

**FIGURAS CONTROVERTIDAS EN LA APLICACIÓN DE
LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y SU
REGLAMENTO DE DESARROLLO.-**

Carlos Cubillo Rodríguez
Doctor en Derecho
Letrado del Tribunal de Cuentas

I. **INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN LEGAL DE LAS DIVERSAS FIGURAS JURÍDICAS SUJETAS A LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y A SU REGLAMENTO.**

Decía Kierkegaard que la vida sólo se comprende mirando hacia atrás pero hay que vivirla hacia delante. Por eso me gustaría iniciar el examen de este régimen jurídico dando unas breves pinceladas de la situación inmediatamente anterior al mismo.

Dicha situación venía caracterizada por dos rasgos merecedores de una valoración jurídica negativa.

1º.- No existía un adecuado tratamiento normativo de la “**identidad de subvención**”. Sabíamos que eran ayudas públicas, pero también lo eran por ejemplo las exenciones y demás beneficios fiscales o las becas.

¿Qué singularizaba a la subvención respecto a las demás ayudas públicas?.

El primer intento moderno de dar una definición legal a las subvenciones fue el del artículo 81 del TRLGP, tal y como quedó redactado de acuerdo con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

El problema es que este precepto:

- No distinguía a las subvenciones de las demás ayudas públicas.
- Provocaba cierta confusión mezclando el origen presupuestario de los fondos afectados con su posible titularidad por parte de la Unión Europea.

Las subvenciones sí fueron objeto, en cambio, de definición específica y singularizada en el artículo 1.1 de la **Ley 2/1995, de 8 de marzo de la Comunidad de Madrid.**

Pero tampoco este concepto legal nos resultaba suficiente:

- Por su ámbito territorial: Sólo la Comunidad de Madrid.
- Por su ámbito objetivo: “Sólo a los efectos de esta Ley”.

El Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por **Orden de 6 de mayo de 1994**, también recogía en su glosario de términos una definición de subvención pública. En su caso el problema radica en el rango reglamentario y no legal de la norma que aprueba esa definición.

La Unión Europea, por su parte, define las subvenciones en el **Reglamento 2026/97**, del Consejo, pero el concepto que da, en línea con el que aparece en el **Acuerdo Internacional relativo a la aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT**, está orientado a la defensa de la libre competencia, por lo que constituye una definición demasiado amplia que puede cobijar prácticamente a todas las ayudas públicas.

2º.- El régimen jurídico regulador de las subvenciones públicas en España estaba disperso en normas de rango y contenido material diverso. Faltaba una Codificación y una sistematización de toda esta compleja normativa.

El Libro **“Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas”**, de José Pascual García, contiene la siguiente afirmación: *“Al no existir en nuestro país una Ley General de Subvenciones, la normativa aplicable se encuentra dispersa en variadas disposiciones. Ello origina una dificultad en su conocimiento y, lo que es más grave, una cierta inseguridad, tanto en los gestores públicos como en las entidades, empresas y particulares que las perciben, los cuales pueden incurrir, si no las aplican o justifican correctamente, en diversos tipos de responsabilidad: Penal, contable y administrativa”*.

Esa inseguridad –esto ya lo añadido yo- se extendía a los órganos de control de la actividad económico-financiera del Sector Público. No es causalidad que el Tribunal de Cuentas se haya manifestado con rotundidad a favor de una Ley General de Subvenciones en diversos momento entre los que cabe destacar:

- a) Moción a las Cortes Generales de 29 de julio de 1993.
- b) Conclusiones del Seminario de Toledo de 1996.

El informe sobre el fraude en España, publicado en los años 90 por el Instituto de Estudios fiscales, reconocía la existencia –sólo en el ámbito estatal- de hasta 200 procedimientos distintos en materia de concesión, justificación, control y reintegro de subvenciones.

El tratamiento jurídico de las subvenciones públicas en España, antes de esta nueva Ley, no permitía una clara identificación de esta concreta ayuda pública ni un régimen codificado y sistematizado regulador de la misma.

Es verdad que esta situación era muy común en el Derecho comparado. En Francia y en Italia puede considerarse muy similar. En Alemania algo mejor, pero con el problema de que el concepto de subvención y su régimen regulador sólo se definían con claridad a efectos penales. Quizá los dos ejemplos que constituyen excepciones a este desolador panorama sean las legislaciones de Bélgica y Suiza.

La Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 de noviembre y su Reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, siguieron la máxima de Kierkegaard y, teniendo muy en cuenta los problemas que había suscitado la deficiente normativa que les había precedido, aportaron una delimitación exhaustiva del concepto de subvención y del régimen jurídico aplicable a esta figura jurídica y a otras de carácter más o menos similar.

No sería justo negar que ello ha supuesto un avance notable de nuestro Derecho Público y un apoyo a la transparencia y al rigor en la concesión, gestión, justificación, control y reintegro de estas ayudas públicas.

Sin embargo, para no dejar las referencias filosóficas, llegados a este punto conviene no olvidar la estimulante frase de nuestro Miguel de Unamuno: “No dejes que el pasado sea el tirano de tu futuro”.

La delimitación del concepto legal de subvención y del ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento que ha aportado el legislador de 2003 y 2006, en mi opinión es consecuencia directa de las sombras de la normativa anterior que pretendió disipar. El pasado ha sido tirano de esta nueva normativa y ello ha supuesto que el modelo de concreción de la operaciones que

quedan bajo este régimen general y de las que quedan fuera del mismo sea demasiado complejo y prolijo, lo que no siempre es causa de eficacia.

Para poder abarcar este modelo, tenemos que conectar los siguientes preceptos:

- Todo el Capítulo I del Título Preliminar de la Ley, dedicado al ámbito de aplicación de la misma.
- Las siguientes Disposiciones Adicionales de la Ley: quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décimosexta, décimoctava y décimonovena.
- Todo el Capítulo I del Título Preliminar del Reglamento, dedicado al ámbito de aplicación del mismo.
- Las siguientes Disposiciones Adicionales del Reglamento: Primera, Segunda y Décima.

El modelo, por tanto, al margen de matices aplicables de otros preceptos de la Ley y del Reglamento de Subvenciones y del complemento normativo procedente de otras disposiciones de Derecho Público es consecuencia, al menos, del contenido conexo de 28 preceptos distintos.

¿Cómo podemos sistematizar este diseño jurídico?

Podríamos distinguir las siguientes categorías:

1. Operaciones a las que la propia Ley y su Reglamento califican, directa o indirectamente, de “subvenciones”.

a) Subvenciones a las que se aplica la Ley y el Reglamento sin matices.

Son las que se ajustan al concepto jurídico de subvención que se recoge en la Ley, y que se caracteriza por los siguientes rasgos:

- Subjetivos: Los destinatarios pueden ser personas física o jurídicas, públicas o privadas, y los concedentes tienen que estar en alguna de las siguientes categorías:

- La Administración General del Estado.

- La Administración Autonómica.
 - La Administración Local.
 - Organismos y demás entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que actúen en el ejercicio de sus potestades administrativas.
- Objetivos: Se trata de disposiciones dinerarias que se entregan sin contraprestación directa del beneficiario y que se otorgan para el cumplimiento de determinados objetivos o conductas de interés público o utilidad social.
- b) Subvenciones que se rigen por su propia normativa, pero ésta debe ajustarse a los principios de la Ley General de Subvenciones:
- Subvenciones a la Cooperación internacional.
 - Subvenciones que se otorgan por consorcios, mancomunidades u otras personificaciones públicas creadas por diversas Administraciones u organismos públicos.
 - Subvenciones que deriven de Convenios formalizados entre Administraciones Públicas.
- c) Subvenciones a las que se aplica la Ley General de Subvenciones y su Reglamento, pero sólo supletoriamente:
- Subvenciones financiadas con cargo a los fondos de la Unión Europea.
 - Subvenciones del Estado para planes de financiación de inversiones de las Corporaciones Locales.
- d) Subvenciones a las que no se aplica, ni la Ley General de Subvenciones, ni su Reglamento.
- Las Subvenciones previstas en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.
 - Las Subvenciones previstas en la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos.

- Las Subvenciones a los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, así como a los Grupos Políticos de las Corporaciones Locales.
 - Las Subvenciones del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón.
 - Las Subvenciones del Plan de Ayuda a la Pequeña y Mediana Empresa.
2. Operaciones a las que la Ley General de Subvenciones y su Reglamento no califican expresamente como subvenciones pero tampoco excluyen expresamente de dicha categoría:
- a) Operaciones a las que se aplica sin matices la Ley General de Subvenciones y su Reglamento:
- Convenios de Colaboración entre Administraciones Públicas, cuando la Administración beneficiaria es la única que ostenta competencias para la ejecución, salvo que la actividad a desarrollar sea obligatoria por norma con rango de Ley.
 - Convenios de Colaboración de las Administraciones y otras entidades del Sector Público con personas sujetas a Derecho Privado, cuando el resultado de la actividad que se despliegue sea de propiedad o utilización exclusiva del beneficiario.
- b) Operaciones a las que se aplica sólo parcialmente la Ley General de Subvenciones y su Reglamento:
- Entregas dinerarias sin contraprestación que realicen los organismos y demás entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, que estén vinculadas o dependan de una Administración Pública, y se rijan por el Derecho Privado.
 - Premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza.
 - Entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las Fundaciones del Sector Público.

c) Operaciones a las que se aplica supletoriamente la Ley General de Subvenciones y su Reglamento:

- Créditos concedidos por la Administración a particulares sin interés o con interés inferior al de Mercado.

d) Operaciones a las que no se aplica ni la Ley General de Subvenciones ni su Reglamento:

- Aportaciones dinerarias entre Administraciones Públicas para financiar globalmente la actividad de aquella a la que van destinadas.
- Aportaciones dinerarias entre agentes de una misma Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenecen.
- Aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas realice la Administración Local a favor de las Asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes (dichas Asociaciones se prevén en la Disposición Adicional Décimoquinta de la Ley de Bases Régimen Local).
- Operaciones de perfil subvencional del Banco de España.
- Convenios celebrados entre las Administraciones Públicas que conlleven una contraprestación a cargo del beneficiario.
- Convenios entre Administraciones Públicas para la realización de los programas conjuntos del artículo 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Convenios entre Administraciones Públicas para la canalización de las Subvenciones gestionadas a las que se refiere el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Convenios entre Administraciones Públicas que comparten la competencia para la ejecución de los mismos.
- Aportaciones dinerarias, en concepto de cuotas, que satisfaga una Administración Pública Española a organismos internacionales para financiar la totalidad de su actividad o un sector de la misma.

- Convenios celebrados entre la Administración General del Estado y las Sociedades Mercantiles y Fundaciones del Sector Público Estatal, para su financiación.
 - Las ayudas en especie, salvo que los bienes, derechos o servicios se adquieran con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero.
3. Operaciones que la Ley General de Subvenciones y su Reglamento no consideran subvenciones y a las que dicha normativa no se aplica:
- Prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social.
 - Determinadas pensiones y prestaciones a españoles residentes en el extranjero.
 - Determinadas prestaciones por enfermedad (minusvalía, síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, Síndrome Tóxico, Hemofilia).
 - Prestaciones derivadas de clases pasivas de los funcionarios.
 - Prestaciones derivadas de actos de terrorismo.
 - Prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.
 - Beneficios fiscales y de cotización a la Seguridad Social.
 - El Crédito Oficial, aunque con excepciones.

Sabiendo cuál es la naturaleza y el régimen jurídico que la Ley 38/2003, de 17 de noviembre y su Reglamento conceden a cada tipo de actuación, en teoría bastaría con introducir en un ordenador los datos de la que interese y nos saldría con carácter inmediato la catalogación jurídica de la figura y la normativa aplicable a la misma.

Sin embargo, como sabemos, en Derecho las cosas no funcionan así. La aplicación de un precepto no es posible sin el desarrollo previo de una tarea más o menos compleja de interpretación del mismo.

Afortunadamente, como veremos, el propio Ordenamiento Jurídico nos da herramientas para esta actividad hermeneútica pero ello no evita, como también veremos, que se puedan plantear supuestos especialmente controvertidos.

I. LA INTERPRETACIÓN DEL DISEÑO LEGAL Y REGLAMENTARIO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS SUBVENCIONES.

La exégesis del modelo ofrecido por la Ley General de Subvenciones y por su Reglamento, que hemos examinado en el anterior epígrafe, requiere como sucede en todo complejo normativo del uso de todos los instrumentos de interpretación que nos ofrece el Derecho y, muy especialmente, de dos: El Título Preliminar del Código Civil y las Exposiciones de Motivos:

1. El Título Preliminar del código Civil: Contiene la Teoría General del Derecho y su aplicación resulta básica para la interpretación del Ordenamiento.

En lo que se refiere, en concreto, al ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento, cabe destacar los siguientes aspectos:

a) Teoría General de las Fuentes del Derecho.

- Los principios generales del Derecho: Como sabemos se trata de postulados que no se concretan en una determinada disposición pero que rezuma el Ordenamiento Jurídico en su conjunto y, en este sentido, forman parte del Derecho Positivo.

Siendo las Subvenciones una modalidad del gasto público, conviene tener muy en cuenta principios como transparencia o eficacia que resultan de directa aplicación al mismo.

- La jurisprudencia, entendida como doctrina de los Tribunales de Justicia sobre interpretación y aplicación de las normas.

El Tribunal Supremo en alguna ocasión, Sentencias de 21 de septiembre de 1995, 28 de noviembre de 1997 y 12 de enero de 1998, ha defendido el concepto amplio de subvención como “toda clase de favorecimiento económico” orientado a potenciar conductas de interés general.

Sin embargo la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, sobre todo Sentencia de 4 de noviembre de 2005, se incardina en el criterio restrictivo del concepto de subvención. Sobre este particular tiene mucho interés la idea de que el concepto de subvención es más estricto que el concepto general de ayuda (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, que sigue los postulados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

b) Los criterios de interpretación: Se recogen en el artículo 3 del Código Civil y pueden sistematizarse en los siguientes apartados:

- Criterio literal o gramatical: Las normas se deben interpretar de acuerdo con el tenor literal de las palabras: En principio, cuando la Ley alude a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea, la literalidad resulta suficiente para poder delimitar las concretas ayudas a las que se está refiriendo sin necesidad, por tanto de recurrir a ningún criterio de interpretación subsidiario.
- Criterio teleológico: Es el que permite interpretar la norma atendiendo a la finalidad perseguida a través de la misma por el Legislador: Así, cuando la Ley excluye de su ámbito de aplicación a los beneficios fiscales y a las cotizaciones a la Seguridad Social, es casi unánime en la doctrina la idea de que quiere expulsar de este régimen jurídico a toda medida que implique ventaja en el contenido de las obligaciones de los contribuyentes, respecto a la Administración Tributaria y de los cotizantes, respecto a la Seguridad Social.
- Criterio sistemático: Hace posible una interpretación de la norma atendiendo a su ubicación dentro del Ordenamiento Jurídico: En el caso del concepto de subvención y del régimen aplicable a las diversas ayudas

públicas, este criterio no nos va a resultar muy útil pues el legislador, con buen criterio, trata de delimitar de forma casi exhaustiva la identidad de cada supuesto incluido o excluido de la aplicación de esta concreta normativa. Es un criterio hermeneútico útil, sin embargo, en otras materias de la Ley y del Reglamento.

- Criterio histórico-legislativo: También resulta interesante el seguimiento de los debates parlamentarios y de la evolución de la norma a lo largo de su proceso de elaboración, para encontrar criterios de interpretación adecuados.

Resulta llamativo, por ejemplo, en la materia objeto de esta ponencia, el debate sobre la posible incidencia del régimen jurídico incorporado a la Ley General de Subvenciones sobre la financiación territorial.

El seguimiento de esta controversia permite entender que el legislador ha querido excluir del ámbito de aplicación de esta normativa a la financiación territorial, lo que según la propia Exposición de Motivos del Reglamento ha supuesto la exclusión de las transferencias derivadas de convenios y conciertos entre Administraciones Públicas, así como las subvenciones gestionadas y otros convenios cuando las Administraciones concertadas ostenten competencias públicas compartidas de ejecución.

- Criterio sociológico: las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social del momento en que deban aplicarse.

Es obviamente el criterio hermeneútico más flexible y, por tanto, el que debe aplicarse de forma más sólidamente motivada.

En materia de concepto de subvención y distinción respecto de otras ayudas públicas, la principal influencia del entorno social opera sobre el legislador sobre todo, que adoptará posiciones más flexibles o

más estrictas atendiendo a la coyuntura de la economía de mercado, importancia del fraude, criterios de estabilidad presupuestaria, sensibilidad social respecto a la financiación de determinadas actividades, etc.

Sin embargo, es un criterio que siempre ha de tenerse en cuenta a los efectos, al menos, de evitar interpretaciones jurídicas que técnicamente puedan parecer irreprochables, pero que lleven a soluciones incompatibles con la realidad social.

En la materia que nos atañe, es verdad que en principio podemos atribuir un estricto concepto legal a las ideas de utilidad pública, interés social o promoción de una finalidad públicas, objetivos a los que debe conectarse la actividad financiada para que la ayuda pueda ser considerada como subvención, pero también es cierto que la interpretación de estos aspectos tiene una innegable relación con la sensibilidad social de cada momento y puede provocar controversia entre la misma y la concepción de la Administración concedente. Una actividad industrial que genera muchos puestos de trabajo pero degrada el medio ambiente, ¿es una actividad de interés social a los efectos de una subvención?.

- c) La analogía: Permite aplicar una misma norma a supuestos distintos pero entre los que existe identidad de razón.

Ello hace posible, en primer lugar, que pueda completarse el régimen jurídico de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento con otras normas del Ordenamiento Jurídico, tanto de Derecho Público como Derecho Privado, según dice el artículo 5 de la Ley. Sobre este particular siempre conviene recordar la importancia a estos efectos de la legislación de Contratos del Sector Público respecto a la normativa de subvenciones.

También hace posible, en segundo término, la aplicación analógica de disposiciones de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento, a supuestos excluidos de su regulación.

Hay algunos ejemplos muy claros de reglas contempladas en la citada normativa que presentan una vocación tan evidente de proyección general, que son susceptibles de una frecuentísima interpretación analógica. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 92.2 del Reglamento: “Se entenderá cumplida la obligación de justificar cuando la Administración en sus actuaciones de comprobación o control financiero, detectara que en la justificación realizada por el beneficiario se hubieran incluido gastos que no respondieran a la actividad subvencionada, que no hubieran supuesto un coste susceptible de subvención, que hubieran sido ya financiados por otras subvenciones o recursos, o que se hubieran justificado mediante documentos que no reflejaran la realidad de las operaciones”.

Otro tanto se puede decir de la definición de incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos que cabe extraer del artículo 37 de la Ley, y que perfila dichas infracciones como aquéllas de las que se deriva la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad procedentes de cualquier Administración, ente público o privado, nacional o de la Unión Europea, o de organismos internacionales.

En todo caso, hay que recordar que la analogía no cabe en materia sancionatoria.

Claro está que en la aplicación analógica de las normas, lo mismo que en su aplicación directa, siempre hay que evitar resultados deformes o desproporcionados y, para ello, resulta un arma muy eficaz la equidad, que también se reconoce en el Título Preliminar del Código Civil como forma de integración del Ordenamiento Jurídico y de interpretación del mismo.

- d) La equidad: Es un recurso hermeneútico perfectamente asumido por el Derecho Positivo, aunque debe fundamentarse en alguna norma del mismo.

Es común, por ejemplo, aplicar analógicamente disposiciones sobre justificación o reintegro de la Legislación General de Subvenciones al ámbito de la ayuda humanitaria lo que, por razón de las especiales condiciones de guerra, epidemia, desastre natural, etc, en las que puede desarrollarse dicha actividad, podría dar lugar a soluciones exorbitantes que se deben moderar a través de la equidad.

- e) El fraude de Ley: Es un viejo conocido en el ámbito de las subvenciones públicas y, regulado en el artículo 6.4 del Código Civil, supone el intento de disfrazar una operación bajo la apariencia de otra de distinta naturaleza, para eludir el régimen jurídico aplicable y sustituirlo por otro. La sanción civil al fraude de ley es la aplicación de la normativa que se pretendió eludir, la sanción administrativa puede ser incluso la nulidad del acto (por ejemplo, la resolución de concesión de la ayuda) y la declaración de haberse incurrido en desviación de poder. En casos extremos, una conducta en fraude de ley puede tener también relevancia penal.

Es evidente que en una materia como la que constituye el objeto de esta ponencia el fraude de ley tiene una especial importancia.

Son comunes y frecuentes los casos en los que se fuerza la naturaleza de un negocio jurídico para dejarlo fuera de la legislación general de subvenciones, o para introducirlo en su ámbito de aplicación, en ambos casos de forma indebida y fraudulenta.

Son conocidos los casos de maquillaje de subvenciones para darles apariencia de contratos menores y eludir así el régimen jurídico, más estricto, aplicable a las primeras.

En sentido inverso, son también destacables los supuestos de contratos para la prestación de servicios concretos, que se disfrazan como subvenciones directas.

- f) Abuso de derecho y buena fe. Son principios jurídicos contemplados también en el Título Preliminar del Código Civil y que tienen cabida respecto a la actuación del concedente, entidad colaboradora y beneficiario de las subvenciones, en general, y en relación con la materia de esta ponencia en particular.

Hay que tener en cuenta que los Tribunales de Justicia han venido desarrollando el criterio de que las facultades que corresponden a las Administraciones para interpretar el régimen jurídico aplicable a su actividad deben aplicarse dentro de los postulados de la buena fe, y que resultan controlables a través de la doctrina del abuso de Derecho.

Este punto de vista jurisprudencial ha adquirido especial desarrollo en el ámbito de la contratación del Sector Público, pero también tiene clara incidencia en materia de determinación del régimen jurídico aplicable a las diversas ayudas públicas.

En manos de la entidad concedente, queda, en primera instancia, la decisión de cuándo estamos ante una subvención o no en sentido técnico-jurídico y, sobre todo, cuándo estamos ante operaciones a las que se aplica sin matices la Ley General de Subvenciones y su Reglamento, o ante negocios jurídicos a los que sólo se aplica parcialmente, o supletoriamente, o como referencia, o en ningún caso.

El uso abusivo de esta facultad puede generar una vulneración de las reglas de la buena fe e, incluso, en casos extremos (por ejemplo la imposición a sabiendas del régimen sancionatorio de esta normativa a un ámbito al que no le sea aplicable –el derecho sancionatorio no es susceptible de interpretación analógica-), la concurrencia de abuso de derecho, lo que puede provocar diversas consecuencias jurídicas y, entre ellas, la obligación de indemnizar a los perjudicados.

2.- Exposiciones de Motivos o Preámbulos.

Las Exposiciones de Motivos de las normas jurídicas constituyen un recurso muy importante para la adecuada interpretación de las mismas, y ello por tres razones.

En primer lugar, porque como viene recordando el Tribunal Supremo en una larga Jurisprudencia que se remonta a 1973, los preámbulos de las normas tienen “una cierta trascendencia normativa”.

En segundo término, porque las Exposiciones de Motivos contienen las razones y argumentos del propio Legislador, es decir, suponen una forma eficaz y sencilla de acceso a la “mens legislatoris”, por eso hacen posible lo que técnicamente llamamos “interpretación auténtica” de la norma.

Finalmente, porque a menudo el Legislador incorpora al Preámbulo de una norma los principales objetivos que se ha propuesto con la misma y ello facilita la interpretación teleológica, de la que antes hemos hablado, que permite el artículo 3 del Código Civil.

En la Exposición de Motivos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, aparecen algunos elementos interesantes relativos a la determinación de su ámbito de aplicación:

- a) Las subvenciones, desde la perspectiva económica, son una modalidad del gasto público y en consecuencia deben ajustarse a las directrices de la política presupuestaria.

Esta naturaleza de “modalidad de gasto público” sirve para resolver algunos conflictos jurídicos que plantea la regulación de estas ayudas.

Así, la doctrina es prácticamente unánime en afirmar que las transferencias verticales (esto es, las que se producen entre dos agentes de una misma Administración) que se obtienen bajo una convocatoria pública quedan sujetas a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento pero, cuando no concurre ese requisito de convocatoria pública, quedan fuera de ese

régimen jurídico y, dada su condición de “modalidad de gasto público”, se regirán por la normativa presupuestaria general.

- b) Las subvenciones, desde una perspectiva administrativa, se consideran una técnica de fomento de conductas consideradas de interés general y un procedimiento de colaboración entre las Administraciones Públicas y los particulares para el desarrollo de actividades de interés público.

Es un criterio que más que a la delimitación del régimen jurídico aplicable a una determinada ayuda, afecta a la valoración de la legalidad de la misma en atención a su “justa causa”. Son conocidas, en este sentido, las polémicas en torno a las subvenciones para el desarrollo de actividades artísticas (rodaje de películas, celebración de exposiciones) o científicas (líneas de investigación éticamente controvertidas).

- c) El valor referencial del Derecho de Subvenciones de la Unión Europea para la adecuada interpretación del Derecho interno sobre la materia.

Este valor referencial permite, por ejemplo, tener criterios claros sobre la tormentosa relación entre economía de mercado y ayudas públicas.

No obstante, hay que decir que el legislador español a veces se aparta de manera rotunda de los criterios del Legislador Comunitario en materias en las que jurídicamente puede hacerlo.

Puede ilustrar este punto el hecho de que, conforme al artículo 3 de la Ley General de Subvenciones, queden fuera del ámbito de aplicación de la misma las aportaciones dinerarias de las empresas de capital público, solución diferente a la adoptada en el artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea que, para decidir cuándo estamos ante auténticas subvenciones, atiende al origen de los fondos y no a la forma jurídica de la entidad concedente.

- d) El interés público demanda un tratamiento homogéneo de la relación jurídica subvencional en las diferentes Administraciones Públicas.

Ello implica que haya que compatibilizar el contenido de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento, con el contenido de las normas que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales pueden dictar en la materia en virtud de sus potestades jurídicas normativas.

En el campo que nos afecta, será difícil imaginar que pueda haber operaciones de una misma naturaleza que para una Administración deban regularse por el régimen general de subvenciones y, por otra, no.

- e) La subvención se diferencia de otras ayudas públicas en que en ella lo fundamental es la afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo, a la ejecución de un proyecto específico, a la realización de una actividad o a la adopción de un comportamiento singular.

Este criterio, como sabemos, no sólo está en la Exposición de Motivos de la Ley, sino que tiene fiel reflejo en el texto articulado.

No debemos olvidar que ello no obsta a que la ayuda no sólo pueda destinarse a una actividad futura (subvenciones ex ante), sino también a actividades o comportamientos ya realizados (subvenciones ex post), que aunque son poco comunes en la práctica administrativa han preocupado al Legislador lo suficiente como para establecer, por ejemplo, para estos casos, normas especiales de justificación.

También en el Reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, podemos encontrar un Preámbulo que nos suministra algunos criterios de interpretación:

- a) Reticencia aplicativa respecto a materias específicas como la cooperación internacional, subvenciones concedidas por las Corporaciones Locales y control financiero de las subvenciones.

En lo que a las Corporaciones Locales se refiere, conviene recordar que Ley General de Subvenciones y Reglamento les resultan de aplicación pero en los términos de la Disposición Final Primera de una y otra Norma.

- b) Reticencias aplicativas a los negocios jurídicos que implican financiación territorial y, en este sentido, como ya se ha dicho, quedan fuera del ámbito de aplicación del régimen general de las subvenciones, las transferencias derivadas de convenios y conciertos entre Administraciones Públicas y las subvenciones gestionadas y otros convenios cuando las Administraciones afectadas compartan competencias para su ejecución.

Recapitulando, el Título Preliminar del Código Civil, por un lado, con su sistema de fuentes, su concepción de los principios general del Derecho y de la Jurisprudencia, su aportación de criterios para la interpretación de las normas , su regulación de la equidad, de la analogía, del fraude de ley, de la buena fe y del abuso de derecho, así como la Exposición de Motivos de la Ley y el Preámbulo del Reglamento, por otra parte, constituyen dos columnas básicas para fundamentar una correcta interpretación de la extensión y límites de la aplicación de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento.

Desde el punto de vista de la realidad práctica, mi experiencia profesional me ha llevado a defender que prefiero una mala norma con un buen exégeta, que una buena norma en manos de un intérprete inexperto ó de visión jurídica angosta.

III. ESPECIAL REFERENCIA A SUPUESTOS CONTROVERTIDOS.

1. Aportaciones dinerarias entre Administraciones Públicas y entre agentes de una misma Administración.

El artículo 2.2. de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en la redacción que le dio la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, establece: “No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

La aplicación práctica de este precepto ha planteado algunas dudas de interpretación.

Se ha suscitado en primer lugar si, con arreglo al mismo, deben considerarse excluidas de la ley sólo las aportaciones dinerarias que, ajustándose al perfil descrito en el citado artículo 2.2, se realicen entre las Administraciones Públicas en sentido estricto, esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las Administraciones Locales, o también las que tengan lugar entre una de estas Administraciones Públicas territoriales y alguna entidad dependiente de otra.

Desde un punto de vista de interpretación literal, visto el concepto estricto de Administración Pública como Administración Territorial que aporta el artículo 3 de la ley, podría pensarse que la exclusión del artículo 2.2 sólo sería aplicable a las transferencias entre Administración Estatal, Autonómica y Local.

Sin embargo, resulta más adecuado en el presente caso recurrir a una “interpretación sistemática” de este precepto, y en este sentido debe tenerse en cuenta que en la segunda parte del mismo, al regular las transferencias entre agentes de una misma Administración, se habla no de “agentes dependientes o

vinculados”, sino de “agentes de una Administración”, lo que implica un concepto integrador de Administración Pública que va más allá de la idea estricta de Administración Territorial.

Este es el criterio que ha aportado la Intervención General de la Administración del Estado en el desarrollo de sus funciones consultivas, y se resume en la idea de que cuando el artículo 2.2 de la Ley alude a transferencias globales de financiación entre Administraciones Públicas, se refiere no sólo a las que se producen entre Administraciones Territoriales, sino también a las que tienen lugar entre una Administración territorial y los organismos y entes integrados en otra Administración territorial, así como entre agentes de distintas Administraciones territoriales.

También ha suscitado controversia jurídica el alcance de la expresión “agentes de una Administración”.

Sobre este particular, los informes de la Intervención General de la Administración del Estado han optado por un concepto amplio de agente, capaz de englobar a toda entidad o ente con capacidad de obrar perteneciente a una Administración y ello con independencia de su denominación. Este criterio conecta con el concepto de “agente” que reconoce la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, cuyo artículo 2 dice:

“A los efectos de la presente Ley, el Sector Público se considera integrado por los siguientes grupos de agentes:

- a) La Administración General del Estado, los Organismos autónomos y los demás entes públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, así como los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado.
- b) La Entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social.
- c) La Administración de la Comunidades Autónomas, así como los entes y Organismos públicos dependientes de aquélla, que

presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.

- d) Las Entidades Locales, los Organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.
2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y no comprendidos en el número anterior, tendrán asimismo consideración del sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en el Título I de esta Ley y a las normas que específicamente se refieran a las mismas.”

También estima necesario la Intervención General de la Administración del Estado tener en cuenta, a los efectos del concepto de “agente” del artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones, la definición de Sector Público estatal del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria:

“1.- A los efectos de esta Ley forman parte del Sector Público Estatal:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la

Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

- e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.
- h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículo 6, apartado 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”.

Debe entenderse que los “agentes” a que se refiere el artículo 2.2 de la Ley General del Subvenciones son las entidades previstas, para el ámbito estatal, en el artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria, lo que nos debe servir de referencia respecto al ámbito local.

2.- Contrato de patrocinio.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse, a través de la reciente Sentencia de 25 de junio de 2007, de la Sala de lo Civil, sobre la naturaleza y régimen jurídico de estos contratos.

El Alto Tribunal partió, en el caso mencionado, de un supuesto de incumplimiento contractual en un Convenio entre una Corporación Local y

una Sociedad Mercantil, suscrito para la realización por esta última de diversas actividades de patrocinio de un congreso sobre cuestiones ecológicas.

La Sentencia, mediante la aplicación de la normativa vigente en el momento en que sucedieron los hechos, que era la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, llegó a las siguientes conclusiones:

- a) El contrato de patrocinio debía considerarse como innominado o atípico, al no estar expresamente contemplado en el legislación de contratación pública vigente en aquel momento.
- b) El contrato de patrocinio debía considerarse un contrato privado y no administrativo, pues el objeto del mismo no tiene relación relevante con el giro o tráfico específico de la Administración contratante. En este sentido, la propia Sentencia reconoce que aplica el criterio sociológico y el teleológico para la aplicación de la norma y sostiene que: “no es posible apreciar la vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o al giro o tráfico que caracteriza la relación administrativa, en un contrato que... tiene por objeto la realización de actividades de patrocinio para la celebración de un Congreso, por más que el contenido de éste viniera referido a una materia (cuestiones medio ambientales) respecto de la que la Administración Municipal (contratante) tiene innegables competencias.”
- c) En consecuencia, por ser un contrato privado, debería regirse por el Derecho Administrativo en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa, preparación y adjudicación, pero le sería de aplicación el Derecho Privado en lo que se refiere a los efectos del Contrato y su extinción.

Este criterio jurisprudencial no parece afectado en ningún aspecto esencial por la entrada en vigor, cuatro meses después de la Sentencia, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El contrato de patrocinio no resulta subsumible en ninguna de las categorías recogidas en el Capítulo II del Título Preliminar de la Ley, por lo que persiste su condición de atípico, desde la perspectiva de la legislación de contratos del Sector Público.

Por otra parte, es significativo que el criterio para distinguir a los contratos administrativos de los privados que se recoge en el artículo 19.1, b) sea, precisamente, el mismo que aparece en la Sentencia antes citada y en otras anteriores del Tribunal Supremo, esto es, que el contrato esté o no vinculado al giro o tráfico específico de la Administración Contratante o que satisfaga de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de dicha Administración.

Este precepto convierte, al menos al concreto contrato de patrocinio al que se refiere la antes mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, en un contrato privado.

Finalmente, el régimen jurídico de los contratos privados es el que se expone en la aludida Sentencia, y que se ha incorporado al artículo 20.2 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público: La normativa de la contratación pública respecto a la preparación y adjudicación, y el Derecho Privado en cuanto a efectos y extinción.

3.- Las encomiendas de gestión.

Se trata de una denominación asumida con entusiasmo por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, pero admitida con mucha más timidez por la vigente Ley de Contratos del Sector Público (artículos 4.1, n) y 24.6), que le otorga un perfil no siempre coincidente con el establecido por el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Los caracteres principales de esta figura jurídica son los siguientes:

a) Aspectos subjetivos:

El encargo lo hará el poder adjudicador a una entidad pública que actúa como instrumento del mismo, y deben cumplirse los siguientes requisitos:

- El poder adjudicador que hace el encargo debe ostentar sobre la entidad pública que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
- El ente que recibe el encargo debe dedicar la parte esencial de su actividad general al poder adjudicador de que se trate.
- Si el ente que recibe el encargo es una empresa pública, el 100% de su capital debe ser de titularidad pública.

De estos aspectos subjetivos pueden extraerse soluciones concretas o problemas prácticos de interpretación.

Así, según Sentencia de 11 de enero de 2005 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede haber encomienda de gestión cuando el encargo lo hace una Administración territorial a un ente que depende de otra Administración territorial.

Sin embargo, sí habrá encomienda de gestión cuando el ente que recibe el encargo es una Sociedad cuyo capital es íntegramente público, pero son titulares del mismo distintas Administraciones o entidades públicas (Instrucción 2/2005, de 21 de julio, de la Abogacía General del Estado).

b) Aspectos objetivos:

El encargo consistirá en una ejecución directa de obras, en una fabricación de bienes muebles o en una ejecución de servicios, todo ello con los límites previstos en los citados artículos 4.1, n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

En este sentido, cabe destacar nuevamente la opinión de José Pascual García cuando afirma que “de acuerdo con la doctrina “in house providing”, la encomienda no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la

Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización”.

c) Aspectos normativos:

- Las encomiendas de gestión no se rigen de forma directa e integral ni por la Legislación general de Subvenciones, ni por la de Contratación del Sector Público.
- La norma que cree un medio propio deberá reconocerle dicha condición y regular el régimen de las encomiendas que se le puedan conferir.
- Los contratos que deba celebrar el medio propio para cumplir el encargo, sí quedan bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato del Sector Público.

En la práctica, la encomienda de gestión plantea problemas que exigen una reflexión de cierta profundidad. Así sucede con la cuestión de las tarifas que le entidad que recibe la encomienda tiene derecho a cobrar por las prestaciones realizadas. Nada se dice en la Ley de Contratos de Sector Público sobre este particular y el Tribunal de Cuentas ha aportado como criterio clarificador que las tarifas deberían ajustarse al coste efectivo de realización de las prestaciones atendiendo a los precios del Mercado.

Además, no debemos olvidar que, como ya se dijo, la nueva regulación incorporada a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sobre convenios con estas entidades instrumentales afecta al régimen de las encomiendas de gestión que se recoge en el artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre.