

Reflexiones en torno a la regulación jurídica de las subvenciones y ayudas públicas en España*

Mario Garcés Sanagustín

*Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid
Vocal Asesor del Gabinete del Presidente del Gobierno*

SUMARIO: 1. SUBVENCIONES Y CIENCIA JURÍDICA.— 2. SUBVENCIONES Y ESTADO SOCIAL.— 3. SUBVENCIONES Y «DESCENTRALIZACIÓN VS. SUPRANACIONALIZACIÓN».— 4. SUBVENCIONES Y PERSPECTIVAS DE REFORMA: EL FINAL DE UN CICLO REIVINDICATIVO A FAVOR DE UNA LEY FORMAL INDEPENDIENTE.— 5. CONCLUSIONES.

1. SUBVENCIONES Y CIENCIA JURÍDICA

Desde la fenomenología de la ciencia jurídica o desde el propio positivismo jurídico, no existe una cuestión tan extremadamente enigmática como el estudio de la actividad de fomento de las Administraciones Públicas en nuestro país. Y ello, porque constituyendo un área de actividad administrativa extendida y consolidada en la práctica de los agentes públicos, iluminada por

* Este artículo es la reproducción íntegra de una ponencia presentada en Sevilla, en el marco de unas Jornadas organizadas por el Instituto de Estudios Fiscales y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo sobre legislación presupuestaria en mayo de 2002. Dieciocho meses después, cuando este artículo aparece en esta prestigiosa Revista, se ha publicado en el *Boletín Oficial del Estado* la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Durante los últimos cuatro años, de manera directa o indirecta, he tenido el privilegio de colaborar con el Ministerio de Hacienda en la redacción de este proyecto, que conozco desde su etapa más embrionaria hasta su finalización. Por ello, escasas veces se encontrarán tantas coincidencias entre las opiniones del autor y el proyecto normativo que, hoy, por fin, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

el quehacer del Estado social moderno, representa, empero, una dimensión ignota por la generalidad de la doctrina.

Escasas, pero harto significativas, han sido las aportaciones de la ciencia jurídica que han aspirado a construir intelectualmente un tratado integral sobre las subvenciones y ayudas públicas en España (VILLAR PALASÍ, FERNÁNDEZ FARRERES, SESMA SÁNCHEZ o PASCUAL GARCÍA). Son cuatro, a mi juicio, en una aproximación momentánea a este singular proceso, las causas de esta desatención aparente:

– Por un lado, la inaprehensibilidad del negocio jurídico de las subvenciones y ayudas públicas que tanto en nuestro ordenamiento como en otros órdenes jurídicos comparados, presenta dificultades estructurales para una correcta determinación de los elementos constitutivos de la relación jurídica. Esta inconcreción o ausencia de afiliación del negocio está presente en la mayor parte de los trabajos de la doctrina que, en primer lugar, acometen la tarea de pergeñar las bases conceptuales del instituto jurídico de la subvención, alcanzando resultados disímiles cuando no manifiestamente contradictorios.

Sin embargo, no es aceptable la reiterada preterición que sufre el estudio de esta figura, habida cuenta del extraordinario auge que ha experimentado en la última centuria. De hecho, las subvenciones surgen al mundo de la realidad administrativa a partir de la segunda mitad del siglo XIX, básicamente como una modalidad de financiación de la obra pública y, de manera especial, del ferrocarril en nuestro país. Como quiera que el Derecho y, por ende, el trasunto de la actividad pública que conforma, avanza en círculos, no deja de ser paradójico que, más de un siglo después, se esté debatiendo el sistema de financiación a través de aportaciones públicas de los contratos concesionales, sin que, y es una medida indiciaria del estólido proceso de creación del Derecho, se alcance siempre el consenso legeferendista preciso.

De esta situación de emergencia se hacía eco Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en el prólogo a la obra de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: Concepto y régimen jurídico* (Instituto de Estudios Fiscales, 1983): «Con la de millones que se canalizan a través de la técnica subvencional, con lo que juega en la marcha habitual del Estado que nos ha tocado vivir, con lo que puede representar, junto a su inmenso e innegable papel positivo, en cuanto favores y mercedes, en cuanto a acepción de personas y grupos, en cuanto a discriminaciones interesadas y sinalagmáticas—de modo que siempre serán pocas todas las cautelas— y, sin embargo, la tarea del estudioso, la oportunidad del científico, no debe ser plato muy gustoso, a lo que parece, pues tan parva es la bibliografía española al respecto. Sobrecoge un tanto tal carencia».

– Una segunda causa, por menos visible no menos importante, es la pertenencia de las subvenciones y ayudas públicas al extraño universo de los negocios jurídicos sin certificado de residencia estable en el ámbito del Derecho Administrativo y en el ámbito del Derecho Financiero. No pretendo reabrir el viejo y anacrónico debate sobre el apoderamiento de materias de estudio en

disciplinas que forman parte de un mismo tronco científico, pero, por el contrario, es patente que el abandono del estudio de este negocio en ambas disciplinas es fruto de la displicencia con la que el estudioso aborda el análisis de una materia fronteriza, caracterizada por su ajenidad.

En verdad, cuando un científico se apodera del estudio de una materia, con el objeto de apropiarla como sustancia de análisis, pero excluida de las áreas clásicas de estudio de la disciplina que cultiva, se sitúa extramuros de la ortodoxia científica y se aparta del recorrido recto de la doctrina. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO se preguntaba en el preámbulo a la obra citada: «*¿Dónde estaba la subvención en el actual panorama del Derecho Público? Y, sin embargo, lo que puede representar en esta incesante aventura tan sugestiva como paciente de racionalizar el Estado, la mera clasificación del concepto de subvención!*». Valga un indicio de esta suerte de mixtificación: algunos administrativistas han hallado en sede del Instituto de Estudios Fiscales el benefactor público de la publicación de sus obras (FERNÁNDEZ FARRERES, 1983; M. GARCÉS SANAGUSTÍN, 2001).

La labilidad de la institución jurídica de la subvención está presente incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al afirmar en la Sentencia de 27 de mayo de 1977 que «... *la subvención es una figura típica del Derecho Administrativo, perfectamente identificada o identificable, aunque carezca en su configuración conceptual de un molde específico, sin duda por la pobreza de inventiva en el diseño de muchas de las figuras de este Derecho, aún esclavizado por la fuerza de la inercia y de la tradición del Derecho común*».

– De otra parte, la actividad de fomento ha aparecido asociada indisolublemente al procedimiento de ejecución del gasto, presentándose como una subvariedad del Derecho Presupuestario. La intelección de la actividad de fomento en clave de ejecución de créditos presupuestarios ha supuesto una lacra importante, que comienza a superarse con la Ley 31/1990, de 30 de diciembre, por la que se da nueva redacción a los artículos 81 y 82 de la Ley General Presupuestaria. Este primer paso en la constitución de un denominador común regulador de las subvenciones y ayudas públicas en España, siendo de vital trascendencia jurídica, replantea con toda su acritud el debate de la naturalización de la materia a una u otra rama del Derecho Público.

Si el estudioso repara en los mandatos que dan contenido a los artículos 81 y 82 inferirá que, en su generalidad, son normas que carecen de cabida natural en la Ley General Presupuestaria, por cuanto no son trasunto de ordenación del ciclo presupuestario, sino una verdadera conformación normativa de un orden de actividad propia de las Administraciones Públicas. Sin duda, asistimos al último resquicio del proceso de erosión del Derecho Presupuestario que, durante muchos años, y así sigue presente en algunos ordenamientos comparados (vgr., Francia), ejerció una voraz *vis atractiva* sobre espacios de actividad inscribibles en el ámbito estricto del Derecho Administrativo (patrimonio o contratos administrativos). Ha llegado el momento, pues, de escindir, desde el umbral de la regulación general, la conformación de la ins-

titución jurídica de la subvención, como negocio con contornos precisos y elementos propios de configuración, de la ordenación jurídica del procedimiento de gasto, que con las particularidades que se prescriban, no deja de ser un proceso administrativo colateral y ancilar del negocio jurídico sobre el que descansa.

Mientras tanto, y hasta que el legislador deshaga el nudo administrativo-presupuestario presente en nuestro ordenamiento positivo coexiste la Ley General Presupuestaria, alojada en las lindes del Derecho Financiero, con el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, incluido en la médula del desarrollo normativo de la Ley 30/1992.

Ahora bien, sensibles a esta ceremonia de la confusión, las Comunidades Autónomas de Madrid (1995) y País Vasco y Navarra (1997) optaron por aprobar en sus Asambleas Regionales sendas Leyes de Subvenciones que remontan la situación de partida en sus respectivos espacios regionales, si bien incurrían en algunos vicios procedentes del espejo en el que se reflejan, haciendo buena la afirmación de Jacinto BENAVENTE: «*Bienaventurados nuestros imitadores, porque de ellos serán nuestros defectos*».

El conjunto de los Estados de nuestro entorno y, por ende, la doctrina y los ordenamientos jurídicos internos de los mismos, son expresión meridiana de esta tensión científica y normativa, enmarcada en un escenario de intervencionismo administrativo, más o menos pronunciado en función del acicate neoliberal de la economía interna y del sistema político de gobierno, pero con una tendencia final hacia la moderación y el uso eficaz de la política subvencional.

En Francia, la diversidad reguladora está presente en su ordenación interna y las características de su modelo de regulación jurídica son, substancialmente, las mismas que en el modelo español: por un lado, regulación de las subvenciones entre distintos niveles de gobierno interno, en particular, sobre las Corporaciones locales (*Code des Communes*); por otro lado, la política de subvenciones al servicio de determinados beneficiarios privados; y, por último, el control de la actividad de fomento desde la perspectiva contable y de comprobación de la *Cour des comptes* (*Code des juridictions financières*). La asistemática del cuerpo de normas sobre subvenciones en Francia delata la multiforme variedad de las ayudas reguladas, a causa de la percepción del fenómeno subvencional, bien desde la perspectiva de las relaciones financieras interterritoriales, bien desde la perspectiva de la gestión de determinados auxilios de interés general concedidos al amparo de ciertas políticas sectoriales, o, finalmente, en la acepción reactiva del control.

La polivalencia del fenómeno se traslada a la ciencia jurídica francesa, en la que los mejores trabajos, desde una visión general del negocio jurídico, proceden de profesionales del control del gasto público, que sostienen una visión operativa y pragmática de la relación jurídico-subvencional (LAMARQUE, CHARTIER y DOYELLE).

En el sistema alemán, la dispersión normativa de su ordenamiento interno ha derivado en una investigación jurídica y económica de las subvencio-

nes y ayudas multidisciplinar, aunque sólidamente arraigada en el Derecho Administrativo Económico, habiéndose generado, no obstante, la doctrina más consolidada sobre la naturaleza jurídica de las subvenciones y su imbricación con las instituciones generales del Derecho común (IPSEN, STOBER y HENKE).

Sin embargo, es en el Derecho suizo donde se halla el único sistema europeo interno en el que existe una Ley General de Subvenciones (Ley de la Confederación de 5 de octubre de 1990). A mi juicio, la integración de todas las partes de la relación jurídico-subvencional y de las diferentes etapas de los procedimientos de gestión y control, mediante la composición de una textura normativa uniforme y homogénea, puede solventar algunas de las principales incertidumbres que inciden en la regulación de esta figura y que son una constante en la realidad administrativa española.

De hecho, España participa de la fragmentación tradicional de los sistemas europeos, con una regulación de aluvión, conformada para atender aspectos materiales inconexos en su causa originaria (vertebración del modelo de Haciendas regionales o diseño del modelo de control interno o externo de la actividad general de fomento). Habida cuenta de que las normas han de servir con objetividad a los intereses de conformación de una realidad social y económica extendida, como la que parte de la técnica de la concesión de subvenciones, la unidad codificadora representaría un avance en términos de mayor seguridad jurídica, sin perjuicio de que, por su especialidad, determinadas materias habrían de quedar excluidas del orden normativo común o al menos dotadas de unas normas propias, procurando, en su caso, mantener el hipervínculo de la singularidad con las normas generales, por vías de la aplicación supletoria del Derecho Público común.

— Y, en fin, *«last but not least»*, la falta de afinidad electiva de las subvenciones, como partida de análisis independiente en nuestro Derecho Administrativo clásico, abocó en la omisión en la etapa constituyente, a mi juicio descartada, de la inclusión del régimen común de las subvenciones y ayudas públicas en España en el espectro de garantías reguladoras del artículo 149.1.18ª de la Constitución española de 1978, como base para consolidar eficazmente un principio de regulación común para todos los ciudadanos, con independencia del lugar de residencia. Si en materia de contratos o concesiones administrativas rige la impronta de conservación en el Estado de la regulación material general, no existirían razones de fondo para excluir, en la etapa de conformación constitucional, las subvenciones de este espacio de común garantía.

En este orden de situación, el Tribunal Constitucional se ha ajustado en su función de interpretación a la omisión del objeto competencial «subvenciones y ayudas públicas», ligando la capacidad normadora de las Comunidades Autónomas en materia de gasto subvencional a aquellas materias que, por su contenido, estuvieran atribuidas estatutariamente a éstas.

2. SUBVENCIONES Y ESTADO SOCIAL

Antes de la eclosión del modelo de Estado social, tras las exigencias de reconstrucción de la Europa inerte tras la Segunda Guerra Mundial, la presencia de las subvenciones y ayudas de Estado no tiene su ámbito de referencia en el siglo XIX en las acciones de corte asistencial, sino que aparecen en España ligadas al servicio de la garantía del mantenimiento de las tarifas en régimen de gestión indirecta de servicios públicos (Gaspar ARINO).

No obstante, y sin necesidad de remontarse a otras fuentes de estudio (Ramón DE DOU Y BASSOLS o Alejandro OLIVÁN), en la *«Instrucción a los subdelegados de Fomento»* que dictara Javier de Burgos en 1833 se afirma ya, anticipándose a nuestros días, que *«cien arbitrios se encuentran todos los días para costear una fiesta, para cubrir un gasto con que no se contaba, para satisfacer a veces un capricho de la Administración. Encontráranse mejor para auxiliar a un hombre laborioso con un préstamo, si no es posible hacerlo con un don; encontráranse para dar a una mujer honrada el premio de un torno, y sustituir en breve su uso al de la estéril rueca. Suscripciones, anticipaciones, socorros de los diocesanos, auxilios del Gobierno, todo debe facilitar la ejecución de estas disposiciones»*.

El pugnante intervencionismo público en la actividad de los ciudadanos, a partir de la década de los cincuenta, desvelando una nueva Administración prestacional y asistencial al servicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos, orientará nuevas fórmulas de actividad administrativa catalizadas a través de la acción pública de fomento. Sin embargo, España duerme el sueño de la autarquía política y despierta al Estado social en el año 1978 estrenando Constitución. Para entonces, la trayectoria del liberalismo decimonónico al Estado social, que se ha sucedido en etapas progresivas en el resto de países europeos, en España se resuelve a través de un cambio convulso por extraordinariamente rápido.

Y hete aquí que en la década de los ochenta comienzan a postularse en la doctrina política, conservadora primero y después socialdemócrata, los primeros atisbos de la convicción de la ineficiencia de la acción directa de fomento en determinados ámbitos de actividad, retornado hacia la senda del liberalismo y del antiintervencionismo, casi antes de que España hubiese alcanzado la mayoría de edad de su perfil social.

En este escenario pendular, la corriente de pensamiento imperante ha impuesto su doctrina y desde la Unión Europea se aconseja a los Estados miembros que contengan el tamaño de la actividad del sector público, con una reducción progresiva del gasto presupuestario e incluso —como ejemplos, los recientes Consejos Europeos de Estocolmo, 2001 y Barcelona, 2002— con combinaciones a los Estados miembros para que reduzcan su nivel de ayudas internas y se destinen a subsidios niveladores horizontales entre los distintos Estados integrantes de la Unión.

Con todo, el moderno Estado prestador de servicios, garante de intereses colectivos, es responsable de la gestión eficaz de sus funciones, para lo cual, como garantía de respuesta, tiene que auxiliar a los particulares en determina-

dos momentos para la consecución de utilidades colectivas. Ahora bien, si la subvención responde en ocasiones a una fórmula de sustitución de la actividad directa de las Administraciones Públicas, atribuyendo capacidad de gestión a los agentes privados, esta entrega de fondos finalistas únicamente puede producirse, en un Estado avanzado y eficiente, cuando la gestión medial del servicio reporta ventajas en términos de eficacia y economía al Estado. Expresado de otro modo, la subvención no es una expresión providencial de acción pública, infalible e inintercambiable por otras fórmulas de gestión directa, sino que adquiere verdadera virtualidad en la medida que satisface un interés público o fomenta una actividad, allí donde el Estado *per se* no puede o pudiendo, lo hace de modo menos eficiente.

Por todo ello, no puede dejar de presentarse la institución jurídica de la subvención como un instrumento de acción administrativa y como objeto de dicha actividad, esto es, la subvención adquiere un carácter bifronte como medio y como fin de la actividad pública.

En lo atinente a la finalidad de las subvenciones concedidas, la promoción de una función de utilidad pública constituye la *interna ratio iuris* del otorgamiento de la ayuda, de tal suerte que mientras persista la finalidad, que cubre una necesidad de política económica o social, subsiste y se justifica la acción instrumental de la subvención. Cuestión diferente es que la experiencia demuestre que la actividad prestacional por gestor indirecto en virtud de subvenciones concedidas reporte desventajas en términos de calidad, cumplimiento de objetivos y eficiencia del gasto público.

En definitiva, la eclosión del discurso anti-intervencionista ante todo no debe suponer, en una interpretación maximalista, la negación del Estado social, sino por el contrario, ha de servir de principio-guía para que la política de ayudas públicas responda a auténticos fines de interés general, en la medida que puedan constituir una alternativa más eficaz que la gestión directa cuando resulten ambivalentes y no cronifiquen sistemas de gestión mercedarios.

3. SUBVENCIONES Y «DESCENTRALIZACIÓN VS SUPRANACIONALIZACIÓN»

La técnica de la gestión de subvenciones y ayudas públicas en los Estados compuestos arroja un balance para el estudio científico de gran complejidad temática, por cuanto se concitan problemas de muy diferente signo:

– En primer lugar, en nuestro país, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en una dirección inequívoca conducente a salvaguardar la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas (Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992): «*el poder de gasto o subvencional es siempre un poder instrumental que se ejerce "dentro" y no "al margen" del orden de competencias y de los límites que la Constitución establece y entre ellos el del respeto a la*

autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que reconocen y garantizan los artículos 2, 137 y 156 de la Constitución española. No puede, por tanto, el Estado, usando su poder de gasto en materia de subvenciones, condicionar o mediatizar el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias (su autonomía política y financiera) de modo tal que convierta, de hecho, su poder de gastar en un poder para regular la materia al margen del reparto competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía».

El proceso de construcción de un cuerpo legislativo propio en el seno de las Comunidades Autónomas incide de manera directa en la ordenación jurídica expresa de un sistema jurídico de subvenciones y ayudas públicas, en un primer momento a partir de la deficitaria legislación estatal, incapaz de sentir la necesidad de una codificación expresa en una Ley sectorial autónoma del régimen de las subvenciones y ayudas públicas, y, de manera ulterior, con la aprobación de varias Leyes autonómicas (Ley 2/1995, de 8 de marzo, de regulación de las subvenciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 8/1997, de 9 de junio, que regula el régimen general para la concesión, gestión y control de las subvenciones de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y de sus organismos autónomos, la Ley 7/1997, de 19 de junio, por la que se regula el régimen jurídico de subvenciones y ayudas y se modifica la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco y, más recientemente, la Ley 5/2002, de 21 de junio, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears). Con idéntico nivel de especialización y con avances materiales significativos en esta área de actividad han avanzado otros ordenamientos jurídicos autonómicos, aportando matices relevantes a la difícil e inacabada relación juridico-subvencional.

En síntesis, algunas Comunidades Autónomas han tomado definitivamente la iniciativa legislativa en materia de subvenciones y ayudas públicas, habiendo de concluir indubitadamente con la afirmación de que se ha superado de manera ostensible el régimen sustantivo de regulación del Estado, caracterizado por el estigma de la asistematización.

– Si desde el punto de vista legislativo se ha producido un avance notorio en la consolidación de un modelo regulador propio por parte de las Comunidades Autónomas, el problema subyacente no estriba en la competencia normativa de cada ente territorial, felizmente superado en el sistema actual de reparto de competencias de nuestra Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional, sino en la posible colisión de subvenciones por sobrefinanciación de determinados gastos.

La autonomía de gestión de las competencias propias de cada ámbito territorial y, por consiguiente, el deslinde de materias atribuidas a cada Administración pública, no es base suficiente para impedir que determinados gastos o adquisiciones sean susceptibles de formar parte de la cuenta justificativa de diferentes subvenciones concedidas para finalidades, en unos casos, divergentes y, en otros, incluso complementarias. Para contrarrestar este efecto pernicioso, el Ministerio de Hacienda aprobó una Orden de 13 de enero de 2000, en

desarrollo de la previsión del artículo 46.1 del Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, por la que se regula la remisión de información sobre subvenciones y ayudas públicas para la creación de una base de datos nacional. No obstante, la justificación expresada en el Preámbulo de la norma para su aprobación estriba en exclusiva en la necesidad de dar respuesta a las imposiciones procedentes de la Unión Europea, en orden a combatir el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas *«que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros; además, los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros»*.

Es precisamente el régimen e incompatibilidades en la financiación de una misma medida por distintos Fondos o instrumentos de financiación (artículo 14 Reglamento (CEE) 2052/88 del Consejo; artículo 28 del Reglamento (CE) 1260/99 del Consejo para Fondos estructurales; y artículo 9 del Reglamento (CE) 1164/94 para el Fondo de Cohesión, el que aconseja disponer de un sistema de información permanente, centralizado y actualizable para verificar la correcta aplicación de las ayudas comunitarias.

Habida cuenta del estado de descentralización territorial en España, desde la Orden Ministerial se insta a la celebración de convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, con el objeto de que todos los agentes territoriales suministren información para dotar de eficacia la gestión y el control de las subvenciones y ayudas concedidas en el ámbito de sus correspondientes competencias.

Al socaire de la transposición de obligaciones comunitarias al escenario jurídico interno, parece desconocerse, al menos desde la parte programática de la citada norma, que por mor del principio de coordinación del artículo 156 de la Constitución española, el suministro de información de ayudas concedidas habría de ser un deber natural que incumbiera a todas las Administraciones, incluso con el objeto de comprobar que no se produce exceso de financiación para acciones financiadas en el seno de las competencias propias de cada Administración Pública, aunque no medie concurrencia de ayudas comunitarias.

El modelo de descentralización administrativa en España, además de ser producto de razones históricas subyacentes en el momento de la aprobación de la norma fundamental, responde asimismo, en términos de eficiencia en la gestión de servicios públicos, al objetivo de aproximar la actividad administrativa a las demandas de los ciudadanos, que se identifican con los responsables inmediatos de la actividad. En virtud, precisamente, de la defensa del principio de autonomía institucional y del principio de eficiencia (artículo 31.2 de la Constitución), es menester articular sistemas integrados de cooperación que pasan, originariamente, por dotar de información suficiente a las Administraciones Públicas sobre contenidos que pueden afectar la gestión eficaz de sus recursos.

Por otro lado, con la consciencia de las múltiples variedades de concesión de auxilios públicos por parte de las Administraciones Públicas, de carácter

financiero (préstamos financieros o retribución pública de intereses de préstamos privados) o no, temporales (anticipos reintegrables) o definitivas, por entrega directa o por desgravación fiscal (reducciones o compensaciones en base imponible o deducciones en cuota), por entrega dineraria o por aseguramiento de operaciones (constitución de garantías o seguros), es fácil colegir la dificultad con la que se topan los órganos administrativos para comprobar *ex ante* la eventual concurrencia de una causa de incompatibilidad de concesión de ayudas por sobrefinanciación.

En este contexto, la actividad de las Administraciones y, en particular, la del Estado central como detentador del principio de coordinación debe ajustarse a una política de racionalización de los recursos públicos, mediante una asignación efectiva de los mismos compatible con el desarrollo y ejecución de las políticas de gasto que corresponden a cada nivel de gobierno.

– Un aspecto sustancial de la política de ayudas en un Estado compuesto deriva de la utilización de instrumentos fiscales (reducciones en la carga fiscal de residentes en el territorio de una Comunidad Autónoma) o de ayudas directas a beneficiarios, en consonancia con las reglas esenciales de la libre competencia, de tal suerte que no se quiebre el principio de unidad de mercado, reconocido desde su origen por el Tribunal Constitucional (STC 1/1982, de 28 de enero), con ocasión de medidas legislativas o administrativas que aporten estímulos a la deslocalización de los factores productivos en una economía integrada.

Ayudas públicas y competencia son dos cuestiones que han planteado un encendido debate sobre su deseabilidad y conveniencia en términos de preservación de las condiciones de un mercado interno transparente, y no plantean problemas exclusivamente desde la perspectiva de la financiación de determinadas actividades, condicionadas o incondicionadas, por parte de entidades financieras a entes públicos (Cajas de Ahorro), sino también desde la perspectiva de las estrategias de ayudas diseñadas por cada ámbito territorial para fomentar la captación de recursos productivos en su propio espacio.

– Por último, la generalización de la técnica de la concesión de subvenciones desde los niveles territoriales superiores de gobierno hacia los niveles inferiores se ha constituido en un fenómeno propio de los Estados compuestos, en los que coexisten las transferencias incondicionadas para la financiación de las competencias asumidas por cada ámbito territorial y las subvenciones condicionadas o también llamadas, por negación de las primeras, transferencias finalistas. En opinión de SÁNCHEZ MORÓN, *«En el orden de la distribución de competencias y de las relaciones entre los poderes central y autónomos, es éste un instrumento típico de lo que se viene denominando, como fórmula omnicomprendensiva, descentralización cooperativa. / .. / No quiere decirse con ello que la política económica y social tienda a configurarse como competencia exclusiva del Estado, en el orden interno, a su vez condicionada por decisiones supranacionales cada vez más penetrantes. Los Estados federados (Länder, cantones, regiones o Comunidades Autónomas) mantienen una parte de las competencias económicas y sociales, sin las que su autonomía quedaría sustancialmente reducida. Pero se trata*

de competencias compartidas o concurrentes con las estatales o federales en todo caso. La compartición de competencias exige, por lo demás, la articulación de un sistema de relaciones jurídicas que permita obtener resultados eficaces y coordinados de la multiplicidad de actuaciones públicas orientadas al mismo fin material».

En los sistemas anglosajones con sistemas territoriales descentralizados (Estados Unidos, Canadá o Australia), las ayudas financieras del nivel de gobierno central, a través de subvenciones condicionadas, ha supuesto una inmisión lícita del gobierno central en las decisiones de política económica y social de las terminales territoriales del sistema, vehículo de dotación de fondos que ha incrementado, por vía coyuntural, el poder de gasto (*spending power*) de los gobiernos locales. Esta colusión aparente entre estructuras territoriales de poder diferentes, en lo que puede ser denominada una inmisión del espectro de competencias, ha sido salvada por diferentes fórmulas en los Estados anglosajones, correspondiendo a Estados Unidos el caso más ilustrativo. En el año 1937, a partir del caso *Steward Machine Co. V. Davis*, el Tribunal Supremo norteamericano reconoce la capacidad de la Federación para conceder ayudas afectadas a los Estados miembros (*grants-in-aid*), basando esta legitimidad en la capacidad de renuncia de los propios Estados, en el supuesto de que tal transferencia pudiera constituir una quiebra del orden de competencias autónomas.

En los sistemas alemán y suizo, la planificación conjunta o el cooperativismo regional (*dual-cooperativisme*) son también vehículos de actuación conjunta, que tienen base constitucional, como ocurre en Alemania. Así, la Ley Fundamental prevé la asistencia del *Bund* en su artículo 104.a.1, siempre y cuando, como ha matizado el Tribunal Constitucional alemán, el reparto corresponda a un sistema de parámetros objetivables, establecidos por una norma general.

No se hallará en nuestra Constitución económica indicio alguno del cooperativismo autonómico en materia de ayudas públicas, con lo que se hace patente, como en otras facetas de índole presupuestaria, la parquedad de la norma fundamental en el momento formidable de su redacción. A falta de reconocimiento constitucional, la integración normativa del régimen de subvenciones en España se ha llevado a cabo a través de normas sectoriales, en particular las leyes de regulación de los sistemas de financiación de la Hacienda autonómica y local. A pesar de este propósito de racionalidad legislativa, la proliferación de modalidades de transferencias finalistas entre Administraciones, preferentemente en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, precisa una sujeción a un grupo de normas común, en aras de evitar la dispersión o provocar asimetrías en las transferencias financieras a los niveles de gobierno regionales y locales.

4. SUBVENCIONES Y PERSPECTIVAS DE REFORMA: EL FINAL DE UN CICLO REIVINDICATIVO A FAVOR DE UNA LEY FORMAL INDEPENDIENTE

El pasado mes de noviembre, el Ministro de Hacienda hacía pública la noticia de que desde su Departamento ministerial se abordaría un proyecto

legislativo pionero en la historia de nuestro Derecho público: una Ley general de Subvenciones, la primera codificación independiente sobre las subvenciones y ayudas públicas en España.

Las bases de este anuncio se vislumbraron ya en la intervención del Ministro en el Congreso de los Diputados el 13 de junio de 2000, en la que hace pública la *«necesidad de que en materia de subvenciones y ayudas públicas, la experiencia de los últimos años aconseja introducir modificaciones normativas orientadas a garantizar los principios de publicidad, objetividad y concurrencia en su concesión y una gestión más transparente y eficiente de estos recursos. Es imprescindible que en esta normativa se defina un modelo de control que facilite las medidas correctoras en los distintos niveles de decisión, y la detección y corrección del fraude»*.

Por fin, y tras un proceso silencioso de demanda de una norma propia reguladora de las subvenciones públicas en nuestro país, el Derecho público español parece que verá cubierta una de sus más paradójicas lagunas. Esta pretensión legeferendista está presente, por primera vez, en un órgano de relevancia constitucional, en la moción presentada por el Tribunal de Cuentas el 2 de diciembre de 1993 ante la Comisión Mixta para las relaciones con el Tribunal de Cuentas sobre la actividad fiscalizadora sobre justificación y control de subvenciones concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Entre otras recomendaciones, el supremo órgano fiscalizador sugiere lo siguiente:

- a) *identificar y, como consecuencia, rectificar las normas reguladoras de las subvenciones públicas que incumplen alguno o algunos de los requisitos de obligado cumplimiento contenidos en los mencionados preceptos 81 y 82 del TRLGP;*
- b) *regular, por el Ministerio de Economía y Hacienda, la forma de acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social, de modo general, habida cuenta de la dudosa vigencia de la OM de 28 de abril de 1986;*
- c) *establecer, con carácter general, medios y procedimientos que permitan mejorar y asegurar la justificación, tanto de las condiciones y requisitos exigidos para la concesión de las subvenciones, como de la aplicación efectiva de éstas a los fines para los que se concedieron;*
- d) *ampliar los mecanismos del control de subvenciones; a este efecto, debe pensarse en la necesidad de intensificar el control de las mencionadas justificaciones, por parte de los propios órganos gestores concedentes de las subvenciones;*
- e) *regular los casos y forma en que es obligada una formal «rendición de cuentas» por parte de los perceptores de subvenciones, a partir de determinados volúmenes de gasto o actividad subvencionada y en función de la entidad del perceptor;*
- f) *ampliar los sistemas y medios dedicados al seguimiento y el control de las subvenciones, en el ámbito de los órganos gestores.»*

Sobre estos puntos de apoyo, que condensan, prácticamente en su totalidad, los problemas más extendidos en la gestión operativa de las subvenciones,

debería descansar el proyecto de reforma emprendido. Sin embargo, la reducción a la unidad de la diversidad no resultará fácil.

En efecto, la exorbitante variedad de modalidades de subvenciones, que afectan tanto al objeto mismo de la ayuda, como a los elementos subjetivos y materiales que integran la relación jurídico-subvencional, convierten el propósito de reconducción a la unicidad del bloque normativo subvencional en auténtica quimera. En consecuencia, cualquiera que sea la fórmula legislativa que se apruebe finalmente, se convendrá que la Ley formará un trasunto normativo general, de aplicación directa o supletoria según los supuestos, cuya capacidad reguladora no podrá agotar la realidad multiforme que depara la práctica administrativa española.

Con todo, la inexistencia de subvariedades nominadas o típicas de subvenciones, con base reguladora común, restringen la regulación a un cuerpo de normas generales, que habrán de ser culminadas, en la determinación de su finalidad, elementos esenciales y cargas formales, por las normas reglamentarias de desarrollo. De ahí que el modelo de colaboración entre Ley y Reglamento, por ministerio del artículo 81.6 TRLGP debería conservar plenamente su validez. En esta materia, y sin perjuicio de las diferencias doctrinales sobre la aplicación del principio de legalidad a esta área de actividad, el juego de ultimación de las normas exige participación de reglamento, en aspectos basales como el régimen sancionador, por cuanto la tipificación de infracciones y sanciones administrativas únicamente tiene sentido *per relationem*, esto es, por remisión a los deberes que impone la norma específica de desarrollo.

A partir de esta acotación, existen razones de orden económico-financiero y jurídico que avalan la pertinencia de este proyecto normativo.

a) Razones de orden económico-financiero

– La exigencia de disponer de fuentes reguladoras de suministro de la información de la gestión de las subvenciones y ayudas públicas de todas las Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Unión Europea) que permita detectar supuestos de sobrefinanciación de acciones subvencionadas. Una manifestación derivada del principio constitucional de asignación equitativa del gasto y de gestión eficaz (artículo 31.2 CE) está representada por la introducción de sistemas internos de control de la actividad presupuestaria del sector público español que impidan el exceso de financiación de determinados agentes económicos.

– El deber de introducir criterios técnicos de gestión eficiente, mediante la inclusión de reglas de elegibilidad de gastos. Una percepción extendida, que tiene su origen en la parquedad de la norma presupuestaria, está constituida por la laxitud en la elección de los gastos de los beneficiarios, frente a los procedimientos de acción directa de las Administraciones Públicas que están sujetos a procesos de selección del gasto más rígidos.

– La vinculación de la acción subvencional del sector público a un modelo de gestión presupuestaria en que se evalúe el cumplimiento de objetivos públicos, de tal modo que la base para el mantenimiento de una política de intervención indirecta a través de agentes intermediarios ha de fundarse en la medición de los objetivos alcanzados de resultas de la aplicación de esta técnica de gestión (*feed-back*).

b) *Razones de orden jurídico*

– La incardinación del régimen regulador de las subvenciones y ayudas públicas en el TRLGP constituye un error de técnica jurídica, porque en puridad la regulación jurídica de las subvenciones y ayudas públicas contenida en dicho cuerpo normativo no contiene ninguna referencia a aspectos de disciplina presupuestaria, ni siquiera de medición de objetivos alcanzados por la actividad subvencionada.

En consecuencia, la futura Ley General Presupuestaria no puede ser el continente que incluya una parte del Derecho administrativo-económico como es la regulación de las subvenciones y ayudas públicas. En correspondencia con este argumento sería igualmente factible incluir en la citada Ley la regulación jurídica de los contratos administrativos, el régimen patrimonial del Estado o la regulación jurídica de los empleados al servicio del sector público.

De este modo, es conveniente trazar una línea divisoria entre lo que constituye la regulación material del negocio subvencional y la regulación de los aspectos económico-financieros de la actividad subvencional. La Ley General Presupuestaria debe hacer frente a los problemas de planificación, programación y presupuestación de aquellas actividades susceptibles de gestión indirecta, en un contexto de actuación orientado a la evaluación de objetivos, mientras que la Ley General de Subvenciones que se propone ha de garantizar un denominador común a todos los negocios de esta naturaleza que penden de la norma marco.

– La necesidad de disponer de un marco normativo avanzado, acorde con las exigencias comunitarias, que sirva de complemento a la normativa reguladora de las subvenciones y ayudas públicas en la Unión Europea.

– La introducción tardía de la normativa reguladora de las subvenciones y ayudas públicas por la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, ha provocado diferentes fricciones en el sistema de ordenación de las fuentes normativas, habida cuenta de que muchas líneas de subvención o ayuda pública se hallan reguladas en una ley especial o existen reglamentos previos a la norma modificada que no se ajustan en su integridad a los mandatos normativos contenidos en el TRLGP. En definitiva, una regulación común más exhaustiva permitirá simplificar procedimientos y uniformizar las bases reguladoras únicas de las subvenciones y ayudas públicas.

– La evolución vertiginosa de la institución subvencional, no solamente cuantitativa sino también atendiendo a la multiplicidad de modalidades de

ayudas, ha hecho insuficiente la regulación jurídica actual, frente a otros ordenamientos de Derecho Comparado (el caso más reciente lo constituye la Ley General de Subvenciones de Suiza) o a los propios ordenamientos autonómicos (Madrid, País Vasco, Cataluña, Navarra o Islas Baleares) que han superado el marco normativo original del Derecho español.

Por último, este documento quedaría inconcluso si no avanzase algunas sugerencias sobre los extremos que debería contener la futura Ley, entre las que cabe destacar, *ad exemplum*, las siguientes:

a) El perfeccionamiento de la regulación material de las subvenciones entre Haciendas territoriales y de la ordenación jurídica del marco de competencia y ayudas públicas, en el contexto de un mercado único comunitario y nacional.

b) La integración del sistema normativo comunitario que regula las subvenciones y ayudas comunitarias de la Unión Europea con una ordenación nacional complementaria y subsidiaria en aquellos aspectos no contemplados expresamente por la normativa comunitaria. De hecho, existen remisiones recurrentes de las normas específicas comunitarias a los ordenamientos nacionales que en el caso del ordenamiento jurídico español no se hallan debidamente respondidas normativamente.

c) El sometimiento de la actividad subvencional a idénticos controles de cumplimiento de objetivos, al objeto de presentar una actividad medible en términos de eficiencia y economía, principios constitucionalmente reconocidos en la gestión económico-administrativa. Así, la técnica subvencional es un instrumento de acción administrativa, no el único, entre las posibles herramientas de gestión susceptibles de ser utilizadas por un gestor público.

d) La delimitación precisa del ámbito objetivo del concepto de subvención o ayuda pública cuyos contornos son imprecisos en la regulación actual. Esta definición ha de abarcar tanto los negocios expresamente incluidos como los negocios que por sus particularidades han de quedar excluidos (negocios patrimoniales, avales, garantías, subsidios del sistema de la Seguridad Social). Del mismo modo, se habrían de excluir determinados sectores de actividad que, por sus singularidades materiales, son insusceptibles de reducción a la unidad (financiación de partidos políticos, financiación electoral).

e) La introducción de mecanismos de intercambio de la información que hagan posible la toma de decisiones de gasto subvencional y, fundamentalmente, eludan los riesgos de concurrencia ilícita o sobrefinanciación de actividades subvencionables, atajando así conductas premeditadas de «cazasubvenciones».

f) La delimitación precisa de los derechos y obligaciones de los agentes que intervienen en el negocio subvencional, a fin de garantizar una mayor seguridad en la consecución de los objetivos perseguidos. En particular, se deberían introducir normas sobre el contenido mínimo de los convenios a firmar con las Entidades Colaboradoras de las subvenciones y ayudas públicas o normas básicas sobre financiación de actividades subvencionables.

g) La reglamentación más racional y garantista de los procedimientos de concesión, inspección, reintegro y del régimen material de las infracciones y

sanciones administrativas en materia subvencional, adaptado al régimen general de la Ley 30/1992.

h) La definición de los conceptos generales de elegibilidad del gasto, exigiendo al beneficiario de la subvención o ayuda pública la adopción de decisiones de gasto basadas en criterios de eficiencia económica y buena gestión, principios éstos desconocidos por el actual régimen normativo. Adicionalmente, han de incorporarse medidas cautelares para prevenir la subcontratación o la concesión de ayudas a personas interpuestas.

i) La introducción de mecanismos *ex ante* de validación para obtener la condición de beneficiario, incluyendo condiciones impeditivas como la que existe en el artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

5. CONCLUSIONES

Las tendencias en los modelos de gestión administrativa más recientes, la necesidad de contar con una Administración más eficaz en orden al cumplimiento de objetivos de política económica, las implicaciones de una Administración multidireccional que ha de coordinarse tanto con el resto de Administraciones Territoriales internas como con las Administraciones supranacionales (Unión Europea) hacen insoslayable la regulación en un *corpus* normativo propio del régimen jurídico-económico de las subvenciones y ayudas públicas.

La regulación material del negocio subvencional, como cualesquiera otros ámbitos de la actividad administrativa especial (contratación administrativa o régimen de personal al servicio de la Administración Pública) ha de contenerse en una regulación especial, que se nutra tanto de los aspectos estrictamente materiales y procedimentales de gestión y control, como de los aspectos económico-financieros que conduzcan a una correcta gestión en términos de un empleo económico de los recursos públicos.