones de reconfiguración regulatoria como la acometida en ciertos EM en el pasado ya no van a ser tan factibles. La directiva en vigor ha introducido un marco mucho más rígido y estricto, que limita considerablemente la capacidad de cada EM de innovar «a la baja» su sistema de apoyo. Además, en el contexto de un posible pleito provocado por un recorte a las renovables, las empresas tienen ahora una extensa batería de argumentos de *lex scripta* en los que apoyar sus demandas, pues los requisitos y límites recogidos en aquella norma son directamente invocables por los particulares, y corresponde a los tribunales internos garantizar su observancia. En el marco legal anterior (el de la directiva de 2009) las empresas solo pudieron invocar imprecisos principios generales del Derecho de la Unión como los de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Los apartados 3.º y 4.º del art. 6 no se refieren al «corazón» de la cuestión aquí abordada, pero no son menos relevantes en cuanto establecen obligaciones «procesales» que enmarcan la estabilidad del apoyo. Así, los EM tienen que publicar un calendario a largo plazo, que abarque por lo menos cinco años, y en el que se debe indicar la capacidad de generación que se quiere conseguir, el presupuesto o crédito máximo que se prevé asignar y las tecnologías subvencionables previstas. Además, dicho calendario se debe actualizar anualmente. Por lo tanto, si un EM modificara *in peius* el sistema de apoyo a las renovables sin publicar dicho calendario, o aprobándolo pero sin incluir las menciones exigidas, estaría infringiendo el Derecho de la Unión.

Por su parte, el apartado 4.º obliga a los EM a llevar a cabo, al menos cada cinco años, una evaluación de la eficacia de sus sistemas de apoyo a la electricidad procedente de fuentes renovables. En dicha evaluación se deben tener en cuenta las posibles repercusiones (de todo tipo, incluidas la afección a las empresas beneficiarias) que podrían tener los posibles cambios en los sistemas de apoyo. Además, esas evaluaciones deben incluirse necesariamente en la actualización de sus PNIEC y en los informes de situación regulados en el Reglamento «gobernanza». Aquí tenemos, pues, otro límite formal a la capacidad inherente de los EM de modificar a la baja los sistemas de apoyo, por lo que si un EM no llevara a cabo expresamente esta evaluación de eficacia y derivara de la misma las correspondientes consecuencias, cualquier operación de modificación del marco regulatorio de apoyo podría ir también en contra del Derecho de la Unión.

Como puede apreciarse, la tercera directiva de renovables ha introducido numerosos requisitos para que los EM puedan ejercitar lícitamente, a la luz del Derecho de la Unión (otra cosa es la licitud a luz de su derecho constitucional), su facultad de alteración o modificación de los sistemas de apoyo. Dichos requisitos son de dos tipos, materiales (apartados 1 y 2) y procedimentales (apartados 3 y 4). Ninguno de esos requisitos figuraba en la segunda directiva (de 2009). Por lo tanto, es evidente que el Derecho de la Unión ha constreñido y disciplinado la capacidad de los EM para modificar sus sistemas de apoyo. Cuando el TJ se enfrentó a estas cuestiones, no existían tales requisitos o límites, por lo que tuvo que resolver de manera pretoriana las cuestiones que se le formularon.

A pesar del cambio legal operado en el Derecho europeo, no podemos decir que la jurisprudencia del TJ dictada sobre la base de la segunda directiva haya quedado obsoleta o desfasada, puesto que aquella se centró en el contraste entre la capacidad de modificación regulatoria de los EM y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Ahora bien, es evidente que la nueva configuración legal de la *tercera directiva* abre de par en par la puerta a nuevas cuestiones prejudiciales, en las que se podrá preguntar al TJ por la recta interpretación de cualquiera de los cuatro apartados del art. 6 de la tercera directiva, cuya densidad es notoria.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CANON HERMENÉUTICO DE LOS INCENTIVOS

Guillermo Chang Chuyes

SUMARIO: 1. Los incentivos: conceptos jurídicos indeterminados metajurídicos sometidos al estado de derecho. 2. El principio de proporcionalidad en la creación, ejecución y fiscalización de los incentivos. 3. ¿Es necesaria una ley de incentivos para el Perú?. 4. Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN. Este artículo reivindica la aplicación del principio de proporcionalidad como baremo de la eficacia de los incentivos. En el Perú, esta exigencia no sólo se encuentra a nivel de principio, sino que también el ordenamiento jurídico prevé requisitos formales donde es exigido. Finalmente, concluye no es necesario una regulación específica de los incentivos porque muchos son conceptos jurídicos indeterminados de origen metajurídico.

PALABRAS CLAVE: subvenciones; principio de proporcionalidad; conceptos jurídicos indeterminados.

ABSTRACT. This article claims the application of the principle of proportionality as a scale of the effectiveness of incentives. In Perú, this requirement is not only at the level of principle, but also that the legal system establishes formal requirements where it is required. Finally, it concludes that a specific regulation of incentives is not necessary because many are meta-legal indeterminate legal concepts.

KEY WORDS: subsidies; principle of proportionality; vague legal concepts.

1. LOS INCENTIVOS: CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS METAJURÍDICOS SOMETIDOS AL ESTADO DE DERECHO

La determinación del interés general, tanto en sus fines como en los medios para alcanzarlo, es una cuestión transdisciplinar. Entre las varias ciencias que coadyuvan a esto, el ordenamiento jurídico, bajo la cláusula de Estado de derecho, cumple dos roles importantes. El primero es establecer las formalidades para que el debate político y técnico en torno a la determinación de ese interés respete los cánones establecidos en las normas (en sus fines y medios). El ordenamiento jurídico solamente reconoce el resultado del debate político y técnico, y propicia su eficacia. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la salud (Chang, 2021) o la educación (Chang, 2022a). El Derecho no puede (ni debe), por sí mismo, decir si alguien está sano o ha adquirido una competencia educativa. Solamente establece los medios formales para que esto se recoja y determine en el marco del ordenamiento jurídico. Excepcionalmente, y esta es la segunda función, el ordenamiento ha positivizado el criterio propio de un área de la realidad y debe ejecutarlo bajo esos cánones. En el caso peruano, esto ocurre en temas económicos con el principio de subsidiariedad (Chang, 2022b). En ese sentido, la economía peruana no es ni socialista ni liberal, sino subsidiaria.

Bajo esta lógica deben entenderse los incentivos en general. Por ello, la definición jurídica de esta institución solamente lleva a cabo una descripción *in genere*. Así, se habla de *fomento* (Jordana de Pozas, 1949), de *ayuda y recompensa* según el momento de su otorgamiento (Martínez López-Muñiz, 1989) o *ventaja* (Bueno, 2013). Todo lo demás son conceptos jurídicos indeterminados vinculados al sector de la realidad de que se trate, en el cual existe tal incentivo con fines y medios propios. Por ello, es natural que las calificemos como cuestiones metajurídicas.

En el Perú, y en general en Latinoamérica, los principales incentivos son aquellos de tipo económico, destinados a la lucha contra la pobreza. Sin embargo, su uso ha sido tergiversado. Así, se han usado incluso con finalidades que atentan contra el interés general y la dignidad de las personas. Los gobiernos usan los incentivos para generar clientelismo entre los más pobres. Por otro lado, carecen de sustento técnico. Y también, han sido afectados por la corrupción en todas sus etapas: creación, ejecución y fiscalización. Muchos funcionarios extorsionan a los posibles beneficiarios para obtener parte del subsidio, ya sea en su otorgamiento o en su fiscalización. Finalmente, a esto hay que añadir un problema adicional: la asimetría informativa y organizacional en la tramitación de estos incentivos. España no es ajena a este último problema. La reciente publicación de Silencio Administrativo (Mesa, 2019), da cuenta de ello. Los requisitos y trámites se centran más en una visión *pro administratione* que *pro administrado*.

La Constitución peruana no regula el fomento en sentido técnico, sino que usa el término en sentido amplio. Así, señala que fomenta la cultura (2.8), fomenta la solidaridad (14), fomenta la educación (17), la participación privada en la conservación del patrimonio cultural (21), promueve condiciones para el progreso social y económico fomentando el empleo productivo y educación para el trabajo (23), la negociación colectiva en materia laboral (28), fomenta y garantiza el ahorro (87), entre otros. Aun con ello, los incentivos existen, son muchos y tienen características distintas, propias del sector de la realidad al que pertenecen. Dentro de ellos, los incentivos económicos de lucha contra la pobreza son los que tienen la mayor regulación, especialmente presupuestal. Empero, todo su desarrollo se ha hecho siguiendo conceptos jurídicos indeterminados de carácter económico. Así, bajo la nomenclatura *política económica y social*, el Ministerio de Economía peruano, regula tanto los incentivos como los servicios sociales que brinda la Administración pública de manera directa a estos ciudadanos.

Frente a este universo de incentivos (e incluso de servicios de carácter social de prestación estatal directa), parecería que el Derecho puede decir poco e incluso que debe quedarse solamente en lo formal. A lo mucho, puede reconocer algún principio concreto en la parte de la realidad que regula. Ejemplo de ello, en el caso peruano, sería el principio de subsidiariedad que da marco a todo el ordenamiento jurídico (Vignolo, 2019) y se encuentra en el artículo 1 de la Constitución: la persona humana es el fin supremo del Estado y la sociedad. Sin embargo, en materia de incentivos hemos olvidado la cláusula del Estado de derecho. Este implica que toda la actuación del Estado esté sometido al principio de razonabilidad o proporcionalidad y, en Perú, esto rara vez se ha exigido. Por ello, a continuación, reivindicamos la necesidad de que los incentivos, independientemente del sector al cual pertenezcan, estén también sometidos a este principio, como cualquier política pública.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CREACIÓN, EJECUCIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LOS INCENTIVOS

Castillo Córdova (2005: 130 y ss.), ha sistematizado los tres argumentos que sustentan este principio en el ordenamiento en el ordenamiento jurídico peruano. El primero, que señala el autor, es la propia dignidad humana. Esto también se infiere del propio principio de subsidiariedad ya citado e implica que el poder público debe usarse en beneficio de las personas. Los otros vienen de las propias sentencias del Tribunal Constitucional. Por un lado, se desprende tácitamente de la cláusula del Estado de derecho establecido en el artículo 45 de la Constitución. Por otro, una interpretación del artículo 200 de la Carta Magna que establece expresamente el principio de proporcionalidad

como baremo para analizar las restricciones de derechos en los regímenes de excepción. Con esta triple fundamentación, el máximo intérprete de la Constitución ha aplicado este principio a todo el ordenamiento jurídico, especialmente al ejercicio del *ius puniendi*. Empero, al sol de hoy, el hecho que no exista sentencia alguna de este Tribunal en materia de incentivos no implica que este principio se pueda obviar.

Siguiendo al mismo autor, el propio Tribunal Constitucional ha definido y establecido los requisitos para analizar el cumplimiento de este principio. Así, implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. A la sazón, cuenta con un triple juicio: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de idoneidad implica que el acto tenga un fin permitido por el ordenamiento jurídico y unos medios adecuados para el logro del fin. El segundo juicio implica examinar si la medida es lo menos restrictiva de los derechos que otras igualmente eficaces. El tercer juicio implica analizar las ventajas y desventajas de la medida tomada para buscar el equilibrio entre ambas.

La definición del principio de proporcionalidad es clara. Sin embargo, se incide mucho en los fines y los medios, sin entender las posibles situaciones concretas de los destinatarios de estos incentivos. Esto, que puede parecer implícito en cada uno de los juicios no ha sido lo suficientemente obvio como para tenerse en cuenta. En Silencio Administrativo queda claro cómo es imposible para una indigente acceder a medios electrónicos para realizar un trámite, obtener medios probatorios, entre otras exigencias que, siendo legítimas, no puede cumplir. Y si este principio no se tiene en cuenta en las cuestiones procedimentales, menos aún se tendrá en la creación y ejecución del propio incentivo. Los incentivos que el Estado peruano ha creado en los últimos años carecen de sustento técnico y no han tenido en cuenta la realidad nacional.

Puede parecer que el alcance de este principio es meramente teórico. Sin embargo, si analizamos las normas que regulan requisitos establecidos para la creación, ejecución y fiscalización de estos incentivos, podemos darnos cuenta de que la legislación que los regula recoge implícitamente este principio. Los incentivos económicos otorgados en el Perú durante la pandemia son ejemplo de ello.

Analizamos en primer lugar, la creación de incentivos. En principio, cualquier incentivo exige que sea creado por normas con rango de ley: leyes del congreso, decretos legislativos delegados en el Poder Ejecutivo, decretos de urgencia en situaciones excepcionales, u ordenanzas en el caso de Municipios y Gobiernos regionales. La excepción son los incentivos de carácter económico, cuya especialidad analizaremos más adelante.

Las leyes que dependen del Congreso y de la delegación de potestad al Poder Ejecutivo tienen regulado el principio de proporcionalidad en los requisitos que se exigen para iniciar el procedimiento legislativo. El artículo 75 del Reglamento del Congreso señala que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresa el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta; los antecedentes legislativos; el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional...; el análisis costo beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico, y cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental. La misma situación se repite a nivel reglamentario. El artículo 13 de la Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que el reglamento debe tener una exposición de motivos y se debe acompañar de informes, estudios y consultas realizados. En el caso de los Gobiernos regionales y Municipios, no hay una regulación general y todo dependerá de la autorregulación que establezca cada Administración pública.

Estas normas que crean y establecen los requisitos de los incentivos, con rango de ley y desarrollo reglamentario, pueden ser cuestionadas ante sendas acciones: acción de inconstitucionalidad para el caso de la ley y acción popular, para los reglamentos, según lo dispone la Ley n.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Cabe señalar, que el control que realiza el Tribunal Constitucional, aun cuando parezca redundante, es solamente la vulneración de las normas constitucionales. Recientemente, en la Sentencia n.º 8-2022-PI/TC, el Tribunal ha resaltado que *no participa, ni debe participar, en el debate respecto de cuál es la mejor opción por la sencilla razón que dicha actuación, relacionada con la oportunidad y conveniencia de una fórmula legal escapa del ámbito de sus competencias constitucionales*. Ello implica el respeto del Tribunal Constitucional a la discrecionalidad que les otorga la Constitución a los Poderes Ejecutivo y Legislativo para determinar las políticas públicas, entre ellas, los incentivos.

Respecto de la ejecución y control a nivel administrativo, la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece expresamente el principio de razonabilidad para toda actuación administrativa (artículos 3.3, 3.4 y 6). Así, este principio señala que las decisiones de la autoridad administrativa deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Esto abarca el otorgamiento del incentivo, la regulación de los requisitos y la publicación en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, su fiscalización, y posibles procedimientos sancionadores. A esto hay que añadir la exigencia de finalidad pública y motivación como

requisito de todo acto administrativo. Es en la adecuación del contenido del acto al fin propuesto por la norma donde rige la proporcionalidad.

A este régimen general de incentivos, se suman las normas presupuestarias específicas para los incentivos económicos. En este caso, estos incentivos son competencia solamente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. Los Gobiernos regionales y Municipios no pueden crear incentivos de tipo económico (pero sí servicios sociales). El Poder Ejecutivo propone al Congreso la creación de incentivos en situaciones ordinarias, por ley o decreto legislativo fruto de la delegación de potestad legislativa al Poder Ejecutivo. En caso de situaciones extraordinarias, por medio del Decreto de Urgencia que publica el Poder Ejecutivo.

En todos los casos, la propia Constitución establece una teleología para el gasto público. Así, el segundo párrafo del artículo 77 establece que la programación y ejecución del presupuesto público responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. En esa misma línea, el Decreto Legislativo n.º 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional del Presupuesto Público, establece el mismo fin en su artículo 13, estableciendo la estrategia del presupuesto por resultado (PpR). Para lograr tal fin, obviamente coadyuva el principio de proporcionalidad que a su vez tiene dos exigencias concretas. Por un lado, el principio de evidencia, que consiste en que las decisiones en el proceso presupuestario orientadas a la financiación y ejecución de políticas públicas se basan en la mejor evidencia posible y pertinente (artículo 2.15). El segundo principio es el de orientación a la población, que consiste en que el proceso presupuestario se orienta al logro de resultados a favor de la población y de mejora o preservación de las condiciones de su entorno (artículo 2.5).

En el caso de situaciones extraordinarias, la Constitución autoriza al Poder Ejecutivo la emisión del Decretos de Urgencia. Así, el artículo 118,19 de la Carta magna señala que el Poder Ejecutivo puede dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El artículo 91 del Reglamento del Congreso, ha establecido los requisitos de estas situaciones extraordinarias: excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, generalidad y conexidad.

Para el caso del Decreto de Urgencia, la propia Constitución establece el principio de proporcionalidad en el artículo 200. Es en este caso donde el Congreso tiene un control de oportunidad y conveniencia. El ya mencionado artículo 91 del Reglamento del Congreso prevé la posibilidad incluso de derogar estos decretos si las medidas no se justifican o se excede la regulación constitucional respecto de estas situaciones.

Cabe señalar que en ambos casos (situaciones ordinarias y extraordinarias), el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1440 establece requisitos formales, presupuestales y de control en caso de que el destinatario del incentivo sea una persona jurídica. Sin embargo, el contenido de esta norma va dirigido a la Administración pública concedente. Por ello, esta Administración pública, al momento de crear el incentivo, deberá regular las obligaciones de la persona jurídica beneficiaria para poder cumplir lo establecido en este artículo.

De lo expuesto, se puede apreciar que el principio de proporcionalidad es una exigencia sustantiva y formal que deba aplicarse a los incentivos creados por el Estado. Sin embargo, como ya hemos señalado al inicio, su vigencia no ha sido exigida durante muchos años.

3. ¿ES NECESARIA UNA LEY DE INCENTIVOS PARA EL PERÚ?

Teniendo en cuenta la conclusión anterior, es lícito cuestionarse sobre la oportunidad de que el Perú tenga una legislación sobre los incentivos. Como señalábamos al inicio de estas líneas, la determinación del interés general, en sus fines y en sus medios, es una cuestión transdisciplinaria que implica a muchas ciencias. Frente a ello, el Derecho garantiza la formalidad del debate político y técnico, y la ejecución de la decisión de ese debate. Excepcionalmente, positiviza algún concepto jurídico indeterminado sobre esa realidad metajurídica.

En el caso de los incentivos, el Derecho no tiene la última palabra, especialmente en aquellos de tipo económico que sirven en la lucha contra la pobreza. Por ello, lo mejor es que no exista una regulación expresa que pueda limitar la posibilidad de las autoridades de buscar los mejores medios para alcanzar los fines establecidos en la Constitución. Como hemos expuesto en este breve artículo, ello no implica que se dejen de lado los principios constitucionales, especialmente el principio de proporcionalidad.

Respecto de este principio, hasta ahora hemos visto que no existe una regulación expresa en la creación de incentivos por parte de los Gobiernos regionales y Municipios. Sin embargo, al ser una exigencia implícita de la cláusula de estado de derecho, puede obviarse su regulación expresa. Lo que más importa es que se realice el control de la eficacia de los incentivos por medio de este principio.

Este control debe realizarse en dos momentos: *ex ante* y *ex post*. Durante su creación el control debe tener el mejor sustento técnico en base al principio de proporcionalidad. Por ello, es importante la participación, por medio de informes, de los organismos vinculados al incentivo. Interesa especialmente, en el caso de los incentivos económicos, la participación de organismos autónomos como el Banco Central de Reserva. Durante la ejecución y fiscalización,

el ordenamiento jurídico peruano tiene los controles necesarios para supervisar un correcto destino del dinero público. Incluso, se pueden usar las sanciones previstas en el derecho administrativo o el derecho penal, de ser el caso. Sin embargo, como ya hemos señalado, este control no se ha realizado. En conclusión, más que regulación, lo que se necesita es gestión y control. Con ello, los incentivos, especialmente los económicos destinados a la lucha contra la pobreza, pueden ser efectivos.

4. CONCLUSIONES

Los incentivos son un instrumento para la realización del interés general, tanto en sus fines como en sus medios. Por ello, responden a la naturaleza propia del sector al que pretenden ayudar. Desde el Derecho, podemos señalar que son conceptos jurídicos indeterminados metajurídicos.

En el Perú, no existe una regulación específica de los incentivos, pero sí son muchos y de gran variedad. Los más importantes son los incentivos económicos y dentro de ellos, los destinados a la lucha contra la pobreza. Gran parte de su regulación está llena de conceptos jurídicos indeterminados de tipo económico. Aun con ello, el principio de proporcionalidad puede servir de canon hermenéutico para analizar la eficacia de estos incentivos. En estas breves líneas se sustenta como este principio está en las normas que regulan su creación, ejecución y fiscalización. Incluso, con el respeto de este principio, no sería necesaria una norma específica para los incentivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bueno Armijo, A. (2013). *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Castillo Córdova, L. (2005). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Público*, n.º 11, pp. 127-151.
- Chang Chuyes, G. (2021). «El derecho a la salud como derecho constitucional y servicio público», en AA.VV., *Derecho administrativo sanitario*, Tomo I, Universidad del Externado, Bogotá.
- (2022a). «La educación como derecho constitucional y servicio público», en *Eduationis Momentum*, pro manuscrito, vol. 8.
- (2022b). «El principio de subsidiariedad como medio para combatir las desigualdades sociales», en Bobadilla Rodríguez, F., *La Constitución de 1993: presente y futuro*, Themis, Lima, pp. 30-59.
- Jordana de Pozas, L. (1949). «Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 48, pp. 41-54.

- Martínez López-Muñiz, J. L. (1989). «La actividad administrativa dispensadora de ayudas y de recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública», en Gómez Ferrer Morant *et al.*, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid.
- Mesa, S. (2019), *Silencio administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Anagrama, Barcelona.
- Vignolo Cueva, O. (2019), *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal*, Palestra, Lima, 2019

PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA Y PROTECCIÓN DE INTERESES FINANCIEROS EN FONDOS *NEXT GENERATION EU*

Antonio Bueno Armijo

SUMARIO: 1. Introducción: una reforma no solo incongruente. 2. La creación de los fondos *Next Generation EU* y la regulación europea de su ejecución: de nuevo el principio de autonomía. 3. Toma el dinero y corre: la regulación en materia de subvenciones del RD-Ley 36/2020. 4. Un mito griego: el origen de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. 5. Conclusiones: un incumplimiento perfectamente evitable y un grave riesgo de devolución del dinero. Bibliografía.

RESUMEN: España ha introducido importantes cambios en la regulación legal de las ayudas públicas para agilizar su tramitación y cumplir los estrictos plazos impuestos a los Estados miembros para gastar los fondos recibidos en el marco del programa *Next Generation EU*. Esos cambios, que implican un menor nivel de protección de los intereses financieros, solo se aplican a las subvenciones públicas financiadas con fondos de la UE. Por tanto, podría existir una infracción del derecho de la UE y, en concreto, del principio de equivalencia.

PALABRAS CLAVE: subvenciones; *Next Generation EU*; principio de autonomía; principio de equivalencia; protección de los intereses financieros de la Unión.

ABSTRACT: *Spain has introduced some major changes in the legal regulation of the public grants to speed up their processing in order to meet the strict deadlines imposed upon the Member States to spend the funds received within the framework of the Next Generation EU scheme. Those changes, that entail a lower level of protection of the financial interests, only apply to public grants*

financed by EU funds. Therefore, there could be an infringement of the EU law and, specifically, of the principle of equivalence.

KEY WORDS: public grants; Next Generation EU; principle of autonomy; principle of equivalence; protection of the financial interests of the EU.

1. INTRODUCCIÓN: UNA REFORMA NO SOLO INCONGRUENTE

Los fondos *Next Generation EU* constituyeron la gran respuesta de la Unión Europea a la crisis económica que la pandemia de COVID-19 había provocado. El gran interés que despertaron se trasladó también al ámbito jurídico, donde la atención se centró, sobre todo, en las reformas administrativas necesarias para que los Estados miembros pudieran ejecutar («absorber», en la jerga europea) tan ingentes fondos en los breves plazos concedidos para ello. En España, tales reformas se acometieron a través del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, RD-Ley 36/2020), objeto de tempranos comentarios doctrinales¹. Muchos de estos comentarios advirtieron sobre una aparente incongruencia en la política de simplificación en la tramitación de subvenciones para facilitar la ejecución de estos fondos. En concreto, se advirtió de que no se entendía bien por qué las medidas de simplificación solo resultaban aplicables a las subvenciones financiadas con fondos europeos y no a las subvenciones sufragadas con fondos españoles (Baño León, 2021: 16, 17, 21-22; Salvador Armendáriz, 2021: 77). La presente comunicación asume que tales críticas eran correctas, pero considera que no se sacaron todas las consecuencias de la situación que denunciaban. En efecto, además de incongruente, esta diversidad de regímenes podría suponer una vulneración del principio de equivalencia en la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y ello, a su vez, podría conllevar no solo un incumplimiento del Derecho de la Unión, sino la obligación de devolver los fondos percibidos por el Reino de España.

¹ Entre otros, y prestando especial atención a las modificaciones introducidas en el régimen de las subvenciones públicas, Baño León (2021), Esteban Ríos (2021), Font i Llovet (2021), Salvador Armendáriz (2021). Más recientemente, Valle Camacho (2023).

2. LA CREACIÓN DE LOS FONDOS *NEXT GENERATION EU* Y LA REGULACIÓN EUROPEA DE SU EJECUCIÓN: DE NUEVO EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

El Consejo Europeo de 21 de julio de 2020 acordó la adopción de un nuevo marco financiero plurianual para el período 2021-2027, dentro del cual se incluía un «Instrumento Europeo de Recuperación», también llamado *Next Generation EU*, dotado de 750.000 millones de euros, de los que se decidió que a España corresponderían unos 140.000 millones de euros. Dos meses después, se aprobaría el Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (en adelante, Reglamento 2021/241).

El Mecanismo de Recuperación y Resiliencia se basa en una ejecución peculiar, casi tanto como su propia naturaleza jurídica. En efecto, atendiendo a la base competencial que permitió su adopción y a algunos rasgos de su estructura, es muy probable que deba calificarse como un nuevo fondo estructural (Pazos Vidal, 2021: 57-64; Valle Camacho, 2023: 41-42). Sin embargo, el art. 8 del Reglamento 2021/241 afirma que será implementado por la Comisión en gestión directa. Eso implica, teóricamente, que los beneficiarios finales de la ayuda no son los ciudadanos u otros posibles sujetos privados, sino los Estados miembros como tales. De hecho, los Estados miembros presentan unos «Planes de Recuperación y Resiliencia» (Plan RTR en adelante) en los que describen las inversiones y reformas que acometerán y que funcionan como solicitudes de ayudas. Sobre la base de estos planes y a medida que se avanza en su cumplimiento, los Estados miembros van recibiendo progresivamente los fondos comprometidos, como si fueran los beneficiarios de las ayudas. Pero, en la práctica, los Estados miembros actúan como gestores de los fondos, puesto que lo que sus planes plantean es, justamente, distribuir los fondos solicitados entre sujetos nacionales, públicos y privados, principalmente bajo forma de ayudas y subvenciones. Es decir, actúan como si estuviesen ante un sistema de gestión compartida del presupuesto de la Unión.

Lo que el Reglamento 2021/241 no aclara es qué normativa deben aplicar los Estados miembros para ejecutar su Plan RTR. Por supuesto, el punto de partida para la ejecución de su Plan RTR es que el Reino de España debe aplicar las normas adoptadas por las Instituciones de la Unión. Estas normas se han revelado extremadamente parcas, pero incluyen dos importantes exigencias: por un lado, la obligación de ejecutar todo el Plan RTR dentro de los plazos fijados por el Reglamento 2021/241²; por otro lado, la obligación de

² El 70% del dinero debía asignarse hasta el 31 de diciembre de 2022 y el 30% restante debe asignarse antes del 31 de diciembre de 2023, mientras que la ejecución debe estar completada antes del 20 de agosto de 2026 [artículos 12, 18.4.i) y 20.5.d) Reglamento 2021/241].

garantizar la protección de los intereses financieros de la Unión, extremo al que se concede una extraordinaria importancia³. A partir de aquí, el modo en que cada Estado miembro ejecute los fondos (*v. gr.*, mediante subvenciones, crédito oficial, convenios, etc.), no se regula en la normativa de la Unión. En consecuencia, a falta de más precisiones, y en virtud del principio de autonomía del Derecho de la Unión, España es libre para decidir qué órganos nacionales serán los responsables de ejecutar el Plan RTR y qué normas y procedimientos nacionales serán utilizados a tal fin (Velasco Caballero, 2021: 37). Eso sí, con los dos límites del principio de eficacia y el principio de equivalencia, sobre los que volveremos más adelante.

Por cuanto a nosotros interesa, la decisión de España ha sido la de aplicar la normativa general ya existente en materia de subvenciones, pero introduciendo algunas modificaciones para la ocasión. Esto es, aplicar la Ley 38/2003, General de Subvenciones (en adelante, LGS), salvo en aquellas cuestiones que han sido objeto de una regulación especial en el RD-Ley 36/2020, sobre el cual debemos centrar nuestra atención.

3. TOMA EL DINERO Y CORRE: LA REGULACIÓN EN MATERIA DE SUBVENCIONES DEL RD-LEY 36/2020

Parece que existe un cierto consenso en denunciar como equívoco el nombre dado al RD-Ley 36/2020, pues, a pesar de hablar de «modernización de la Administración pública», la norma no moderniza nada. De forma mucho más modesta, se limita a modificar otras normas para facilitar que los fondos recibidos de la Unión Europea puedan gastarse más rápidamente (Font i Llovet, 2021: 121; Baño León, 2021: 9; Salvador Armendáriz, 2021: 71-73; Valle Camacho, 2023: 36). No es un objetivo criticable, pues la necesidad de gastar rápidamente los fondos viene exigida por el Reglamento 2021/241, según hemos indicado, y España no tiene un gran historial en la ejecución de fondos europeos⁴.

Lo que sí resulta criticable es que todas las modificaciones se dirijan a eliminar trámites de los procedimientos de gestión y concesión de subvencio-

³ La propia OLAF habría contribuido al análisis y evaluación de estos planes nacionales, indicando si los mecanismos previstos en los planes eran suficientemente sólidos para proteger los intereses de la Unión (Kreith y Arwidi, 2021: 173).

⁴ De los datos analizados por Baño León (2021: 7), cabe deducir que la ejecución de los fondos europeos no resulta en absoluto sencilla. Así lo demostraría el hecho de que Finlandia, el Estado miembro que más fondos consiguió gestionar del total que se le habían asignado durante el período 2014-2020, solo llegó al 73% y de que la muy eficiente Alemania apenas llegó al 49%. El caso de España es aún peor: solo pudo disponer del 39% de los fondos asignados, la tercera peor marca, solo por delante de Italia y Grecia.

nes, asumiendo que los motivos de la falta de efectividad son en todo caso procedimentales y soslayando otras posibles causas (*v. gr.*, la falta de personal, como apunta Salvador Armendáriz, 2021: 77). A pesar de ello, debe reconocerse que la multiplicación irreflexiva de trámites de control puede acabar derivando en la paralización de la actividad administrativa, por lo que es necesario encontrar un equilibrio entre mecanismos de control y eficacia administrativa. Desde esta perspectiva, las simplificaciones introducidas por el RD-Ley 36/2020 en materia de subvenciones pueden estar más que justificadas.

Las principales modificaciones se han producido en materia de gestión y control presupuestario y se contienen en los artículos 37 y ss. RD-Ley 36/2020. Debe destacarse lo previsto en los artículos 45.2.a) y b) RD-Ley 36/2020 respecto al régimen de control previo. Igualmente, debe destacarse la eliminación de la autorización del Consejo de Ministros para conceder subvenciones de cuantía superior a 12 millones de euros (artículo 60.1 RD-Ley 36/2020), la eliminación del informe previo del Ministerio de Hacienda para que las bases reguladoras de subvenciones puedan prever la concesión directa (artículo 60.3 RD-Ley 36/2020) y, muy especialmente, la generalización del procedimiento de concesión de subvenciones mediante concurrencia no competitiva (artículo 62 RD-Ley 36/2020)⁵.

La generalización del régimen de concurrencia no competitiva significa, lisa y llanamente, la generalización del procedimiento de concesión directa (Bueno Armijo, 2017: 309-312) y es aquí donde se contiene, muy probablemente, el principal cambio, la principal excepción a la LGS. La concurrencia competitiva ayuda a aumentar la eficiencia en el gasto público, garantiza el principio de igualdad (Rodríguez Díaz, 2010: 119) y disminuye el riesgo de corrupción, de clientelismo y de arbitrariedad. Resulta difícilmente justificable que la Administración deniegue una subvención a un solicitante que reúne todos los requisitos para convertirse en beneficiario, simplemente porque otras solicitudes se han resuelto antes que la suya y se ha agotado el crédito disponible con ellas. Que el criterio de concesión no atienda a quien más necesita el dinero, a quien más lo merece o a quien mejor uso le puede dar, sino al momento en que se resuelven las solicitudes, hace difícilmente justificable la situación de discriminación. No puede afirmarse que todas las subvenciones otorgadas mediante concesión directa sean subvenciones concedidas «a dedo», pero la proposición inversa sí es cierta: todas las subvenciones concedidas «a dedo» son subven-

⁵ El artículo 63 RD-Ley 36/2020 contiene otras modificaciones de contenido diverso y algo desconcertantes, dado que se orientan, fundamentalmente, a aligerar las cargas burocráticas que recaen sobre los beneficiarios respecto al control del destino dado a los fondos que perciben. Sin embargo, esto en nada afecta a la concesión de las subvenciones, pues no elimina trámites del procedimiento y, en consecuencia, no acelera su concesión. Sin embargo, sí es posible que haga más difícil detectar fraudes.

ciones en concesión directa. Por ello, tanto esta como las demás modificaciones introducidas por el RD-Ley 36/2020 disminuyen el nivel de protección de los intereses financieros de la Unión.

En principio, y como hemos indicado, España podría actuar así amparándose en el principio de autonomía y en la necesidad de garantizar que los fondos se ejecuten en los plazos exigidos por las normas de la Unión. Sin embargo, en la medida en que España solo ha previsto este régimen para la ejecución de las subvenciones financiadas con cargo a los fondos del Plan RTR, estableciendo así un nivel de protección distinto para los intereses financieros de la Unión y los intereses financieros nacionales, se estaría vulnerando el principio de equivalencia.

La razón de fondo se entiende de manera casi intuitiva: la eliminación de trámites puede estar justificada para lograr una mayor eficacia en la actuación administrativa, pero lo que no encuentra justificación alguna es que la flexibilización del régimen jurídico que regula la gestión de las subvenciones se realice atendiendo, únicamente, al origen de los fondos que la sufragan. En efecto, si la eliminación de trámites es conveniente para garantizar la eficacia administrativa y el posible aumento de prácticas fraudulentas es un riesgo asumible, lo será con independencia de que se trate de subvenciones sufragadas con fondos nacionales o con fondos de la Unión. Y, a la inversa, si los trámites y controles preventivos se consideran necesarios para garantizar una adecuada protección de los intereses financieros nacionales, no tiene lógica alguna eliminarlos respecto a las subvenciones financiadas con cargo al Plan RTR. El principio de equivalencia funciona como un principio de mínimos, un criterio o estándar mínimo de protección o defensa del Derecho europeo en su fase de ejecución (Fuentetaja Pastor, 2018: 99).

Más allá de esta aproximación intuitiva, la articulación jurídica de esta idea en el Derecho de la Unión es algo más compleja y obliga a remontarse más de tres décadas atrás.

4. UN MITO GRIEGO: EL ORIGEN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LA UNIÓN EUROPEA

La Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Comisión/Grecia*, as. 68/88, más conocida como la sentencia del «maíz griego», sentó las bases de la Política de protección de los intereses financieros de la Unión formulando una idea tan simple como eficaz: los Estados miembros tienen el deber de dispensar a los intereses financieros de la Unión un nivel de protección equivalente, al menos, al concedido a sus intereses financieros nacionales.

Todo comenzó con la importación de varias partidas de maíz yugoslavo a Grecia. Esa importación debía haber dado lugar a que se percibieran ciertos

derechos de aduana («exacciones reguladoras agrarias»), pero los agentes griegos no liquidaron ni cobraron tales derechos, lo que supuso un perjuicio para los intereses financieros de la Comunidad. Los hechos fueron descubiertos por la Comisión Europea, que exigió a las autoridades griegas que cobraran las exacciones reguladoras que no se habían percibido y que incoaran los procedimientos penales o disciplinarios correspondientes contra los autores y cómplices del fraude. No obstante, ante la pasividad de las autoridades griegas, la Comisión acabó interponiendo un recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia. Este declaró que las autoridades griegas habían dejado de percibir, indebidamente, las exacciones agrarias exigidas por la Política Agrícola Común y, lo que resultó mucho más importante, también estimó que la República Helénica había incumplido su obligación de sancionar penal o disciplinariamente a los autores de las infracciones del Derecho comunitario, obligación que se encontraba implícitamente contenida en el deber general de colaboración de los Estados miembros establecido en el artículo 5 TCEE (actual artículo 4 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE).

El Tribunal señaló también la forma en que los Estados miembros deben cumplir esta obligación. A tal efecto, el Tribunal acudió a su consolidada doctrina del principio de autonomía, conforme al cual, a falta de regulación comunitaria sobre cómo ejecutar una política común, los Estados miembros pueden elegir libremente las medidas que consideren más oportunas entre todas aquellas «medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario» (ap. 23). De este modo, a falta de normas comunitarias, cada Estado miembro es libre para decidir qué órganos nacionales serán los responsables de proteger los intereses financieros de la Unión y qué normas y procedimientos nacionales serán utilizados a tal fin. Este amplio margen de apreciación concedido a los Estados cuenta, sin embargo, con dos importantes límites: los principios de efectividad y de equivalencia.

En primer lugar, el principio de efectividad se opone a que una disposición nacional «haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la aplicación del Derecho de la Unión»⁶. Es decir, los instrumentos libremente elegidos por un Estado miembro para ejecutar el Derecho de la Unión no pueden ser tales que impidan alcanzar los objetivos fijados por el Derecho de la Unión y que el Estado miembro, justamente, está obligado a alcanzar⁷.

⁶ Esta formulación se mantiene inalterable hasta la actualidad. Cfr., entre las más recientes, la STJUE de 30 de junio de 2022, *ARVI ir ko*, as. C-56/21, ap. 31.

⁷ Como he explicado en otro sitio, el principio de efectividad constituye, en realidad, una concreción del principio de primacía. Los poderes públicos de los Estados miembros tienen la obligación de asegurar la plena eficacia de la norma de la Unión, así como su efecto útil, en sus respectivos ordenamientos. En consecuencia, si las normas nacionales elegidas por los Estados miembros para dar cumplimiento a una obligación de la Unión (en ejercicio del principio de autonomía) impiden en la práctica que dicho cumplimiento pueda producirse, el Derecho de la

Sin embargo, a nuestros efectos resulta mucho más interesante el segundo de los límites al principio de autonomía, el llamado principio de equivalencia. En relación con él, el Tribunal de Justicia afirmó, aplicándolo al caso enjuiciado, que:

«[...] Aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción.

Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales» (aps. 24-25).

El fundamento transcrito constituyó el punto de partida para el desarrollo de la política de protección de los intereses financieros de la Unión y se situó en el origen del desarrollo del Derecho Administrativo sancionador y del Derecho Penal de la Unión. Pero, sobre todo, y por cuanto ahora importa, la sentencia del «maíz griego» asentó un principio fundamental del Derecho de la Unión en materia financiera: cuando ejecuten el presupuesto de la Unión, y a falta de normativa común, los Estados miembros deben proteger los intereses financieros de la Unión, como mínimo, con el mismo nivel de intensidad que el usado para proteger sus intereses financieros nacionales. Como corolario, la sentencia también dejó claras las consecuencias derivadas de vulnerar el principio de equivalencia: la obligación para el Estado infractor de indemnizar (con intereses) el eventual perjuicio económico causado al presupuesto de la Unión y la declaración de incumplimiento de sus obligaciones por parte del Tribunal.

Pues bien, las viejas, sabias y razonables enseñanzas de tan venerable sentencia parecen haber sido desatendidas por el Reino de España al establecer las normas mediante las que se están ejecutando los fondos *Next Generation EU*. En efecto, la conclusión que se extrae del análisis del RD-Ley 36/2020 es inequívoca: con su aprobación, el Reino de España se ha situado en una posición de incumplimiento del Derecho de la Unión, al haber establecido un nivel de protección de los intereses financieros de la Unión sensiblemente más bajo que el establecido para la protección de los intereses financieros nacionales.

Unión desautoriza la elección de tales normas, excluyendo que pueda ampararse en el principio de autonomía o, menos aún, en la soberanía nacional (Bueno Armijo, 2011: 140).

5. CONCLUSIONES: UN INCUMPLIMIENTO PERFECTAMENTE EVITABLE Y UN GRAVE RIESGO DE DEVOLUCIÓN DEL DINERO

El incumplimiento del principio de equivalencia no era inevitable. Bastaba con extender las nuevas reglas a todas las actuaciones, con independencia del origen de los fondos, europeo o nacional. Es más, estas nuevas reglas podían haberse establecido con carácter temporal, para hacer frente a una situación de necesidad en la que la Administración pública deseaba inyectar importantes cantidades de dinero en la economía real en el menor plazo. Ante una necesidad así, resulta comprensible que, temporalmente, puedan relajarse los niveles de protección de los intereses financieros, dado que las consecuencias negativas de no aumentar el gasto público rápidamente podían ser muy superiores a las ventajas que se derivarían de mantener un nivel elevado de protección. Lo que no se entiende de ningún modo es que el riesgo de mal uso del dinero público que conlleva la eliminación (incluso temporal) de mecanismos de control deba asumirlo únicamente la Unión Europea y no el principal beneficiario: el Reino de España.

Como resultado, esta violación del principio de equivalencia y, en consecuencia, del Derecho de la Unión Europea, de conformidad con el artículo 22.5 del Reglamento 2021/241, podría dar lugar a que la Comisión acordase la reducción de las ayudas concedidas al Reino de España o exigir su reembolso, al considerar que esta situación constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones de protección de los intereses financieros de la Unión. Ello requeriría seguir un procedimiento que parece inspirarse fuertemente en el sistema de «correcciones financieras» propio de los fondos estructurales (Bueno Armijo, 2013), procedimiento al que el Reino de España ya ha sido sometida en numerosas ocasiones y del que no siempre ha podido salir airosa.

BIBLIOGRAFÍA

- Baño León, J. M.^a (2021): «La ejecución del Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia: Ley especial coyuntural versus reforma general regulatoria», *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, núm. 7, pp. 1-24.
- Bueno Armijo, A. (2011), *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- (2013): «Una alternativa al procedimiento de incumplimiento: las correcciones financieras de la Política Agrícola Común», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 46, pp. 29-75.
 - (2017): «La concesión directa de subvenciones», *Revista de Administración Pública*, núm 204, pp. 269-312.

- Esteban Ríos, J. (2021), «Vías para la agilización de las subvenciones financiadas con fondos de la Unión Europea: la adaptación al instrumento europeo de recuperación y más allá», *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm. extra, pp. 247-289.
- Font i Llovet, T. (2021): «El régimen de las subvenciones y los fondos europeos para la recuperación», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 55, pp. 115-142.
- Fuentetaja Pastor, J. (2018): «Equivalencia y efectividad en la revisión de los actos administrativos nacionales contrarios al Derecho europeo», *Documentación Administrativa. Nueva época* núm. 5, pp. 93-106.
- Kreith, C. y Arwidi, Ch (2021): «Protecting the EU's Financial Interest in the New Recovery and Resilience Facility», *Eucrim* 3/2021, pp. 171-175.
- Rodríguez Díaz, Ó. (2010): «Los procedimientos de concesión de subvenciones públicas. Especial atención a la concurrencia no competitiva y la concesión directa», *Revista CEFLegal*, núm. 118, pp. 91-124.
- Pazos Vidal, S. (2021): «El Plan de Recuperación de la UE. Oportunidades para las Administraciones locales», *Anuario de Derecho Municipal 2020*, núm. 14, pp. 4-20.
- Salvador Armendáriz, M.^a A. (2021): «Reformas jurídicas estatales para la gestión de los fondos NGEU: análisis y reflexión desde el Derecho Administrativo», *Revista catalana de Dret públic*, núm. 63, pp. 61-80.
- Valle Casado, M.^a (2023): «La adaptación del ordenamiento jurídico español al Instrumento de Recuperación de la Unión Europea *Next Generation EU*», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 81, pp. 29-65.
- Velasco Caballero, F. (2021): «Aplicación del régimen administrativo especial de los fondos Next Generation EU a las entidades locales», *REALA*, núm. 16, pp. 33-52.

EL PAPEL DE LA OLAF EN LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS DEL PROGRAMA *NEXT GENERATION EU*

Carlo Alberto Ciaralli

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El control ejercido por la OLAF sobre el uso de los recursos financieros europeos. 3. Comentario final. Bibliografía.

RESUMEN: La ejecución e implementación del plan NGEU y de los fondos europeos constituye un elemento esencial en el marco del sistema de gestión del plan, de acuerdo a lo dispuesto tanto en la normativa europea como nacional. Las normativas prevén, asimismo, algunas cautelas y garantías en la actuación y cumplimiento, así como las medidas antifraude y aquellas para evitar el conflicto de intereses. En este sentido, el papel de la OLAF constituye un elemento necesario para garantizar una correcta utilización de los fondos, garantizando eficacia y cumplimiento de las normas.

PALABRAS CLAVE: OLAF; fraude; corrupción; *Next Generation EU*.

ABSTRACT: The execution and implementation of the NGEU plan and European funds constitutes an essential element within the framework of the management system of the plan, provided by the European Union and national regulations. The regulations also provide for some precautions and guarantees in performance and compliance, as well as anti-fraud measures to avoid conflicts of interest. In this sense, the role of OLAF constitutes a necessary element to guarantee the correct use of the funds, guaranteeing efficiency and compliance with the rules.

KEY WORDS: OLAF; fraud; corruption; Next Generation EU.

1. INTRODUCCIÓN

La organización institucional de la Unión Europea se subdivide en varios sectores y áreas de interés, en particular desde el punto de vista de los controles sobre el gasto de los recursos financieros europeos. Las relaciones financieras entre las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros tienen un indudable interés, principalmente desde la perspectiva de la colaboración leal entre instituciones públicas y, además, de la correcta gestión financiera del presupuesto común¹.

En este contexto, el nuevo papel de las instituciones públicas en la economía ha tenido como resultado la implementación de nuevas modalidades de intervención del sector público, con la previsión, ejecución e implementación de planes de desarrollo y recuperación financiera a través de la colaboración entre las instituciones de la Unión Europea y los Estados miembros. En este sentido, el Reglamento 2020/2092² constituye un «punto de no retorno» esencial en las relaciones financieras entre la UE y los Estados miembros, vinculando así el respeto de los principios estructurales del Estado de Derecho a la asignación de los recursos europeos.

En particular, los programas financieros más contundentes implementados a nivel europeo para la recuperación frente a los efectos económicos debidos a la pandemia son el programa *Next Generation EU* (NGEU)³, el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)⁴, así como los programas SURE⁵ y REACT-EU⁶. De hecho, el MRR «es el principal, en términos económicos, de los componentes del Plan NGUE, con una dotación de 672.000 millones de euros, cerca del 90% del total»⁷. Consecuentemente, los Estados miembros

¹ Véanse Council Regulation (EC, EURATOM) No 2988/95, of 18 December 1995, on the protection of the European Communities financial interests, OJEC, 23-12-95, No L 312/1.

² Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

³ Reglamento (UE) 2020/2094, del Consejo, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19.

⁴ Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

⁵ Reglamento (UE) 2020/672, del Consejo, de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19.

⁶ Reglamento (UE) 2020/2221, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020, por el que se modifica el Reglamento (UE) n. 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT UE).

⁷ L. C. Sánchez (2022: 80).

«han de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los intereses financieros de la Unión y para velar por que la utilización de los fondos en relación con las medidas por él financiadas se ajuste al Derecho aplicable de la Unión y nacional, en particular en lo que se refiere a la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses»⁸. En este sentido, además, los Estados miembros «deben establecer un sistema de control interno eficaz y eficiente y recuperar los importes abonados erróneamente o utilizados de modo incorrecto»⁹.

Como es sabido, la corrupción y el fraude pueden perjudicar «gravemente a la economía y a la sociedad. [...] debilita la democracia y va en detrimento de la justicia social y del Estado de Derecho»¹⁰. Esencialmente, ninguna autoridad pública por sí sola puede asumir el papel de proteger el MRR del fraude. Por lo tanto, es apropiado que el MRR exija a todos los actores públicos de la lucha contra el fraude que reconsideren sus prioridades, ajusten sus métodos de trabajo y colaboren aún más estrechamente para garantizar el buen funcionamiento del sistema de control.

En particular, los Estados miembros tienen que garantizar la correcta aplicación del plan y, paralelamente, lograr ciertos objetivos estratégicos y la Comisión europea autoriza el pago en base al cumplimiento de objetivos que reflejan avances en estas inversiones y reformas. Esencialmente, el pago estará vinculado a la consecución de los objetivos y no directamente a los costes finales.

En este marco general, la protección de los intereses financieros europeos constituye uno de los desafíos más relevantes en el marco de las relaciones entre las instituciones europeas y los Estados miembros¹¹, así como un pilar fundamental en el proceso de integración europea. La Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF)¹² constituye un instrumento central en las investigaciones de actividades contrarias a la correcta gestión del presupuesto europeo y de los recursos resultantes por los programas de inversión europeos¹³. La

⁸ L. C. Sánchez (2022: 82).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Comisión Europea, *Comprender las políticas de la Unión Europea: La lucha de la UE contra el fraude y la corrupción*, Luxemburgo, 2015, p. 3.

¹¹ En este sentido, véanse A. Sandulli *et al.* (2022).

¹² La OLAF ha sido establecida a través de la Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999, por la que se crea la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude, [notificada con el número SEC(1999) 802], (1999/352/CE, CECA, Euratom).

¹³ Sobre este perfil, se vean el Reglamento (CE) 1073/1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), el Reglamento (Euratom) 1074/1999, del Consejo, de 25 de mayo de 1999, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), el Reglamento (UE, Euratom) 883/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Ofi-

propia Comisión Europea ha destacado rotundamente la importancia de una correcta gestión del presupuesto y de los recursos comunes, en cuanto «el fraude que afecta al presupuesto de la UE puede hacer que los fondos de la UE se desvíen de sus fines legítimos y que así se ponga en peligro la eficacia de las medidas de la UE»¹⁴.

Efectivamente, casi el 85% del presupuesto de la Unión Europea es administrado por parte de los Estados miembros (gestión compartida) y la responsabilidad última de la prevención del fraude depende de cada uno de ellos. En este sentido, la «OLAF lleva a cabo su cometido coordinando la cooperación entre las autoridades nacionales de dos o más países»¹⁵. Así, el fraude contra los fondos financieros de la Unión no se percibe como una mera infracción o actividad ilegal, sino como un acto o un hecho que puede poner en fuerte riesgo la realización de los objetivos estratégicos de la Unión Europea y de sus instituciones.

En particular, la Estrategia de la Comisión Europea establece un marco general «para combatir el fraude que afecta a los intereses financieros de la UE y orienta a la Comisión, sus servicios y sus agencias ejecutivas, en el desempeño de sus responsabilidades jurídicas, políticas y de gestión, respectivamente, para proteger el presupuesto de la UE»¹⁶. En este sentido, las actividades de represión por acciones ilegales contra el presupuesto y los recursos europeos tienen que desempeñarse con la colaboración de los Estados miembros, a los que se pide «que adopten medidas adecuadas para prevenir, detectar y corregir el fraude que afecte a los intereses financieros de la UE, de conformidad con la obligación que les impone el Tratado»¹⁷. Por otro lado, las medidas establecidas por parte de los Estados miembros son apoyadas y supervisadas por los servicios competentes de la Comisión Europea y por la OLAF, con el fin de lograr una mayor efectividad de las medidas de lucha contra las actividades ilegales¹⁸.

cina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) y el Reglamento (UE, Euratom) 2020/2223, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) n. 883/2013 en lo referente a la cooperación con la Fiscalía Europea y a la eficacia de las investigaciones de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Tribunal de Cuentas, *Estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión: medidas reforzadas para proteger el presupuesto de la UE*, Bruselas, 29-4-2019 COM(2019) 196 final, pto. 2, par. 2.1, p. 5.

¹⁵ Comisión Europea, *Comprender las políticas de la Unión Europea: La lucha de la UE contra el fraude y la corrupción*, cit., p. 5.

¹⁶ Comisión Europea, *Estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión: medidas reforzadas para proteger el presupuesto de la UE*, cit., pto. 2, par. 2.1, p. 7.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ En este sentido, véanse M. C. Campos Acuña (2021).

2. EL CONTROL EJERCIDO POR LA OLAF SOBRE EL USO DE LOS RECURSOS FINANCIEROS EUROPEOS

La actividad principal de la OLAF se centra «en materia de investigaciones administrativas externas, con el fin de reforzar la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades, así como a efectos de la lucha contra el fraude referente a cualquier otro hecho o actividad por parte de operadores que constituya una infracción de las disposiciones comunitarias»¹⁹. El papel de la Oficina se desarrolla «con total independencia»²⁰ de cualquier otro órgano o institución de la Unión.

En particular, la Oficina europea examina el fraude y la corrupción denunciados en los Estados miembros, así como la actividad de las instituciones y organismos de la Unión Europea o de sus funcionarios, tanto en relación con los ingresos como con los gastos estrictamente relacionados con los intereses financieros de la Unión²¹. Siguiendo las indicaciones de la «nueva» Estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión Europea, se ha fortalecido el papel de la OLAF, en particular cooperando con la Fiscalía Europea, Eurojust, Europol y los Estados miembros, para garantizar que «el ámbito de las investigaciones sea exhaustivo y que el nuevo diseño institucional para la lucha contra el fraude sea plenamente eficaz»²².

Profundizando en el tema, la «revisión» de la estrategia de lucha contra el fraude se hizo necesaria, en particular, teniendo en cuenta la perspectiva adoptada por la «Directiva PIF»²³, mediante la cual se ha dado mayor importancia a los casos de fraude contra los intereses financieros de la Unión Europea y a la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas. De acuerdo con este discurso, se ha destacado, por un lado, el hecho de que la «protección de los intereses financieros de la Unión no hace referencia solo a la gestión de los créditos presupuestarios, sino que abarca todas las medidas que afecten o puedan afectar negativamente a sus activos y a los de los Estados miembros en la medida en que éstas guarden relación con las políticas de la Unión»²⁴. Por otro

¹⁹ Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999, cit., apdo. 2.

²⁰ Decisión de la Comisión de 28 de abril de 1999, cit., apdo. 3.

²¹ Cfr. Dictamen n. 2/2017 que acompaña al Informe de evaluación de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento (UE) n. 883/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (artículo 19), Diario Oficial de la Unión Europea, 9-11-2018, C 404/1.

²² Comisión Europea, *Estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión: medidas reforzadas para proteger el presupuesto de la UE*, cit., pto. 2.4, p. 9.

²³ Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*.

²⁴ Directiva (UE) 2017/1371 *sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal*, cit., Considerando 1.

lado, el artículo 15 de la Directiva ha puesto de manifiesto el papel de la OLAF en la cooperación entre Estados miembros y la Comisión Europea en la lucha contra el fraude, a la que se percibe como órgano necesario en el proceso de lucha contra las ilegalidades en la gestión de los recursos europeos.

Resulta relevante remarcar la naturaleza jurídica de la Oficina europea de lucha contra el fraude, la cual «fue concebida como un órgano de naturaleza administrativa, nota característica que se ha mantenido intacta hasta la actualidad»²⁵. En particular, la Oficina europea de lucha contra el fraude es «un órgano singular, con funciones acotadas, con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que queda fuera de la dependencia jerárquica de la propia Comisión Europea, porque es otro órgano colegiado *ad hoc*, el Comité de vigilancia, el que primero ha de velar por el buen funcionamiento de la OLAF»²⁶.

Por otra parte, la OLAF lleva a cabo investigaciones que terminan en la elaboración de informes y recomendaciones sin efectos jurídicos vinculantes para las autoridades de la Unión Europea o de los Estados miembros. Corresponde a las instituciones de la UE o a las autoridades nacionales decidir si proceden con una acción administrativa o judicial²⁷. Las investigaciones de la OLAF pueden centrarse sobre aspectos internos y externos de la vida financiera de la Unión Europea. Las investigaciones internas se refieren a exámenes administrativos dentro de las instituciones de la Unión, órganos, oficinas y agencias y entre operadores económicos; las investigaciones externas, por el contrario, se refieren a controles e inspecciones sobre el terreno y otras actividades de investigación en Estados miembros, terceros países, organizaciones internacionales y operadores económicos con los que están en vigor acuerdos de cooperación y asistencia mutua²⁸.

La lucha contra el fraude y la corrupción que puedan afectar a los intereses financieros de la UE la llevan a cabo los órganos especializados de carácter supranacional que desarrollan las actividades de vigilancia y control en la Unión Europea. Asimismo, la cooperación y la asistencia mutua entre autoridades administrativas europeas y nacionales ha sido enérgicamente promovida desde las instituciones europeas para superar las dificultades derivadas de la incompatibilidad entre ordenamientos jurídicos y estructuras legales. Dichas diferencias entre Estados miembros muestran que esta disciplina está fuertemente fragmentada, dificultando la colaboración entre autoridades.

Por otro lado, la ingente cantidad de recursos financieros generados por los programas de recuperación europeos desempeñará un papel crucial para ayudar

²⁵ M. A. Pérez Marín (2020: 7).

²⁶ M. Fuertes (2014: 283).

²⁷ Cfr. A. Sandulli *et al.* (2021: espec. 53 y ss.).

²⁸ Véanse *The OLAF report 2020*, Luxembourg, 2021, p. 31.

a Europa a recuperarse de la pandemia y lograr, entre otras, las transiciones ecológica²⁹ y digital³⁰. La rápida puesta en marcha de los fondos NGUE, para permitir su recepción y uso a nivel nacional, se configura como un punto fundamental del sistema general de gestión previsto por la normativa europea y nacional³¹. El programa europeo también incluye medidas preventivas y garantías en la actuación de los planes legitimantes la otorgación de los recursos, en particular medidas antifraude y para impedir los conflictos de intereses. El tema del control y de la eficaz gestión y utilización de los recursos europeos se presenta como un elemento que define el nivel de integración entre la Unión Europea y los Estados miembros³².

La gestión de los Fondos NGEU presenta importantes retos para responder en los plazos fijados por el Mecanismo de Recuperación, siendo necesario, al mismo tiempo, garantizar el respeto y cumplimiento de los estándares de integridad pública, según las indicaciones contenidas en el artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 280 TCE). Los programas NGEU, y en particular el *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia* (MRR), deben estar protegidos contra el fraude para garantizar una asignación eficiente y legal de los recursos europeos. En el *OLAF Report 2020*, se ha subrayado la necesidad de proteger los programas NGEU y MRR contra el fraude, desempeñando un papel activo en el fortalecimiento de los controles, proporcionando un asesoramiento antifraude a los departamentos pertinentes de la Comisión y a las autoridades nacionales en la preparación de los capítulos de control de sus Planes de Recuperación y Resiliencia.

En este sentido, la propia OLAF, en su *Report* por el año 2021³³, ha destacado que ha identificado, a lo largo de los años, varios esquemas de fraude contra las instituciones europeas, especialmente en sectores estratégicos como la agricultura, la pesca y la política regional. En dicho informe, la OLAF resume los principales tipos de actividad fraudulenta durante el año 2021, en particular sobre los siguientes temas: agricultura y política de cohesión; infraestructura y modernización; sector textil; material sanitario defectuoso; ofertas falsas de vacunas; cigarrillos ilegales; tráfico ilícito de residuos³⁴.

²⁹ En este perfil, véanse, en particular, E. Chiti (2022: 19 y ss.).

³⁰ Cfr., entre otros, J. F. Sánchez Barrilao (2016: 225 y ss.); D. Innerarity (2020: 87 y ss.); E. Gamero Casado (2021: 268 y ss.).

³¹ En este sentido, véanse AA.VV. (2021).

³² Véanse, en particular, la Directiva (UE) 2017/1371.

³³ Véanse *The OLAF report 2021*, Luxembourg, 2022.

³⁴ Estos modelos de fraude, según la opinión de la OLAF, incluyen «double funding, creation of artificial circumstances in order to gain EU funding, collusion, conflict of interest, manipulation of tenders, money laundering, undervaluation of customs duty, smuggling and counterfeiting». *The OLAF report 2021*, cit., p. 14.

Finalmente, en septiembre de 2021, Europol, OLAF, la Fiscalía Europea, Eurojust y 21 Estados miembros tomaron parte a la Operación SENTINEL, para anticipar la ola de fraude esperada que afecta a los fondos de recuperación. Con este fin, Europol estableció un mecanismo interno específico para procesar datos operativos, ayudar con el intercambio de información y respaldar los casos en curso. Las actividades conjuntas tenían como objetivo el fraude, así como la evasión de impuestos, el fraude de impuestos especiales, la corrupción, la malversación, la apropiación indebida y el blanqueo de dinero³⁵.

3. COMENTARIO FINAL

Unos de los desafíos más contundentes de los ordenamientos jurídicos y de la sociedad europea contemporánea se centra en la puesta en marcha de proyectos de inversión de la realidad supranacional a las nacionales, construyendo una nueva forma de integración europea, fundamentada en la lucha contra los efectos económicos negativos de la pandemia y el conflicto bélico a las puertas de Europa. El control y la buena gestión frente a los intentos de fraude en contra de los fondos europeos no constituye sólo una cuestión de integridad en el gasto público, sino también de buena gestión de los recursos económicos y en la consecución de los objetivos puestos en la base de la ejecución de los planes de recuperación económica y sociales³⁶.

La relevancia de la OLAF en el contexto continental de prevención y lucha contra el fraude en la gestión de los recursos europeos ha crecido notablemente, «aun estando vinculada a la Comisión»³⁷, favoreciendo así «una nueva percepción que se aleja de aquellas primeras apreciaciones de excesiva dependencia de la Comisión y que, como consecuencia, hacían dudar de la imparcialidad de su actuación, imprescindible para gestionar sus atribuciones competenciales con garantías»³⁸.

La mayor percepción de control multinivel sobre el uso de los fondos europeos incluye procedimientos para la evaluación, verificación y resolución de los asuntos críticos que puedan aparecer en la gestión nacional de los recursos europeos. La finalidad de determinar y reprimir conductas contrarias al uso

³⁵ Cfr. Report from the Commission to the Council and the European Parliament, 33rd Annual Report on the Protection of the European Union's financial interests and the Fight against fraud 2021, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2022.

³⁶ El papel de la OLAF también ha sido central en el proceso de evaluación de los planes nacionales de recuperación, puesto que «OLAF has provided its input on whether the control and audit mechanisms described in the plans were solid enough to protect the EU's financial interests, with the aim of ensuring that the measures were as concrete and operational as possible». Véanse C. Arwidi, C. Kreith (2021: 173).

³⁷ M. A. Pérez Marín (2020: 6).

³⁸ *Ibidem*.

correcto de los recursos de la Unión europea se centra en la finalidad de asignar correctamente y de forma efectiva los recursos, de conformidad con el procedimiento y los objetivos marcados por los planes nacionales de recuperación y resiliencia.

En este contexto es relevante destacar que, a pesar de la amalgama de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea, un fortalecimiento de la Oficina europea de lucha contra el fraude, en términos de mayor capacidad de impacto en la lucha contra el fraude en perjuicio del presupuesto y de los fondos europeos podría constituir un factor de claridad, transparencia y eficacia en la correcta utilización de los recursos económicos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2021): *La gestión de los Fondos Next Generation. Claves de la revolución administrativa*, M. C. Campos Acuña (ed.), Madrid, Wolters Kluwer, 740 pp.
- Arwidi, C. y Kreith, C. (2021), «Protecting the EU's Financial Interest in the New Recovery and Resilience Facility», en *Eucrim*, núm. 3, pp. 171-174.
- Campos Acuña, M.^a C. (2021): «Compliance en la gestión de los Fondos Next Generation: claves para la elaboración de Planes Antifraude», en *Noticias Jurídicas*, 08-10-2021.
- Chiti, E. (2022): «Managing the Ecological Transition of the EU: the European Green Deal as a Regulatory Process», en *Common Market Law Review*, núm. 59, pp. 19-48.
- Fuertes, M. (2014), «La necesidad de un procedimiento para combatir el fraude (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 195, septiembre-diciembre, pp. 269-301.
- Gamero Casado, E. (2021), «El enfoque europeo de Inteligencia Artificial», en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 20, pp. 268-289.
- Innerarity, D. (2020): «El impacto de la inteligencia artificial en la democracia», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 109, pp. 87-103.
- Pérez Marín, M.^a Á. (2020): «La oficina europea de lucha contra el fraude: un órgano administrativo en la investigación penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 50, enero, pp. 1-42.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2016): «El derecho constitucional ante la era de ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional», en *Estudios de Deusto*, vol. 64, núm. 2, pp. 225-258.
- Sánchez, L. C. (2022), «Una primera respuesta de las Instituciones de Control Externo a los fondos *Next Generation* de la Unión Europea recibidos por

España», en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 79, pp. 78-87.

Sandulli, A. *et al.* (2021), *The Past and Future of EU Financial Interests*, BETKOSOL project (*Better Knowledge for Better Solutions*), Work Package 1 – Deliverable 2, 30-6-2021, LUISS University.

— (2022), *The protection of the EU financial interest in contemporary age: insights from National and European institutions*, BETKOSOL project (*Better Knowledge for Better Solutions*), Work Package 3 – Deliverable 5, 24-04-2022, LUISS University.

RELACIÓN CONCLUSIVA

EL REFLORECIMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL RÉGIMEN DE LAS SUBVENCIONES A LOS VEINTE AÑOS DE LA LEY GENERAL

Claudia Hernández López

SUMARIO: 1. El reflorecimiento de la UE: revisar el principio de subsidiariedad. 2. Las medidas para paliar la COVID-19 y la protección de datos como referencia. 3. Las subvenciones veinte años después de la aprobación de la Ley. 4. Ámbito subjetivo, procedimiento de concesión y reintegro. 5. A modo de cierre: el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

RESUMEN: En las siguientes líneas se identifican las ideas principales que surgieron de las ponencias y comunicaciones que conformaron la última sesión del XVII Congreso AEPDA celebrado en la Universidad Pablo Olavide de Sevilla los días 27 y 28 de enero bajo el título «20 años de la Ley General de Subvenciones».

PALABRAS CLAVE: subvención; subsidiariedad; ámbito subjetivo; reintegro.

ABSTRACT: The following lines identify the main ideas that emerged from the presentations and communications of the last session of the XVII Congreso AEPDA held at the Universidad Pablo Olavide de Sevilla on January 27 and 28 under the title »20 años de la Ley General de Subvenciones«.

KEY WORDS: grants; subsidiarity; subjective scope; reimbursements.

1. EL REFLORECIMIENTO DE LA UE: REVISAR EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

En su excelente aportación, la profesora Galetta ha expuesto, a través de distintos ejemplos, como la actuación conjunta de la Unión Europea puede contribuir significativamente a cumplir la misión que motiva su existencia.

Según los tratados constitutivos, la Unión tiene entre sus misiones ser un buen actor global. Esto debe ser entendido en los términos que señala la Organización de Naciones Unidas: pleno respeto a los Derechos humanos, al Estado de Derecho o a la participación efectiva, entre otros compromisos. Esa misión, sin embargo, exige una auténtica integración de los Estados miembros. A juicio de la ponente, no tiene sentido dejar que los Estados y regiones, de forma individual, resuelvan asuntos que, por su trascendencia global, deberían ser abordados de forma conjunta.

Para lograr ese objetivo, se propone revisar el principio de subsidiariedad y darle un enfoque más ambicioso. Así, la UE no solo debe actuar cuando las medidas adoptadas por los Estados sean insuficientes, sino también cuando sea evidente que no van a ser suficientes para alcanzar los objetivos. La pregunta que propone formular no es, por tanto, si la UE está legitimada para actuar, sino cómo dotarla de instrumentos para que lo haga.

2. LAS MEDIDAS PARA PALIAR LA COVID-19 Y LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO REFERENCIA

Para explicar y justificar la necesidad de revisar ese principio en los términos apuntados, la ponente dio cuenta de varios asuntos en los que, gracias a la actuación conjunta, se han logrado grandes resultados. A su juicio, las fortalezas de la gestión de esas cuestiones, no exentas de controversia, pueden servir de base para el desarrollo de propuestas como la futura regulación integrada de la Inteligencia Artificial.

Tal es el caso de las medidas extraordinarias que fueron adoptadas para paliar la COVID-19 o el marco normativo general en materia de protección de datos. En efecto, la gestión europea de la compra de vacunas y las medidas financieras sin precedentes que se adoptaron para hacer frente a la pandemia sanitaria, sin duda, destacan como hitos de la adecuada interpretación del principio de solidaridad y constituyen una muestra de las grandes posibilidades que derivan de la actuación conjunta bajo el liderazgo de las instituciones europeas.

Algo similar ha ocurrido con la normativa sobre protección de datos. En este tema Europa partía de una gran fragmentación, pero gracias a la actuación conjunta se ha alcanzado un estándar elevado de protección de datos que, gracias a los fuertes intercambios comerciales, ha acabado influyendo en po-

tencias como Estados Unidos. Ese estándar de protección a su vez parece haber generado la confianza necesaria para poner en marcha el mercado único de datos: datos libres y abiertos, pero protegidos. Dificilmente, la actuación aislada de cada Estado europeo habría alcanzado ese resultado.

Pues bien, la ponente ha destacado que la forma de abordar esos asuntos puede servir de modelo para afrontar futuras medidas en campos tan sensibles como la Inteligencia Artificial. Esta tecnología, que puede contribuir significativamente al crecimiento y a la mejora de la calidad vida, también encierra numerosos peligros. Es necesario encontrar el equilibrio entre su desarrollo y el respeto a los derechos de las personas y, teniendo en cuenta su impacto global, la mejor forma de hacerlo es mediante una actuación conjunta, evitando la creación de paraísos de Inteligencia Artificial.

Sin duda, la actuación conjunta o el liderazgo de las instituciones europeas no elimina la posibilidad del debate o la contraposición entre los Estados miembros. La UE está para ello, es una institución viva. Ahora bien, como concluye la profesora Galetta, lo decisivo es que los Gobiernos aúnen esfuerzos para llegar a acuerdos tal y como ha sucedido en los ámbitos mencionados.

3. LAS SUBVENCIONES VEINTE AÑOS DESPUÉS DE LA APROBACIÓN DE LA LEY

En su brillante ponencia el profesor Fernández Farreres ha realizado un balance de los aciertos y las insuficiencias de la Ley General de Subvenciones en el vigésimo aniversario de su aprobación.

Entre los aciertos destaca que la aprobación de esta norma en 2003 supuso un gran avance. Hasta ese momento no había una norma que, de forma general, fijara los requisitos y límites del otorgamiento de subvenciones. Esto constituía un obstáculo especialmente para los tribunales, que carecían de marco general para enjuiciar las decisiones de la Administración en esta materia.

Con la llegada de la ley al fin se *juridificó* la actividad y se pudo delimitar un concepto de subvención, se fijó la naturaleza de las bases y, entre otras cuestiones, se aclaró el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello ha permitido reconducir la actividad subvencional de la Administración a un marco regulatorio definido que dota al sistema de las garantías mínimas necesarias.

Ello no implica, sin embargo, que la norma sea perfecta. Como expuso el ponente, en veinte años ha habido tiempo suficiente para identificar algunos extremos que podrían ser revisados y, en su caso, corregidos. En particular

destaca los siguientes: la delimitación del ámbito subjetivo de la norma, los procedimientos de concesión y algunos aspectos del reintegro.

4. **ÁMBITO SUBJETIVO, PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN Y REINTEGRO**

Respecto a la delimitación del ámbito subjetivo, la Ley ha sido objeto de numerosos análisis y, pese a que el legislador ya ha hecho algunas precisiones, aún es necesario clarificar determinados aspectos.

En cuanto a la concesión de subvenciones por organismos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de la de la Administración, debe recordarse que la Ley ya se modificó para eliminar las referencias a las potestades administrativas y sujetó a esas entidades a la normativa sobre subvenciones en todo caso. El objetivo ha sido evitar la clásica huida hacia el Derecho privado.

Con el mismo fin también se reconoció a las fundaciones del sector público la posibilidad de conceder subvenciones en el sentido estricto del término, pero se estableció que, en esos casos, se debe otorgar una autorización previa a la fundación y, además, todo aquello que implique ejercicio de potestades administrativas deberá realizarlo la Administración de adscripción —aprobación de las bases, actividad de control y tramitación, cuando proceda, de los procedimientos sancionadores y de reintegro—. No obstante, queda abierta la posibilidad de que las fundaciones del sector pueden otorgar *subvenciones* mediante la figura de las entregas dinerarias sin contraprestación.

Por ello, aun reconociendo que los cambios mencionados respecto a las fundaciones suponen un avance, a juicio del ponente, y en los mismos términos descritos por la profesora Álvarez González en la primera sesión de este congreso, lo ideal sería aplicar ese régimen a todas las entidades privadas del sector público.

La segunda cuestión susceptible de mejora se refiere a los procedimientos en materia de subvenciones. Como es conocido, la Ley General de Subvenciones establece que en el procedimiento ordinario de concesión debe haber concurrencia competitiva. Esto implica que, en todos aquellos casos en que no haya competencia, es decir, cuando no se establezca prelación entre los solicitantes y la subvención se pueda a conceder a todos aquellos que cumplan los requisitos previstos la convocatoria, habrá que equipararla a la concesión directa. No obstante, debe subrayarse que, a diferencia de la concesión directa, en esas subvenciones debe seguir habiendo publicidad y concurrencia. Por ello, se señala que el procedimiento ordinario debería dar cobertura también a ese tipo de subvenciones.

En cuanto a la concesión directa, la realidad evidencia que los límites que fija la ley para utilizar este procedimiento —cobertura presupuestaria, previsión en una norma con rango de ley o razones de interés general— se diluyen en tanto que no se exige a la Administración, además, que justifique por qué no puede acudir al procedimiento ordinario. Concretar aquellos requisitos o, directamente, establecer prohibiciones, reforzaría el principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad.

Igualmente, en relación con la concesión directa, se propone prohibir la celebración de convenios con sujetos privados cuando estos no traigan causa de una concesión directa de las previstas en la Ley de Subvenciones. Para conseguirlo sería necesaria la revisión del artículo 6 de la Ley de Contratos del Sector Público que, si bien logra evitar el encubrimiento de contratos mediante convenios, no lo consigue con el caso de las subvenciones directas.

Por último, también presta atención a la regulación del procedimiento de reintegro puesto que, en su redacción actual carece de precisión respecto a la definición de los documentos justificativos y resulta defectuosa en cuanto a la fijación de plazos para iniciar la reclamación. Ello genera inseguridad jurídica en perjuicio principalmente del beneficiario.

5. A MODO DE CIERRE: EL PLAN DE RECUPERACIÓN TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA

El balance realizado por el profesor Fernández Farreres se cierra con un apunte sobre la exclusión de la Ley General de Subvenciones que ha hecho el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia.

Sin duda, llama la atención que cuando se trata de gestionar subvenciones por muchos miles de millones de euros se exceptúe la norma general que las viene regulando entre nosotros. Y es que, como se destacó más atrás, la aplicación de la normativa sobre subvenciones genera seguridad jurídica por lo que excepcionar su aplicación puede suponer una relajación excesiva de controles y garantías. Como ha señalado Bueno Armijo en su comunicación, la adaptación a las circunstancias existentes *no puede hacerse al precio de reducir la protección de los fondos de la UE a un nivel que se considera inaceptable para los fondos nacionales*.

Como explicó el ponente, la exclusión de la Ley General de Subvenciones se ampara en la necesidad de ejecutar los recursos de forma rápida —reducción de plazos, otorgamiento con ausencia de crédito, unificación de trámites, etc.—. Ahora bien, aunque se logre ese objetivo, también es posible que se produzcan abusos derivados de la ausencia de garantías. Por ello, en lugar de excepcionar la aplicación de la norma, lo que debe hacerse es mejorarla técni-

camente. A fin de cuentas, concluyó el profesor Fernández Farreres, una regulación detallada, aunque presente algunas dificultades, siempre proporciona garantías tanto a los beneficiarios, como a los intereses generales.

**ACTAS DEL XVII CONGRESO DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
PROFESORES DE DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**SEVILLA
26 A 28 DE ENERO DE 2023**

ISBN 978-84-7351-767-6

