

El Reintegro de Subvenciones de la Unión Europea.

Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común

Antonio Bueno Armijo

Instituto Andaluz de Administración Pública | Premios Blas Infante 2010



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA
ESPECIAL REFERENCIA A LAS AYUDAS
DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

Trabajo galardonado con el Premio Blas Infante de Estudios e Investigación en el ámbito de la Comunidad Autónoma, en su XIV Edición, en su modalidad B, sobre “trabajos de estudio e investigación sobre Administración Pública, relativos a su organización, funciones, modernización de las técnicas de gestión del servicio público y aplicación de nuevas tecnologías, incluyendo estudios de ámbito internacional”

EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA
ESPECIAL REFERENCIA A LAS AYUDAS
DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

Antonio Bueno Armijo

Instituto Andaluz de Administración Pública

Sevilla - 2011

BUENO ARMIJO, Antonio

El reintegro de subvenciones de la Unión Europea. Especial referencia a las ayudas de la Política Agrícola Común / Antonio Bueno Armijo. Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2011.

545 p. ; 24 cm. – (Estudios)

Trabajo galardonado con el Premio Blas Infante de Estudio e Investigación sobre Administración y Gestión Pública, en su XIV edición, en su modalidad B.

D.L. SE-8028-2011

ISBN (ed. impresa): 978-84-8333-564-2

ISBN (ed. electrónica): 978-84-8333-565-9

1. Instituto Andaluz de Administración Pública I. Subvenciones públicas II.

336.56:338.43

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: EL REINTEGRO DE SUBVENCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS AYUDAS DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

AUTOR: Antonio Bueno Armijo

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y Producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.

Impresión: 4 Tintas

ISBN edición impresa: 978-84-8333-564-2

ISBN edición electrónica: 978-84-8333-565-9

Depósito Legal: SE-8028-2011

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
NOTA PRELIMINAR	21
CAPÍTULO PRIMERO.	
LAS SUBVENCIONES EN LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	23
I. INTRODUCCIÓN. LAS SUBVENCIONES AGRÍCOLAS DE LA UNIÓN EUROPEA COMO OBJETO DE ESTUDIO JURÍDICO	23
1. La subvención en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En concreto, las subvenciones agrícolas	23
2. La posibilidad de un estudio conjunto de las subvenciones agrícolas de la Unión Europea	26
II. EL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	27
1. La actividad administrativa de fomento y su difícil delimitación	27
A. Los distintos conceptos de fomento manejados en el ordenamiento jurídico español	29
B. Inexistencia de un régimen jurídico único para la actividad administrativa de fomento	36
2. Las ayudas públicas y el papel privilegiado de la subvención entre ellas ...	39
3. La aprobación de la Ley General de Subvenciones y la fijación de un concepto legal de subvención	44

III. DISPOSICIÓN DINERARIA A FONDO PERDIDO REALIZADA POR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	50
IV. SIN CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA	53
V. AFECTA AL CUMPLIMIENTO DE UN FIN (I). LA DISTINCIÓN ENTRE SUBVENCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO Y PRIMAS	60
1. Concepto de afectación: su discutida naturaleza jurídica	60
2. La afectación como rasgo típico de la “subvención en sentido estricto” ...	68
3. Subvenciones sin afectación: las primas	70
4. La distinción entre primas y subvenciones	73
A. Criterios erróneos para la distinción entre primas y subvenciones	74
B. Criterios válidos para la distinción entre primas y subvenciones	76
5. Otras obligaciones, distintas a la afectación, que recaen sobre los beneficiarios de primas y subvenciones	79
VI. AFECTA AL CUMPLIMIENTO DE UN FIN (II). LA DISTINCIÓN ENTRE SUBVENCIONES DE RESULTADO Y DE FUNCIONAMIENTO	82
VII. QUE SATISFAGA UN INTERÉS GENERAL	85
1. La necesidad de satisfacer un interés general como exigencia de toda actividad administrativa: la interdicción de la liberalidad	85
2. La irrelevancia del contenido del interés general satisfecho: la cuestión de los subsidios sociales	88
VIII. LA RELACIÓN JURÍDICA SUBVENCIONAL	92
IX. AYUDAS AGRÍCOLAS DE LA UNIÓN EUROPEA ENGLOBALADAS EN EL CONCEPTO LEGAL DE SUBVENCIÓN: EL PAGO ÚNICO	96
1. El pago único como parte de los pagos directos regulados por el Reglamento nº 73/2009	97
2. La “condicionalidad” en el pago único	100
 CAPÍTULO SEGUNDO.	
LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN	109
I. LOS MODELOS DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y, EN PARTICULAR, DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN	109

II. LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES COMO ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN: CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIÓN	121
1. La Administración nacional como Administración ordinaria de la Unión	121
2. El concepto de Derecho Administrativo de la Unión	123
III. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN CASO DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES	131
1. La aplicación de las normas de la Unión	132
2. El principio de autonomía	136
3. Los principios de equivalencia y efectividad como límites al principio de autonomía	138
4. Los deberes de inaplicación e interpretación conforme	141
IV. LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA EN ESPAÑA	147
1. Competencias estatales y autonómicas en materia de agricultura	149
2. Competencias estatales y autonómicas en materia de subvenciones públicas	155
A. Competencias sobre el régimen jurídico general de las subvenciones públicas	158
B. El problema de la potestad de gasto y la atribución de competencias sobre subvenciones públicas	164
C. Competencias sobre el régimen jurídico de subvenciones concretas	167
D. Competencias sobre la gestión y ejecución de las subvenciones	171
3. El régimen jurídico aplicable a las ayudas agrícolas de la Unión Europea en España	173
4. En especial, el régimen jurídico aplicable a su recuperación	179
 CAPÍTULO TERCERO. LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS AGRÍCOLAS DE LA UNIÓN: PLAN DE TRABAJO	 183
I. INTRODUCCIÓN	183
II. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE EL TÉRMINO “REINTEGRO”	184

III. LA RELACIÓN CONTINUADA EN EL TIEMPO CREADA POR LA CONCESIÓN DE SUBVENCIÓN COMO CRITERIO DE CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS QUE PUEDEN DAR LUGAR A SU DEVOLUCIÓN	187
IV. CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS AL ACTO DE CONCESIÓN Y, EN SU CASO, DE CREACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA SUBVENCIONAL	191
V. CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS A LA RELACIÓN SUBVENCIONAL	192
VI. CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN AJENAS AL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN Y A LA RELACIÓN SUBVENCIONAL	194

CAPÍTULO CUARTO.

CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS AL ACTO DE CONCESIÓN Y DE CREACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA SUBVENCIONAL	195
--	------------

I. LA ANULACIÓN DEL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN ..	195
1. La normativa reguladora de la anulación del acto de concesión de subvenciones, en especial, el art. 36 de la Ley General de Subvenciones ..	195
2. Especialidades en relación con las causas de nulidad de pleno Derecho de la resolución de concesión de la subvención. En concreto, la ausencia de crédito	199
3. Efectos de la declaración de invalidez de las subvenciones y posibles límites a la misma	203
4. La prevalencia del reintegro sobre la declaración de invalidez	206
5. En concreto, la anulación por invalidez sobrevenida	210
II. LA REVOCACIÓN DEL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN	216
1. El concepto de revocación	216
2. Distinción entre revocación y anulación	218
3. Normas reguladoras de la revocación	220
4. La admisibilidad de la revocación de subvenciones	221
III. LA MODIFICACIÓN DEL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN	225

1. Concepto y justificación de la modificación de los actos administrativos y, en particular, de la resolución de concesión de subvenciones	225
2. Causas de modificación del acto de concesión de la subvención	227
3. En concreto, la modificación por motivos de mera oportunidad o de equidad	230
4. Efectos de la modificación de la resolución de concesión	232
5. Procedimiento de modificación	236
IV. LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN EL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN	238
1. Los distintos tipos de errores administrativos: error material, error de hecho, error de derecho	238
2. La rectificación de errores administrativos solo alcanza al error material	241
3. Procedimiento de rectificación de errores administrativos y límites a su declaración	244
4. Los errores materiales en el pago de subvenciones: el reintegro del pago de lo indebido	246

CAPÍTULO QUINTO.

CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS A LA RELACIÓN SUBVENCIONAL

I. LA RENUNCIA A LA SUBVENCIÓN Y LA MUERTE DEL BENEFICIARIO	249
1. Introducción: la renuncia como forma de resolver la relación jurídica subvencional	249
2. El procedimiento de renuncia	252
3. Efectos de la renuncia	254
4. ¿Cabe la renuncia parcial?	257
5. La muerte del beneficiario	259
II. EL CUMPLIMIENTO DE UN TÉRMINO O UNA CONDICIÓN	260
1. La extinción de la relación jurídica subvencional por hechos objetivos: el término final y la condición resolutoria	260
2. La imposición de términos finales: efectos y distinción respecto a la declaración de caducidad	261
3. La imposición de condiciones resolutorias: efectos y distinción respecto a la declaración de caducidad	264

CAPÍTULO SEXTO.

LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LA SUBVENCIÓN: EL REINTEGRO EN SENTIDO ESTRICTO. CONCEPTO Y

CARACTERÍSTICAS 269

I. INTRODUCCIÓN 269

II. NOTA HISTÓRICA SOBRE LA CADUCIDAD DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS: ANTECEDENTES REMOTOS 272

III. NOTA HISTÓRICA SOBRE LA CADUCIDAD DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS: SU APARICIÓN EN EL DERECHO
MODERNO Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS 274

1. La caducidad como extinción de los efectos de una ventaja por el
incumplimiento de las obligaciones impuestas a su beneficiario 274

2. La caducidad del acto administrativo en la normativa reguladora de
concesiones y autorizaciones 278

3. La caducidad del acto administrativo en la normativa reguladora de
las “subvenciones a la economía”: en concreto, en el régimen de la
acción concertada 280

IV. EL REINTEGRO DE LA SUBVENCIÓN ES UNA FORMA MÁS DE
CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS 283

1. La identificación entre reintegro y caducidad del acto administrativo
por parte de la doctrina y la jurisprudencia 283

2. La justificación tradicional del reintegro como ausencia de causa del
desplazamiento patrimonial y su incapacidad para explicar todos los
supuestos a los que se aplica 285

V. CAUSAS GENERADORAS DE CADUCIDAD: ¿ES LA
CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO UNA NOCIÓN
FUNCIONAL? 287

1. El legislador ha configurado causas de caducidad que no consisten
en incumplimientos del beneficiario 289

2. La caducidad puede declararse frente al incumplimiento de
cualquier obligación impuesta al beneficiario de la ventaja 289

3. La respuesta de la doctrina. En concreto, la noción de “causas de
caducidad” propuesta por LAFUENTE BENACHES 293

4. La caducidad del acto administrativo como noción funcional 295

VI. PRODUCCIÓN AUTOMÁTICA DE LA CADUCIDAD DE LOS
ACTOS ADMINISTRATIVOS 298

1.	Caducidad material y caducidad formal	298
2.	Consecuencias de la distinción entre caducidad formal y material: el carácter automático de la caducidad	299
3.	La negación del carácter automático de la caducidad: límites a la declaración de caducidad	301
4.	Conclusiones sobre el carácter automático o no de la producción de la caducidad	303
VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS		
		304
1.	Tipos de efectos derivados de la declaración de caducidad	304
2.	Producción <i>ex nunc</i> o <i>ex tunc</i> de los efectos de la declaración de caducidad	306
VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y ANULACIÓN		
		308
IX. EN CONCRETO, LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y ANULACIÓN POR INVALIDEZ SOBREVENIDA		
		312
X. LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y REVOCACIÓN		
		316
XI. LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA		
		321
1.	El punto de partida: la distinta finalidad de la declaración de caducidad y la imposición de sanciones	321
2.	La existencia de supuestos dudosos entre caducidad y sanción: la declaración de caducidad frente a incumplimientos de obligaciones no esenciales	326
3.	La fijación de criterios de delimitación entre declaración de caducidad y sanción administrativa	329
4.	La distinción entre reintegro y sanción	333
 CAPÍTULO SÉPTIMO.		
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REINTEGRO DE SUBVENCIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL		
		341
I. INTRODUCCIÓN		
		341
II. LAS CAUSAS DE REINTEGRO DE LAS SUBVENCIONES		
		344

1.	La causa de reintegro del art. 37.1.a) LGS	344
	A. La configuración como causa de reintegro de una verdadera causa de invalidez	344
	B. Los vicios de obrepción y subrepción	348
	C. Los requisitos exigidos para la concurrencia de la causa de reintegro del art. 37.1.a) LGS	354
	D. La obtención de subvenciones en fraude de Ley: el art. 4.3 Reglamento nº 2988/1995	357
2.	La causa de reintegro del art. 37.1.b) LGS	364
3.	La causa de reintegro del art. 37.1.c) LGS	365
	A. En concreto, el incumplimiento de la obligación de justificar en tiempo y forma	368
4.	La causa de reintegro del art. 37.1.d) LGS	373
5.	La causa de reintegro del art. 37.1.e) LGS	375
	A. Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero	377
	B. El incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos	380
6.	La causa de reintegro del art. 37.1.f) LGS	382
	A. Fundamento de esta causa de reintegro	382
	B. Su difícil aplicación a todas las subvenciones, en especial a las primas ...	385
	C. Plasmaciones de esta causa de reintegro previstas en la misma LGS: el art. 34.a) y el art. 31 LGS	387
7.	La causa de reintegro del art. 37.1.g) LGS	390
8.	La causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS	391
	A. El supuesto de hecho: decisiones que pueden adoptarse en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea (sic) de las que se derive una necesidad de reintegro	391
	B. Motivos que llevaron a la configuración de esta circunstancia como causa de reintegro	395
	C. Las posibilidades con que contaba el legislador para poner remedio a esta situación	398
	D. Problemas de aplicación de esta causa de reintegro	402
9.	La causa de reintegro del art. 37.1.i) LGS	404
10.	La causa de reintegro del art. 37.3 LGS	407
11.	Una situación de caducidad peculiar: la pérdida del derecho al cobro del art. 34 LGS	413

III. LA IMPOSIBLE APLICACIÓN DEL REINTEGRO A LAS ENTIDADES COLABORADORAS	415
IV. EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO	421
1. Necesidad y naturaleza del procedimiento de reintegro	421
2. Posibles actuaciones previas al inicio del procedimiento de reintegro: intimaciones para evitar el reintegro e intimaciones de pagar el reintegro	424
3. El inicio del procedimiento	427
A. Órganos competentes para iniciar el procedimiento de reintegro, sujeto contra el que se dirige y posibles interesados en el mismo	427
B. Obligación de iniciar el procedimiento de reintegro	430
C. En concreto, iniciación del procedimiento de reintegro por las actuaciones de los órganos de control financiero	432
D. Excepciones que el beneficiario puede oponer frente al inicio de un procedimiento de reintegro	436
E. Consecuencias del inicio del procedimiento de reintegro. En especial, las medidas cautelares	446
4. La tramitación del procedimiento	448
A. Sobre el deber de colaboración de los ciudadanos	449
B. El trámite de prueba	450
C. Trámite de audiencia	452
D. Información pública	457
E. Informes de otros órganos	457
5. Terminación del procedimiento	459
A. Órgano competente para resolver el procedimiento. En especial, en relación con las ayudas de la Unión	459
B. Contenido del acto de terminación del procedimiento de reintegro	463
C. Recursos administrativos contra la resolución de reintegro	464
6. En concreto, ¿la terminación del procedimiento de reintegro por caducidad del procedimiento?	465
A. La caducidad del procedimiento de reintegro antes de la LGS	465
B. La caducidad del procedimiento bajo la nueva LGS (I): cómputo	468
C. La caducidad del procedimiento bajo la nueva LGS (II): consecuencias de su declaración	470
V. LÍMITES MATERIALES A LA DECLARACIÓN DE REINTEGRO	474
1. Regla general: el cumplimiento riguroso de las obligaciones impuestas al beneficiario	474
2. El principio de proporcionalidad: la posibilidad de un reintegro parcial	476

3.	La interpretación teleológica de la norma: el cumplimiento del objetivo mediato perseguido por la Administración con la concesión de la subvención	482
4.	Los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima	486
5.	La concurrencia de fuerza mayor	488
VI.	LÍMITES TEMPORALES A LA DECLARACIÓN DE REINTEGRO: LA PRESCRIPCIÓN	493
1.	Plazo de prescripción: duración según la normativa nacional y de la Unión	494
2.	Plazo de prescripción: la regulación del cómputo en la normativa española ...	497
3.	Plazo de prescripción: la regulación del cómputo en la normativa de la Unión	503
4.	En concreto, la interrupción del plazo de prescripción en la normativa española	505
5.	En concreto, la interrupción del plazo de prescripción en la normativa de la Unión	510
VII.	JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN SOBRE LOS LÍMITES NACIONALES A LA DECLARACIÓN DE REINTEGRO	511
1.	El punto de partida: aceptación de límites nacionales a la recuperación de ayudas de la Unión	511
2.	En concreto, el “comportamiento de la propia Administración” y los límites temporales para proceder a la recuperación	514
3.	En concreto, la desaparición del “enriquecimiento injusto”	515
4.	En concreto, la confianza legítima y la seguridad jurídica	516
5.	La imposibilidad de recuperación no excluye, sin embargo, el deber de reembolsar los gastos a la Comunidad	519
	BIBLIOGRAFÍA	523

ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa
AAVV	Autores Varios
AGE	Administración General del Estado
Ar.	Marginal Aranzadi
art.	artículo
as.	asunto
as. ac.	asuntos acumulados
BCAM	Buenas Condiciones Agrarias y Medioambientales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCEE	Comunidades Europeas
CE	Constitución Española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
cfr.	Compárese
cit.	Obra citada
coord.	Coordinador

CP	Código Penal
EAA	Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía
ed.	Edición
Dig.	Digesto
dir.	Director
DO L	Diario Oficial de la Unión Europea, serie Legislación
Euratom	Comunidad Europea de la Energía Atómica
FEADER	Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural
FEAGA	Fondo Europeo Agrícola de Garantía
FEGA	Fondo Español de Garantía Agraria
FEOGA	Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola
FORPPA	Fondo de Ordenación y Regulación de Precios y Productos Agrarios
FSE	Fondo Social Europeo
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LGP	Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria
LGS	Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
LOFTCU	Ley 7/1988, de 5 de abril, de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Cuentas
LOTCU	Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común
nº.	Número

OCEX	Organismos de control externo
OLAF	Oficina de lucha contra el fraude
p.	página
PAC	Política Agrícola Común
pp.	páginas
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Derecho Administrativo
RD	Real Decreto
REALA	Revista de Estudios de la Administración local y autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDF	Revista Española de Derecho Financiero
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RLG	Requisitos Legales de Gestión
RGS	Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley General de Subvenciones
RSCL	Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SENPA	Servicio Nacional de Productos Agrarios
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STPI	Sentencia del Tribunal de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TCEE	Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TCU	Tribunal de Cuentas

TCUE	Tribunal de Cuentas de la Unión Europea (antes Tribunal de Cuentas de las Comunidades Europeas)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
tit.	Título
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea (antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)
TRLGP	Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
v.gr.	Verbi gratia
Vol.	Volumen

NOTA PRELIMINAR

Esta obra tiene su origen en varios capítulos de la Tesis que, bajo la dirección de los profesores Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, defendí el 1 de julio de 2010 en la Universidad de Córdoba bajo el título *Las subvenciones de la política agrícola común. Régimen jurídico de la recuperación de las ayudas agrícolas comunitarias*, ante un tribunal presidido por el profesor Luis M. COSCULLUELA MONTANER e integrado por los profesores Santiago MUÑOZ MACHADO, Joaquín TORNOS MÁS, Germán FERNÁNDEZ FARRERES y Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, quienes calificaron la Tesis con sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Agradezco profundamente al tribunal las ricas aportaciones y las oportunas indicaciones realizadas en el acto de defensa y que he intentado incorporar por completo al texto original.

Deseo asimismo agradecer al Instituto Andaluz de Administración Pública, encarnado en su Directora, Dña. Lidia SÁNCHEZ MILLÁN, las extraordinarias facilidades ofrecidas y el increíble empeño demostrado para que este trabajo viera la luz.

A diferencia de cuanto ocurre en otras Facultades de Derecho, el profesor REBOLLO PUIG prohíbe terminantemente a sus doctorandos que en el acto de defensa de la Tesis expresemos nuestro agradecimiento a quienes tanto han ayudado en su elaboración. Dicho acto, al fin y al cabo, no es otra cosa que un examen académico y, ciertamente, un examen no es el lugar más apropiado para dar las gracias a todos aquellos que puedan merecerlo. Como doctorando disciplinado, acaté y cumplí el mandato de mi director. En consecuencia, tengo pendientes varias cuentas de gratitud que debo saldar.

En primer lugar, quiero dar públicamente las gracias a mis directores, el profesor REBOLLO PUIG, por ser maestro (del latín *magister*, el más experimentado en una ac-

tividad, como opuesto a *minister*, el servidor o subalterno) de tantas cosas difíciles, y al profesor IZQUIERDO por enseñarme a conducir y conducirme en la vida universitaria. A mis compañeros del área de Derecho Administrativo, al resto de miembros del Departamento y, en especial, a su Director, que apacienta a su grey con silbos amorosos.

En segundo lugar, debo dar públicamente las gracias a mi familia, por servirme de nexo de unión con la realidad cuando parecía que todo era solo Tesis. A Ehibabula, con quien saldo una deuda, y a mis amigos, sobre quienes recae la ingrata tarea de dotar de sentido al mundo.

Finalmente, a Nuria, creadora del pesimismo mágico, que consiguió convencerme de por qué una Tesis no debe llegar a las 5.000 páginas. A ella va dedicado este libro.

CAPÍTULO PRIMERO.

LAS SUBVENCIONES EN LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I.

INTRODUCCIÓN. LAS SUBVENCIONES AGRÍCOLAS DE LA UNIÓN EUROPEA COMO OBJETO DE ESTUDIO JURÍDICO

1. La subvención en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. En concreto, las subvenciones agrícolas.

El estudio de las subvenciones agrícolas de la Unión debe partir de dos aclaraciones previas. La primera, la existencia de un concepto jurídico estricto de “subvención” en el ordenamiento jurídico de la Unión, al que corresponde un régimen jurídico específico. La segunda, la imposibilidad de aplicar el concepto estricto de subvención y, por tanto, su régimen jurídico específico, a las subvenciones agrícolas de la Unión.

En efecto, la subvención de la Unión, en sentido estricto, se encuentra regulada en los arts. 108 a 119 del Reglamento nº 1605/2002 (Reglamento financiero), que a su vez son desarrollados por los arts. 160 a 183 del Reglamento nº 2342/2002 (Normas de desarrollo del Reglamento financiero)¹, donde se establecen sus principales características y los fundamentos de su régimen jurídico, sin perjuicio de las especiali-

¹ Reglamento (CE, Euratom) nº 1605/2002, del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L 248 de 16.9.2002). Reglamento (CE, Euratom) nº 2342/2002, de la Comisión de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L 357 de 31.12.2002).

dades que con posterioridad puedan incluirse en relación con cada subvención concreta. De este modo, de conformidad con el art. 108.1 del Reglamento financiero, “Las subvenciones son contribuciones financieras directas a cargo del presupuesto que se conceden a título de liberalidad con objeto de financiar:

- a) Bien una acción destinada a promover la realización de un objetivo de alguna de las políticas de la Unión Europea.
- b) Bien el funcionamiento de un organismo que persiga un objetivo de interés general de alguna de las políticas de la Unión Europea”.

Frente a este concepto estricto de subvención, sin embargo, ocurre que la expresión “subvenciones agrícolas de la Unión” tiene un contenido más descriptivo que jurídico. De este modo, equivaldría, más bien, a “ayudas agrícolas de la Unión”, sin prejuzgar ni su estructura ni su régimen jurídico particular. Es decir, las subvenciones agrícolas de la Unión no son, en todos los casos, subvenciones en el sentido del art. 108 del Reglamento financiero. Antes al contrario, solo una parte ínfima de las subvenciones agrícolas de la Unión se engloban en el concepto de subvención del art. 108 del Reglamento financiero y se rigen por las disposiciones contenidas en este texto y en sus normas de desarrollo.

En realidad, no existe un concepto único y unitario de subvención agrícola de la Unión (o, si se prefiere, de ayudas agrícolas de la Unión), sino que bajo tal expresión se encuentra una confusa amalgama de muy distintas formas de ayuda². Casi todas ellas comparten unos rasgos comunes: suelen consistir en auxilios dinerarios no devolutivos, concedidos por la Administración agrícola, generalmente a sujetos privados, en atención a la realización de una actividad o la concurrencia de una situación que se considera que satisfacen algún interés general.

A partir de este punto, las ayudas agrícolas de la Unión se diversifican en variopintas fórmulas, dando lugar a una cantidad ingente de formas de intervención con un régimen jurídico particular, establecido a través de una regulación casuística, pormenorizada y, en ocasiones, de gran volatilidad.

² La confusión se ve además incrementada por el torpe vocabulario del legislador de la Unión, que utiliza términos equívocos o simplemente ajurídicos, como lo demuestra el hecho de que llame “restitución” a las subvenciones a la exportación, situación denunciada como paradigmática por Olga HERRÁIZ SERRANO, “Régimen jurídico de los productos lácteos en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n° 9, 1996, p. 152, o “pagos compensatorios” a lo que en realidad constituyen ayudas a la producción.

En otras ocasiones, las ayudas que el legislador ha llamado de una forma en una norma, en la norma que la sustituye recibe un nombre distinto. Así ocurrió, por ejemplo, en el Reglamento (CE) n° 1782/2003, del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común [DO L 270, de 21.10.2003, p. 3], el cual, al ocuparse de las ayudas al ganado ovino y caprino, llamaba “prima adicional” a lo que el Reglamento (CE) n° 2529/2001, del Consejo, de 19 de diciembre de 2001, por el que se establece la organización común de mercados en el sector de la carne de ovino y caprino [DO L n° 341, de 22.12.2001], al que sustituyó, llamaba “prima complementaria”, y viceversa, se refería como “prima complementaria” a lo que el Reglamento n° 2529/2001, llamaba “prima adicional”.

En efecto, históricamente, el mayor volumen de ayudas agrícolas de la Unión se encauzaba a través de las compras públicas de excedentes, en las que los poderes públicos abonaban por los productos agrícolas un precio muy superior al precio de mercado. Junto a ellas, y progresivamente, fueron ganando importancia otras formas de ayudas, como las restituciones a la exportación, las primas a la producción en sus distintas modalidades (pagos por superficie, por árbol, por cabeza de ganado, por unidades producidas, etc.), las ayudas al almacenamiento privado, las ayudas para la retirada de productos, las ayudas para la desnaturalización o destrucción de excedentes, etc.³.

En todos los casos, se trataba de subvenciones vinculadas a la producción y a la regulación de los precios comunitarios internos, al tratar de influir en la oferta de productos colocados en el mercado. En efecto, la concesión de subvenciones a las exportaciones o al almacenamiento privado tenía como objeto eliminar excedentes del mercado (temporal o definitivamente), con el fin de reducir la oferta y provocar una bajada de los precios. En sentido contrario, el otorgamiento de subvenciones a la producción tenía como objeto (o como resultado) fomentar el cultivo de determinados productos con el fin de alcanzar una oferta mayor y hacer descender, en consecuencia, los precios.

Muchos de ellos, sin embargo, serían sustituidos a partir de 2003 con la aparición del pago único, configurado como una aportación dineraria disociada de la producción.

Paralelamente, también se configuraron distintas formas de ayuda que, andando el tiempo, darían lugar al “segundo Pilar” de la PAC, cuya finalidad era cambiar la estructura de producción agrícola y rural (ayudas a la retirada de tierra, a la jubilación, a la modernización de explotaciones, a la diversificación de la actividad económica en el ámbito rural) o fomentar determinadas prácticas agrícolas de conformidad con criterios medioambientales, de seguridad y calidad alimentaria, de bienestar de los animales, etc.

Importa destacar que todas estas modalidades de subvenciones agrícolas de la Unión no son plasmaciones concretas de una misma y unívoca institución jurídica. Por el contrario, las compras públicas, las restituciones a la exportación, los pagos agroambientales o el pago único, si bien con importantes similitudes (sobre todo desde un punto de vista teleológico), constituyen figuras jurídicas distintas, con

³ Para una evolución de los medios de apoyo a la agricultura empleados en Europa (y en los Estados Unidos) desde el s. XIX hasta la actualidad, y una explicación de los motivos de dicha evolución, Antonio BUENO ARMIJO, *La Organización Mundial del Comercio y la transformación de las políticas agrícolas nacionales*, Fundación Unicaja, Málaga, 2007.

regímenes jurídicos diferentes y no reconducibles al concepto estricto de subvención consagrado por el art. 108 del Reglamento financiero, ni al régimen jurídico previsto para ella.

Esta situación se mantiene incluso si fijamos nuestra atención en aquellas formas de ayuda que se conceden sin contraprestación directa por parte del beneficiario (lo que permite excluir a las compras públicas). También así cada una de estas modalidades de ayuda deben ser estudiadas autónomamente, en la medida en que para cada una de ellas existe un régimen jurídico peculiar y único en el que se establece el contenido de la ayuda, los requisitos necesarios para su solicitud, el procedimiento de concesión, las obligaciones asumidas por sus beneficiarios, los sistemas de control, las causas y procedimientos de recuperación, el sistema sancionador, etc.

2. La posibilidad de un estudio conjunto de las subvenciones agrícolas de la Unión Europea

Ahora bien, una vez establecidas las anteriores premisas, es necesario aclarar que la situación descrita no impide abordar un estudio de las subvenciones agrícolas de la Unión tomadas en conjunto. Especialmente, si dicho estudio se encamina al análisis de uno de los aspectos que más desatendido ha quedado en la normativa de la Unión: las causas y el procedimiento de recuperación de las ayudas agrícolas.

La explicación es sencilla. Como habrá ocasión de comprobar en el capítulo siguiente, las ayudas agrícolas de la Unión se caracterizan, en buena medida, por su gestión descentralizada. Esto es, son las Administraciones nacionales las encargadas de gestionar la mayor parte de las ayudas agrícolas de la Unión. En esta tarea de gestión, las Administraciones nacionales deben seguir y aplicar, en primer lugar, la normativa de la Unión reguladora de las ayudas agrícolas que ellas gestionan. No obstante, en aquellos ámbitos en los que la normativa de la Unión sea inexistente o insuficiente, las Administraciones nacionales, con carácter general, aplicarán las normas nacionales que regulen las figuras jurídicas equivalentes a estas ayudas dentro de sus ordenamientos.

En el caso de España, esta situación nos remite a la normativa en materia de subvenciones, cuya norma de cabecera viene constituida por la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. De conformidad con el art. 1 LGS, esta Ley se aplica a las subvenciones públicas, por lo que es necesario saber si las ayudas agrícolas de la Unión encajan o no en este concepto, a fin de determinar si les resulta de aplicación esta Ley. Pues bien, el concepto de subvenciones acuñado por

el legislador español en el art. 2 LGS resulta de tal amplitud que permite englobar dentro de él tanto el concepto de la Unión de subvención en sentido estricto del art. 108 del Reglamento financiero, como la inmensa mayoría de las ayudas agrícolas de la Unión a las que hemos hecho referencia.

Asimismo, el concepto jurídico de subvención establecido en el art. 2 LGS, y buena parte del régimen jurídico desarrollado en esta Ley, tiene carácter básico, por lo que resultan comunes a todas las Administraciones públicas nacionales que, eventualmente, deban gestionar las ayudas agrícolas de la Unión.

Como consecuencia de todo lo anterior, debe afirmarse la existencia de un régimen jurídico único aplicable a la recuperación de las ayudas agrícolas de la Unión en España y, consecuentemente, la posibilidad de someterlo a estudio unitario. Ello sin perjuicio de que deba tenerse en cuenta, en todo caso, la eventual existencia de normas jurídicas de la Unión que establezcan reglas específicamente aplicables a alguna ayuda agrícola en concreto.

De conformidad con lo anterior, en el presente capítulo abordaremos dos cuestiones. En primer lugar, analizaremos el amplísimo concepto de subvención consagrado por el ordenamiento jurídico español. En segundo lugar, haremos una breve exposición de las principales subvenciones agrícolas de la Unión que, siendo gestionadas por la Administración española, pueden englobarse bajo este concepto y a las que, en consecuencia, les resultará de aplicación la normativa española de subvenciones en el caso de lagunas o remisiones de la normativa de la Unión.

II.

EL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. La actividad administrativa de fomento y su difícil delimitación

Desde el punto de vista de la doctrina jurídica española, al tratar de la institución de la subvención parece inevitable hacer alguna referencia previa a la llamada actividad administrativa de fomento. Se trata, sin duda, de uno de los conceptos doctrinales más ambiguos, confusos y discutidos del Derecho Administrativo español. Al mismo nivel, quizá, que el de servicio público.

Como es conocido, se debe a Luis JORDANA DE POZAS la división tripartita de los modos de actividad de la Administración, distinguiendo entre actividad de policía, acti-

vidad de servicio público y actividad de fomento⁴. Se trata de una construcción doctrinal característica del Derecho Administrativo español, inédita en nuestro entorno y atacada casi desde sus mismos orígenes, sin perjuicio de lo cual sigue resistiendo el paso del tiempo en programas y manuales de la asignatura, lo que parece deberse, si no a su altura científica, sí al menos a su alto valor didáctico y expositivo⁵.

Las principales críticas a la construcción de JORDANA se han dirigido a tres puntos de su exposición: en primer lugar, a la imposibilidad de reducir toda la actividad administrativa a alguna de las tres categorías señaladas⁶; en segundo lugar, a la imposibilidad de defender que a cada una de estas formas de actividad les corresponda un régimen jurídico propio, diferente del aplicable a las demás formas de actividad

⁴ Luis JORDANA DE POZAS, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949, pp. 41 y ss.

⁵ En relación, en concreto, con su concepto de actividad administrativa de fomento, el mismo JORDANA DE POZAS relata su génesis y el modo en que fue recibida por la doctrina. En primer lugar, los antecedentes de su idea de fomento se encontrarían en su ensayo *La Administración consultiva de Fomento*, Zaragoza, 1917, y en la elaboración de los trabajos de cátedra y sus seminarios. Su verdadero desarrollo, además de en el artículo "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", cit., se encontraría en las conferencias impartidas en el Ateneo de Madrid bajo el título "Algunas consideraciones sobre los servicios municipales de carácter económico" y en sus trabajos en la *Revista de Estudios de la Vida Local* publicados durante los años 1943-1944. Estos trabajos serían reimpresos en sus *Estudios de Administración local y general*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1961. Más tarde desarrollaría esta doctrina en los cursos de doctorado de la Facultad de Derecho de Madrid sobre "La Administración de Fomento y sus técnicas". Sobre la recepción de su concepto de fomento en la doctrina española, el mismo JORDANA DE POZAS señalaba los siguientes ejemplos hasta 1974: Manuel BALLBÉ, *Sistemática del Derecho administrativo*, Barcelona, 1947; Fernando GARRIDO FALLA, "Transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa", *RAP* 1953 y en la Parte General de su Tratado; José Luis VILLAR PALASÍ, "Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político", *RAP*, nº 14 (mayo-agosto 1954); Buenaventura PELLISE PRATS, voz "Fomento", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo X; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, "El método en el Derecho administrativo", *RAP* nº 22, 1957; Aurelio GUAITA, "La Administración de fomento", revista *Las Ciencias*, 1959, y *Nueva bibliografía española de Derecho administrativo*, 1969; José Antonio GARCÍA TREVIANO, *Tratado de Derecho administrativo*, tomo I, pp. 25 y 574; diversas conferencias de PÉREZ BOTIJA; y, con carácter general, los manuales y tratados de Derecho administrativo posteriores a 1948. Vid., Fernando GARRIDO FALLA, "La idea de fomento en el profesor JORDANA DE POZAS", en *Maestros complutenses de Derecho. Luis JORDANA DE POZAS, creador de ciencia administrativa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 417-421, donde se recoge una larga cita de la contestación de JORDANA DE POZAS al discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que pronunció el mismo GARRIDO FALLA en la sesión inaugural del curso 1974/1975, el 28 de octubre de 1974. A los ejemplos facilitados por JORDANA DE POZAS aun podrían sumarse otros, como Carlos GARCÍA OVIEDO y Enrique MARTÍNEZ USEROS, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., EISA, Madrid, 1962, p. 401, Aurelio GUAITA, "Introducción al Derecho Administrativo Especial", en AA.VV. *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, vol. 2º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 266-267, o Rafael ENTRENA CUESTA, *Apuntes de Derecho Administrativo*, curso 1958-1959, pp. 139-140. La principal excepción doctrinal a esta recepción viene constituida, probablemente, por la ausencia de la teoría del fomento en las sucesivas ediciones del *Curso de Derecho Administrativo*, de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Civitas, Madrid. Cabe indicar, sin embargo, que la actividad administrativa de fomento sí aparecía como una lección más en los *Apuntes de Derecho Administrativo 2º. Tomo II*, de la Cátedra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Facultad de Derecho, Madrid, 1971-1972, pp. 35-49, redactado por el Profesor José Ramón PARADA VÁZQUEZ.

⁶ En realidad, y aunque es habitual pasarlo por alto, el propio JORDANA DE POZAS distingue cuatro (y no tres) tipos de "medios" tendentes a "lograr la satisfacción de las necesidades generales": legislación, policía, fomento y servicio público. Luis JORDANA DE POZAS, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", cit., p. 42. Con posterioridad, se han sucedido los intentos por ampliar esta división tripartita, proponiéndose otras formas de actividad de la Administración, como la actividad industrial o de dación de bienes y servicios al mercado (VILLAR PALASÍ, ARIÑO), la actividad arbitral (PARADA), la actividad planificadora (SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO), etc., si bien en ellas no siempre está clara la distinción entre formas de actividad y técnicas administrativas.

y capaz de explicar todas las técnicas empleadas en su seno de forma homogénea; en tercer lugar, al concepto de fomento propuesto.

Es en relación con las dos últimas críticas, por cuanto afectan directamente a la figura de la subvención, a las que dedicaremos nuestra atención. Esto es, qué debe entenderse por actividad administrativa de fomento y si existe un régimen jurídico único para todas las técnicas englobadas dentro de ella.

A. Los distintos conceptos de fomento manejados en el ordenamiento jurídico español

El término fomento cuenta con dos sentidos principales: por un lado, el “fomento en sentido amplio” o “fomento como fin”; por otro lado, el “fomento en sentido estricto” o “fomento como conjunto de técnicas”. El primero de tales sentidos se identifica con “toda mejora o progreso de la sociedad”⁷, con toda actividad “que se encamina a mejorar el nivel material o espiritual de la nación”⁸, con “la mejora material y moral del nivel de vida de un país, sea cualquiera que sea la forma o la técnica que se utilice para conseguir este fin”⁹. Esta primera acepción del término fomento no aporta nada, en realidad, ni al concepto ni a la actividad de la Administración pública, en la medida en que se identifica, directamente, con los fines de la Administración y, en última instancia, con el mandato constitucional de la satisfacción de los intereses generales (art. 103 CE), pero sin prejuzgar las concretas técnicas que se utilicen para lograrlo¹⁰.

⁷ LUIS MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, p. 93.

⁸ BUENAVENTURA PELLISÉ PRAT, voz “Fomento”, cit., p. 1.

⁹ MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR, “Sobre el concepto de fomento”, *RAP* n° 54, p. 57.

¹⁰ Lo que da lugar al principio de intercambiabilidad o convertibilidad de las técnicas administrativas, de conformidad con el cual unos mismos fines públicos pueden alcanzarse empleando técnicas típicas de la actividad de policía, de la actividad de servicio público o de la actividad de fomento. FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 300; RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 14ª ed., Madrid, 2003, p. 367. El propio JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., pp. 50-51, ya hace referencia a esta situación, aunque restringiéndola, indebidamente, a las técnicas de fomento. En el mismo sentido, excesivamente limitado, se manifiestan SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico. Tomo I*, La Ley, Madrid, 1988, pp. 442-443, y JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 58, que se refiere a este principio indistintamente como “principio de convertibilidad” (p. 58), “principio de mutación de las técnicas del precio político” (p. 59), “principio de mutación equivalente” (p. 60) y “principio de equivalencia” (p. 61), y que sostiene que “todas las técnicas de fomento son entre sí convertibles. En definitiva, implican una única finalidad que puede conseguirse mediante la aplicación de una serie de medios distintos. Estos no son, sin embargo, indiferentes entre sí. Cada uno de ellos juega un papel distinto y tiene diferentes repercusiones en la producción y el consumo”.

En realidad, el principio de intercambiabilidad no es capaz, ni siquiera en su formulación más amplia, de expresar adecuadamente la gran discrecionalidad de que suele gozar la Administración pública para decidir los mejores medios con que satisfacer los intereses que tiene a su cargo. Cabe recordar, con LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, en *RAP*, n° 38, mayo-agosto 1962, p. 56, que la actividad de la Administración “no se ha de llevar a cabo necesariamente dentro de los moldes del Derecho Administrativo”, puesto que “la Administración pública, sin perder por ello su naturaleza, puede utilizar, y de hecho utiliza continuamente los procedimientos y formas que el Derecho

Es indudable que el poder político goza de un amplísimo margen, consustancial a su naturaleza política, para decidir, discrecionalmente, qué fines deben perseguirse y el mejor modo de hacerlo o, cuando menos, el orden y la prioridad entre ellos. Sin perjuicio, claro está, de los mandatos constitucionales que obligan a hacer posible y efectivo el contenido de muchos derechos fundamentales, lo que permite negar que la actividad de fomento, incluso en este primer sentido amplio y genérico, goce propiamente de notas como el “carácter graciable” o la “voluntariedad”¹¹. Aun así, la relevancia jurídica de este primer concepto de fomento es escasa, sin perjuicio de lo cual no es difícil encontrar normas que lo utilizan en nuestro ordenamiento jurídico¹².

En segundo lugar, el concepto de “fomento en sentido estricto” o “fomento como conjunto de técnicas”, hace referencia a una forma concreta de satisfacer los intereses generales. JORDANA DE POZAS la definió como “una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate”,

privado le proporciona. Ello no quiere decir que se aparte de sus fines, sino, contrariamente, lo único que hace es aprovechar los procedimientos que estima más oportunos para llegar a ellos”.

¹¹ Así lo destaca Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento. Los incentivos económicos. Estudio especial de las subvenciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Carperi, Madrid, 1995, pp. 87-89, afirmando que hoy día “no se trata ya solo (...) de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona frente al Estado, sino de reclamar la acción pública prestacional como complemento inexcusable que posibilite la efectividad de los mismos”. En consecuencia, “el carácter voluntario y graciable de la acción de fomento quiebra desde esta perspectiva”.

Todo ello sería un resultado lógico del Estado Social (y Democrático) del art. 1 CE, de la igualdad material del art. 9.2 CE, del mandato a los poderes públicos del art. 53.3 CE, etc. Ahora bien, no existe una exigencia constitucional que imponga a la Administración la adopción de un tipo de medidas concretas y, en particular, de medidas subvencionales, para alcanzar tales objetivos. Ni siquiera en el caso de las ayudas a los colegios que reúnan las condiciones establecidas en la Ley, pues la STC 86/1985, de 10 de julio, estableció que esta previsión del art. 27.9 CE “no se enuncia como un derecho fundamental a la prestación pública”, sino que “habrá de ser dispuesta por la Ley”. Vid., Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 81-83.

¹² Valga como ejemplo el art. 36.1.e) LRRL, que establece entre las competencias propias de la Diputación provincial “en general, el fomento y la administración de los intereses generales de la provincia”, o los distintos mandatos constitucionales que utilizan, indistintamente, los términos “fomento” y “promoción” con el mismo sentido: “los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico” (art. 40.1 CE), “los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte” (art. 43.3 CE), “los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura” (art. 44.1 CE), “los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general” (art. 44.2), etc. En relación, precisamente, con el art. 149.1.15 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica”, el Tribunal Constitucional aceptó expresamente el sentido de “fomento en sentido amplio” o “fomento como fin” y extrajo de ello su principal consecuencia: la posibilidad de utilizar cualquier tipo de técnica para alcanzar dicho fin. De este modo, la STC 90/1992, de 11 de junio, afirmó que “no resulta en absoluto convincente la tesis de que el fomento de la investigación científica y técnica, dado su contenido, circunscriba la competencia estatal –y, en su caso, la autonómica– al mero apoyo, estímulo o incentivo de las actividades investigadoras privadas a través de la previsión y otorgamiento de ayudas económicas o de recompensas, honoríficas y similares, excluyendo, como contrapuestas, aquellas otras acciones directas de intervención consistentes en la creación y dotación de centros y organismos públicos en los que se realicen actividades investigadoras, sino que la señalada expresión engloba a todas aquellas medidas encauzadas a la promoción y avance de la investigación, entre las que, sin duda, deben también incluirse las de carácter organizativo y servicial que permitan al titular de la competencia crear y mantener unidades y centros dedicados al desarrollo y divulgación de las tareas investigadoras” (FJ 2º).

y todo ello “sin usar la coacción ni crear servicios públicos”¹³. Es decir, el fomento en sentido estricto se identificaría con un grupo de técnicas que, mediante actos favorables para el administrado, pretenden convencerle para que adopte comportamientos que satisfagan intereses generales.

Con frecuencia se ha puesto el énfasis en que el elemento esencial e identificativo de estas técnicas es su naturaleza de estímulo, y esto es lo que ha destacado principalmente la doctrina¹⁴. No obstante, una correcta caracterización de la actividad administrativa de fomento debe tener en cuenta otras notas típicas de estas técnicas. Ello sería así porque las ideas de persuasión, estímulo o incentivación, no son exclusivas de las técnicas propias de la actividad administrativa de fomento. Por el contrario, como acertadamente advirtiera José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “esos fines de persuadir, estimular o promover, etcétera, pueden lograrse a través de distintos medios”, por lo que “lo importante para distinguir los modos de acción administrativa es su componente estructural y no su orientación teleológica”¹⁵.

En primer lugar, y como resulta evidente, la actividad de fomento es, en todo caso, una actividad administrativa. Deben quedar fuera de esta categoría jurídica, por tanto, numerosas figuras que, aun gozando de una finalidad y una estructura jurídica muy similares a las técnicas propias de la actividad administrativa de fomento, son realizadas por sujetos privados y se rigen por el Derecho privado¹⁶. Y ello sin perjuicio de las relaciones que puedan establecerse entre ambas y sus importantes consecuencias jurídicas¹⁷.

¹³ Luis JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., p. 46.

¹⁴ Por ejemplo, Ramón MARTÍN MATEO y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho Administrativo económico. El Estado y la empresa*, Pirámide, Madrid, 2ª ed., 1977, p. 170, llegan a rechazar el término “actividad de fomento” y hablan, en su lugar, de “acción administrativa de estimulación”, que definen como “aquella que por razones de interés público tiene como misión la canalización de recursos hacia ciertas actividades que se colocan en situación más favorecida de la que resultaría de una libre dinámica de las relaciones económicas”. Luis MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, cit., p. 95, habla de técnicas que proporcionan “un impulso a la actividad de los particulares”. Luciano PAREJO ALFONSO, en Luciano PAREJO ALFONSO, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, Luis ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo I*, p. 410, se refiere a “mecanismos de persuasión o incentivación”, etc.

¹⁵ José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública”, *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 756.

¹⁶ No son técnicas propias de la actividad administrativa de fomento, por tanto, las actividades de mecenazgo, reguladas por el Derecho privado (sin perjuicio de que, a su vez, ellas mismas puedan ser objeto de medidas de fomento, cfr., Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos e incentivos fiscales al mecenazgo), o las importantes actuaciones que puedan llevar a cabo, en beneficio de intereses generales también perseguidos por las Administraciones públicas, las Obras sociales y culturales de las Cajas de Ahorro. Advirtiendo, sin embargo, del riesgo que podrían suponer ciertas actividades de estas para la defensa de la competencia, vid., Juan Antonio UREÑA SALCEDO, “La consideración de algunos créditos y participaciones empresariales de las Cajas de Ahorros como ayudas públicas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 11 (enero-abril 2002), pp. 155 y ss.

¹⁷ A mero título de ejemplo cabe señalar el art. 19.3 LGS, en el que, con la finalidad de salvaguardar el principio de no rentabilidad de las subvenciones públicas, se prevé que “la normativa reguladora de la subvención determinará el régimen de compatibilidad o incompatibilidad para la percepción de otras subvenciones,

En segundo lugar, las técnicas de fomento han de consistir, necesariamente, en actuaciones favorables para los administrados. No basta, por tanto, con cualquier forma de estímulo, como parece entender parte de la doctrina, sino que dicho estímulo debe basarse, en todo caso, en medidas favorables, beneficiosas. De otro modo, si se admitiese que las técnicas de fomento pudieran basarse en medidas desfavorables que “desincentivaran” ciertas conductas, resultaría imposible distinguirlas de las técnicas propias de la actividad administrativa de limitación¹⁸.

ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales (...). Cfr., arts. 14.1.d), 30.4, 37.1.e), 37.1.g), 37.3 y 57.a) LGS.

¹⁸ En este sentido, entre otros muchos, José María GIMENO FELIÚ, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad de las medidas de fomento del desarrollo económico (Ayudas y subvenciones)”, *RAP* n° 137 (mayo-agosto 1995), p. 174; Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, cit., p. 91, etc. Debe advertirse que JORDANA DE POZAS, “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, cit., pp. 51-52, admitía la existencia de medios de la acción administrativa de fomento positivos y negativos, de tal modo que “son positivos los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas, y negativos los que significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar”. En realidad, las medidas desfavorables impuestas sin otra finalidad que doblegar o encauzar la voluntad de los particulares, en tanto que límites a la libertad o a la propiedad de los administrados, constituirán, por definición, una manifestación de la actividad de limitación. En consecuencia, y dado que el propio JORDANA DE POZAS excluía expresamente del concepto de fomento las actividades de limitación, se descubre una incoherencia en su planteamiento.

Entre las pretendidas medidas de fomento negativo resultan de especial interés los llamados “impuestos con fines no fiscales”, sobre todo en su plasmación en el ámbito local bajo la forma de “arbitrios con fines no fiscales”. Su propia existencia generó importantes dudas en la doctrina tributarista. Como señala Gabriel CASADO OLLERO, *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981, pp. 80 y ss., *apud* Clemente CHECA GONZÁLEZ, “Los impuestos con fines no fiscales: notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”, *REDF* n° 40 (octubre-diciembre 1983), p. 511, “de la misma forma que no es posible concebir un tributo que responda únicamente a una función extrafiscal –aunque solo fuera por su intrínseca capacidad de procurar un ingreso al ente público siempre que se realice el presupuesto base de la imposición–, tampoco sería posible pensar en un tributo orientado únicamente a su finalidad recaudatoria y ajeno por completo a cualquier efecto no fiscal”, lo que “invita a considerar la inconveniencia, y a la vez esterilidad de todo intento de trazar de manera absoluta la distinción entre tributos fiscales y no fiscales”. Piénsese, por ejemplo, en los aranceles frente a las importaciones de productos extranjeros con fines proteccionistas, en los que la existencia de una finalidad distinta a la fiscal no implica que dejen de ser verdaderos impuestos.

En todo caso, la doctrina que se ha ocupado de estos impuestos con fines no fiscales ha coincidido en señalar que se trata de verdaderas técnicas de limitación, una forma leve de coerción que pretende doblegar por la fuerza la voluntad de los administrados. Nada tienen que ver con las medidas de fomento y, aún más, resultaría especialmente peligroso que se produjera una confusión entre ambas, dado que los impuestos con fines no fiscales, a diferencia de las medidas de fomento, deben regirse por una serie de principios especialmente rigurosos y tendentes a proteger a los particulares de su uso indiscriminado por parte de la Administración. Así ocurre, muy destacadamente, con el principio de legalidad (que, aunque exista en las medidas de fomento, se muestra mucho más atenuado) y con el principio de proporcionalidad.

En realidad, la propia normativa reguladora de los arbitrios no fiscales los consideraba medios coercitivos. Así, el art. 48.3 del Decreto de 25 de enero de 1946, establecía que “No podrán establecerse arbitrios con fines no fiscales cuando los Ayuntamientos dispongan legalmente de otros medios coercitivos para lograr la finalidad del arbitrio”. Como señalara Nemesio RODRÍGUEZ MORO, “Los arbitrios con fines no fiscales en el Decreto de 25 de enero de 1946”, *REVL* n° 27 (1946), pp. 409-410, “esta restricción (...) depura el verdadero concepto doctrinal de los arbitrios con fines no fiscales”, por lo que se preveía que “habrán de eliminarse de las Ordenanzas fiscales de muchos Ayuntamientos la mayor parte de los que ahora tenían establecidos, pues su fin puede y debe, en una adecuada organización de los servicios, ser conseguido mediante el ejercicio de los medios coercitivos que la acción directa pone en manos de la Administración municipal”. En el mismo sentido, esto es, identificando de nuevo los arbitrios con fines no fiscales con las medidas de limitación, y en relación con el art. 473.3 de la Ley de Régimen Local, que también preveía que “no podrán establecerse arbitrios con fines no fiscales cuando los Ayuntamientos dispongan legalmente de otros medios coercitivos para lograr la finalidad del arbitrio mismo”, José M^a MARTÍN SAMPEDRO, “Los arbitrios municipales con fines no fiscales”, *Revista de Economía y Hacienda local* n° 8 (mayo-agosto 1973), pp. 442 y 443 señalaba que “esta limitación (...) o no se cumple, o si

En tercer lugar, los beneficios o ventajas concedidos a través de las técnicas propias de la actividad de fomento se caracterizan por ser medidas *uti singulis*, esto es, otorgadas a destinatarios concretos¹⁹. De este modo, quedan fuera de este concepto las obras e infraestructuras públicas, como carreteras, puertos, aeropuertos, viario público, etc., dirigidas a una pluralidad indeterminada de beneficiarios.

En cuarto lugar, la finalidad perseguida por la Administración al emplear las técnicas propias de la actividad de fomento es, como ya se ha indicado, la de convencer a los administrados para que adopten un determinado comportamiento. Esta finalidad puede articularse de distintas maneras, si bien las dos principales modalidades que puede presentar son las identificadas por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ como “ayudas” y “recompensas”²⁰. Las primeras se identifican con las ventajas concedidas por la

se cumpliera con la amplitud con que está redactada, haría prácticamente imposible acudir a la implantación de los arbitrios con fines no fiscales”, dado que “difícilmente se dará el caso de que el Ayuntamiento carezca de estos distintos medios coercitivos”.

También Alberto DE ROVIRA MOLA, “Los llamados «arbitrios con fines no fiscales»”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 99 (mayo-junio 1958), p. 392, afirmaba que lo esencial de los arbitrios con fines no fiscales era su vertiente limitativa: “la verdadera entraña de los arbitrios con fines no fiscales resulta (...) de la observación de que, si bien están concebidos para lograr determinadas finalidades que, siendo de la competencia municipal, los Ayuntamientos no pueden conseguir por otros medios coercitivos, en verdad se reconoce que son ineficaces para obtenerlas. La antinomia conceptual de tales arbitrios es evidente: si cumplen la finalidad no fiscal para la que nacen, desaparecen; si no la cumplen, persisten como exacciones, pero se evapora su aparente razón de ser. Solamente podrían cumplir la finalidad de su imposición mediante la exigencia de tipos de carácter progresivo, de pago prácticamente prohibitivo, que impulsaran a los afectados a la realización o no realización de la actividad castigada de contrario con el arbitrio no fiscal; pero ello llevaría a situaciones odiosas que los Ayuntamientos no pueden provocar. Por consiguiente, la realidad es que se mueven en la segunda de las posiciones apuntadas, en el campo de las exacciones, porque tienden, no a evitar totalmente situaciones, sino a castigarlas”.

El mismo autor sostenía que “la denominación de «arbitrio con fines no fiscales» constituye una verdadera *contradictio in terminis*”, y que “no debe perderse de vista que la existencia de tan extraña figura de nuestro Derecho fiscal municipal –ya que los arbitrios con fines no fiscales solamente figuran como exacciones municipales, y no provinciales ni estatales– debe su origen a las necesidades económicas de las Corporaciones locales”(366). Por ejemplo, algunas exacciones que luego fueron consideradas arbitrios no fiscales, como los que recaían sobre canalones de desagüe a la vía pública, sobre puertas que abren al exterior, sobre tenencia de perros, etc., “proceden de muy antiguo, y concretamente de la Ley de Presupuestos de 21 de julio de 1878, que autorizó a los Municipios, cuando los recursos ordinarios no bastaran para ello, y con la finalidad de nivelar sus presupuestos, a establecer, en concepto de *extraordinarios*, arbitrios como los indicados”(367).

En todo caso, cabe insistir, se trataba de medidas de limitación, siendo notable su parecido, por lo demás, con las multas coercitivas, dado que no obligaban, pero compelián periódicamente (porque también los arbitrios se devengaban periódicamente). A este respecto, no es ocioso señalar que en el art. 162 de la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, se establecía un arbitrio con fines no fiscales sobre “edificación deficiente”, destinado a gravar solares en el casco de la población, construcciones no terminadas en los plazos concedidos y aquellos edificios que no alcanzaban la altura permitida por los Planes u Ordenanzas y que fuera normal en el sector. Algunos de estos “arbitrios” todavía se conservan, pero precisamente como multas coercitivas.

¹⁹ El destinatario de las ventajas, por lo demás, puede ser tanto una persona pública como privada. Si bien en la formulación inicial de JORDANA DE POZAS las medidas de fomento únicamente parecían poder destinarse a los particulares, la doctrina, y en particular Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pp. 300-301, corrigió su formulación en este punto, ampliando los posibles entes beneficiarios de la actividad de fomento a las Administraciones públicas. En el mismo sentido, Alberto GÓMEZ BARAHONA, “La legislación sobre incentivos económicos regionales”, *REALA* nº 255-256 (julio-diciembre 1992), p. 795, afirma que “la actividad fomentada no ha de ser exclusivamente privada, sino que puede ser actividad de otros entes públicos”.

²⁰ De hecho, el profesor José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 757, proponía precisamente sustituir el equívoco término de “actividad de fomento” por el de “actividad dispensadora de ayudas y recompensas”, al considerar que, precisando qué se dispensaba

Administración *para que* su beneficiario realice una determinada actividad. Las segundas se corresponderían con los beneficios otorgados *por* haberla realizado. La distinción, sin embargo, no descansa propiamente sobre una cuestión temporal, sino estructural.

El elemento esencial de las ayudas es el dato de su afectación, esto es, de la vinculación de la ventaja concedida a la realización de la actividad que justificó su concesión²¹. Como tendremos ocasión de señalar más adelante, la afectación presupone, en todo caso, un elemento de incertidumbre, en la medida en que la Administración ignora si el beneficiario realizará o no la actividad que se espera de él. En sentido contrario, el elemento de la afectación no existe en las recompensas. Su concesión no se hace depender de un hecho incierto y futuro, sino de la concurrencia de ciertos requisitos que ya son conocidos y que, precisamente por ello, permiten el otorgamiento del beneficio de que se trate.

Conviene aclarar por tanto y desde este momento, dada la especial relevancia que tendrá en relación con la subvención, que la afectación no es un elemento necesario e imprescindible de las técnicas propias de la actividad administrativa de fomento, sino solo de algunas de ellas. Así, la afectación sería un dato común a un cierto tipo de medidas de fomento, como ciertas subvenciones (las “subvenciones en sentido estricto”, a las que volveremos más adelante) o ciertas formas de cesión de bienes públicos, reguladas con carácter general en los arts. 145 a 151 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas²², siendo, probablemente, en relación con estas últimas donde mejor pueda contemplarse el elemento de la afectación²³. Pero esta afectación, aun siendo caracterís-

(ayudas y recompensas) se distinguía de la acción dispensadora por antonomasia: el servicio público. Aunque la propuesta no ha sido plenamente acogida por la doctrina, esta sí la ha visto con interés. En este sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, cit., p. 93, saluda la construcción de LÓPEZ-MUÑIZ como “un avance importante por relación a la tradicional noción de fomento”.

²¹ Para José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., pp. 759-760, que define “ayuda” como “la dispensación por el Poder público de un bien o derecho económico a un beneficiario, por cualquier medio directo o indirecto no constrictivo, sin contraprestación equivalente, al efecto de que lo aplique o destine a determinada actividad propia, a cuya financiación al margen del mercado de este modo públicamente se contribuye”, el dato esencial también es el de la afectación, en la medida en que las ayudas son, en todo caso, “*ventajas afectadas, beneficios vinculados* a cierta actividad del beneficiario”.

²² Vid., a mero título de ejemplo, el Acuerdo de 8 noviembre de 2005, del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se cede gratuitamente al Ayuntamiento de La Carlota (Córdoba), por un plazo de cuarenta años, el uso del silo de cereales de la citada localidad, con excepción de una de sus naves, con destino a almacén municipal y actividades y servicios de carácter sociocultural y socioeconómico (BOJA de 24 de noviembre). El punto tercero del acuerdo es del siguiente tenor literal: “Tercero. Si el bien cedido gratuitamente no fuera destinado al uso previsto o dejara de destinarse posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirá a la Comunidad Autónoma, integrándose en su patrimonio con todas sus pertenencias y accesiones sin derecho a indemnización”.

²³ En efecto, aunque no es posible afirmarlo con rotundidad, la idea de la afectación parece exigir la previa entrega del bien afecto, lo que se comprueba con especial claridad en las cesiones de bienes públicos: en ellos, el bien está afecto a un fin, sin embargo, es imposible verificar dicha afectación hasta que el bien haya sido

tica de las ayudas, no sería exigible de todas las técnicas propias de la actividad de fomento. De hecho, y en relación con las ayudas, ni siquiera se trataría de un elemento que se presente en términos absolutos, sino que admite un interesante grado de modulación.

Por ello, debe criticarse el derrotero seguido por nuestra jurisprudencia, que habla de un concepto de “fomento” que, aun alejándose del concepto de “fomento en sentido amplio” se identifica únicamente con la noción de “ayudas” defendida por LÓPEZ-MUÑIZ. Desde esta perspectiva, la actividad de fomento equivaldría, únicamente, a la concesión de ventajas afectadas a un fin, cuya consecución se estima beneficiosa para los intereses generales²⁴. Sin embargo, lo cierto es que existen técnicas propias de la actividad administrativa de fomento en las que no concurre afectación alguna, como ocurre, paradigáticamente, con los premios.

En quinto lugar, y finalmente, la actividad del beneficiario incentivada por la ventaja concedida por la Administración, y en atención a la cual se produce dicha concesión, debe ser útil para la satisfacción de algún interés general. Esto es, se parte de la premisa de que algunas de las actividades desarrolladas por los particulares sirven no solo para satisfacer sus propias necesidades, sino también ciertas necesidades sociales. Cuando ello sea así, las Administraciones públicas podrán, lógicamente, conceder ventajas a los administrados que realicen tales actividades. Con esta actuación, no hacen otra cosa que dar cumplimiento al art. 103 CE, si bien con la peculiaridad de hacerlo a través de un tercero interpuesto.

entregado. Ello implicaría, en relación con otras figuras, como las subvenciones, que la idea de la afectación, en rigor, únicamente podría predicarse en el caso de pagos adelantados, pero no cuando las subvenciones se abonan (como es la regla general, cfr. art. 34.3 LGS) tras la realización de la actividad. Solo en este caso puede hablarse de un “derecho-deber”, como hace José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 762 y nota 25 a pp. 763 y 764. Es decir, “no será posible cumplir la obligación de *aplicar* el beneficio a la actividad de que se trate –a lo que se concreta tal obligación– (...), mientras la ayuda no se perciba de hecho: al revés, por tanto, de lo que afirma FERNÁNDEZ FARRERES”.

²⁴ Así, de conformidad con la STS de 28 de mayo de 2008, Sección tercera, Ar. 5418 (ponente: ESPIN TEMPLADO), “en virtud de la actividad administrativa de fomento, la Administración pública atiende, de manera directa e inmediata, a lograr el progreso y el bienestar social, mediante el otorgamiento de ventajas, que pueden ser de contenido económico, al sujeto fomentado. Pero el otorgamiento de ventajas comporta, necesariamente, que la entidad fomentada cumpla las condiciones aceptadas. Así pues, el ejercicio de la potestad administrativa de fomento, además de generar una ventaja para el sujeto fomentado, crea una relación jurídica entre la Administración y el receptor de la ayuda, que queda vinculado, en virtud de la relación creada, por unas condiciones de inexcusable cumplimiento, por la siguiente razón: porque el incumplimiento solo produce «beneficio» al sujeto fomentado y no se satisface el interés público o interés social”. Párrafo que se contiene literalmente en otras muchas sentencias anteriores, como la STS de 20 de junio de 2007, Sección cuarta, Ar. 236638 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), que señala que también lo contienen las STS de 6 de junio de 2001, Ar. 5728 o 10044; SSTS de 13 de abril de 1998 (Ar. 3323), de 4 y 10 de febrero, 14, 16, 23 y 28 de junio, 13 de julio y 11 de octubre de 1999 (Ar. 884, 1525, 6024, 5170 o 5172, 7441). También la jurisprudencia menor se ha hecho eco de este párrafo. Así, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de mayo de 2005, Sección primera, Ar. 338 (ponente: CID PERRINO), relativa a la denegación de una ayuda para un proyecto de instalación de secadero y ampliación de patios de secado de la madera de una serrería de madera en Hontoria del Pinar (Burgos), y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de junio de 2005, Sección tercera, Ar. 752 (ponente: OLARTE MADERO), relativa a la denegación de una ayuda a los cítricos.

B. Inexistencia de un régimen jurídico único para la actividad administrativa de fomento

Una vez aclarado qué puede entenderse por actividad administrativa de fomento, aun debemos hacer alguna referencia a las consecuencias que puede tener la inclusión de una técnica o institución jurídica concreta dentro esta categoría. A este respecto, las ideas esenciales que conviene retener son dos: ni todas las técnicas propias de la actividad de fomento tienen un mismo régimen jurídico, ni todas las técnicas propias de la actividad de fomento son exclusivas de este modo de actividad.

Aceptada la división de los modos de actividad de la Administración, se plantean dos grandes posibilidades acerca de las consecuencias de esta división. En primer lugar, cabe sostener que “cada actividad o tipo de intervención supone la aplicación de un régimen jurídico diferenciado”²⁵. Frente a esta posición, y en segundo lugar, cabe negar la existencia de un régimen jurídico propio para cada forma de actividad, de modo que el régimen jurídico sería una cuestión estrictamente referida a las técnicas concretas (autorización, concesión, subvención, etc.) empleadas en cada momento por la Administración. En realidad, este segundo planteamiento, que consideramos el más acertado, parte de asumir una premisa no siempre explícita: la clasificación de los modos de actividad de la Administración se mueve en un ámbito político-administrativo y no jurídico-administrativo²⁶.

De esta forma, hablar de modos de actividad de la Administración equivaldría a hablar de “planteamientos” o “enfoques” empleados por la Administración para afrontar la manera de satisfacer intereses generales. Cada uno de estos modos de actividad engloba una serie de técnicas o instituciones jurídicas concretas, cuya frecuencia, en cada uno de ellos, será mayor o menor según su adaptación a cada uno de los “planteamientos”. Sin embargo, tales técnicas e instituciones jurídicas pueden encontrarse en más de uno de estos grupos, sin que ello suponga una modificación de sus respectivos regímenes jurídicos.

Así, hablar de técnicas propias de la actividad administrativa de fomento no implica que tales técnicas sean exclusivas de este modo de actividad, sino, como mucho,

²⁵ Ramón PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 8ª ed., 1996, p. 434.

²⁶ Por ello mismo, como denuncia Alfredo GALLEGU ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración”, *Libro homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1980, p. 257, “nadie ha podido hacer una distinción convincente entre la policía, el servicio público y el fomento, que tenga consecuencias jurídicas; [y] por ello mismo (...) la mencionada clasificación de la actividad administrativa no tiene sentido jurídico, ni conceptual ni institucionalmente, ya que en cada grupo de actividad se pueden encontrar las mismas técnicas o regímenes jurídicos”. El mismo autor afirma, además, que los conceptos de fomento y de servicio público son, estrictamente, términos político-administrativos.

que se trata de técnicas especialmente adecuadas y apropiadas en relación con el planteamiento político-administrativo que subyace en la actividad administrativa de fomento. Ello da lugar a que, dentro de esta última, puedan encontrarse técnicas propias de (es decir, más adecuadas a) las actividades administrativas de limitación o de servicio público²⁷. Y, del mismo modo, que técnicas propias (típicas) de la actividad administrativa de fomento sean también usadas en el ámbito de las actividades de limitación o de servicio público.

Son muchos los autores que han llamado la atención sobre este último aspecto, es decir, el uso de técnicas propias de la actividad administrativa de fomento en otros ámbitos, muy especialmente en relación con la subvención²⁸. De este modo, desde hace décadas se viene sosteniendo que la subvención, aun siendo una institución jurídica típica de la actividad administrativa de fomento, cubre “una multitud de fines distintos del propio y estricto del fomento”²⁹, afirmación que resulta especialmente acertada, según veremos, en relación con otras figuras distintas a la subvención pero hoy día incluidas dentro de su concepto legal, como las primas. Así ocurre con las “indemnizaciones” por sacrificio de ganado enfermo, las ayudas a centros concertados para garantizar la prestación del servicio público de enseñanza básica obligatoria y gratuita o los distintos pagos directos destinados a garantizar un nivel mínimo de renta.

No obstante, entre todas estas medidas quizás revistan un especial interés las subvenciones concedidas en el ámbito propio de la actividad administrativa de limitación para facilitar o promover el cumplimiento por los particulares de auténticos deberes y obligaciones, perfectamente exigibles e incluso susceptibles de ejecución forzosa. Se trata de actuaciones que vienen configuradas por el ordenamiento como deberes pero cuyo cumplimiento, al mismo tiempo, justifica la concesión de sub-

²⁷ En este preciso sentido, Ramón MARTÍN MATEO y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho Administrativo económico. El Estado y la empresa*, cit., p. 173, señalan la conveniencia de “descartar la clásica definición del fomento como actividad benévola voluntariamente aceptada en cuanto que estos estímulos tienen manifestaciones coactivas, bien para los productores o bien para los consumidores. Así, puede hacerse obligatorio el consumo de determinados productos u obligarse a la adquisición y entrega de los bienes a unos precios garantizados por el Estado, caso del trigo, lo que implica, además, una subvención”.

²⁸ De hecho, y como ha sido acertadamente puesto de manifiesto, “los sucesivos intentos doctrinales para caracterizar las subvenciones dentro de alguna de las modalidades de acción administrativa (técnica de fomento, modo gestor de servicios públicos, técnica contable-presupuestaria, técnica al servicio de una finalidad redistributiva del gasto público y de la renta) responden a la funcionalidad que en cada momento histórico le ha sido atribuida”, Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, “Las subvenciones y ayudas públicas en la Comunidad Autónoma de Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 8 (junio 1996), p. 355.

²⁹ José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 62. También Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 34-35, afirma que “la explicación de la subvención como técnica de fomento no basta para comprender su utilización masiva en el momento presente (...) la subvención es hoy en día una técnica de intervención económica más elaborada y con una finalidad genérica que no se agota, ni mucho menos, en la idea de fomento o incentivo”. En el mismo sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid, 2006, p. 31.

venciones, que se convierten, por tanto, en subvenciones concedidas para el cumplimiento de un deber³⁰.

En ocasiones, estas subvenciones, que son relativamente frecuentes en el ámbito agrícola, persiguen dirigir la actividad que se tiene obligación de cumplir, marcando el modo en que se estima más apropiado que se realice. Así, ante la obligación de sacrificar un rebaño de ovejas afectado de fiebre aftosa, cabría conceder subvenciones a quien no solo procediese al sacrificio, sino que, además, lo llevara a cabo conforme a determinadas normas de higiene o de bienestar de los animales que, sin ser obligatorias, se estiman deseables.

En otras ocasiones, probablemente las más frecuentes, estas ayudas no se configuran como subvenciones en sentido estricto, sino como primas, de modo que implican la entrega de una determinada cantidad dineraria a quien cumple con la obligación que le viene impuesta por el ordenamiento, simplemente por el hecho de cumplirla, sin mayores exigencias. Así, por ejemplo, el ordenamiento agrícola de la Unión prevé subvenciones en favor de los ganaderos obligados a sacrificar sus reses afectadas de ciertas enfermedades, simplemente por el hecho de sacrificarlas³¹, y la normativa española en materia fitosanitaria prevé, asimismo, ayudas al cumplimiento de obligaciones relativas a la fumigación o incluso al arranque de cultivos. Tales ayudas, generalmente, tendrán un marcado carác-

³⁰ En relación con estas ayudas, vid., Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, nota 170 a pp. 200-203, quien las excluye del concepto estricto de subvención al entender que “son modalidades resarcitorias que de alguna manera conectan directamente con otras instituciones –expropiación, responsabilidad extracontractual de la Administración, etc.–”. No obstante, y a pesar de que la distinción entre indemnización y este tipo de subvención pueda ser muy difusa, las subvenciones para el cumplimiento de un deber son verdaderas subvenciones, y no indemnizaciones. Conceptualmente, la clave se situaría en la inexistencia de un *damnum* antijurídico que deba ser reparado obligatoriamente por los poderes públicos y, consecuentemente, en la inexistencia de una acción indemnizatoria ejercitable contra la Administración. Así parece confirmarlo, por lo demás, la jurisprudencia, por ejemplo, en relación con las ayudas pagadas a las Organizaciones de Productores para la retirada de productos, ocasionalmente llamadas “Indemnización comunitaria de retirada”, pero que son jurídicamente primas. La STS de 25 de abril de 2007, Sección cuarta, Ar. 5779 (ponente: PICO LORENZO) identifica sin dudarlo a este tipo de medidas como medidas de fomento y, en concreto, como subvenciones, señalando que “a ello no es óbice la denominación de indemnización, pues lo que importa no es la forma de llamarse la institución sino su naturaleza intrínseca que se encuadra bajo la actividad de fomento de la que participan las subvenciones o ayudas (...) Dicha indemnización no debe ser considerada en el sentido literal de compensación por un perjuicio pues no se trata de [un] supuesto en que las instituciones europeas o nacionales fueren responsables de una acción que deberían indemnizar”.

³¹ La participación financiera de la Comunidad en determinadas medidas veterinarias y fitosanitarias, regulada en lo esencial por la Decisión del Consejo 90/424/CEE, de 26 de junio de 1990, relativa a determinados gastos en el sector veterinario [DO L nº 224, de 18.8.1990, p. 19], regula un sistema de apoyo a los gastos realizados por los Estados miembros en materia de policía veterinaria y fitosanitaria, así como los gastos generados por el funcionamiento normal de los servicios de la Unión en este sector. Valga como ejemplo de su aplicación la Decisión (2005/130/CE) de la Comisión, de 30 de diciembre de 2004, por la que se fija la ayuda financiera de la Comunidad para los costes operativos de la erradicación de la fiebre aftosa en el Reino Unido en 2001 [DO L nº 45, de 16.2.2005, p. 13], en ella, se fija una ayuda para los “costes operativos y otros gastos relacionados con la erradicación de la fiebre aftosa en el Reino Unido en 2001” (considerando 3º), incluyendo una ayuda financiera “para indemnizar a los propietarios por el valor de los animales sacrificados obligatoriamente en razón de las medidas de erradicación relativas a los brotes de fiebre aftosa registrados en 2001”.

ter “indemnizatorio” (sin ser, por supuesto, propiamente indemnizatorias), en la medida en que no atienden tanto a la realización de la actividad como a la situación en que queda el administrado tras su cumplimiento (un grave empobrecimiento, por ejemplo)³². Sin perjuicio de ello, y como tendremos ocasión de ver más adelante, su estructura jurídica es exactamente la misma que la de cualquier prima y, consecuentemente, entran dentro del concepto legal de subvención consagrado por el art. 2 LGS.

Se trata de una situación extraña, dado que primero se impone un deber de obligado cumplimiento a los particulares (por ejemplo, no perturbar el orden público en su aspecto de sanidad animal o vegetal) y después se les concede una subvención para ayudar a tal cumplimiento. Según indicamos más arriba, los medios de fomento tratan de “persuadir, convencer” a los particulares para que realicen una actividad o adopten un comportamiento con el que se satisfacen intereses generales. Aquí, sin embargo, no hay nada de lo que convencer: existe la obligación de actuar y, si no se actúa, la Administración podrá utilizar medios coactivos. Por tanto, puede afirmarse que se trata de situaciones en las que una medida típica de la actividad administrativa de fomento se inserta, plenamente, en la actividad administrativa de limitación e incluso en su modalidad más específica de actividad de policía.

2. Las ayudas públicas y el papel privilegiado de la subvención entre ellas

De lo dicho hasta ahora se desprende que las medidas propias de la actividad administrativa de fomento pueden adoptar muy diversas formas, correspondiendo a cada una de ellas un régimen jurídico propio. Dentro de ellas, sin embargo, parecen ocupar un lugar especialmente preeminente las medidas de contenido económico, en ocasiones reunidas bajo el rótulo específico de “ayudas públicas”³³.

³² En efecto, es probable que estas subvenciones puedan calificarse de excepciones al deber general que tiene el perturbador del orden público de soportar los gastos que la corrección de su conducta conlleva, y de ahí que pueda hablarse de “indemnizaciones”, en un sentido amplio. Se trata, por tanto, de excepciones al deber jurídico de estos particulares de soportar ciertos perjuicios. Eso sí, en el bien entendido de que “si estas excepciones no estuvieran consagradas, ningún derecho a indemnización existiría”, Manuel REBOLLO PUIG, “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP* n.º 54 (1999), nota 58 a p. 274. Íntimamente relacionado con ello, José ESTEVE PARDO, “La protección de la ignorancia. Exclusión de la responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *RAP*, n.º 161, (mayo-agosto 2003), critica el último inciso del art. 141 LRJPAC (“todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”), que permite que el legislador prevea ayudas incluso en aquellos casos en que los particulares tienen el deber jurídico de soportar el daño, lo que, en principio, los privaría del derecho a la indemnización, al entender que ello implica abandonar el debate de la antijuridicidad, propio del Estado de Derecho, para adentrarnos en el Estado prestacional o asistencial.

³³ Son numerosos los autores que identifican el término “ayudas públicas” con medidas de fomento de contenido económico. Por ejemplo, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 279, contempla las

A su vez, dentro de estas últimas ocuparía un lugar de honor la figura de la subvención³⁴.

De este modo, la doctrina ha señalado como ejemplos de medidas propias de la actividad administrativa de fomento, entre otras muchas, los anticipos reintegrables, el crédito oficial, con o sin bonificación de intereses, los avales, las bonificaciones y desgravaciones fiscales, las prestaciones en especie, tanto de bienes materiales y personales como de servicios, los premios y otras medidas honoríficas, la acción concertada, en sus distintas formas, que tuvo un gran predicamento en su momento³⁵, y, por supuesto, la subvención³⁶.

“ayudas públicas” como un “supraconcepto” en el que se engloban todos los “estímulos financieros con efectos económicos que directa o indirectamente fomentan o impulsan la realización de una determinada actividad considerada de interés general”. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, cit., p. 94, también considera que por “ayudas públicas” debe entenderse el conjunto de incentivos económicos en tanto que medios utilizados para intervenir en las actividades económico-privadas. Para Enrique MUÑOZ DE JUAN, “Las ayudas y subvenciones en el Derecho Comunitario”, *Auditoria Pública*, nº 13 y 14, junio de 1998, p. 72, finalmente, las ayudas públicas serían, también, “aquellos impulsos financieros que conllevan una ventaja patrimonial o económica en favor del beneficiario”.

También algunas normas con rango de ley parecen apostar por esta visión, así, en el Preámbulo de la Ley madrileña de subvenciones §.3 y .4, se afirma que “En un sentido amplio, la ayuda pública es una categoría que engloba un conjunto variado de figuras de distinta naturaleza jurídica y económica. Así pueden enumerarse determinadas actuaciones que bajo la forma de préstamos, beneficios fiscales, transferencias, subvenciones, etcétera, se conciben con la finalidad propia de la ayuda, pudiendo materializarse patrimonialmente mediante flujos económicos dinerarios o en especie. Bajo dicha concepción la presente Ley se centra en la ayuda pública tipo subvención bajo la forma de entrega dineraria, entendiéndose que es la figura que más demanda de una atención normativa”. En el mismo sentido, la Ley 50/1985, de incentivos regionales, consagra también el concepto de “ayudas”, distinguiendo dentro de las ayudas financieras entre subvenciones y bonificaciones de la cuota empresarial de la Seguridad Social.

En cualquier caso, este concepto de “ayudas públicas” no resulta de gran utilidad práctica, en la medida en que, dada la heterogeneidad de las figuras que incluye, no es posible desarrollar un régimen jurídico único y común a todas ellas. Por ello, quienes lo han intentado, en el recto entendimiento de que un régimen así sería deseable, como José Carlos LAGUNA DE PAZ, *La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas: las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991, pp. 179-182 y ss., no han podido ir más allá de marcar la aplicación a todas ellas de una serie de principios (igualdad, proporcionalidad, eficacia, legalidad, reserva de ley, sometimiento a control) comunes, en realidad, a toda actuación administrativa, y necesitados, en última instancia, de una mayor concreción en relación con cada medida específica.

³⁴ En este sentido, y entre otros muchísimos autores, Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones. (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 105-106, destaca la importancia de la subvención, en términos generales y en tanto que principal técnica de la actividad de fomento, afirmando que “no cabe duda de que en términos económicos, y en el Estado actual, las Administraciones públicas manejan un impresionante volumen de energías, de recursos y de fondos públicos en el ámbito de la clásica actividad de fomento. Dentro de esta las subvenciones y, en general, las medidas económicas de cualquier clase constituyen el principal medio de fomento, hasta el punto de que se produce prácticamente una equiparación entre ambos términos, sin perjuicio de que el fomento se presenta, como es sabido y ha sido clásicamente caracterizado en nuestra doctrina, bajo fórmulas muy diversas”. En el mismo sentido, Enrique MUÑOZ DE JUAN, “Las ayudas y subvenciones en el Derecho Comunitario”, cit., p. 72. Otros autores inciden, además, en que su uso masivo es propio de los Estados modernos. Así, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 25, sostiene que la subvención se configura como un “instrumento decisivo en la política social y económica del moderno Estado Social y de Derecho”.

³⁵ En relación con esta figura, a la que volveremos a hacer referencia en un capítulo posterior, y su discutida naturaleza jurídica (que llegó a calificarse de “verdadera *crux jurisconsultorum*”), vid., Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...”, cit., y Javier SALAS HERNÁNDEZ, “El régimen de acción concertada”, *RAP* nº 56 (mayo-agosto 1968), *in totum*.

³⁶ A mero título de ejemplo, puede verse un variado catálogo de estas medidas referidas a dos ámbitos sectoriales concretos en Ramón MARTÍN MATEO, “La promoción de la investigación y el desarrollo”, *REDA* nº

La subvención, por tanto, debe contemplarse como una figura jurídica típica, con rasgos propios³⁷, y, además, como una verdadera institución jurídica-administrativa³⁸, de modo que puede afirmarse que la expresión “subvenciones públicas”, no del todo infrecuente en el ordenamiento, la doctrina y la jurisprudencia, resultaría ser un pleonismo. Así, si toda subvención es una ayuda pública, no ocurrirá lo mismo a la inversa, dado que no todas las ayudas públicas serán, necesariamente, subvenciones. Debe rechazarse, por tanto, “la consideración genérica y consiguiente tratamiento indiferenciado de todos aquellos medios de acción administrativa que (...) quedan caracterizados por dar lugar a un beneficio económico concedido por un ente público que acrecienta, de esa manera, el patrimonio de otra persona jurídica o física, pública o privada, por razones de interés público”³⁹. Tal indiferenciación quizá pueda

27 (octubre-diciembre 1980), p. 546, y Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, “La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas”, *RAP* n° 108 (septiembre-diciembre 1985), p. 373.

³⁷ En este sentido, cabe rechazar la propuesta de José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985, de trasladar a nuestro ordenamiento el concepto de *Subvention*, propio del Derecho alemán, bajo el nombre de “subvenciones” o “subvenciones a la economía”. Se trata este de un concepto de base amplia y vértice estrecho, dado que, por un lado, abarca todas las figuras jurídicas que impliquen la concesión de un beneficio, pero, por el otro extremo, sólo incluye las que vayan destinadas al fomento de la economía. Se desdeñan, por tanto, las ayudas que persigan fines sociales, culturales, asistenciales, etc.

En realidad, y como hemos visto que acontecía con el concepto de “ayudas públicas”, no existe interés jurídico en sostener un concepto tan amplio de “subvención”, dado que las medidas agrupadas bajo este concepto siguen manteniendo un régimen jurídico propio. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español”, *RAP* n° 113 (mayo-agosto 1987), pp. 42-44. Por otro lado, distinguir entre subvenciones económicas y no económicas por el simple criterio del fin al que cada una va destinado constituye, en buena medida, una arbitrariedad basada en otra arbitrariedad, dado que tan arbitrario resulta decidir que el criterio para el estudio de las subvenciones debe ser su pertenencia al ámbito económico como la decisión de qué se entiende por ámbito económico (piénsese, en este sentido, cómo la intervención pública en la agricultura, ha tenido en todo tiempo un marcadísimo carácter social). En última instancia, debe advertirse de que esta visión ha generado problemas en la doctrina penalista, en la medida en que algunos autores (vg., MUÑOZ CONDE), siguiendo a la doctrina alemana, entendían que el art. 350 CP (hoy art. 308 CP) solo protegía a las subvenciones de fomento de actividades económicas, excluyendo las de contenido social o cultural. Esta interpretación implicaba la impunidad de las conductas referidas al segundo tipo de subvenciones. Vid., Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Mercedes PÉREZ MANZANO y Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 630, en relación con el antiguo art. 350 CP, así como LORENZO MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español (parte especial)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 555, en relación con el nuevo art. 308 CP. Debe aclararse, sin embargo, que el mismo FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 18ª ed., 2010, p. 1.065, acepta actualmente que el concepto de subvención manejado por el legislador en el art. 350 CP se refiere a “cualquier forma de atribución gratuita de contenido patrimonial, con independencia (...) de la finalidad que con ella se pretenda conseguir (fines económicos, sociales o culturales)”.

³⁸ En este sentido, señalaba Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, *RAP* n° 42 (septiembre-diciembre 1963), p. 60, cómo uno de los caracteres de la subvención es el ser “una institución autónoma dentro del campo del Derecho público”, es decir “con una regulación específica y distinta de una serie de figuras que se pueden considerar afines”.

Se trata, además, de una figura jurídico-administrativa, una construcción propia y exclusiva del Derecho público, sin parangón posible en el Derecho privado, ni tan siquiera a efectos de intentar determinar patrones comunes o “supraconceptos”, como ya denunciara Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 333. En este sentido, Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n° 213, 1991, p. 424, rechaza la jurisprudencia que habla de donación de Derecho Administrativo, modal o con asunción de cargas, afirmando que se no se trata de una figura de derecho privado sino de “una figura típica de Derecho administrativo”, con la consecuencia de que “no puede ser aplicado supletoriamente el Derecho civil que regula las donaciones”.

³⁹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 71.

admitirse en el ámbito del Derecho de la competencia o del Derecho económico penal, en los que los términos “ayuda” o “subvención” presentan la imprecisión propia de unos conceptos a los que se exige cierta adaptabilidad. Ahora bien, en el ámbito administrativo estos mismos términos cumplen una misión de “conceptos instrumentales” o “conceptos jurídicos ordenadores”, es decir, “deben tener un significado definido, porque su función se cumple siendo precisos”⁴⁰. De este modo, si desde la perspectiva del Derecho de la competencia o el Derecho económico penal la naturaleza y el régimen jurídico administrativo precisos de cada una de las figuras que se integran en el amplio espectro de las “ayudas públicas” puede ser irrelevante⁴¹, muy otra es la realidad del Derecho Administrativo. En esta rama del ordenamiento estos conceptos adquieren la especial relevancia que se deriva de que a partir de ellos se deducirá el específico régimen jurídico aplicable a cada caso⁴².

Esta situación justifica los esfuerzos desplegados por doctrina y jurisprudencia para aislar un concepto válido de subvención⁴³, a los que se acompañó una exigencia

⁴⁰ Vid., sobre estos conceptos, FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, en *REVL*, n.º 211 (julio-septiembre 1981), p. 414, quien remite, a su vez, a Fernando SÁINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

⁴¹ Las ayudas públicas son contempladas, en ambos casos, como transferencias económicas procedentes de un poder público. Se trata, por tanto, de un punto de vista fáctico, económico, pero no jurídico. El ropaje jurídico que envuelva la transferencia económica es completamente irrelevante, siempre que esta proceda de un poder público. Así, puede deberse a un negocio jurídico público o privado, puede ir dirigido a una persona pública o privada, puede regirse por el Derecho público o el privado... siendo, en todos los casos, irrelevante. Ello resultaría de que, en el Derecho de la Competencia, se persigue evitar una situación fáctica, cual es la distorsión de la competencia por intromisiones ilegítimas del poder público en el mercado, mientras que en el Derecho económico penal se pretende proteger los intereses financieros de la Hacienda pública, sin que a dicha finalidad aporte nada la forma en que se haya dispuesto de ellos. Por ello mismo, no debe extrañar que el concepto de subvención recogido en el art. 2 LGS sea mucho más limitado y estrecho que el de ayuda pública, tal y como no se ha cansado de repetir la doctrina. A modo de ejemplo, y entre otros muchos, SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento*, Iustel, Madrid, 2ª ed., 2006, p. 1.258.

⁴² No hay que olvidar a este respecto un dato importante: el principio de tipicidad, del cual “deriva la inoperancia de la calificación que se le dé al acto, pues despliega los efectos de su tipicidad, aunque los vocablos utilizados sean distintos”, JOSÉ ANTONIO GARCÍA TREVIANO FOS, *Los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 108.

⁴³ Aunque pueda resultar tedioso, resulta interesante repasar algunas de las definiciones dadas a la institución de la subvención por parte de la doctrina.

- Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, cit., p. 100: “atribuciones patrimoniales, dinerarias o no, que se conceden a fondo perdido y afectadamente al fin que justifica su otorgamiento por un ente jurídico-administrativo o, incluso, por una persona jurídico-privada en el ejercicio de funciones públicas delegadas, a favor de un particular”.
- Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 422: “atribución patrimonial a favor del beneficiario que funciona como un gasto de transferencia, salida de dinero público, o la cesión de parte de bienes económicos”.
- Julio NIEVES BORRERO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 28: “donación modal *ob causam futuram*, de Derecho administrativo, por la cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de rango inferior o de un particular –que tengan jurídicamente la condición de terceros– con una finalidad de interés general, pero específica y determinada”.
- Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, pp. 455-456: “se entiende por subvención un modo gestor mediante el cual una entidad local o un particular se encarga de la realización de una actividad concreta de interés general, en su exclusivo beneficio inmediato,

continua, dirigida a los poderes públicos, para la aprobación de una Ley reguladora tanto de dicho concepto como de su correspondiente régimen jurídico⁴⁴. El resultado, como ya hemos avanzado, fue la promulgación de la Ley 38/2003, de

utilizando capitales propios junto con otros aportados o garantizados por un organismo administrativo superior, y con arreglo a las normas generales previamente establecidas por dicho organismo”.

- Enrique MUÑOZ DE JUAN, “Las ayudas y subvenciones en el Derecho Comunitario”, cit., p. 72: “atribución patrimonial que un ente administrativo otorga a título no devolutivo y afecto al cumplimiento de una determinada carga a favor de personas privadas”.
- María Asunción ERICE ECHEGARAY, “Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas: la importancia del Reglamento del procedimiento para su concesión (Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre)”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 18 (1994), p. 183: “toda atribución patrimonial directa (...), a fondo perdido, consistente en una suma dineraria o, excepcionalmente, en una entrega *in natura* (...), otorgada por una Administración pública en favor de personas o entidades públicas o privadas, con el fin de que estas realicen un determinado comportamiento –de hacer o de abstenerse–, considerado de interés general y a cuya plena y efectiva realización aquella queda vinculada”.
- Rosalía CANTÓN VÁZQUEZ, Rafael CARMONA RUIZ y Enrique GONZÁLEZ POL, “La política de subvenciones de las Administraciones públicas”, *Auditoria Pública* nº 8 (enero 1997), p. 23: “[las subvenciones] constituyen un auténtico gasto público que se atribuye a fondo perdido, por lo que hay un desplazamiento patrimonial real de la titularidad de los bienes, siendo necesario resaltar que estos fondos están afectados al cumplimiento de un fin”.
- Miguel FIGUEIRA LOURO, “Las subvenciones y los planes de inversiones”, *REVL* nº 123 (mayo-junio 1962), p. 372, en términos amplísimos, define subvención como “cantidad que se entrega o concede como auxilio, socorro o ayuda para alguna finalidad”.

En ocasiones, las definiciones se sustituyen con una enumeración de los elementos característicos del concepto de subvención: Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, “Las subvenciones y ayudas públicas...”, cit., p. 356, “1) una atribución patrimonial, 2) a fondo perdido, 3) otorgada por una Administración pública, 4) afectada a un fin de carácter público o social”. En la misma línea, Luis REQUERO IBÁÑEZ, “El régimen jurídico de las subvenciones locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 0 (octubre 2002), p. 46, destaca “la idea de transmisión o desplazamiento patrimonial”, “la idea de contraprestación, lo que hace que sea *a fondo perdido*”, “la afectación a un fin público” y que “el destinatario es antes que nada un particular”.

Por su parte, tuvo cierta fortuna en la jurisprudencia una cierta concepción de la subvención como “acto administrativo de disposición modal de fondos públicos sujeta, por tanto, al cumplimiento de la carga que supone su finalidad o causa”, recogida, entre otras por tres STS de 15 de abril de 2002.

Cabe, finalmente, recordar que existían varias definiciones legales de la subvención con anterioridad a la LGS, repartidas en normas autonómicas (v.gr., en el art. 224 de la Ley aragonesa 7/1999, el art. 118 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña, Decreto 179/1995, de 13 de junio, o el art. 1 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid), o incluso nacionales, como la del art. 24 RSCL o la del art. 74 de la vieja Ley de Obras públicas, conforme al cual “se entiende por subvención (...) cualquier auxilio directo o indirecto de fondos públicos” (de la lectura de esta Ley, sin embargo, se llegaría a la conclusión de que esta “subvención” era, en realidad, un pago enmarcado entre otros derechos y obligaciones parte de una concesión administrativa).

Todas estas definiciones, sin perjuicio de sus importantes coincidencias, tenían además en común el método desarrollado para elaborarlas, basado en una actividad inductiva. De este modo, a partir de las diversas ayudas que se agrupaban bajo el nombre de subvenciones, se extraía la institución jurídica, basada en un mínimo denominador común.

⁴⁴ La propia LGS, en su Exposición de Motivos § 1 reconoce que: “el Tribunal de Cuentas y un creciente sector de la doctrina han venido propugnando la elaboración de una ley general de subvenciones que resuelva definitivamente la situación de inseguridad jurídica y las lagunas que todavía subsisten”. En efecto, fueron muchos los autores que, hasta el año 2003, lamentaron la inexistencia de una LGS y reclamaron su aprobación al legislador. Sin el menor ánimo exhaustivo, vid., a este respecto, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 77 y 277-278; Rafael MUÑOZ LÓPEZ-CARMONA en el “Prólogo” a José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, BOE, Madrid, 4ª edición, 2004; Agustín MURILLO CERRATO, “Distinción entre «justificación» y «cuenta justificativa» de las subvenciones recibidas por las entidades locales”, *Revista de Hacienda Local*, nº 90 (septiembre-diciembre 2000), cit., p. 877; María Asunción ERICE ECHEGARAY, “Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas...”, cit., p. 181; Rosalía CANTÓN VÁZQUEZ, Rafael CARMONA RUIZ y Enrique GONZÁLEZ POL, “La política de subvenciones de las Administraciones públicas”, cit., p. 23; Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, “Las subvenciones y ayudas públicas...”, cit., p. 392; así como otros muchos autores citados por Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., en nota 2 a p. 23.

17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobada tras una rápida tramitación parlamentaria⁴⁵, a la que acompañaría poco después la adopción del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba su Reglamento, ambas normas con carácter parcialmente básico.

3. La aprobación de la Ley General de Subvenciones y la fijación de un concepto legal de subvención

La aprobación relativamente tardía de una Ley General de Subvenciones no fue resultado de la casualidad. En efecto, existían ciertas cuestiones que entorpecían la adopción de una Ley de estas características. Entre ellas cabe indicar, en primer lugar, el “halo de bondad” que tradicionalmente ha rodeado a las medidas propias de la actividad administrativa de fomento y, por lo tanto, también a la subvención. El hecho de que estas medidas impliquen, en todo caso, la concesión de una ventaja en favor de un particular, determinó que, durante mucho tiempo, las subvenciones no terminaran de encajar en el binomio libertad-autoridad, por lo que no se consideraba especialmente urgente ni necesario someter la actuación administrativa en este ámbito a los límites y reglas del Derecho que, sin embargo, sí se estimaban imprescindibles en relación con las actividades de limitación, que sí incidían clara y desfavorablemente sobre la libertad y la propiedad de los particulares⁴⁶.

En segundo lugar, también dificultaba su regulación el hecho de que la subvención se defina como una figura a caballo entre el Derecho Administrativo y el Derecho Financiero, en la medida en que constituye, al mismo tiempo, una actividad administrativa y una modalidad de gasto, lo que ha permitido hablar de su “carácter bifronte”⁴⁷.

⁴⁵ El anteproyecto de Ley de Subvenciones fue presentado a la prensa por el Secretario de Estado de Presupuestos y Gastos, Ricardo MARTÍNEZ RICO, el 8 de mayo de 2003, siendo aprobado por el Consejo de Ministros ese mismo mes de mayo. Una vez presentado a las Cortes, el proyecto de Ley fue tramitado por el procedimiento de urgencia, quedando aprobada la Ley, como ya se ha indicado, el 17 de noviembre de 2003 y siendo publicada en el BOE al día siguiente.

⁴⁶ A partir de esta situación, se ha señalado la posibilidad de que también se hubiera formado un cierto interés de la Administración en mantener parcelas de discrecionalidad. Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 74-75.

⁴⁷ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 34. De esta situación se ocupó detenidamente Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 27-34, haciendo un examen particular de la argumentación de autores como BAENA DEL ALCÁZAR, Jean RIVERO o BAYÓN MARINÉ. Vid., en sentido similar, Rafael MUÑOZ LÓPEZ-CARMONA, en “Prólogo” a José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 29.

En realidad, la subvención no supone solo una intersección entre los ámbitos propios del Derecho Administrativo y el Derecho Financiero. Por el contrario, la subvención es tierra de encrucijada en la que también confluyen el Derecho constitucional (constitución económica, construcción del Estado social, distribución de competencias entre Estado y CCAA, legalidad presupuestaria y financiera, justicia del gasto público, etc.), el Derecho penal (arts. 306, 308, 309, 627 y 628 CP) y el Derecho mercantil o, más propiamente, el Derecho de la Competencia. Vid., Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 39-48.

No obstante, frente a estas dificultades, y dejando aparte otros argumentos que también parecían desaconsejar la aprobación de una norma de estas características⁴⁸, se fueron acumulando otras razones que aconsejaban o abiertamente exigían su adopción. Entre ellas, por supuesto, destacaba la simple necesidad de seguridad jurídica, de modo que se acabase con el casuismo y se garantizase “un tratamiento único a las subvenciones, evitando la regulación dispar y la existencia de lagunas”⁴⁹, a lo que se sumaba, sobre todo, la adquisición de una plena conciencia de que las medidas propias de la actividad administrativa de fomento, y entre ellas la subvención, aun basándose en actos favorables para los administrados, podían vulnerar derechos y libertades⁵⁰. Esto es, que la relación jurídica subvencional sí podía encajar, si bien de un modo peculiar, en el “binomio libertad-autoridad” antes referido. De este modo, resultaba esencial dejar claras las potestades de la Administración en cuestiones tan medulares como los casos de incumplimiento y las consecuencias derivadas de ellos, atendiendo, en especial, a que las normas reguladoras de cada subvención concreta no siempre hacían previsión de ello.

⁴⁸ Aparte de las cuestiones competenciales, sobre las que volveremos el próximo capítulo, se dudaba, dado el carácter coyuntural de la mayor parte de las subvenciones, de la oportunidad de regularlas mediante norma con rango de ley. Frente a la rigidez de este tipo de norma, se destacaba, precisamente, la flexibilidad del reglamento, lo que hacía preferible una norma que, simplemente, se limitase a habilitar a la Administración para que pudiera utilizar el instrumento de la subvención. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 54. En realidad, estos temores doctrinales carecían de fundamento, dado que la pretensión de aprobar una Ley General de Subvenciones aspiraba a establecer los fundamentos de la regulación jurídica de esta figura, su régimen jurídico general, dejando las especificidades de cada caso concreto a las regulaciones concretas de cada subvención (sus “bases reguladoras”), generalmente aprobadas, estas sí, mediante normas reglamentarias.

⁴⁹ José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, *Cuadernos de Derecho Local*, n° 5 (junio 2004), p. 35.

⁵⁰ Destaca, en este sentido, la temprana alerta dada por José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Subvenciones e igualdad. STS 3ª, 28 mayo 1985, y STC 2ª, 39/1989, 16 de febrero”, *REDA* n° 65 (enero-marzo 1990), pp. 119-129, sobre la importancia de regular el régimen jurídico de las subvenciones y de extenderle algunos principios básicos, como el de igualdad: “en el régimen jurídico de las ayudas públicas (...) juega cabalmente un papel de la mayor relevancia el básico principio de igualdad, correctamente entendido como exigencia de *justificación objetiva y razonable* para que desde el Poder público sea dispensable un *tratamiento diferente* en supuestos de hecho iguales o similares, o, lo que es lo mismo, prohibición de discriminaciones injustas en la actuación, al menos, de los Poderes públicos”, p. 119. De este modo, denunciaba una “aun bastante extendida insensibilidad jurídica respecto a los efectos y dimensiones de las ayudas públicas, que se traduce, en efecto, en una especie de inercia benevolente hacia un modo de actuar de la Administración que no consiste aparentemente en «hacer daño» y que sirve para hacer la política económica y social que el gobierno correspondiente estima más conveniente con toda su legitimidad democrática”, pp. 120-121 y 127. En el mismo sentido, y como advertía César ALBINANA GARCÍA-QUINTANA, “Criterios constitucionales sobre la subvención pública”, *Presupuesto y Gasto público* n° 21 (1984), p. 206, a raíz de un comentario a la STC de 14 de febrero de 1985, sobre subvenciones a sindicatos más representativos, “está fuera de toda discusión” que “la subvención puede ser un mecanismo de discriminación en manos de los Poderes públicos”. A este respecto, “el trato diferencial no sólo ha de ser fundamentado o razonado, sino que su prueba corresponde al órgano público que asigne la subvención”.

Vid, también, en el ámbito del Derecho comparado, el estudio de Gérard MARCOU, “L’information du citoyen et les aides publiques à la presse. À propos de la réforme du régime fiscal de la presse”, *Revue du Droit Public*, 1978, pp. 1.273 y ss., sobre los efectos de las exenciones fiscales concedidas a la prensa y de sus consecuencias sobre la libertad de información como manifestación de la libertad de expresión. En particular, es interesante destacar que, en Francia, “la existencia de un régimen fiscal privilegiado a favor de la prensa es antiguo, dado que fue una Ley de 25 de abril de 1844, la que introdujo la exoneración de patente para los “editores de hojas periódicas” (...) Es anterior, por tanto, a la propia consagración de la libertad de prensa por la Ley de 20 de julio de 1881”, p. 1.274.

A lo anterior se sumarían otras motivaciones, como la de formalizar las soluciones jurisprudenciales que, en ausencia de una normativa clara, habían combatido la situación preexistente de incertidumbre e inseguridad jurídica⁵¹, o la de adecuar todas las actuaciones nacionales en materia de gasto público a las exigencias de la Unión relativas a la estabilidad presupuestaria⁵².

En todo caso, la mejor prueba de la necesidad de dotar a las subvenciones públicas de un régimen jurídico general normativizado se encuentra en los numerosos antecedentes normativos que jalónaron el camino que condujo a la aprobación de la LGS.

En el ordenamiento jurídico estatal, y dejando de lado los arts. 23 a 29 previstos en el RSCL para la regulación de la actividad de fomento de los Entes locales, las primeras regulaciones generales del instituto de la subvención, con rango legal, se contienen en diversas Leyes de Presupuestos aprobadas en los primeros años ochenta. En la medida en que se trataba de leyes de vigencia limitada en el tiempo, tales preceptos debían renovarse cada año, bien repitiendo la misma redacción, bien añadiendo alguna precisión nueva. En todo caso, se trataba de preceptos de aplicación exclusiva a las subvenciones concedidas por la Administración General del Estado, sin perjuicio de que muchas CCAA aún estaban en fase de formación, lo que hacía que la AGE fuera quien gestionara el grueso de las subvenciones públicas en toda la nación, y de que, vía art. 149.3 CE, podían ser aplicados de manera supletoria.

En concreto, la primera regulación en una norma con rango de ley de las subvenciones concedidas con cargo a fondos del Estado (sin perjuicio de algún antecedente en Leyes de Presupuestos anteriores⁵³) apareció en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1985. En dicha Disposición se establecía que:

“Las ayudas y subvenciones concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado que no tengan en los mismos asignación nominativa lo serán con arreglo a criterios de publicidad, concurrencia y objetividad en la concesión. A

⁵¹ La doctrina ha destacado el papel esencial de la jurisprudencia en la elaboración de reglas que luego han sido consagradas por el legislador en la LGS. En este sentido, vid., Daniel CUADRADO ZULOAGA, “Reintegro de subvenciones”, *Actualidad Administrativa* nº 2 (enero 2009), p. 212.

⁵² José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 34, ha sostenido como una de las principales causas que motivó la aprobación de la LGS “la necesidad de limitar el gasto público en aras de la estabilidad presupuestaria” y la “limitación de las ayudas de Estado”. En realidad, estas afirmaciones, que encuentran sostén en el propio preámbulo de la LGS, se encuentran bastante lejos de la realidad. La LGS no guarda relación alguna ni incide en la limitación del gasto público. Si acaso, incide en su mayor eficiencia, pero ello no constituiría novedad alguna, sino que sería una exigencia bien establecida en nuestro ordenamiento, dimanante del art. 31.2 CE.

⁵³ Por ejemplo, en la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, que estableció en una disposición adicional la exigencia de criterios de publicidad, concurrencia y objetividad y el deber de aprobar las normas reguladoras antes de la concesión.

tales efectos y por los Ministerios correspondientes se establecerán, en caso de no existir, y previamente a la disposición de los créditos, las oportunas normas reguladoras de la concesión.

Por el Ministerio de Economía y Hacienda se determinarán, en relación con las diferentes normas reguladoras de la concesión de subvenciones, los requisitos que para cada caso se estimen pertinentes, al objeto de acreditar el cumplimiento por parte de los concesionarios de las subvenciones, de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social⁵⁴.

Casi simultáneamente, se aprobó la Ley 50/1985, de 23 de diciembre, de incentivos regionales, que contó, además, con un profuso desarrollo reglamentario⁵⁵ y cuyo carácter sectorial no impidió que sirviera de base a un importante cuerpo jurisprudencial sobre el que se han asentado, en buena medida, las subsiguientes regulaciones legales generales en materia de subvenciones.

La situación de artículos reguladores de las subvenciones estatales aprobados con cada Ley de Presupuestos acabaría con el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (TRLGP) aprobado por Real Decreto-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. En él se introdujeron dos brevísimos artículos, el art. 81 y el art. 82, en los que se consagraba la misma redacción que había venido repitiéndose en las Leyes de

⁵⁴ El precepto, desde luego, “parte de una cierta indefinición terminológica (ayudas y subvenciones), pero constituye el primer esfuerzo de delimitación conceptual de las subvenciones (...) Son subvenciones, para el legislador, todas aquellas que sean concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado sin que en ellas aparezca una asignación nominativa”, Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de Catalunya* nº 3 (1992), p. 648.

⁵⁵ La Ley fue desarrollada, en un primer nivel, por el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, y por la Orden de 17 de enero de 1989 (BOE de 24 de enero de 1989). En un segundo escalón, se dictaron numerosos Reales Decretos delimitando las distintas zonas promocionables según las propias previsiones de la Ley. De conformidad con la Ley, podían demarcarse tres tipos de zonas:

- Zonas con menor nivel de desarrollo, que tomaron cuerpo a través de la creación de las “Zonas de promoción económica” de Asturias (Real Decreto 487/1988, de 6 de mayo), Murcia (Real Decreto 488/1988, de 6 de mayo), Castilla-La Mancha (Real Decreto 489/1988, de 6 de mayo), Cantabria (Real Decreto 490/1988, de 6 de mayo), Aragón (Real Decreto 491/1988, de 6 de mayo), Galicia (Real Decreto 568/1988, de 3 de junio), Canarias (Real Decreto 569/1988, de 3 de junio), Castilla y León (Real Decreto 570/1988, de 3 de junio), Andalucía (Real Decreto 652/1988, de 24 de junio), Melilla (Real Decreto 1129/1988, de 30 de septiembre), Ceuta (Real Decreto 1130/1988, de 30 de septiembre), Extremadura (Real Decreto 1389/1988, de 18 de noviembre) y Valencia (Real Decreto 883/1989, de 14 de julio).
- Zonas industrializadas que se encuentran en declive, que dieron lugar a las “Zonas industrializadas en declive” de El Ferrol (Real Decreto 21/1988, de 21 de enero), Cantabria (Real Decreto 482/1988, de 6 de mayo), Asturias (Real Decreto 484/1988, de 6 de mayo), País Vasco (Real Decreto 571/1988, de 3 de junio) y Extremadura (Real Decreto 1388/1988, de 18 de noviembre).
- Zonas cuyas específicas circunstancias así lo aconsejen, que no llegaron a formarse.

Muy crítico con ella, Alberto GÓMEZ BARAHONA, “La legislación sobre incentivos económicos regionales”, cit., pp. 790-791 y 802, denunció que esta Ley decía tener “los ambiciosos objetivos de simplificar y racionalizar las diversas figuras de incentivación a las inversiones existentes, de adoptar las ayudas con finalidad regional a los criterios de la Comisión de las Comunidades Europeas y de adoptar el sistema de incentivos regionales a la nueva organización territorial del Estado” y que, sin embargo, en la práctica no fue “más allá de ser una deficiente y urgente ordenación de los incentivos estatales para poder acceder a las ayudas del FEDER”.

Presupuestos Generales de los años anteriores. La principal aportación del TRLGP, en consecuencia, no fue tanto de contenido como de forma, al dotar de estabilidad a estas previsiones, que dejaban así de tener que ser aprobadas cada año⁵⁶. Sería muy poco después, en 1991, y a través de una modificación realizada por la Ley de Presupuestos Generales para 1992, cuando se reformaran en profundidad los arts. 81 y 82 TRLGP, dando lugar a una regulación mucho más amplia y sistemática⁵⁷.

El grupo normativo estatal previo a la LGS se cerraría en 1993, con la aprobación, dentro del grupo de normas reglamentarias adoptadas en desarrollo de la LRJPAC, del Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de procedimiento para la concesión de subvenciones públicas.

Paralelamente a este proceso, también fueron apareciendo numerosas normas autonómicas, muchas de ellas con rango de ley, reguladoras de la figura de la subvención en sus respectivos territorios. En ocasiones, se siguió la misma técnica de introducir mínimas regulaciones de las subvenciones en las Leyes de Presupuestos⁵⁸. Otras veces se trató de leyes específicamente dedicadas a la regulación de las subvenciones. En la mayor parte de los casos, sin embargo, estas regulaciones autonómicas se redujeron a varios artículos introducidos en sus respectivas Leyes de Hacienda. Todas ellas, sin embargo, se vieron afectadas por la aprobación de la

⁵⁶ La primera redacción de ambos artículos establecía lo siguiente:

“Art. 81. Las ayudas y subvenciones que se concedan con cargo a los Presupuestos Generales del Estado lo serán con arreglo a criterios de publicidad, concurrencia y objetividad en la concesión.

A tales efectos y por los Ministerios correspondientes se establecerán, caso de no existir y previamente a la disposición de los créditos, las oportunas normas reguladoras de la concesión.

No será necesaria publicidad cuando las ayudas o subvenciones tengan asignación nominativa en los Presupuestos Generales del Estado o su otorgamiento y cuantía sean exigibles de la Administración en virtud de normas con rango legal. Los beneficiarios de las subvenciones habrán de acreditar previamente al cobro y en la forma que se determine por el Ministerio de Economía y Hacienda, que se encuentran al corriente de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social.

Art. 82. Cuando las órdenes de pago libradas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado correspondan a subvenciones a favor de Entidades públicas o privadas, Empresas o personas en general, sus perceptores vendrán obligados a justificar en la forma que reglamentariamente se determine, y ante el Ministerio de Economía y Hacienda la aplicación de los fondos recibidos”.

⁵⁷ El modo en que se introdujo la reforma de los arts. 81 y 82 en el TRLGP ha sido criticado por la doctrina, recordando que en la posterior STC 237/1992, de 15 de diciembre, se exigió que “en la Ley de Presupuestos exista una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos”, José María GIMENO FELIÚ, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad de las medidas de fomento...”, cit., nota 64 a p. 170.

En sentido parecido, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “Régimen jurídico de las subvenciones estatales en la Ley de Presupuestos 31/1990, de 27 de diciembre”, *RVAP* n° 30/1991, p. 240 afirmaba que, “pese a no considerar un acierto la regulación del régimen jurídico de las subvenciones en una norma de las características de la Ley de Presupuestos, tanto por lo inusual como porque su función primordial no es precisamente fijar las reglas básicas y fines específicos con arreglo a los cuales distribuir las subvenciones, existen razones de suficiente peso que hacían, en unos casos, conveniente y, en otros incluso necesarios, desde el punto de vista constitucional, la regulación por ley de esta forma de actividad administrativa en su doble consideración de la función de fomento como actividad de prestación y de intervención administrativa”.

⁵⁸ Así ocurrió, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Aragón. Vid., a este respecto, Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, “Las subvenciones y ayudas públicas...”, cit., pp. 370 y ss.

LGS, dado su carácter parcialmente básico⁵⁹ y sus claras aspiraciones de convertirse en norma de cabecera y espina dorsal de todo el grupo normativo relativo a las subvenciones⁶⁰.

Con esta Ley, finalmente, se consagraba un concepto legal de subvención, a cuyo análisis dedicaremos los siguientes epígrafes, y que aparece recogido en el art. 2.1 LGS, de conformidad con el cual:

“Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

⁵⁹ Cabe preguntarse en qué situación jurídica ha quedado la normativa autonómica tras la entrada en vigor de la LGS. A este respecto, parte de la doctrina ha afirmado que la normativa autonómica que entre en contradicción con los preceptos básicos de la LGS debe considerarse derogada (Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 73; José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 82; José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, BOE, Madrid, 2007, pp. 53 y 270), mientras que Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Lustel, Madrid, 2005, p. 312, recuerda que “el Tribunal Constitucional viene considerando que la legislación básica estatal sobrevenida provoca la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de la preexistente legislación de desarrollo autonómica, si bien esa inconstitucionalidad y nulidad solo se produzca a partir de la fecha de entrada en vigor de dicha legislación estatal”. Así lo habría confirmado la STC 1/2003, a la que se añadió, sin embargo, un voto particular en el que se propone una reinterpretación del principio de prevalencia del Derecho estatal, propugnando la posibilidad de que los tribunales contencioso-administrativos inapliquen las normas autonómicas contradictorias con la legislación estatal básica sobrevenida, solución que nos parece mucho más adecuada. De este modo, lo que se produciría sería, simplemente, un desplazamiento de la normativa autonómica, lo que determinaría su inaplicación, pero no su derogación ni su inconstitucionalidad (y ello sin perjuicio de que las exigencias propias de la seguridad jurídica obligaran a derogarlas expresamente).

⁶⁰ Ello explicaría, precisamente, la denominación de “General” de la Ley. Como indica Luis CORRAL GUERRERO, “Las funciones contables de la Intervención General de la Administración del Estado”, *REDF*, nº 5 (enero-marzo 1975), p. 72, nota 12, refiriéndose a la entonces inminente aparición de la primera Ley *General* Presupuestaria, “el carácter de ley *general* (...) confirma el carácter de superley que han venido atribuyendo sus elaboradores a las Leyes de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, ya que estas suponen la expresión de principios básicos que constituirían la ortodoxia financiera que debía orientar permanentemente el destino y el gobierno de la Hacienda, por encima de incidencias momentáneas o matices ideológicos”.

Asimismo, y siguiendo la distinción trazada por Francisco LÓPEZ MENUJO, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *RAP* nº 129 (septiembre-diciembre 1992), p. 63, entre el concepto de “ley general” y el opuesto de “ley especial”, cabría entender que la LGS sería la ley “común” de todas las subvenciones y las bases reguladoras serían la ley “especial” de cada una de ellas.

III.

DISPOSICIÓN DINERARIA A FONDO PERDIDO REALIZADA
POR UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En primer lugar, el rasgo identificativo más evidente de la subvención es que consiste materialmente en la entrega de una suma de dinero. Así lo ha entendido históricamente la doctrina y así lo afirma ahora con rotundidad el art. 2.1 LGS. Se trata, además, de una entrega dineraria realizada a fondo perdido, rasgo que también resulta pacífico en la doctrina y que, sin embargo, la LGS ha omitido⁶¹. Finalmente, esta disposición dineraria a fondo perdido debe ser realizada por una Administración pública. El art. 2.1 LGS no lo afirma por sí mismo, sin embargo, tal es la consecuencia que se deriva de la remisión que realiza al art. 3 LGS. En efecto, de la lectura de este artículo se desprende que solo las Administraciones públicas podrán conceder subvenciones. De este modo, y aunque alguna vez se haya discutido la posibilidad de que los sujetos privados puedan concederlas, lo cierto es que esta eventualidad (excepción hecha, tal vez, del ejercicio de funciones públicas por parte de tales sujetos)⁶², ha sido rechazada de plano por el legislador.

La conjunción de las dos primeras características permite excluir de la institución de la subvención a otras medidas propias de la actividad administrativa de fomento, también de contenido económico, como el crédito oficial o las medidas de carácter fiscal. En relación con el primero resulta definitivo el carácter no devolutivo de la subvención, frente a la obligación, propia de todo préstamo o comodato, de reintegrar el bien recibido. En relación con las medidas de carácter fiscal, y otras similares⁶³, la distinción con la subvención se encuentra en que esta última implica una verdadera entrega o disposición patrimonial, esto es, la salida de fondos de un patrimonio público para ingresar en el patrimonio del beneficiario, yendo más allá,

⁶¹ Vid., por todos, y en relación con ambas características, José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., pp. 63 y 64.

⁶² En esa dirección parece apuntar Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 5 (junio 2005), p. 21, al criticar que la LGS no diga nada “sobre aquellos entes privados que distribuyen fondos previamente obtenidos [coactivamente] en aplicación de determinadas normativas y por delegación en sentido amplio de las propias administraciones públicas o por atribución directa de la ley”.

⁶³ Entre ellas, precisamente, ciertos casos de crédito oficial. En particular, aquellos en los que la Administración imponga un tipo de interés inferior al tipo de interés vigente en el mercado. En estos casos, y como se indicará a continuación en texto, no existe propiamente una transferencia de la Administración al beneficiario por el valor de los intereses dejados de percibir, sino un enriquecimiento del beneficiario vinculado a una “ausencia de gasto”. Por ello, debe acogerse con precaución la previsión contenida en el art. 2.4.h) LGS, conforme a la cual tiene carácter de subvención el crédito oficial “en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito”. Tales prestaciones solo serán verdaderas subvenciones cuando la Administración realice auténticos pagos, generalmente a tercero, por el valor de los intereses o de la contraprestación de que se trate.

por tanto, de la mera atribución patrimonial, que solo implicaría un enriquecimiento sin conllevar, necesariamente, una salida de fondos y un correlativo ingreso⁶⁴.

Del mismo modo, la configuración de la subvención como una disposición dineraria a fondo perdido permite también excluir las llamadas “subvenciones en especie” o *in natura*, esto es, aquellas entregas realizadas por las Administraciones públicas cuyo contenido consista en bienes o servicios. Con esta clara opción legislativa se ha puesto fin a un titubeante discurso doctrinal que venía aceptando la posibilidad de que el contenido de las subvenciones no tuviera que consistir, necesariamente, en dinero u otros medios de pago⁶⁵, pudiendo materializarse también en la entrega de bienes y servicios⁶⁶.

Dicha posibilidad se basaba, de un lado, en la existencia de normas que hablaban abiertamente de subvenciones en especie o que, más modestamente, prevenían este tipo de entregas *in natura*⁶⁷, y de otro lado, y sobre todo, de la coincidencia casi absoluta entre la estructura y el régimen jurídico de la subvención y de las cesiones patrimoniales que, en última instancia, implican estas “subvenciones en especie”. En efecto, en ambos casos nos encontraríamos ante la dispensación de ventajas de contenido económico, entregadas sin contraprestación directa por parte del beneficiario pero afectas a la realización de una actividad o vinculadas a un uso específico.

⁶⁴ En este sentido, y siguiendo en este punto a Luis DIEZ-PICAZO, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 295. Ya antes Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 87, señalaba como principales diferencias entre subvención y exenciones tributarias el hecho de que la subvención “implica un *dare*; mientras que la exención no es un acto de adquisición, o positivo, en ningún caso, sino negativo y que implica un *non dare*”. Asimismo, y desde el punto de vista de la Hacienda pública, César ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, “Criterios constitucionales sobre la subvención pública”, cit., p. 205, cifraba la distinción entre subvenciones y exenciones o bonificaciones en la dicotomía existente entre transferencias “con cargo a los recursos (exenciones y bonificaciones)” y “con cargo al gasto público”. En términos similares, también Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 113, y Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 9.

⁶⁵ En efecto, cabe aclarar que deben considerarse como dinerarias, y no en especie, las entregas de títulos valores, los contratos bancarios y demás “medios monetarios de pago o representativos de un valor numerario”, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 313.

⁶⁶ En tal sentido, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 314; Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., pp. 48 y 79-80; Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 423; Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 97 y ss.

⁶⁷ Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 423, cita como ejemplo el art. 13 de la Ley de Autopistas en régimen de concesión de 10 de mayo de 1972, que admitía las subvenciones en metálico y en aportaciones no dinerarias como terrenos o elementos de infraestructura. Por su parte, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 93 y nota 24 a la misma, se remite al artículo 16 de la Ley de 4 de enero de 1977, de fomento de la producción forestal, que establecía que “Las subvenciones, en el caso de plantaciones, se harán preferentemente en semillas y plantas”, al art. 8.II de la Ley de 19 de abril de 1939, sobre nuevo régimen de protección a la vivienda de renta reducida, y a los arts. 37 y 38 del Reglamento de la Ley, de 8 de septiembre de 1939; a los arts. 5.1 y 8 de la Ley de 7 de abril de 1952, en materia agrícola y forestal, a la Orden de 8 de octubre de 1954, sobre mejoras de pastos, y, finalmente, al art. 45.1 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957.

No obstante, cuando se trata de cesiones gratuitas de bienes o derechos del patrimonio de las Administraciones públicas, debe estarse a su regulación específica, que cuenta con normas especiales en materia de concesión, justificación, control y cumplimiento de las obligaciones de afectación, actualmente recogida en los artículos 145 a 151 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre⁶⁸. De otro modo, es decir, de incluir en el concepto de subvención las entregas en especie, se habría llegado a la extraña situación de contar con dos regímenes jurídicos distintos referidos a una misma institución⁶⁹. Frente a ello, parece más apropiado colegir que se trata de dos instituciones jurídicas distintas, si bien coincidentes en los puntos esenciales de su configuración, opción por la que parece haberse decantado la LGS, al remitir la regulación de las “ayudas en especie” a la legislación patrimonial⁷⁰.

En todo caso, tanto o más relevante que la configuración de la subvención como una disposición dineraria es la determinación de la naturaleza de este dinero. Es decir, la cuestión de hasta cuándo puede considerarse dinero público.

El punto de partida parece ser, necesariamente, que en tanto dinero propiedad de la Administración e integrante de la Hacienda pública, la subvención es dinero público. Ahora bien, una vez que la Administración abona la subvención a los particulares y el dinero, bien de carácter fungible, pasa a integrar el patrimonio de estos junto con el resto de sus haberes, no parece posible sostener que este siga manteniendo su naturaleza de dinero público⁷¹. Frente a ello, las consecuencias que esto puede ocasionar podrían ser de cierta relevancia. Así, podría negarse la posibilidad de exi-

⁶⁸ Así, el art. 148.4 LPAP, al regular la “vinculación al fin” de la cesión de bienes muebles, establece que si estos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplida la afectación y la cesión (que puede tener por objeto tanto un derecho de uso como el derecho de propiedad), pasa a tener el carácter de pura y simple, salvo previsión en contrario en el acuerdo de cesión.

⁶⁹ Así lo advirtió Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 97-98, señalando que la aceptación de las “subvenciones en especie” llevaba a que se produjera una “cierta identificación o solapamiento de la figura de la subvención con instituciones jurídicas definitivamente acuñadas y con un régimen jurídico propio y diferenciado”. La solución que aportaba a esta situación, sin embargo, resultaba poco satisfactoria, al mezclar la existencia de conceptos jurídicos (creación doctrinal) y la existencia de regímenes jurídicos (creación normativa). En particular, este autor consideraba que, “si bien la subvención podrá consistir en una atribución patrimonial no dineraria –en consecuencia, en la entrega o transmisión de un bien mueble o inmueble valorable económicamente–, siempre que tal atribución patrimonial remita a una figura jurídica específica sujeta a un peculiar y propio régimen jurídico, es decir, siempre que de ella surja una relación jurídica principal perfectamente tipificada en el ordenamiento –aunque indirectamente pudiera entenderse como una subvención encubierta–, habrá que descartar la conceptualización de subvención” (99). En tal situación se encontrarían las cesiones gratuitas de bienes del patrimonio de las Administraciones públicas, a pesar de que, “en principio, y desde un punto de vista estructural y finalista, pudieran considerarse (...) como supuestos subsumibles en el concepto de subvención” (100).

⁷⁰ Cfr. Disposición adicional 5ª, primer apartado, LGS. Como excepción, luego desarrollada en el art. 3 RGS, la misma Disposición adicional 5ª LGS, en su segundo apartado, establece que “se aplicará esta Ley, en los términos que se desarrollen reglamentariamente, cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero”.

⁷¹ Como indica Fernando CASANA MERINO, *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, p. 99, “desde el momento en que salen del patrimonio del ente público [los fondos] dejan de tener el carácter de caudales o efectos públicos”. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 764-765, advierte, además, de que lo contrario

gir responsabilidad contable a los beneficiarios de las subvenciones, de someterlos a mecanismos de control financiero, o entenderse que el delito de fraude de subvenciones no sería un delito contra la Hacienda pública⁷².

Por tal motivo, se ha sostenido que la subvención sigue siendo “funcionalmente” dinero público, lo que derivaría del dato de su afectación a un fin⁷³. Esta concepción objetivo-funcional de los fondos públicos justificaría el sometimiento de los beneficiarios a los controles de la IGAE y el Tribunal de Cuentas, así como su calificación como cuentadantes y su sometimiento a la responsabilidad contable, pues “la cualidad pública de la subvención permite exigir a los beneficiarios una aplicación eficiente, económica y eficaz de la misma y un deber de justificación y de rendición de cuentas de los fondos públicos percibidos”⁷⁴. Esta concepción, sin embargo, parece perder de vista la existencia de subvenciones en las que, según veremos, no concurre el elemento de la afectación (primas), sin perjuicio de lo cual sus beneficiarios se encuentran sometidos a todas las formas de control y reacción antes indicadas. Por ello, en lugar del (o como complemento al) elemento de la afectación, podría resultar de especial utilidad entender que tales potestades de la Administración sobre el beneficiario encuentran su fundamento en el simple acto de concesión de la subvención y en el establecimiento de la subsiguiente relación jurídica subvencional, ambas objeto del consentimiento del beneficiario⁷⁵.

IV. SIN CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA

La ausencia de contraprestación directa en la subvención significa que la atribución que esta supone es gratuita, es decir, que la Administración pública no tiene que recibir nada a cambio de lo que otorga⁷⁶. El art. 2.1.a) LGS establece como requi-

implicaría, por ejemplo, la extensión del privilegio de inembargabilidad sobre las subvenciones. En esta misma línea, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 45.

⁷² Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 317-318. Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 37 y 38.

⁷³ De acuerdo con Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 318, en la entrega del dinero se habrá producido el modo (la *traditio*) pero faltará el título con el que se transfiera la plena propiedad: “esta no se adquiere hasta que el beneficiario haya cumplido la finalidad a la que se obligó. Hasta entonces, el beneficiario no tiene la plena disponibilidad de estos fondos, o, para ser más exactos, teniendo en cuenta el carácter fungible del dinero, el beneficiario no puede disponer libremente del destino de una cuantía equivalente a la subvención porque está obligado a aplicarlos en una finalidad pública determinada y justificar ante diversos órganos la correcta aplicación de la subvención”.

⁷⁴ Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 319.

⁷⁵ Su consideración como cuentadante y la discutida extensión de la responsabilidad contable al beneficiario, por el contrario, derivarían de una previsión expresa del legislador en este sentido, contenida en el art. 34.3 LOFTCU y de dudoso acierto.

⁷⁶ Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, cit., p. 439.

sito para considerar como subvención una disposición dineraria “que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios”. Puede afirmarse, por tanto, que la Ley ha asumido el carácter gratuito de la subvención. Este carácter de gratuidad, sin embargo, no debe confundirse con el concepto de liberalidad, dado que la liberalidad se produce cuando la causa del desplazamiento patrimonial se encuentra en el mero hecho de enriquecer a su beneficiario⁷⁷. En este sentido, la jurisprudencia viene afirmando el carácter gratuito de la subvención y negando su carácter de liberalidad, al entender que la finalidad de toda subvención es intervenir en el comportamiento del administrado y no, simplemente, producir su enriquecimiento⁷⁸. Esta jurisprudencia, sin embargo, parte de una premisa equivocada que, eventualmente, podría llevar a negar el carácter subvencional de ciertas entregas dinerarias que constituyen verdaderas subvenciones. En particular, no es cierto que la subvención suponga, siempre y en todo caso, una forma de intervenir en la actuación del beneficiario. Por el contrario, tal y como tendremos ocasión de ver, ciertas subvenciones (en el sentido del art. 2.1 LGS), y entre ellas las principales subvenciones agrícolas de la Unión, pretenden precisamente el enriquecimiento del beneficiario. No obstante, esta finalidad no conlleva la aparición de un elemento de liberalidad que, por definición, es inadmisibles en la actuación administrativa (so

⁷⁷ Como ya explicara Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, pp. 340-344, aunque se ha pretendido unir ambos conceptos, resulta posible distinguirlos. De este modo, la gratuidad significaría la realización de una prestación sin contraprestación y constituiría el criterio para distinguir negocios onerosos y negocios gratuitos (o lucrativos), en función, según el art. 1274 CC de que haya o no intercambio de prestaciones. La liberalidad, por su parte, sería el rasgo que, dentro de todos los negocios civiles gratuitos (donación, mutuo, etc.), caracteriza a la donación. Puede encontrarse un ejemplo de confusión en el uso de ambos conceptos en José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 80, quien parte de considerar que “parece, en principio, que es incompatible con los fines a cumplir directa e indirectamente por la Administración la existencia de *causa donandi gratia* en el gasto”, sin perjuicio de lo cual, admite que, en cierto sentido, pueda entenderse la subvención como acto de liberalidad: “la Administración no adquiere nada con la subvención, de modo que desde este punto de vista no hay inconveniente en atribuirle un *animus liberalitatis*”.

⁷⁸ De este modo, al mismo tiempo que se niega toda liberalidad en la subvención se niega, asimismo, su carácter de donación. Así se expresan la STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación, que considera que “la subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario, en la actuación de este”. En idénticos términos, la STS de 11 de marzo de 2009, Sección cuarta, Ar. 153507 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con unas ayudas a la reforestación cofinanciadas con fondos de la Unión, la STS de 15 de julio de 2008, Sección tercera, Ar. 3437 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), en relación con el reintegro de una ayuda de 37.848.960 pesetas concedidas para la realización de un proyecto en Alajeró (isla de la Gomera) para actividad de fabricación de aglomerados asfálticos, la STS de 20 de mayo de 2008, Sección tercera, Ar. 2767 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), en relación con el reintegro parcial de una subvención concedida en el marco de la normativa de incentivos regionales, la STS de 27 de septiembre de 2006, Sección cuarta, Ar. 7511 (ponente: PICO LORENZO), en relación con el reintegro de una subvención concedida al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para la realización de un proyecto de inserción laboral, o la STS de 5 de noviembre de 2005, Sección tercera, Ar. 8185 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), en relación con el reintegro de una subvención concedida a la entidad *Manuel Salvador, S.A.*, en el marco de la normativa de incentivos regionales. En términos algo distintos, la STS de 28 de mayo de 2008, Sección tercera, Ar. 5418 (ponente: ESPÍN TEMPLADO), relativa al reintegro parcial de varias subvenciones para la realización de talleres formativos para desempleados, afirma que la subvención “tiene análoga naturaleza a la «donación modal» en el derecho privado, con la diferencia de la finalidad que en modo alguno debe considerarse la liberalidad, pues la Administración entrega unas cantidades de dinero (...) a cambio de una actividad, con unos objetivos y unos plazos, de tal forma que el incumplimiento de alguna de las condiciones faculta a la Administración a negar, minorar o a solicitar el reintegro de la subvención”.

pena de incurrir en desviación de poder). En efecto, en tales casos encontramos que, precisamente a través del enriquecimiento del beneficiario, se satisface un interés general, que sería la verdadera finalidad perseguida por las normas reguladoras de tales subvenciones. En consecuencia, la causa de la subvención no sería el mero enriquecimiento (liberalidad), sino su adecuación al fin público perseguido por la norma reguladora de la subvención⁷⁹.

Dejando de lado la cuestión de la liberalidad, a la que volveremos más adelante, y centrándonos en la inexistencia de contraprestación, cabe destacar que lo que implica este elemento es, en suma, la negación del carácter sinalagmático de la subvención. Esto es, aunque en la subvención puedan existir, como veremos, ciertas obligaciones que recaen sobre el beneficiario, tales obligaciones no son “tan trascendente[s] a la concesión de la subvención hasta el punto de que se deba pensar en la existencia de un pago por prestación de servicio”⁸⁰. De este modo, cabe negar, frente a lo sostenido en ocasiones por parte de la doctrina, que la subvención pueda formar parte de la concesión de servicios públicos como un pago o compensación debido al concesionario por las obligaciones de servicio que le son impuestas. La retribución que pueda entregar la Administración cedente al cesionario del servicio no constituye, en ningún caso, una subvención. En este caso, la pretendida subvención es, cabalmente, una contraprestación o, para ser exactos, “auténticas dotaciones presupuestarias de servicio”⁸¹. Dotaciones que se enmarcan, además, en

⁷⁹ A ello podría entenderse que se refiere Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, p. 265, al indicar que la subvención no es un acto de liberalidad, dado que la Administración no concedería la subvención para enriquecer al beneficiario, sino “para la mejor satisfacción de los intereses de la comunidad”. Lo que ocurre es que la satisfacción de tales intereses podría pasar por el enriquecimiento de ciertos administrados, esto es, por ayudar al sostenimiento de sus rentas. Es decir, con el concepto de liberalidad se estaría indicando un nudo “ánimo de enriquecer” sin que importen los motivos, lo que sería inadmisibles en el ámbito administrativo. Por ello mismo es posible negar toda identidad entre subvención y donación, así como la teórica existencia de una figura propia de la teoría general del derecho (supraconcepto) y consistente en la transmisión de bienes a título lucrativo, de la que traerían causa tanto la subvención como la donación. Ese dato, la entrega a fondo perdido y sin contraprestación, carece de sentido desde la óptica de la Administración y del Derecho Administrativo. Un particular puede entregar sus bienes porque sí, por un simple *animus liberalitatis*, de modo que la donación, en sí misma, agote lo que el particular persigue. Pero la subvención no se agota en sí misma. La Administración solo puede servir con objetividad los intereses generales. Por tanto, incluso cuando la Administración pueda transmitir bienes a título lucrativo y sin carga alguna, la causa nunca será la liberalidad, sino la satisfacción de intereses generales. En una subvención, por lo tanto, lo esencial será la persecución del interés general, siendo la entrega de dinero un simple medio de conseguirlo. En el mismo sentido, Miguel FIGUEIRA LOURO, “Las subvenciones y los planes de inversiones”, cit., p. 372, destaca que la “liberalidad discrecional” que puede constituir para algunos la subvención presenta “una particularidad *sui generis* procedente de la influencia decisiva que ejerce otra nota esencial: la finalidad. Y es que en la subvención siempre se está contemplando un fin específico y concreto”, la satisfacción de un interés general, lo que permite separarla tajantemente de la figura de la donación.

⁸⁰ Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 50.

⁸¹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Potestad tarifaria y equilibrio económico-financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones locales. (A propósito de una reciente jurisprudencia)”, *RAP* n° 87 (1978), nota 9 a p. 380. Asimismo, y a pesar de que en este primer trabajo no llega a negar que estas transferencias sean auténticas subvenciones, en tanto que, “en definitiva, en ambos casos la subvención aparece afectada a la financiación de actividades o servicios de competencia local” (nota 18 a p. 386), el mismo Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 200, sí rechaza rotundamente que este tipo de

el “equilibrio económico financiero” que debe presidir las relaciones entre Administración y cesionario⁸².

El legislador parece haber tenido clara esta característica de la subvención en todo momento, lo que ha tenido sus manifestaciones en otros lugares del ordenamiento jurídico y, señaladamente, en las leyes y normas tributarias. Así, en el IRPF “la «subvención», «ayuda pública», «prima», etc., cualquiera que sea la voz empleada, constituye siempre un ingreso calificado como «renta» y sometido a este tributo y no al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (...), al no existir (...) cualquier ánimo de liberalidad en su entrega por parte de una entidad pública”⁸³.

Ahora bien, es necesario introducir algunos matices. Para empezar, parte de la doctrina ha considerado que la gratuidad de la subvención no es perfecta, pues en la subvención puede existir una “contraprestación indirecta”. Y, en efecto, debe reconocerse que las actuaciones que, eventualmente, se exijan al beneficiario de la

aportaciones dinerarias puedan incluirse en el concepto estricto de subvención, idea que repetirá en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (Régimen jurídico de las subvenciones y de la acción concertada)”, *RAP* n.º 139 (enero-abril 1996), nota 5 en p. 311, y Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, p. 102.

En todo caso, la existencia de estas “subvenciones-indemnizaciones” alcanzaron especial relieve en el ámbito local. Ello se debió a las previsiones contenidas en el art. 23.3 RSCL (“las subvenciones para financiar servicios municipales o provinciales se regirán por lo dispuesto en el Título III”) y el art. 115.7ª RSCL (que fija como cláusula obligada del contrato concesional la “clase, cuantía, plazos y formas de entrega de la subvención al concesionario, si se otorgare”). A partir de aquí, Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, cit., p. 476, infería la existencia de dos tipos de subvenciones distintas en el ámbito local, cada una sometida a un régimen jurídico distinto. Por un lado, la “subvención pura, con individualidad propia y sometida a lo previsto en el referido Título II del Reglamento”. Junto a ella, la “subvención mixta, que constituye un simple complemento financiero de otros modos gestores y se sujeta, primordialmente, a las normas específicas de los mismos”. De este modo, y aun habiéndose demostrado lo inapropiado de considerar a esta última figura como subvención, esta construcción ha tenido eco en la doctrina hasta tiempos muy recientes. Vid., en este sentido, Luis REQUERO IBÁÑEZ, “El régimen jurídico de las subvenciones locales”, cit., p. 51, y la distinción que realiza entre subvenciones unilaterales y subvenciones paccionadas.

⁸² Un ejemplo especialmente ilustrativo del verdadero carácter de estas “subvenciones”, si bien referido a las exenciones fiscales, es el ofrecido por Joaquín D’OCÓN, “La actividad administrativa de fomento en el ámbito local: las técnicas subvencionales y el principio de legalidad tributaria”, *Revista de Hacienda Local*, n.º 89 (mayo-agosto 2000), pp. 305-329 y, en especial, pp. 320 y 322: una cláusula clásica incluida en el Pliego de Condiciones de las concesiones administrativas municipales establecía que “Dado el carácter municipal del fin de la concesión, el concesionario gozará de la exención de todas las tasas, cánones, impuestos, honorarios o derechos que pudiera corresponder percibir al Ayuntamiento o a sus funcionarios”. Posteriormente, la Disposición Adicional Novena de la Ley de Haciendas Locales de 1988, dictó la supresión de “cuantos beneficios fiscales estuvieren establecidos en los tributos locales, tanto de forma genérica como específica, en toda clase de disposiciones distintas de las de Régimen local”. El problema se encontraba en que la exención de los tributos locales se configuraba como un elemento más del equilibrio financiero de la concesión. De este modo, mientras el Derecho administrativo exigía el mantenimiento de las exenciones como parte del equilibrio concesional, el Derecho financiero exigía su supresión por aplicación del principio de legalidad. La jurisprudencia, si bien se mostró muy titubeante en un primer momento, acabó considerando que debía imponerse el equilibrio financiero y que otra solución violaría la confianza legítima del concesionario.

⁸³ Domingo CARBAJO VASCO, “Algunas cuestiones relativas al régimen fiscal de las subvenciones”, *Impuestos* n.º 21 (noviembre 2005), p. 29, quien añade que “ratifica este criterio delimitador, para las personas físicas, el artículo 3.c) del Reglamento del propio ISD, Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (...), el cual excluye de este gravamen a «Las subvenciones, becas, premios, primas, gratificaciones y auxilios que se concedan por entidades públicas o privadas con fines benéficos, docentes, culturales, deportivos o de acción social»”.

subvención, en la medida en que impliquen la satisfacción de una necesidad pública, podrían entenderse “como un beneficio para la Administración pública concedente. De ahí que se pueda hablar de una cierta contraprestación indirecta, mediata o diferida”⁸⁴. Sin duda por ello el art. 2.1 LGS se refiere ahora a la inexistencia de contraprestación *directa*.

Asimismo, existen contratos administrativos de gestión de servicios públicos en los que la Administración no recibe, propiamente, nada. Quienes reciben, quienes se benefician de la actuación del contratista, son los usuarios del servicio. En tales casos, y por así decirlo, se “difumina” la existencia de una “contraprestación directa”. Este dato los asemeja, necesariamente, a las subvenciones. Y este parecido permite un uso impropio de la subvención, mucho más flexible que los contratos, para la gestión de servicios públicos por terceros. Piénsese, en este sentido, en una Casa de la Mujer gestionada por una asociación privada, en Cruz Roja, que presta un servicio de asistencia a inmigrantes o en Caritas, que se encarga de mantener una casa de transeúntes, recibiendo anualmente por ello una subvención por parte del Ayuntamiento.

En tercer lugar, el dato de la ausencia de contraprestación debe interpretarse teniendo presente que lo que se pretende con esta previsión normativa es negar el carácter sinalagmático de la subvención, esto es, negar que su causa se encuentra en una prestación procedente del beneficiario. De otro modo, podría acabar negándose el carácter de subvención a entregas dinerarias que, sin perjuicio de otras obligaciones, exigieran de sus beneficiarios la entrega de alguna prestación. Por ejemplo, en el caso de una ayuda económica a un investigador para la publicación de un libro, a lo que se añadiera el compromiso de entregar veinte ejemplares a la Administración concedente, existiría, indudablemente, una contraprestación (la entrega de los libros), pero ello no debería impedir la consideración de tal ayuda como una verdadera subvención. La clave en este caso se encontraría en que la entrega de los libros, aun constituyendo una contraprestación, no se encontraría causalizada. Una situación similar se encontraría en las concesiones demaniales, en las que se admite la existencia de una contraprestación (bajo forma de canon), si bien esta no se causaliza, ni es la finalidad perseguida por la Administración, ni el principal interés público perseguido con la concesión.

Lo que se pretende, en suma, es negar todo elemento sinalagmático en la relación jurídica subvencional, alejándola tanto como es posible de la figura de los contratos⁸⁵. Frente a dicha pretensión, sin embargo, se ha erigido una cierta jurisprudencia

⁸⁴ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 36.

⁸⁵ Como indica Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 12, “la actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es

dencia, recaída en buena medida en relación con las subvenciones y otras ayudas concedidas en el marco de los incentivos económicos regionales, que ha afirmado que la subvención es un contrato o que tiene “sustancia contractual”.

Entre ellas, la STS de 15 de julio de 2008, Sección tercera, Ar. 3437 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de una ayuda de 37.848.960 pesetas concedida para la realización de un proyecto en Alajeró (isla de la Gomera) para actividad de fabricación de aglomerados asfálticos, en el marco de la normativa de incentivos regionales, afirma que “esta Sala ha reconocido el carácter contractual de la subvención sobre incentivos regionales, de tal forma que frente a los beneficios que la empresa subvencionada recibe debe cumplir las obligaciones que condicionaron su otorgamiento (...) El cumplimiento de estas condiciones es, pues, la razón y fundamento de la subvención (...) El reconocimiento del derecho al percibo de los beneficios (...) [es] un derecho que comporta una recíproca obligación propia de las relaciones sinalagmáticas, en que cada una de las partes debe cumplir aquello a lo que se comprometió, con la consecuencia, en caso de incumplimiento, de que la parte perjudicada pueda exigir de la otra la resolución y la devolución de lo entregado”. Y también la STS de 12 de febrero de 2008, Sección tercera, Ar. 1886 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ) afirma que la pérdida de la subvención por incumplimiento de las condiciones a la que estaba afecta “no es una sanción, sino el efecto derivado de la relación contractual que une a la Administración concedente y el subvencionado”⁸⁶.

Algo más matizadas, aunque también en esta línea, la STS de 8 de noviembre de 2007, Sección tercera, Ar. 8182 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), dictada en relación con el reintegro de un incentivo económico regional concedido a *Parque Isla Mágica, S.A.*, afirma “la naturaleza en parte contractual de la subvención, que incorpora una propuesta inicial (solicitud) del beneficiario seguida de su toma en consideración por la Administración a través de una resolución individual de con-

propia y que a él beneficia (...) la relación jurídico-subvencional no se configura como una relación contractual sinalagmática”. En este preciso sentido, Fernando GARCÍA RUBIO, “Procedimiento de subvenciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 9 (mayo 2004), p. 1.118, también identifica la inexistencia de contraprestación con la inexistencia de relación contractual.

⁸⁶ Afirman también la “naturaleza contractual” de la subvención la STS de 26 de junio de 2007, Sección cuarta, Ar. 3925 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), o la STS de 19 de junio de 2007, Sección tercera, Ar. 5258 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), relativa a la pérdida del derecho al cobro de una subvención concedida en el marco de la normativa sobre incentivos económicos regionales, que estima que tal “naturaleza contractual de la subvención, (...) exige que cada uno de los contratantes cumpla sus respectivas obligaciones, pudiendo las partes en la relación bilateral oponerse a su cumplimiento si la otra parte no cumple las suyas”. Fuera del ámbito de los incentivos económicos regionales, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de mayo de 2005, Sección primera, Ar. 338 (ponente: CID PERRINO), relativa a la denegación de una ayuda para un proyecto de instalación de secadero y ampliación de patios de secado de la madera de una serrería de madera en Hontoria del Pinar (Burgos), sostiene, finalmente, que “la actividad administrativa de fomento que se concreta en una subvención, como pone de relieve la doctrina científica [?], se realiza mediante un procedimiento contractual que genera la relación jurídica entre la Administración y el sujeto fomentado”.

cesión que, a su vez, debe ser aceptada por aquel”, y la STS de 23 de junio de 2000, Sección tercera, Ar. 5561 (ponente: ESCUSOL BARRA), dictada en relación con la negativa de la Administración a conceder una prórroga a la entidad *Herbrei, S.L.*, para el cumplimiento de las condiciones a que se sometió para la percepción de una ayuda concedida en el marco de la normativa sobre incentivos económicos regionales, considera que “la materia que nos ocupa tiene una *sustancia contractual de derecho público* que obliga inexcusablemente a las partes al cumplimiento de sus respectivas obligaciones”.

En realidad, para aclarar si la subvención es un contrato, es necesario previamente saber a qué se está haciendo referencia con esta denominación. En efecto, con el término “subvención” es posible referirse indistintamente al acto jurídico por el que se crea la relación jurídica subvencional y a la relación jurídica subvencional en sí misma.

En el primer caso, afirmar que la subvención es un contrato equivale a decir que el acto jurídico que origina la relación jurídica subvencional es un contrato. Tal afirmación solo puede aceptarse con muchos reparos. Por un lado, lo normal y habitual será que el acto con el que nace la relación jurídica subvencional sea un acto administrativo. Por otro lado, y más que de contratos, la normativa en materia de subvenciones solo permite hablar de figuras afines, aunque no exactamente coincidentes, como los convenios⁸⁷. Finalmente, aun cuando el acto con el que se origina la relación jurídica subvencional fuera un contrato, en ningún caso podría ser un contrato sinalagmático o atribuir el derecho a la Administración concedente de exigir el cumplimiento de sus obligaciones al particular. Esto es, el régimen jurídico que, en principio, debería regir la relación jurídica creada por el contrato nunca sería el normal y propio de todos los contratos. Por el contrario, esta relación jurídica (la relación jurídica subvencional) se regirá por sus propias normas.

Llegamos, así, a una primera conclusión: resulta irrelevante la calificación jurídica del acto que origina la subvención, dado que las consecuencias que, en principio, se deberían deducir de esta calificación (esto es, la determinación del régimen jurídico de la relación jurídica establecida entre Administración y beneficiario) no resultan aplicables. En atención a lo expuesto, cabe deducir que la afirmación de que la subvención es un contrato en el segundo de los sentidos antes indicados es inaceptable.

⁸⁷ Cfr., arts. 5.2, 22.2.a) y 28.1 LGS. Especialmente interesante resulta, a este respecto, el Derecho de la Unión, donde la concesión de subvenciones, de conformidad con el Reglamento financiero, se articula a través de la firma de una especie de convenio. Y ello sin perjuicio de que, en ocasiones, se firme un verdadero contrato como instrumento de concesión de la subvención. Así ocurrió, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la STPI de 22 de mayo de 2007, *Comisión/IIC*, as. T-500/04. Sin embargo, y en línea con lo que se dice a continuación en texto, la elección de este instrumento jurídico no impidió que la relación jurídica nacida del mismo se regiera por las normas propias de toda relación jurídica subvencional (vid., especialmente, aps. 93 y ss.).

Esto es, en ningún caso cabe afirmar que la relación jurídica subvencional es una relación contractual. Como mucho, y a lo sumo, cabría constatar la existencia de ciertas coincidencias entre la relación jurídica subvencional y las relaciones contractuales (coincidencias, por cierto, reconducibles en esencia al carácter bilateral de ambas). Pero eso es muy distinto a declarar la identidad entre las dos. Del mismo modo que señalar las coincidencias entre el régimen jurídico subvencional y el régimen jurídico de las concesiones y autorizaciones administrativas es algo muy distinto a afirmar la identidad entre todas ellas.

Ello explica, por ejemplo, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, que la Administración *en ningún caso* puede exigir el cumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió el beneficiario de la subvención. Así, en los casos vistos más atrás, podrá exigir a Cruz Roja o a Caritas la devolución de la subvención que les concedió, pero no que presten el servicio de atención a los inmigrantes de casa de transeúntes. Muy distinto sería el caso de que la prestación de tales actividades se hubiese formalizado mediante un verdadero contrato de servicio.

V.

APECTA AL CUMPLIMIENTO DE UN FIN (I).

LA DISTINCIÓN ENTRE SUBVENCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO Y PRIMAS

1. Concepto de afectación: su discutida naturaleza jurídica

El art. 2.1.b) LGS establece, como elemento esencial del concepto de subvención, que la entrega dineraria realizada por parte de la Administración concedente se encuentre “sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido”. Esta exigencia, sin perjuicio de sus incoherencias internas, que desarrollaremos más adelante, es lo que se conoce como “afectación de la subvención”.

En efecto, a lo largo de esta exposición se ha hecho referencia en repetidas ocasiones al concepto de “afectación”, vinculándolo, en particular, a las medidas propias de la actividad de fomento englobadas bajo el concepto de “ayudas” acuñado por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. Tradicionalmente, y aun hoy, se ha entendido que la afectación o vinculación de la entrega dineraria a un fin concreto constituye un elemento esencial de la institución de la subvención. Como tendremos ocasión de comprobar,

tal afirmación, hoy día, solo es parcialmente cierta, dada la especial amplitud del concepto de afectación acuñado por el art. 2.1.b) LGS.

Para explicar la relación existente entre subvención y afectación a un fin, la doctrina ha presentado diversas propuestas teóricas, todas ellas con un denominador común: el interés por identificar una única figura jurídica a la que poder reconducir el elemento de la afectación. En este sentido, las tres principales candidatas a explicar el sentido y el funcionamiento de la afectación de la subvención son las figuras de la condición, el modo y la carga jurídica.

En primer lugar, en relación con la condición, no son pocos los autores que han sostenido que la subvención se basa en la concesión de una entrega dineraria, inmediatamente eficaz, pero sometida a una condición resolutoria, basada en la realización de la actividad o la adopción del comportamiento que justificó la entrega dineraria. De este modo, si el beneficiario no realizara dicha actividad, cumpliría la condición resolutoria, desaparecería el título que justificó la entrega dineraria y esta, en consecuencia, tendría que ser devuelta⁸⁸.

En segundo lugar, también se ha sostenido que la naturaleza jurídica de la afectación de la subvención debe identificarse con la figura clásica del modo. Este, a diferencia de la condición y a semejanza de la carga, no afectaría a la validez de la subvención, sino a su eficacia. Pero la diferencia respecto a esta última se encontraría en que el modo es “un mandato condicionado a que el beneficiario haga uso del beneficio concedido [de forma que] si el beneficiario no acepta o no hace uso del beneficio, no le obliga el modo”, no obstante, la aceptación de la subvención por el beneficiario implicaría la asunción del modo y, con ello, la obligación de darle cumplimiento, por lo que “está en sus manos hacer que el modo se convierta o no en una obligación”⁸⁹, obligación, eso sí, que en caso de existir sería plenamente exigible por la Administración e incluso susceptible de ser ejecutada forzosamente.

⁸⁸ Entre los primeros en sostener esta visión, vid., José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., pp. 90-91, “en todo caso, la subvención aparece otorgada bajo la condición de cumplimiento por la entidad subvencionada (...) Este condicionamiento se traduce, no en un modo adpuesto a la subvención (...) sino en una efectiva condición resolutoria (...) el condicionado subvencional supone (...) una afectación de la subvención (*Zweckbindung*) a un fin público, con la naturaleza de una efectiva condición resolutoria”. También Daniel CUADRADO ZULOAGA, “Reintegro de subvenciones”, cit., p. 212, afirma que “[l]a concesión de la subvención [...] se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actuación. Lo que implica que el otorgamiento de una subvención o ayuda pública genera inexcusables obligaciones al beneficiario de ella” En el mismo sentido, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., Francisco VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 80, y, sin perjuicio de lo que a continuación se expondrá en texto, José Manuel DÍAZ LEMA, en *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 161.

⁸⁹ José Manuel DÍAZ LEMA, en *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., pp. 186-187. En el mismo sentido, Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 108.

Finalmente, la construcción más solvente, aunque tampoco exenta de puntos débiles, sería la que identifica la afectación de la subvención con la existencia de una carga en sentido técnico jurídico. La formulación de esta hipótesis, obra de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, parte de dos premisas: por un lado, la imposibilidad de que la Administración pueda obligar al administrado a realizar la actividad a la que se vincula el pago de la subvención (lo que excluiría que pudiera tratarse de un modo); por otro lado, el dato de que la efectividad de dicho pago se encuentre condicionada a dicha realización. A partir de aquí, se concluiría que “la situación jurídica del beneficiario, constreñido a desarrollar una determinada actividad en atención a la cual se otorga la subvención, creo que puede calificarse, sin mayores problemas, como resultado de una carga jurídica”⁹⁰. En efecto, la carga, en sentido jurídico estricto, se caracterizaría por procurar “la satisfacción del interés del propio sujeto que la soporta” y por el hecho de hacer depender enteramente de la voluntad del administrado la obtención de una ventaja: “la Administración no puede exigir el cumplimiento de la ‘carga’ (...) la ‘carga’ exige del particular un determinado comportamiento para hacerle merecedor de ciertos beneficios; la falta de ese comportamiento no es incumplimiento de una obligación, sino no obtención de un beneficio”⁹¹.

De este modo, sería posible disociar, por una parte, el nacimiento de la obligación económica imputable a la Administración concedente de la subvención, que se produciría con la aceptación por parte del beneficiario, y, por otra parte, el momento en que dicha obligación se convierte en exigible, que sería aquel en el que el beneficiario cumpliera con la carga impuesta. En consecuencia, el incumplimiento de la actividad a la que se vincula el pago de la subvención no daría lugar a la desaparición de la obligación de la Administración (como ocurría en el caso de la condición resolutoria), sino a que esta, más simplemente, devendría inexigible⁹². En consecuencia, en caso de que la subvención ya se hubiese abonado, procedería exigir su reintegro puesto que, aun siendo válida, la subvención no llegó a ser plenamente eficaz.

Lo cierto, sin embargo, es que ninguna de estas hipótesis resulta plenamente satisfactoria. En primer lugar, la aceptación de la condición en una situación como la descrita implicaría tanto como aceptar la existencia de una condición puramente

⁹⁰ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 422-423.

⁹¹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 424.

⁹² El mismo autor ha insistido en esta hipótesis en otros trabajos. Así, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “De nuevo sobre la subvención...”, cit., p. 47: “la plena eficacia y consumación de toda subvención queda subordinada al cumplimiento del fin por el que se otorga, siendo este, por tanto, presupuesto ineludible de aquella. Y todo ello sin que ese cumplimiento (...) sea exigible por la Administración otorgante. He aquí, en suma, un supuesto singular, insusceptible de conceptuarse como modo –por no ser exigible– y, sin embargo, plenamente operativo en cuanto que de su cumplimiento dependerá la eficacia misma del acto de otorgamiento de la subvención”. También Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., p. 315: “esa afectación se traduce en una carga jurídica que asume el beneficiario de la subvención y que consiste en dar cumplido destino a lo percibido, es decir, en realizar la actividad en los términos que justifican precisamente el otorgamiento de la subvención”.

potestativa, prohibidas con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1115 y 670.2º CC)⁹³. En segundo lugar, la identificación entre afectación y modo, como ya se ha adelantado, plantearía la necesidad de admitir que la actividad encargada al beneficiario de la subvención, y en orden a la cual esta ha sido concedida, fuera verdadera obligación, exigible por la Administración e incluso susceptible de ser objeto de ejecución forzosa⁹⁴. Lo cierto, sin embargo, es que el beneficiario nunca está obligado a realizar la actividad en la que descansa la subvención. Su actuación podrá ser objeto de sanción y, en caso de que hubiese percibido el pago en que consiste la subvención, estaría obligado a devolverlo, pero nada más⁹⁵. Cuestión distinta sería lo que ocurre con las ayudas para el cumplimiento de una obligación. En tales casos, el cumplimiento de la actividad a la que se vincula la subvención sí sería obligatoria, pero no porque así se derive de la subvención, sino porque así lo impone una norma u orden anterior. Se trata del supuesto, visto más arriba, de las subvenciones concedidas para el cumplimiento de un deber. En tales casos, por tanto, la Administración sí tendría título ejecutorio válido, pero no basado en la subvención concedida, sino en la obligación preexistente.

En tercer lugar, el recurso a la figura de la carga también plantea algunas dudas. Por un lado, las cargas, tal y como se aceptan pacíficamente, no dan lugar al nacimiento de derechos de contenido patrimonial. Se trata, más bien, de requisitos procedimentales (siendo, precisamente, en el ámbito procedimental donde esta figura nace y se desarrolla) que permiten la continuación de los trámites necesarios para llegar al acto que ponga fin al procedimiento o, en su caso, a la toma en consideración de los intereses del particular en el mismo: así, la carga de la solicitud, la carga de la prueba, la carga de las alegaciones, etc.⁹⁶. Asimismo, la existencia de una carga ju-

⁹³ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 79, afirma, por el contrario, que las condiciones potestativas se aceptan en el Derecho Administrativo señalando, precisamente, que “ejemplos de este tipo son: el fin de la subvención y el fin del aprovechamiento, en la concesión de dominio público”. Del análisis de la jurisprudencia y los Dictámenes del Consejo de Estado que ofrece como apoyo a su tesis, se desprende, sin embargo, que en todos los casos se trata de supuestos de declaración de caducidad.

⁹⁴ Así lo entienden, por ejemplo, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 763, Ramón MARTÍN MATEO y Francisco SOSA WAGNER, *Derecho Administrativo económico. El Estado y la empresa*, cit., p. 174, que afirman en relación con las subvenciones, que, una vez adjudicadas, “con ellas se adquieren compromisos que deben cumplirse, con lo que aparece de nuevo la coacción”, o Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 108, “el modo es obligado cumplirlo con independencia de la entrega de la prestación de la subvención (...) no cabe pues, en esta institución la posibilidad de no cumplir el modo si la entrega no se produce”.

⁹⁵ Sin entrar a discutir la naturaleza de la afectación de la subvención, también Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, nota 39 a p. 429, rechaza expresamente la posibilidad de que exista un modo en la subvención, dado que no cabe imponer coactivamente al beneficiario que realice la actividad subvencionada.

⁹⁶ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 151, señala que la traslación de la carga al ámbito procedimental supondría algo así como la traducción práctica del “principio probatorio”, por lo que su extrapolación al Derecho Administrativo no debería exceder del ámbito del procedimiento.

rídica en la subvención, en los términos propuestos por FERNÁNDEZ FARRERES, parece implicar que esta se configura como una parte integrante del acto administrativo de concesión de la subvención (es la propia resolución por la que se concede la subvención la que fijará, generalmente, la carga concreta). Ello origina una situación sorprendente, dado que ninguna de las cargas “pacíficamente aceptadas” (carga de la solicitud, carga de la prueba) se configura como un elemento integrante del acto administrativo (ni, en el ámbito iusprivatista, del negocio jurídico), sino como un elemento del procedimiento (igual que la capacidad o la legitimidad). De hecho, el estudio y exposición de las cargas jurídicas se ha realizado, de manera habitual, al abordar el análisis de las situaciones jurídicas del administrado, pero no al analizar los elementos del acto administrativo.

En última instancia, la principal debilidad de esta hipótesis se encuentra, como habrá ocasión de estudiar detenidamente en un capítulo posterior, en que no permite explicar satisfactoriamente todas las causas que pueden dar lugar al reintegro de la subvención. En efecto, este se deberá, en ocasiones, al incumplimiento de la actividad a la que se encuentra afecta la subvención, pero en otros casos no guardará relación alguna con ella (incumplimiento de la obligación de publicidad, obstrucción de la acción de inspección, etc.).

El resultado final de este debate doctrinal parece poco satisfactorio. De hecho, la conclusión que se alcanza es que se puede afirmar que el elemento de la afectación es lo que se quiera, pero al precio de desvirtuar la categoría en la que se pretende incluir. Se puede decir que es una condición, pero hay que aclarar que no es casual, sino potestativa. Se puede decir que es un modo, pero hay que aclarar que no es exigible⁹⁷. Se puede decir que es una carga, pero hay que aceptar su existencia fuera del ámbito procedimental.

Asimismo, el recurso a las figuras de la condición, el modo o la carga, resultan conjuntamente criticables por cuanto parece asumirse, en los tres casos, que la afectación se configura como un “elemento accidental” del acto de concesión de la subvención. Sin embargo, las obligaciones del beneficiario son mucho más que “cláusulas accesorias”, incluso si estas son consideraras como cláusulas impuestas por la norma⁹⁸. En realidad, son parte esencial del acto, son un elemento integrante de su tipicidad, de modo que no se trata de que la Administración venga obligada a

⁹⁷ “En la práctica administrativa se echa en falta un puente, una figura intermedia, entre el modo y la condición”, FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 141, lo que habría llevado, en España, a hipertrofiar la condición, y en Alemania, a hacer lo propio con el modo.

⁹⁸ Refiriéndose, en concreto, al modo, apunta José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 44, que las actividades a las que se encuentra afecta la subvención “son algo más que la existencia del modo como elemento accidental del negocio jurídico”.

incluir tales cláusulas por un mandato normativo, sino que, a falta de tales cláusulas, no se crea el concreto tipo de acto que se pretende dictar⁹⁹.

Se ha abierto así hueco una cierta idea, fuertemente relativista, que quita toda relevancia a la posible calificación jurídica del elemento de la afectación¹⁰⁰. No creemos que deba aceptarse esta postura derrotista, sino que entendemos que la labor del jurista es arriesgar nuevas explicaciones capaces de ordenar de la manera más satisfactoria posible las distintas parcelas del Derecho. Por ello, estimamos oportuno plantear como hipótesis la posibilidad de que el elemento de la afectación deba entenderse como un gravamen, una limitación, que constituye la causa de la atribución patrimonial que implica toda subvención.

Nuestra premisa partiría de distinguir entre la institución de la subvención y las obligaciones que esta institución genera para una de las partes implicadas en ella. En efecto, cuando se habla de subvención en ocasiones se está haciendo referencia al importe que la Administración entrega al beneficiario y en ocasiones se hace referencia al acto (la resolución) por el que se concede la subvención. Por ello mismo, al hablar de causa de la subvención deben distinguirse dos conceptos distintos: la causa de la atribución patrimonial y la causa del acto de concesión de la subvención. Advertido lo anterior, cabría sostener que la afectación no es la causa de la resolución de concesión (es decir, del acto administrativo), sino la causa de la obligación de entregar el dinero por parte de la Administración.

⁹⁹ Así lo entiende Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 344, quien considera que es “un elemento esencial de la subvención” que se impone “por la propia esencia de la figura, por imperativo legal y no por decisión voluntaria de la Administración concedente”, esto es, “la afectación de la subvención no es pues un elemento accidental del desplazamiento patrimonial (ni un modo, ni una carga impuesta, ni una condición) del que el ente concedente pueda disponer libremente, sino que forma parte de la esencia misma de la subvención pública”.

¹⁰⁰ Así, bajo la apariencia del realismo y el pragmatismo, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, en Jesús DEL BARCO FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 323, considera que, “independientemente de la naturaleza jurídica que quiera atribuírsele a los compromisos asumidos por el beneficiario con motivo de la concesión de la subvención, sea esta de condición, carga, modo u obligación, resulta indiscutible que su incumplimiento conllevará la obligación de restituir los fondos percibidos”. Y también Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 41, estima que da igual que se trate de una carga, una condición o un modo y coincide con Begoña SESMA “en relativizar la denominación que se le dé y en entender que eso constituye la propia esencia de la subvención”.

La jurisprudencia tampoco lo tiene mucho más claro y, simplemente, se niega a realizar cualquier distinción entre condición, carga, modo, obligación e incluso requisito, considerándolo todo como una misma categoría y anudando al incumplimiento de cualquiera de ellas la misma consecuencia: la pérdida del derecho a recibir el pago de la subvención o, en su caso, la obligación de devolverla. Por ejemplo, la STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación, proclama, cumulativamente, el “carácter modal y condicional” y el “carácter finalista” de la subvención. La misma sentencia intenta explicar que “las cantidades que se otorgan al beneficiario están vinculadas al pleno cumplimiento de los requisitos y al desarrollo de la actividad prevista al efecto. Existe, por tanto, un carácter condicional en la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario cumpla unas exigencias o tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión”. En idénticos términos, la STS de 11 de marzo de 2009, Sección cuarta, Ar. 153507 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con unas ayudas a la reforestación cofinanciadas con fondos de la Unión.

En efecto, por una parte, resulta indudable que toda atribución patrimonial realizada por la Administración debe basarse en una causa que el ordenamiento jurídico considere justa¹⁰¹. Ello quiere decir, en el caso de la subvención, que el dinero entregado al beneficiario debe servir para realizar una determinada actividad (lo que podemos identificar con el elemento de la “afectación”).

Por otra parte, y distinto de lo anterior, encontramos el hecho de que todo acto administrativo (conlleve o no un desplazamiento patrimonial) debe tener una causa. O, dicho en otros términos, todo acto administrativo debe adecuarse al fin público perseguido por la norma que atribuyó a la Administración la potestad de dictarlo. En el caso de las subvenciones ello significa que la resolución de concesión debe perseguir el fin público marcado por las bases reguladoras que, justamente, permiten a la Administración dictar dicha resolución¹⁰².

De este modo, la afectación o, por ser más exactos, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el beneficiario, debe identificarse con la causa directa del pago, del enriquecimiento¹⁰³. Y, ya de manera indirecta, supondría también la causa del otorgamiento de la subvención. En efecto, la causa del otorgamiento, esto es, la adecuación del acto de otorgamiento a la finalidad para la cual el ordenamiento confirió a la Administración la potestad de dictarlo, es la satisfacción de los intereses generales que, en cada caso, se hayan determinado. En consecuencia, si y solo si las obligaciones asumidas por el beneficiario sirven para satisfacer los intereses generales, podrán identificarse con la causa del otorgamiento de la subvención.

¹⁰¹ Como indican Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, Tecnos, 8ª ed., 1992, p. 509, “el problema de la causa de la atribución patrimonial responde a esta necesidad: todo desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro debe tener su origen y fundamento en una razón que el ordenamiento jurídico considere justa”.

¹⁰² La jurisprudencia no siempre tiene clara esta distinción. Así, la STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación considera que “la afectación de los fondos a determinados requisitos y comportamientos (...) constituye la causa del otorgamiento [de la subvención]”. Por su parte, la STS de 27 de septiembre de 2006, Sección cuarta, Ar. 7511 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de una subvención concedida al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para la realización de un proyecto de inserción laboral, se refiere a “el cumplimiento de la afectación de los fondos a determinados comportamientos, que constituyen la causa del otorgamiento”.

También en la doctrina se produce esta confusión, así, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 40, considera posible identificar la actividad que debe realizar el beneficiario con la finalidad de la subvención, pues “precisamente esa es la causa de la subvención”. También Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, Civitas, Madrid, 2010, p. 30, considera que cuando el beneficiario incumple la actividad que fundamentó la concesión de la subvención, el acto queda sin causa (“cuando dicha actividad se frustra, el acto queda sin causa”), de modo que el reintegro implicaría “la retirada de un acto que carece de causa” (p. 68).

¹⁰³ De manera categórica, también Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las Comunidades Autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 21 (octubre 2009), p. 28, ha afirmado recientemente que “la entrega dineraria se vincula al cumplimiento de un determinado fin (...), con lo que la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la concreta afectación de la subvención”.

Como habrá ocasión de ver más adelante, el reintegro obedecerá, por norma general, a la falta de causa de la atribución patrimonial, al faltar la razón, el motivo que justifique la transferencia de una cantidad económica de un patrimonio (público) a otro. Pero ello no implicará que el acto de concesión carezca de causa. Asimismo, en aquellos supuestos en que el acto de concesión carezca de causa, o esta sea ilegítima, tal acto de concesión no será válido y, en consecuencia, la atribución patrimonial tampoco podrá serlo, lo que también podrá dar lugar al reintegro¹⁰⁴. Obsérvese que se trata, por tanto, de elementos distintos: es posible que el beneficiario haya cumplido perfectamente las obligaciones impuestas por la subvención y que, a pesar de ello, la resolución de concesión carezca de causa (o, más bien, que dicho acto no se adecue a la finalidad marcada por la norma). Sobre todo ello volveremos más adelante, al analizar la causa de reintegro prevista en el art. 4.3 Reglamento nº 2988/95 y su posible relación con la causa de reintegro recogida en el art. 37.1.a) LGS.

En última instancia, sin embargo, cabe entender que la tesis de la ausencia de la causa del desplazamiento patrimonial no niega radicalmente la justificación del reintegro por el incumplimiento de una carga. En realidad, tiende más bien a integrar a esta última dentro de su explicación¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Así se planteó, por ejemplo, en relación con las ayudas concedidas mediante el Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, de concesión de subvenciones a asociaciones de consumidores para el apoyo y asesoramiento de los afectados por la situación de las empresas *Afinsa Bienes Tangibles, S.A.*, y *Forúm Filatélico, S.A.* Tales ayudas, a juicio de la demandante (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios, *Ausbanc Consumo*), habían sido concedidas con la única finalidad “de acallar a las asociaciones de consumidores y usuarios, evitando cualquier intento de estas de exigir responsabilidad patrimonial del Estado por la situación acaecida”, lo que suponía una desviación de poder, toda vez que no se estaría respetando la finalidad perseguida por la norma que atribuye a la Administración la potestad de conceder tales ayudas. Dicha norma, según reconocimiento expreso del Real Decreto 613/2006, impugnado, sería el art. 22.2.c) LGS, conforme al cual se prevé la posibilidad de conceder, de forma directa y con carácter excepcional, entre otras, aquellas subvenciones en las que concurren razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública. La STS de 7 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 981 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ), rechazó, sin embargo, la alegación, al entender, como suele ser habitual, que no se habían aportado pruebas, siquiera indiciarias, que permitieran entender que la actuación de la Administración se encontraba incurso en un vicio de desviación de poder.

¹⁰⁵ Según hemos visto, el mismo Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 99-100, indicaba la existencia de ciertas figuras, como las cesiones gratuitas de bienes inmuebles, susceptibles de ser identificadas, desde un punto de vista estructural y finalista en el concepto de subvención. En la medida en que, respecto a tales figuras, se admite sin problema alguno la institución de la declaración de caducidad frente a los incumplimientos de sus beneficiarios como forma normal de poner fin a la producción de sus efectos, no es arriesgado indicar que la construcción de este autor no se opone a lo defendido en nuestro trabajo.

Y, del mismo modo, ello no ha impedido que la jurisprudencia también haya utilizado unos razonamientos en ocasiones idénticos a los esgrimidos en relación con el reintegro de subvenciones, basados en la desaparición de la causa de la atribución patrimonial, para acordar la reversión de bienes inmuebles cedidos por una Administración por incumplimiento del fin para el que se cedieron. En este sentido, cabe destacar la STS de 14 de febrero de 2006, Sección quinta, Ar. 2105 (ponente: FERNÁNDEZ VALVERDE), recaída en relación con la solicitud de reversión de un solar cedido por el Ayuntamiento de Vadocondes para la construcción de una Casa-Cuartel de la Guardia Civil por la desafectación y puesta en venta de este, por su notable labor de ordenación de la jurisprudencia recaída sobre el tema.

2. La afectación como rasgo típico de la “subvención en sentido estricto”

Una vez analizado el concepto de afectación, procede ahora realizar una afirmación, un desmentido y una aclaración. La afirmación consiste en que la afectación, tal y como ha sostenido tradicionalmente la doctrina, es un elemento esencial de la subvención. El desmentido es que, a pesar de la anterior afirmación, el art. 2.1.b) LGS ha consagrado, expresamente, la existencia de subvenciones en las que no concurre el elemento de la afectación. La aclaración es que bajo el concepto de subvención acuñado por el legislador, se esconden, en realidad, dos figuras jurídicas distintas. Por una parte, lo que podríamos llamar “subvención en sentido estricto”, por otra parte, lo que tradicionalmente se conoce como primas.

Ambas figuras consisten en una atribución dineraria realizada por una Administración pública a favor de sujetos en los que concurren ciertos requisitos, sin contraprestación directa y con la finalidad de satisfacer un interés general. La diferencia, por tanto, radica en que el elemento de la afectación solo concurre en las “subvenciones en sentido estricto”. De este modo, la causa de la atribución patrimonial de las “subvenciones en sentido estricto” se encuentra en la realización, futura e incierta, de una determinada actividad. Por el contrario, la causa de la atribución patrimonial de las primas radica en la simple concurrencia de una situación, presente y cierta. Dicha distinción es, cabalmente, el resultado de aplicar la clasificación ya expuesta de José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que diferenciaba entre “ayudas” y “recompensas”, al grupo de medidas propias de la actividad administrativa de fomento formado por las disposiciones dinerarias realizadas sin contraprestación directa¹⁰⁶.

Tal es el sentido que hay que dar, por tanto, a las continuas manifestaciones doctrinales que expresan que la afectación es el elemento esencial de la subvención¹⁰⁷, y

¹⁰⁶ En efecto, en tanto que “ayuda”, la nota esencial de la subvención en sentido estricto se encierra en una preposición, *para*. Lo que individualiza a la subvención frente a la prima es que su entrega se debe a la realización de una actividad. No a la actividad realizada, sino a la acción de realizarla. Es desde esta perspectiva desde donde mejor se entiende la etimología de la palabra “subvención” como “acción de sub-venir” o “venir en auxilio de alguno o acudir a las necesidades de alguna cosa” (MARÍA MOLINER). La subvención supone una ayuda, una colaboración con la actividad que otro desempeña. Por su parte, las primas serían una manifestación de la figura de las “recompensas”, en tanto que se refieren “a actividades o conductas ya realizadas, que jurídicamente se configuran como los presupuestos fácticos habilitantes de las decisiones administrativas dispensadoras –requisitos, en consecuencia, de validez– o, a lo más, como condiciones o requisitos de su eficacia”. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 759. Resulta llamativo, por estos mismos motivos, que el propio autor de la distinción entre “ayudas” y “recompensas” no la llevase hasta sus últimas consecuencias en relación con las subvenciones y entendiéndose, por el contrario, que la subvención puede ir referida a actividades ya desarrolladas o por desarrollar, obviando así el concepto de prima.

¹⁰⁷ A mero título de ejemplo, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., pp. 314-315: “el requisito de la afectación de la subvención es, sin duda, un elemento central para la depuración conceptual de la figura. Y es que sin afectación de la entrega patrimonial no hay subvención propiamente dicha”. Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., p. 649.

a la insistencia de su normativa reguladora en el deber del beneficiario de aplicar la subvención al fin para el cual se la concedieron¹⁰⁸.

Como expusiera Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “la subvención [en sentido estricto] es origen inmediato y directo de la acción del particular en la manera en que se desarrolla, por lo que sin la subvención aquel no realizaría la actividad, o de hacerlo no se ajustaría necesariamente a los fines y objetivos más adecuados para el interés público y general”¹⁰⁹. La realización de la actividad a la que se vincula la subvención implica un cierto gravamen. Su realización supone un esfuerzo para el beneficiario y es, precisamente, el temor a que dicho esfuerzo le haga desistir lo que empuja a la Administración a ayudarlo. Y este carácter de incentivo implica, precisamente, “la exclusión de todas aquellas atribuciones que se otorgan, que se ‘ofertan’ o prometen, *con posterioridad* a la acción del particular, razón por la que (...) también los premios y algunos supuestos asimilables, deben quedar deslindados del concepto estricto de subvención”¹¹⁰. Es decir, para poder ser considerada como “subvención en sentido estricto”, la atribución patrimonial a fondo perdido tiene que estar afectada a un fin: “todas aquellas transferencias o atribuciones patrimoniales que no comporten un ‘deber’ de hacer o de dar cumplido destino a lo otorgado mediante su inversión en la actividad subvencionada deben también quedar excluidas del concepto estricto de subvención. Quiere decirse, pues, que sin entrega afectada no hay subvención”¹¹¹.

De este modo, “se excluyen todo un amplio conjunto de ‘ayudas’ que bajo los términos de ‘auxilios’, ‘subsidios’ e, incluso, ‘subvenciones’, la Administración otorga a determinados particulares en atención a la situación objetiva en la que se encuentran, con un claro y marcado carácter social, de ayudas y prestación a los sectores de la sociedad más necesitados. (...). No son en realidad auténticas subvenciones en tanto que falla (...) el requisito de la afectación al concederse la ayuda sin vinculación alguna del beneficiario a tener que dar un determinado destino a lo percibido o cumplir una determinada acción de interés general. En estos casos el interés público que justifica el beneficio atribuido reside en la propia consideración personal de la

¹⁰⁸ Como recuerda José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 39, sin apartarnos de la legislación estatal, dicho deber, que ya aparecía en el art. 81 TRLGP, aparece ahora en el art. 14 LGS y, de manera indirecta, en la LOTCu, la LFTCu o el art. 308 CP. Tal deber del beneficiario de destinar la subvención al fin para el cual se concedió sería, además, una manifestación del principio general “*quod ad certam speciem relinquere in alios usus convertere non licet*” (Dig., tit. VIII, *De administratione rerum ad civitates pertinentium*, I, libro X). José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo IV, Barcelona, 1981.

¹⁰⁹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 231-232.

¹¹⁰ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 233.

¹¹¹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 234. Ya antes, y en el mismo sentido, Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 31, había indicado que el dato de la realización futura de la actividad (para él, modo) al que va ligada la subvención resulta determinante. En caso contrario, esto es, si la concesión de la subvención obedece a una causa pasada, “nos encontramos en presencia de una auténtica prima”.

persona [sic] o institución que lo percibe, sin perseguir ninguna otra finalidad que la de ‘socorrer’, ‘ayudar’ a los más necesitados”¹¹². Tales ayudas constituirían, cabalmente, lo que se conoce como primas.

Ambas figuras, “subvención en sentido estricto” y prima, conviven ahora en el concepto legal de subvención inaugurado por el art. 2 LGS¹¹³.

3. Subvenciones sin afectación: las primas

En efecto, el concepto de subvención consagrado por la LGS, sin negar todos los caracteres propios de la subvención en sentido estricto, admite, también, la posibilidad de su concesión retroactiva y, en concreto, la posibilidad de que su concesión no venga motivada por una actividad, sino por una situación. Ello implica que pueda haber subvenciones, en el sentido del art. 2 LGS, que no cumplan el requisito de la afectación. Tales subvenciones serían, por lo tanto, lo que la doctrina conoce como subvenciones *ex post* o primas, medidas de gran tradición en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁴ y definidas como “aquellas atribuciones pa-

¹¹² Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., nota 214 en pp. 234-236.

¹¹³ Debe advertirse, sin embargo, que no toda la doctrina ha sido plenamente consciente de esta actuación del legislador. Así, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 44., acepta que, bajo la nueva LGS, “la afectación de los fondos recibidos a un fin o al desarrollo de una conducta no es un elemento típico de la figura sino sólo de un subgrupo, integrado fundamentalmente por las subvenciones de fomento. El fin constituye un elemento esencial del acto de concesión, pero no implica necesariamente, aunque frecuentemente sea así, que los fondos estén ‘afectados’. A veces las subvenciones se otorgan en reconocimiento de una actividad anterior o de una situación merecedora de una recompensa pública”. En sentido contrario, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 11, sigue concediendo una importancia decisiva al requisito de la afectación, lo que tiene sentido con la subvención en sentido estricto, pero no en relación con el concepto de subvención consagrado en el art. 2 LGS: “la causa que legitima el otorgamiento dinerario es la concreta afectación, lo que, entre otras consecuencias, da cuenta de la exigencia de reintegro de lo percibido en caso de incumplimiento de cargas y obligaciones en que se concreta esta afectación. Por ello, sin afectación no hay subvención”. Este mismo artículo y, por tanto, esta misma afirmación, fueron posteriormente publicados, con mínimas modificaciones, como “Capítulo I. El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 29-63. Extraña, asimismo, el silencio que guardan respecto a la expresa inclusión de las primas en el concepto de subvención consagrado en el art. 2 LGS otros autores que también han abordado el concepto de subvención de la Ley. Cfr., José Manuel DÍAZ LEMA, “Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre”, *Justicia Administrativa*, nº 27 (abril 2005), pp. 5-33; Jesús DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, “Título Preliminar. Disposiciones generales”, en Jesús DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA et al., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004, cit., pp. 44-51.

¹¹⁴ En efecto, la prima, entendida como una disposición dineraria realizada por la Administración sin contraprestación directa por parte del beneficiario, por haber realizado este una concreta actividad o encontrarse en una situación determinada que se considera que satisface algún interés general, parece contar con muy antiguos antecedentes. En su clásico estudio histórico sobre las medidas de fomento, José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., señala multitud de ejemplos: “así, en la Novísima Recopilación, en el Libro noveno, Título octavo, Ley IV, se mencionan las primas o *acostamentos* a armadores que construyesen naves de 600 o más toneladas” (p. 19), más adelante, bajo el reinado de Isabel II, la Ley de Ferrocarriles de 3 de junio de 1855, admitió la posibilidad de conceder “auxilios y subvenciones directas” (en realidad, primas) a los ferrocarriles de interés general (p. 33), calculándose sobre el número de kilómetros (por ejemplo, la línea Madrid-Zaragoza, concedida en 1856, recibió 24.000 escudos por kilómetro; la línea Sevilla-Jerez, 10.766 escudos por kilómetro). Mucho más adelante, la Ley de 25 de junio de 1880, prevería la

trimoniales ‘gratuitas’ otorgadas por la Administración a determinados particulares por la realización de una concreta actividad considerada de interés público y general”¹¹⁵. Dicho de otro modo, en el caso de las primas la concesión obedece a una causa pasada, de modo que la finalidad perseguida con su otorgamiento coincide con los requisitos necesarios para recibirla¹¹⁶.

Se trata de una opción legislativa y como tal debe aceptarse, aunque no es seguro que el legislador fuera plenamente consciente de lo que hacía¹¹⁷. Pero esta decisión del legislador supone, lisa y llanamente, torpedear a la subvención en su línea de flotación, negando la especificidad de su elemento característico y diferenciador del resto de medidas de fomento de carácter económico y no devolutivas: la afectación. En efecto, si la esencia misma de la subvención es el subvenir, el auxiliar, el ayudar a la realización de una actividad, como ya quedó dicho, la causa de su entrega no puede estar, por la propia naturaleza de las cosas, ni en actividades ya realizadas ni en la concurrencia de situaciones¹¹⁸. Asimismo, la inclusión de las primas o subvenciones *ex post* en el mismo saco que las “subvenciones en sentido estricto” no resulta inocua. Por el contrario, la diferencia conceptual entre ambas figuras conlleva una serie de diferencias en relación con sus respectivos regímenes jurídicos, cuestión de la que nos ocuparemos algo más adelante¹¹⁹.

concesión de primas a los constructores de buques nacionales (40 pesetas por tonelada), y la Ley de 14 de junio de 1909, de protección y fomento de las industrias marítimas nacionales, establecería la concesión de primas de navegación por tonelada y milla, a cambio de las cuales las empresas beneficiarias quedaban gravadas con ciertos transportes en favor del Estado y con el control administrativo sobre las tarifas (pp. 56-57).

¹¹⁵ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 270.

¹¹⁶ Como indica Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., nota 36 a p. 31, “si la concesión obedece a una causa pasada, en rigor nos encontramos en presencia de una verdadera prima”.

¹¹⁷ Un indicio de que el legislador no parecía plenamente consciente del concepto de subvención tan amplio que estaba consagrando se encuentra en la Exposición de Motivos, apartado II, párrafo 3, donde se afirma que “En el ámbito objetivo de aplicación de la Ley se introduce un elemento diferenciador que delimita el concepto de subvención de otros análogos: la afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo, la ejecución de un proyecto específico, la realización de una actividad o la adopción de un comportamiento singular, ya realizados por desarrollar. Si dicha afectación existe, la entrega de fondos tendrá la consideración de subvención y esta Ley resultará de aplicación a la misma”.

¹¹⁸ Debe dejarse constancia, sin embargo, de que Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 357 y ss., ya había identificado, con anterioridad a la aprobación de la LGS, prima y subvención como una misma figura, si bien con importantes incoherencias internas a su propia exposición. En particular, la autora afirma que las primas debían considerarse como una simple modalidad de subvenciones, aun reconociendo que estas son concedidas “no tanto para la promoción o el fomento de una determinada actividad como por haber realizado ya dicha actividad” (357), lo que le permitía equipararlas a las subvenciones que se conceden por “haber realizado tal actividad o estar en la situación que legitima su otorgamiento” (nota 126 en p. 359). De este modo, la autora ignora que, en el caso de las primas, desaparecen los deberes de justificación y la afectación de los fondos. La construcción produce una notable perplejidad, en la medida en que, algo más adelante, al ocuparse de los “premios científicos, artísticos, culturales o empresariales”, que también considera subvención aun siendo estructuralmente primas, asume que “una vez concedidos, al no existir obligación de aplicar la cuantía recibida a una finalidad específica por ser esta la causa de la concesión, pierdan, como todas las subvenciones concedidas por un resultado ya obtenido, parte de su identidad como típicas subvenciones” (360).

¹¹⁹ Sin llegar a emplear la terminología de primas o subvenciones *ex post*, la STS de 4 noviembre de 1997, Ar. 8530 y la STSJ de Madrid de 11 de junio de 2002, Ar. 86518 de 2003, reconocen la autonomía o,

Debe advertirse, en cualquier caso, que existe un cierto solapamiento conceptual en el art. 2.1.b) LGS al distinguir entre las actividades “ya realizadas o por desarrollar” y la “conurrencia de una situación”. En realidad, y en buena lógica, el cumplimiento del objetivo, la ejecución del proyecto, la realización de la actividad o la adopción del comportamiento singular, una vez realizados, pasan a pertenecer al mundo de los hechos, de lo pasado, de lo inmutable. Es decir, pasan a constituir una “situación”, un “estado de cosas”¹²⁰, sin que, evidentemente, quepa la proposición inversa, esto es, que toda situación suponga que se ha cumplido un objetivo, ejecutado un proyecto, realizado una actividad o adoptado un comportamiento singular. En efecto, el haber realizado ya la actividad supone, en el sentido más literal, un hecho, y desde esta perspectiva, constituye, por sí mismo, un estado, una situación.

Aún más, desde el punto de vista de su régimen jurídico, no hay distinción entre las primas y cualquier otro tipo de prestación financiera con cargo a fondos públicos en atención a una determinada situación, incluyendo aquellas que, tradicionalmente, reciben el nombre de premios¹²¹ o de subsidios o ayudas sociales. Esta situación explica, precisamente, por qué la LGS se ve en la obligación de excluir expresamente del concepto de subvención por ella acuñado a las prestaciones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social, las pensiones asistenciales por ancianidad a los españoles no residentes en España, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España o las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos, entre otros supuestos contemplados en el art. 2.4 LGS.

En caso de haber acogido un concepto de subvención en sentido estricto, esto es, basado en el dato de su afectación, estas excepciones no serían necesarias, porque, sencillamente, irían de suyo: las prestaciones de la Seguridad Social se conceden, cabalmente, cuando el beneficiario se encuentra en el supuesto de hecho (situación de carencia) definido en la norma, sin necesidad de concurrencia de actividad alguna por su parte (salvo, quizá, la presentación de la solicitud para el reconocimiento de una prestación a su favor: carga, como sabemos, pero mera carga procedimental). No obstante, al ampliar de manera desafortada el concepto de subvención, a fin de incluir determinadas figuras que, por sí mismas, no entrarían dentro de dicho ám-

cuando menos, la singularidad de su régimen, señalando que hay que distinguir “entre subvenciones que son simplemente un auxilio o ayuda económica directa en favor de particulares, sin que estos estén obligados a observar, posteriormente, una conducta determinada, y aquellas subvenciones públicas que requieren que el subvencionado realice un comportamiento determinado, activo o pasivo”.

¹²⁰ MARÍA MOLINER define “situación” como “manera de estar alguien o alguna cosa”.

¹²¹ En efecto, como indica Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 84, y acepta generalmente la doctrina, “el premio se refiere siempre a un acto anterior a su otorgamiento y se concede siempre y precisamente por la realización del mismo; en cambio, la subvención se otorga, en todo caso, no en contemplación de un acto pasado, sino futuro, con una finalidad de inversión posterior”. Exactamente igual que en el caso de la prima.

bito, quedaron incluidas también otras medidas a las que el legislador no pretendía extender esta regulación¹²².

Por ello mismo, no cabe aceptar que el contenido del artículo 2.4 LGS sea “eminentemente didáctico” por considerar que, simplemente, se trata de ejemplos que, por sí mismos, quedaban fuera del concepto de subvenciones del art. 2.1 LGS, ni que, “precisamente por esta causa, deben considerarse también ajenas a la LGS las prestaciones de igual naturaleza que pudieran tener establecidas las CCAA aunque no se mencionen expresamente”¹²³. Por el contrario: de no ser por esta expresa previsión legal, tales medidas deberían entenderse comprendidas dentro del concepto de subvención del art. 2.1 LGS y les resultaría de aplicación el régimen jurídico previsto en dicha Ley¹²⁴. Ello sin perjuicio, claro está, de la existencia de leyes sectoriales que resultasen de aplicación preferente en virtud del principio de especialidad.

4. La distinción entre primas y subvenciones

A pesar de que, como queda expuesto, la doctrina reconoce y distingue desde antiguo las figuras de la “subvención en sentido estricto” (en adelante, simplemente “subvención”) y de la prima, no siempre se han manejado los criterios adecuados para diferenciar claramente ambas instituciones. Ello ha dado lugar a que no haya sido fácil calificar algunas actuaciones administrativas concretas dentro de una u otra categoría. En consecuencia, parece oportuno prestar cierta atención a los criterios que deben guiar la separación entre ambas, rechazando aquellos que generan más confusión que orden.

¹²² Hay que reconocer, sin embargo, que la LGS se ha limitado a confirmar una tendencia que, aunque de manera difusa, se encontraba ya en el ordenamiento y en la doctrina: la distinción entre ayudas sociales y subvenciones, no por la distinta estructura de ambas, sino por su distinto contenido. En este sentido, como recuerda José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 43, el art. 80.4 Ley 55/1999, y la Ley 14/2002, ya decían expresamente que las ayudas previstas para ciertos afectados por el virus de la hepatitis C eran “ayudas sociales” y no subvenciones.

¹²³ José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 49 y 50. En este sentido, señala Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, RAP nº 165 (septiembre-diciembre 2004), p. 50, que “la larga lista de prestaciones y pensiones no contributivas del Estado, a las que legalmente se niega el carácter de subvenciones (art. 2.4), encuentra fácilmente correspondencia en figuras análogas establecidas por las Comunidades Autónomas, sin que la legislación básica haya previsto ni permitido la misma solución”, situación esta que, por cierto, le lleva a concluir que el concepto de subvención es inconstitucional. Por ello, a la misma operación se ven obligadas las leyes autonómicas. Así, el art. 2.2.a) de la Ley de Subvenciones de Galicia señala que no tienen el carácter de subvenciones “las prestaciones previstas en el artículo 2.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, destinadas a personas físicas y las prestaciones de naturaleza similar a estas o de carácter asistencial”.

¹²⁴ De hecho, como el mismo autor reconoce más adelante, entre los ejemplos de subvenciones concedidas en atención a la concurrencia de una determinada situación, esto es, entre los ejemplos de primas, podrían señalarse “una situación de indigencia, una enfermedad, una labor digna de premio, etc.”. José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 157.

A. Criterios erróneos para la distinción entre primas y subvenciones

En primer lugar, debe rechazarse que la distinción entre primas y subvenciones pueda venir determinada por el contenido de la actividad del beneficiario que, en cada caso, justifica su entrega. En efecto, una misma actividad podría ser objeto tanto de una prima como de una subvención, dependiendo, en última instancia de la opción de la Administración al configurar tales ayudas. Así, sería posible tanto la concesión de una subvención a quienes se comprometan a realizar actividades de replantación de árboles en el monte, como la concesión de primas a quienes acrediten que han realizado una tal actividad. Se trataría, por tanto, de una misma actividad, si bien en el primer caso se configuraría como una obligación de futuro, necesaria para el pago, y, en el segundo, como un requisito necesario para la concesión¹²⁵.

En segundo lugar, han sido muchos los autores que han querido hacer descansar la distinción entre prima y subvención en la configuración de las primeras como derechos subjetivos de los administrados frente a la mera expectativa o interés legítimo que se anudaría a la concesión de las segundas.

De acuerdo con este planteamiento, los beneficiarios de las primas quedarían directamente determinados por sus normas reguladoras, por lo que el acto administrativo de concesión sería un simple acto declarativo. De este modo, aquellos solicitantes que reuniesen los requisitos marcados por la norma, gozarían de un verdadero derecho subjetivo a la concesión de tales ayudas, plenamente exigible frente a la Administración en caso de que esta se negase a reconocerlo. Por oposición, los beneficiarios de la subvención serían indeterminados, debiendo ser, en cada caso, seleccionados por la Administración a través de un acto constitutivo, lo que impediría la existencia de cualquier derecho subjetivo previo¹²⁶.

¹²⁵ Esto es, como sostiene José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 91, “la configuración *ex ante* (para el desarrollo de una actividad futura) o *ex post* (como consecuencia de un comportamiento o actividad anterior) de las subvenciones puede dar lugar a que las «obligaciones» operen con el carácter de requisitos o cargas asumidas como consecuencia de la concesión”.

¹²⁶ José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., pp. 99-100. Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., pp. 82-83, quien al centrarse, en concreto, en las primas a la producción afirma incluso que el cálculo de su montante responde a una mera operación matemática. Begoña SÉSMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 345-346, quien, sin embargo, parece contradecirse en pp. 473-474, al sostener que las subvenciones *ex lege* y las subvenciones con asignación nominativa en los Presupuestos Generales del Estado no generan, necesariamente, un derecho subjetivo. Aplicando este mismo criterio, pero de manera inversa, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 759, afirma justamente lo contrario, esto es, la existencia de certeza en la concesión de las subvenciones (ayudas) e incertidumbre en las recompensas (primas): “los beneficiarios cuentan con las ayudas como algo cierto y seguro al plantear y llevar a cabo la actividad ayudada; no tienen, en cambio, ninguna seguridad de lograr los premios y recompensas, pues, aun cuando estos se anuncien o convoquen con antelación, ello se hará en forma tal que su definitiva adjudicación será algo aleatorio e imprevisible”.

En realidad, es cierto que en muchos casos las primas aparecen configuradas como verdaderos derechos subjetivos. A ello contribuye el hecho de que la Administración tiene certeza de que la situación a la que va a anudar la concesión del dinero ya ha sucedido y conoce cómo se ha desarrollado, a diferencia de lo que ocurre con la subvención. Sin embargo, pueden existir tanto primas que no constituyan derechos subjetivos como subvenciones que sí lo sean. En el primer caso, bastaría con establecer que la concesión de la prima siguiera un sistema de concurrencia competitiva (así ocurre con numerosos premios) o advertir que las primas se concederán dentro del límite que marque la cobertura presupuestaria (esto es, se concede a todo aquel que reúna ciertos requisitos hasta acabar con el crédito existente), con lo que desaparecería el derecho subjetivo a su concesión. Del mismo modo, en el caso de subvenciones que deban otorgarse en régimen de concesión directa (por ejemplo, subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos generales) no habrá una mera “pretensión”, sino un verdadero derecho público subjetivo a su concesión (por ejemplo, la concesión directa de una subvención a una Corporación local para ayudarla en la construcción de una Biblioteca municipal).

En consecuencia, no es cierto que, en todo caso, baste reunir las condiciones previstas en la norma para hacerse acreedor de una prima ni que, en ningún caso, exista un derecho subjetivo a ser beneficiario de una subvención. La existencia o no de un derecho con tales características no dependerá de que estemos ante una prima o una subvención, sino de otros factores, entre los que destaca el tipo de procedimiento de concesión: normalmente se generarán derechos subjetivos cuando esta sea directa y, en todo caso, no los habrá cuando esta lo sea en concurrencia competitiva¹²⁷.

¹²⁷ La jurisprudencia tampoco se ha mostrado especialmente acertada con relación a este criterio. Así, se ha afirmado que “la subvención no constituye un derecho subjetivo derivado directamente de la norma”, STS de 15 de mayo de 2001, Sección cuarta, Ar. 4255 (ponente: MARTÍ GARCÍA), que añade que “su posibilidad de obtención no solo está sujeta a la existencia de los fondos al respecto previstos, sino al cumplimiento íntegro de las condiciones, circunstancias y requisitos que la Administración haya concretado”. La afirmación y el razonamiento son equivocados por su carácter totalizador: la subvención, en general, no constituye un derecho subjetivo derivado directamente de la norma, pero nada impide que, en determinados casos, sea así. De hecho, existen sentencias que no solo admiten la existencia de un verdadero derecho del beneficiario a percibir la subvención sino que incluso llegan a concederlas ellas mismas. Entre ellas, cabe señalar la STS de 20 de febrero de 2007, Sección tercera, Ar. 1761 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), confirmatoria de la sentencia de instancia. Esta última declaró el derecho del recurrente a ser beneficiario de una subvención enmarcada en la normativa sobre incentivos económicos regionales argumentando que “el recurrente cumple con los requisitos exigidos por la normativa que rige la concesión de la subvención, como se desprende de los distintos informes obrantes en el expediente a los que nos remitimos, sin que esta decisión altere la doctrina de la STS de 29 de julio de 2002 en el sentido de que el peticionario de una subvención no tiene derecho a su concesión, pues nos encontramos en un supuesto que doctrinalmente ha venido en calificarse de «discrecionalidad cero»”. El Tribunal Supremo muestra su discrepancia con la argumentación de la sentencia de instancia, dejando ver que no comparte la calificación de la subvención en cuestión como de «discrecionalidad cero». Sin embargo, no solo no la casa (aunque ello se deba a un defecto en la interposición del recurso por parte de la Abogacía del Estado), sino que se remite a la jurisprudencia contenida en la STS de 5 de marzo de 2005, Ar. 5625, y admite la posibilidad de que los jueces puedan conceder subvenciones, eso sí, reduciendo considerablemente esta posibilidad: “solo en el supuesto en que la actuación de la Administración haya sido declarada arbitraria por carecer de motivación y tachada de discriminatoria, y se acredite el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la normativa aplicable en materia de subvenciones y se haya seguido en todos sus trámites el procedimiento de concesión de incentivos regionales (...) podrá resultar procedente que los tribunales de lo contencioso-administrativo reconozcan el derecho a percibir la subvención solicitada, ordenando al Ministerio de Economía y Hacienda que establezca las condiciones generales y particulares a las que quedará supeditada la concesión de dicha subvención”.

En tercer lugar, y finalmente, también se ha manejado de manera equivocada un criterio de distinción entre prima y subvención íntimamente ligado al anterior, aunque formalmente distinto: la existencia de discrecionalidad en la concesión de las subvenciones y el carácter reglado de la concesión de las primas. En particular, muchos autores han entendido que la inexistencia de un derecho subjetivo a recibir subvenciones implicaba, como consecuencia necesaria, que su concesión era el resultado de una potestad discrecional de la Administración¹²⁸.

En realidad, como sintetizó DÍAZ LEMA, la existencia de discrecionalidad significa un no reconocimiento de derechos subjetivos, pero la inexistencia de derechos subjetivos no significa ejercicio de competencias discrecionales¹²⁹. En efecto, la existencia de discrecionalidad elimina los derechos subjetivos, pero la ecuación inversa es falsa. Es decir, la inexistencia de discrecionalidad no implica la existencia de derechos subjetivos. Y, a la inversa, la existencia de un procedimiento de concesión reglado tampoco implica el nacimiento de un derecho subjetivo a favor de todos los solicitantes. De hecho, ese será el supuesto normal en la LGS, donde el procedimiento de concesión ordinaria será un procedimiento reglado, el de concurrencia competitiva, sin que ello dé lugar a que exista siempre un derecho subjetivo a la subvención¹³⁰.

B. Criterios válidos para la distinción entre primas y subvenciones

Frente a los anteriores, cabe señalar la existencia de varios criterios que sí permiten discernir adecuadamente cuándo nos encontramos ante una prima y cuándo

¹²⁸ José Luis VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 79. José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 105. Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, “Las subvenciones y ayudas públicas...”, cit., p. 366. José María GIMENO FELIÚ, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad de las medidas de fomento...”, cit., p. 180, quien afirma que “la subvención (...) se diferencia principalmente del resto de ayudas económicas por el dato de la discrecionalidad”, lo que le lleva a sostener que incluso en la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva la concesión “mantiene su carácter discrecional, si bien [la Administración] deberá seguir el criterio de otorgarla –si así se estimara– al que hubiera obtenido mayor valoración” (p. 174). En realidad, en un caso como el descrito la Administración no gozaría de discrecionalidad alguna, viniendo verdaderamente obligada a conceder la subvención al solicitante que mayor valoración hubiese alcanzado.

¹²⁹ José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., pp. 139 y 146. En esta última ofrece una lacónica y definitiva explicación técnico-jurídica: “la relación reglado/discrecional está al margen del particular, se encuentra en la relación Administración/norma”.

¹³⁰ Cfr., art. 17.3.e) LGS, donde se establece como uno de los puntos que obligatoriamente deben incluirse en las bases reguladoras de subvenciones los “criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos”. Se trata de una inclusión normativa novedosa, pues nada de esto se preveía en el art. 81.6.a) TRLGP, donde se regulaba el contenido de las bases reguladoras hasta la aprobación de la LGS. El Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, sí que hacía referencia, sin embargo, en relación con las subvenciones concedidas en concurrencia competitiva a “los criterios de valoración establecidos en la norma reguladora de la subvención o, en su caso, en la convocatoria” [art. 5.2.b) y, en similares términos, art. 1.3]. De este modo, el otorgamiento de la subvención será habitualmente resultado de un procedimiento reglado, dado que, como manifiesta Luis REQUERO IBÁÑEZ, “El régimen jurídico de las subvenciones locales”, cit., p. 55, “el acto administrativo de otorgamiento presupone un juicio en el que se trata de llegar a la única resolución jurídicamente admisible y, por tanto, queda abierta al control jurisdiccional el enjuiciamiento de ese acto en cuanto tal y en cuanto a su núcleo esencial, esto es, el otorgamiento o denegación”.

ante una subvención. Entre ellos, y de conformidad con lo expuesto en las páginas anteriores, destaca ante todo el elemento de la afectación (entendida en los términos ya explicados), el cual se erige en el criterio fundamental para distinguir entre ambas figuras.

En efecto, según hemos expuesto, la existencia del elemento de la afectación en la subvención y su inexistencia en la prima da la clave de ambos conceptos, en la medida en que establece una causa distinta capaz de justificar, en cada caso, la atribución patrimonial que ambas figuras conllevan. De este modo, y según quedó recogido en los epígrafes anteriores, el elemento de la afectación es el rasgo típico de la subvención, debiendo excluirse de este concepto las demás disposiciones dinerarias sin contraprestación directa que, en lugar de encontrarse vinculadas a actividades pendientes de desarrollo, traigan causa de hechos o sucesos ya acontecidos¹³¹.

Ahora bien, a partir de este dato fundamental es posible desgranar otros criterios de distinción entre ambas figuras, consecuencia, en realidad, del distinto régimen jurídico que impone para cada una de ellas la concurrencia, o no, del elemento de la afectación.

Así, en primer lugar, cabe indicar que en cada una de estas instituciones será distinto el momento en que se hace efectivo el derecho al pago. En efecto, si comparamos una prima y una subvención, encontramos que la primera da derecho a recibir el pago con la simple resolución de concesión, mientras que la segunda exigirá, además, el desarrollo de un comportamiento determinado por parte del beneficiario. Esta situación de partida, puede complicarse, sin embargo, cuando a las figuras de la prima y de la subvención se añaden cláusulas que imponen, bajo distintos títulos, nuevos deberes para los beneficiarios, según veremos más adelante.

En segundo lugar, y estrechamente ligado con el criterio anterior, puede tenerse en cuenta para distinguir entre ambas medidas la existencia de dos actos administrativos en la subvención y de uno solo en la prima. Por un lado, la subvención requiere un primer acto (resolución de concesión) en que se crea una obligación

¹³¹ Sin perjuicio de la bibliografía ya señalada en las páginas anteriores, vid., además, Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, "La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional", cit., p. 650. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, "La actividad de fomento en el Reglamento de obras...", cit., p. 324, quien justificaba la exclusión del concepto de subvención en el ROAS de "las ayudas o auxilios para atender necesidades perentorias que satisfagan finalidades de carácter social" en "la falta de afectación de la subvención en estos casos, pues esas ayudas o auxilios entroncan más bien con la clásica noción de beneficencia, otorgándose en atención simplemente al *status* de los beneficiarios y no determinando para estos la necesidad de cumplir carga jurídica alguna que justifique el otorgamiento". Germán FERNÁNDEZ FARRERES, "La actividad administrativa de fomento...", cit., p. 90. Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, "Las subvenciones y ayudas públicas...", cit., p. 357: la afectación "es determinante para individualizar la subvención de las primas, premios y becas (...) en estas figuras la transferencia patrimonial se concede *por la realización de la actividad*, a diferencia de la subvención, en que dicha atribución se realiza *para la realización de la actividad*".

económica a la Administración y se especifican las concretas obligaciones y deberes que deberá cumplir el beneficiario para hacer efectivo su derecho de pago. Tras él, se producirá (en su caso) un segundo acto de reconocimiento del cumplimiento de tales obligaciones y consiguiente declaración del derecho de pago. Por su parte, en la prima solo hay un acto administrativo, en el que se reconoce simultáneamente la obligación económica de la Administración y el derecho de pago en favor del beneficiario¹³².

En tercer lugar, otra de las características propias de las primas, a diferencia de lo que acontece en el régimen general de las subvenciones, es que no existe la obligación de justificar. Para ser exactos, “la justificación es previa a la concesión de beneficios, pero de este modo se convierte en un requisito de la concesión”¹³³, y así se ha visto precisada a reconocerlo la LGS al regular la obligación de justificar que, según el art. 14 LGS, corresponde a todos los beneficiarios de subvenciones en el sentido del art. 2.1 LGS¹³⁴. Esta situación implica que la Administración no podrá exigir con facilidad nuevos documentos justificativos al beneficiario una vez que haya concedido la prima¹³⁵. Ahora bien, como venimos señalando, debe tenerse en cuenta que, en ocasiones, las primas pueden llevar aparejadas determinadas obligaciones cuyo cumplimiento sí será necesario justificar.

Finalmente, y como tendremos ocasión de estudiar con detenimiento en un capítulo posterior, resulta dogmáticamente difícil sostener la procedencia del reintegro, en sentido estricto, en caso de las primas. En efecto, la figura del reintegro no parece que sea aplicable a las primas, en la medida en que en este tipo de ayudas la Administración, tras constatar la existencia de determinados hechos, produce un acto, declarativo de derechos y no condicionado a actividad futura alguna. Por tanto, difícilmente podrá aceptarse la procedencia del reintegro, esto es, la devolución de lo que no se tuvo derecho a cobrar por no realizar aquella actividad que justificaba la

¹³² Vid., Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 269 y 277-278.

¹³³ José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, p. 149.

¹³⁴ En particular, el art. 30.7 LGS establece que “Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el receptor no requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que pudieran establecerse para verificarse su existencia”.

¹³⁵ Algo así parece que ocurre en la no muy clara STSJ Cataluña de 3 de noviembre de 2003, Ar. 4441 de 2004 (ponente: ANDRÉS PEREIRA), cuyo supuesto de hecho parece ser el siguiente: con motivo de los daños ocasionados por ciertos incendios forestales declarados en Cataluña, se procede a convocar un procedimiento para la concesión de ayudas, al que tendrían acceso quienes demostrasen haber realizado determinada inversión. Tales ayudas se configurarían como primas, esto es, el dinero se concedía una vez realizadas las actividades determinadas por la norma. Pues bien, un administrado fue declarado beneficiario de una de estas ayudas tras aportar la correspondiente factura acreditativa de la inversión efectuada. Tres años después, la Administración concedente procede a exigir nueva documentación justificativa del gasto, por considerar la aportada tres años antes insuficiente. La sentencia razona que si la Administración consideró que la documentación justificativa que presentó el beneficiario no era suficiente, debió requerirse al mismo para que la completara, a tenor de lo que dispone el art. 71 de la Ley 30/1992.

atribución patrimonial, dado que la Administración, necesariamente, hubo de comprobar y dar por buena la realización de la actividad de que se tratara (reconvertida, como venimos indicando, en requisito). Frente a estas subvenciones, en principio, solo debería proceder la revisión de oficio¹³⁶.

En efecto, si la Administración realiza una atribución patrimonial en favor de determinados beneficiarios por haber realizado una actividad dada, debe entenderse que estos reunían los requisitos necesarios para que el acto desplegara todos sus efectos, incluyendo el derecho a recibir el pago. Por tanto, difícilmente podrá aceptarse el reintegro, porque la Administración, necesariamente, habrá comprobado y dado por buena la realización de las actuaciones que justificaban el pago. Ello únicamente podría admitirse en el caso de que la concesión de la prima viniese revestida de un carácter provisional que permitiese su posterior revisión y comprobación. Tal situación podría producirse en el caso de primas con pagos anticipados, en las que no se ha verificado plenamente el cumplimiento de los requisitos que permiten su concesión¹³⁷, por ejemplo, si tras la declaración de zona catastrófica se pagan ayudas a todos los que acrediten tener su domicilio en unas determinadas calles, sin perjuicio de que luego haya que justificar que el domicilio resultó efectivamente dañado. Y, asimismo, también podría producirse en el caso de primas a las que se añadieran otras obligaciones accesorias.

5. Otras obligaciones, distintas a la afectación, que recaen sobre los beneficiarios de primas y subvenciones

Finalmente, y tal y como hemos venido indicando, resulta también necesario hacer referencia a ciertas obligaciones o deberes, que no deben confundirse con el elemento de la afectación, y que pueden recaer tanto sobre los beneficiarios de primas como sobre los de subvenciones.

¹³⁶ No existe ni mucha literatura jurídica ni mucha jurisprudencia que se ocupen de este tipo de subvenciones. Por eso es especialmente importante el valor de la STSJ Murcia de 24 de enero de 2003, Ar. 1013 2004 (ponente: ABELLÁN MURCIA), que estima que “en aquellos casos en que *ab initio* le constaba [a] la Administración (...) que el solicitante no reunía alguno de los requisitos exigidos en la norma de la convocatoria para la concesión de la subvención y, a pesar de esto, fue esta otorgada, tal otorgamiento implicaba un acto favorable declarativo de derechos subjetivos, máxime cuando, como en el caso presente, los requisitos tenían que darse y agotarse con carácter previo a la concesión. Por ello, la comprobación *a posteriori*, y como consecuencia de la fiscalización del gasto por la Intervención General, de la no concurrencia en el solicitante de los requisitos exigidos por la convocatoria, requiere, con carácter previo al inicio del procedimiento de reintegro, y como condición *sine qua non* para la procedencia de su exigencia, el que la propia Administración declare su lesividad para su posterior impugnación ante esta jurisdicción”.

¹³⁷ Así lo declaran, por ejemplo, la STSJ Andalucía/Sevilla de 17 de julio de 2002, Ar. 170141 de 2003 (ponente: MORENO CARRILLO), y la STSJ Andalucía/Sevilla de 18 de marzo de 2003, Ar. 217121 (ponente: FRIAS MARTÍNEZ), que indica que en estos casos “no estamos ante un acto previo a revisar, en cuanto que el procedimiento no había finalizado aún”.

Entre tales deberes se encuentra, en primer lugar, la carga de la solicitud y, en el caso de las subvenciones y de ciertas primas, la carga de la aceptación. En efecto, con carácter general, el interesado en recibir una ayuda pública tendrá que presentar su petición (carga de la solicitud) alegando lo necesario para demostrar que cumple con los requisitos marcados en la norma reguladora y presentando los documentos que así lo acrediten¹³⁸. El propio cumplimiento de los requisitos que permiten al solicitante convertirse en beneficiario de subvenciones supone, por sí mismo, otra de las obligaciones que recaen sobre este¹³⁹. En ambos casos, sin embargo, se trataría de obligaciones previas a la concesión de la subvención por lo que, lógicamente, ni son creadas ni vienen impuestas por esta.

Pero junto a ellas, y en segundo lugar, existe toda una pléyade de deberes y cargas, nacidos propiamente con la concesión de la subvención e integradas en la tupida red de derechos y obligaciones que forman la relación jurídica subvencional.

Buena parte de estas obligaciones pueden contemplarse como accesorias de la obligación principal, esto es, de la realización de la actividad a la que se encuentra afecta la subvención, lo que explica que tengan un contenido meramente formal. Así sucedería, por ejemplo, con la obligación de justificar “la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención” o con la de “conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control” [arts. 14.1.b) y g) LGS]. Asimismo, y en la medida en que tales obligaciones se justifican por referencia a la actividad a la que se encuentra afecta la subvención, únicamente tienen sentido y resultan aplicables en relación con las subvenciones en sentido estricto, pero no en relación con las primas.

¹³⁸ Por supuesto, la carga de probar que reúne los requisitos para ser beneficiario recae sobre el solicitante. Lo afirma la STS de 21 de enero de 2003, Sección cuarta, Ar. 1528 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), en relación con una restitución a la exportación de mosto, quien aclara que “no existe un impropio desplazamiento de la carga de la prueba, sino una aplicación correcta de la [carga de la prueba] que corresponde asumir a quien invoca los hechos que determinan el derecho que invoca”. Y lo confirma el art. 14.1.b) LGS, que establece entre las obligaciones del beneficiario “justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y condiciones”.

¹³⁹ En efecto, ya se trate de prima o de subvención en sentido estricto, todo solicitante de una subvención debe reunir ciertos requisitos para convertirse en beneficiario de la misma. Como indicaba Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 94, (aunque refiriéndose a la subvención como contrato), “una cosa es que un contrato o convención sea condicional, y otra muy distinta que para ser posible contratante se ha de estar en una *posición condicionada*. Esto último es lo que sucede en la subvención, donde el posible contratante debe reunir una serie de requisitos para optar o contratar con el otorgante”. A este respecto, cfr., arts. 13.2 y 13.3 LGS, en los que se establece un importante listado de “requisitos negativos”, esto es, una descripción de distintas situaciones que, en caso de concurrir en un solicitante, impedirían que se le concediera la subvención. Por otro lado, y respecto a la posibilidad de que una norma nacional pueda endurecer los requisitos para recibir una ayuda de la Unión, vid., la STS de 16 de enero de 2004, Sección cuarta, Ar. 77 (ponente: BAENA DEL ALCAZAR), y la STS de 15 de junio de 2005, Sección cuarta, Ar. 9368 (ponente: SOTO VÁZQUEZ), ambas en sentido positivo.

Sin embargo, junto a ellas existen otras obligaciones, de carácter material y, en principio, ajenas a la actividad a la que se encuentra vinculada la subvención, lo que permite que sean predicables tanto de las subvenciones en sentido estricto como de las primas. La propia LGS prevé algún supuesto, como la obligación de “adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de esta Ley” [art. 14.1.h) LGS]. Sin embargo, serán las normas reguladoras de cada subvención las que establecerán las concretas obligaciones que deban recaer sobre los beneficiarios de la subvención en cada caso. Como habrá ocasión de ver, las subvenciones agrícolas de la Unión han hecho un uso intensivo de esta posibilidad a través del régimen de la “condicionalidad” propio de los pagos directos.

No resulta en absoluto sencillo determinar la naturaleza de estas obligaciones y, menos aún, justificar por qué su incumplimiento da lugar al reintegro de la subvención¹⁴⁰. En efecto, parece claro que estas obligaciones no son la causa de la atribución patrimonial en que consiste la subvención. Es decir, el dinero no se entrega para que se cumplan estas obligaciones, sino para que se cumpla la obligación principal, aquella a la que, precisamente, se encuentra afectado el pago de la subvención¹⁴¹. Sin perjuicio de ello, y a pesar de disponer de otras opciones, el legislador ha optado

¹⁴⁰ Tanto José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., pp. 161-166, como Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...”, cit., 161, y, muy especialmente, FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., pp. 131-140, consideran que se trata de cláusulas modales, esto es, de modos. La finalidad de esta calificación sería permitir a la Administración la adopción de otras medidas distintas a la retirada de la ventaja en caso de incumplimiento, que podrían ir desde el requerimiento a la sanción administrativa, pasando por todas las formas de ejecución forzosa. Todo ello sobre la base de que el modo obliga, de que dicha obligación es jurídicamente exigible y de que, en ocasiones, la mejor forma de satisfacer los intereses generales no pasa por la única decisión, radical y definitiva, prevista por la LGS: la declaración de caducidad o reintegro de la subvención.

¹⁴¹ Una subvención otorgada para la restauración de un bien de interés cultural no se concede para que se coloque un pequeño cartel dando noticia de que la restauración se ha llevado a cabo con fondos públicos, sino para restaurar el bien de interés cultural. O, por retomar un ejemplo ya empleado, una ayuda a un investigador para la publicación de un libro, con la obligación de entregar veinte ejemplares a la Administración concedente, no se otorga para que se produzca la entrega de los veinte ejemplares, sino para la publicación del libro.

Adelantando algo que veremos más adelante, la concesión del pago único integrado en la Política Agrícola Común no se realiza para que se cumplan las Buenas Condiciones Agrarias y Medioambientales (BCAM), propias del régimen de la “condicionalidad”, sino para sostener la renta de los agricultores. En este sentido, la mejor forma de comprobar que la “condicionalidad” no es causa del pago único, es compararlo con las medidas agroambientales, donde las mismas obligaciones se encuentran causalizadas, es decir, la entrega del dinero se encuentra afecta a su cumplimiento. Ello explica que se haya reclamado que “la Comisión delimite claramente las medidas de condicionalidad y las medidas agroambientales con el fin de garantizar que las ayudas del desarrollo rural solo constituyen una compensación en caso de cumplimiento de obligaciones que superen los requisitos y normas de condicionalidad”, Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial nº 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, aprobado el 6 de noviembre de 2008, punto 87. La respuesta de la Comisión también ilustra esta misma idea: “No debería haber ningún solapamiento entre la condicionalidad y los compromisos agroambientales. Eso se ha comprobado durante el proceso de aprobación de los programas de desarrollo rural. Los Estados miembros tuvieron que demostrar que las medidas agroambientales van más allá de la línea de base según lo definido por el artículo 39, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 1698/2005. La condicionalidad y las medidas agroambientales se complementan entre sí sin solapamientos posibles. En otras palabras, la condicionalidad representa la delimitación entre la penalización de los agricultores por el incumplimiento de los requisitos obligatorios (conforme al «principio de que quien contamina paga») y la recompensa a los agricultores por la aportación voluntaria de beneficios ambientales a través de compromisos agroambientales”.

por la más sencilla (pero, también, en ocasiones, la más injusta): causalizarlas, lo que justificaría que su incumplimiento también dé lugar a la devolución del dinero.

De todo ello nos ocuparemos con detalle al tratar del reintegro de las subvenciones, sin perjuicio de lo cual cabe adelantar ya que esta solución se encuentra prevista normativamente, tanto en el art. 2.1.b) LGS, al configurar el concepto de subvención, como en el art. 37 LGS, al regular las distintas causas de reintegro. Solo por centrarnos en el primero de ellos, conviene fijarse en que el legislador, al establecer el requisito de la afectación de la subvención, previó que la entrega de la disposición dineraria estuviese sujeta “al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, *debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido*”.

VI.

AFECTA AL CUMPLIMIENTO DE UN FIN (II). LA DISTINCIÓN ENTRE SUBVENCIONES DE RESULTADO Y DE FUNCIONAMIENTO

Hasta ahora, hemos señalado que el elemento de la afectación puede existir o no existir en las entregas dinerarias a fondo perdido. En el primer caso hablamos de subvención, en el segundo, de prima. Sin embargo, dentro del primer supuesto, esto es, dentro de las subvenciones o entregas dinerarias a fondo perdido afectas a un fin, el elemento de la afectación no es inmutable, sino que puede tener una mayor o menor presencia y diluirse progresivamente. Esta situación permite distinguir entre subvenciones de resultado y de funcionamiento.

Corresponde a Germán FERNÁNDEZ FARRERES el mérito de haber introducido entre nosotros la distinción, de origen italiano, entre ambos tipos de subvención¹⁴². Por una parte, se encuentran las subvenciones de resultado (o de *indirizzo*), serían aquellas que persiguen la realización de una actividad concreta, precisa y determinada, generalmente sin prolongación en el tiempo. En ellas se genera el mayor grado de afectación que puede encontrarse en las subvenciones, en la medida en que la libertad del beneficiario para cumplir con la actividad que fundamenta su concesión se reduce al mínimo. Por ejemplo, una subvención destinada a alumnos universitarios para la adquisición de equipos informáticos cuyas características técnicas son fijadas por las bases reguladoras.

¹⁴² Vid., Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 243-246, a cuya exposición nos atenemos.

Por otra parte, se hallan las subvenciones de funcionamiento (o de *incoraggiamento*), en las que se concede al beneficiario un amplio margen para decidir el mejor modo de cumplir la finalidad a la que se encuentra afecta la entrega dineraria. En este caso, la actividad que se espera del beneficiario también se encuentra prevista en la norma, pero su plasmación concreta, dentro de ciertos límites, se deja abierta a este, por lo que también suele tratarse de actividades con una cierta duración. Por ejemplo, las becas de Formación para el Profesorado Universitario, concedidas por un plazo máximo de cuatro años con la finalidad de iniciar a los licenciados en la carrera universitaria, no buscarían tanto un resultado concreto, como demuestra el hecho de que no se produzca el reintegro si, al cabo de ese periodo, no se ha leído la tesis, como una actividad, y de ahí la necesidad de presentar memorias justificativas de las tareas desarrolladas anualmente, vinculadas a la renovación de la beca¹⁴³.

De la existencia de estas subvenciones de funcionamiento se deducen dos consecuencias de cierta relevancia. En primer lugar, su especial adecuación para contribuir al desarrollo de los derechos fundamentales. En efecto, estas subvenciones, sin dejar de serlo, se configuran como el instrumento perfecto en manos de los poderes públicos para que puedan cumplir el mandato constitucional de colaborar con el pleno desarrollo de los derechos fundamentales de los ciudadanos, evitando, al mismo tiempo, una injerencia excesiva sobre los mismos. De este modo, surgen becas escolares¹⁴⁴ o ayudas para la financiación de partidos políticos, sindicatos, asociaciones, confesiones religiosas¹⁴⁵, publicación de revistas y diarios, etc. Todo ello,

¹⁴³ Puede ser útil recordar de nuevo la definición de subvención consagrada en el ordenamiento de la Unión por el art. 108.1 del Reglamento financiero, conforme al cual "Las subvenciones son contribuciones financieras directas a cargo del presupuesto que se conceden a título de liberalidad con objeto de financiar:

- a) Bien una acción destinada a promover la realización de un objetivo de alguna de las políticas de la Unión Europea.
- b) Bien el funcionamiento de un organismo que persiga un objetivo de interés general de alguna de las políticas de la Unión Europea".

Como resulta palmario, la definición transcrita se basa, precisamente, en la distinción entre los dos tipos de subvención de los que nos venimos ocupando.

¹⁴⁴ Ello explica que las becas puedan ser consideradas auténticas subvenciones. En concreto, "podría decirse que la beca es sencillamente la subvención que tiene por finalidad material el fomento y estímulo del estudio y la investigación", Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 284, pero esta afirmación sólo es posible desde la aceptación previa de que en las subvenciones puedan existir distintos grados de afectación y, en particular, desde la asunción de la existencia de subvenciones de funcionamiento.

¹⁴⁵ Se incluirían aquí las aportaciones dinerarias con cargo al presupuesto público entregadas con carácter global e inespecífico, es decir, entregas dinerarias que no se afectan a áreas concretas, sino que las Iglesias se encargan de distribuir y administrar. Se trata de una de las subvenciones de funcionamiento más antigua. En efecto, "el sistema de dotación directa mediante dotación anual en los Presupuestos del Estado tiene su origen, como es sabido, en el Concordato napoleónico de 1801, como medio para paliar el despojo de la propiedad eclesiástica efectuado por la Revolución Francesa. Esta necesidad de compensar de algún modo las desamortizaciones eclesiásticas realizadas en el s. XIX, así como la supresión de los diezmos en favor de la Iglesia, aparecen como razón justificadora en la mayor parte de los Estados que siguen esta forma de cooperación", Ana FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, "La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas", *RAP* n.º 108 (septiembre-diciembre 1985), pp. 370-371.

por supuesto, en el bien entendido de que las subvenciones de actividad no tienen por qué ir vinculadas, necesariamente, con el ejercicio de un derecho fundamental.

En segundo lugar, la atenuación del elemento de la afectación puede llegar a tal extremo que la subvención de funcionamiento acabe resultando difícilmente distinguible de las subvenciones *ex post* o primas, sobre todo si se tiene en cuenta que la concesión de estas últimas puede ir acompañada de la imposición de ciertas obligaciones. Por ejemplo, algunas ayudas asistenciales (como el mínimo vital), concedidas por la simple concurrencia de una situación, imponen ciertos límites a las actividades de sus beneficiarios (no se pueden gastar en lujos superfluos)¹⁴⁶. ¿Nos encontramos en este caso ante una subvención de funcionamiento o se trata, en realidad, de una prima?

El inevitable acercamiento entre ambas figuras, al minimizar el elemento de la afectación, da asimismo como resultado un acercamiento también entre sus respectivos regímenes jurídicos. Así ocurre, por ejemplo, con la obligación de justificar. Esta obligación, según vimos, tiene pleno sentido en las subvenciones, pero no en las primas (salvo en el caso de las excepciones señaladas). No obstante, dentro de las subvenciones, la obligación de justificar puede resultar más o menos exigente (o, simplemente, viable), según se trate de subvenciones de resultado o de funcionamiento. De este modo, la justificación podrá acabar siendo tan vaga y genérica como la afectación.

La distinción entre subvenciones de funcionamiento o actividad y subvenciones de resultado encuentra ahora, además, un respaldo expreso en la LGS. Por una parte, se ha querido ver la aceptación de las subvenciones de funcionamiento en la previsión del art. 2.1.b) LGS de que la disposición dineraria esté sujeta a “la concurrencia de una situación”¹⁴⁷. Por otro lado, el art. 4 LGS enumera varios casos de disposiciones dinerarias en los que la Ley no resulta de aplicación, sin perjuicio de lo cual, dada la redacción del artículo y su interpretación sistemática (cfr. art. 2.4 LGS), parece que la LGS reconoce que son auténticas subvenciones. De los casos enumerados, al menos dos son ejemplos de subvenciones de funcionamiento, en la medida en que no se dirigen a financiar un proyecto concreto, sino una actuación o una actividad formuladas en términos muy amplios. Se trata de los supuestos contemplados en las letras

“c) Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos”, y “d) Las subvenciones a los grupos parlamen-

¹⁴⁶ Por ejemplo, el art. 30.a) de la Ley canaria 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción, establece, como primera obligación de sus beneficiarios “destinar la ayuda económica a cubrir las necesidades básicas de la vida, de conformidad con el objeto, alcance y naturaleza de la prestación”. Como contrapartida, el art. 32.a) declara como infracción leve el incumplimiento de esta obligación. Es cierto que no se prevé, sin embargo, su reintegro, pero ello podría obedecer más a cuestiones de política social que a exigencias jurídicas.

¹⁴⁷ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 12.

tarios de las Cámaras de las Cortes Generales (...), así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales (...).”

En ambos casos, los poderes públicos conceden una aportación dineraria a determinadas entidades, cuya actuación (e incluso cuya mera existencia) se considera beneficiosa para la satisfacción de los intereses generales, sin exigirles una actuación futura especial. Simplemente se pretende garantizar su existencia y viabilidad¹⁴⁸.

Las “subvenciones de funcionamiento”, en suma, deben entenderse incluidas en el concepto de subvención del art. 2.1 LGS y, por lo tanto, queridas y aceptadas por el legislador básico¹⁴⁹. Respecto a las subvenciones previstas en el art. 4 LGS, el legislador reconoce su carácter de auténticas subvenciones, a pesar de lo cual considera oportuno regularlas por una normativa especial. Ello significa que todas las demás subvenciones globales o finalistas no incluidas entre estas excepciones se regirán por la LGS.

VII. QUE SATISFAGA UN INTERÉS GENERAL

1. La necesidad de satisfacer un interés general como exigencia de toda actividad administrativa: la interdicción de la liberalidad

De conformidad con el art. 2.1.c) LGS, el último de los requisitos que debe cumplir la disposición dineraria realizada por una Administración pública para ser considerada subvención, consiste en que “el proyecto, la acción, conducta o situación fi-

¹⁴⁸ Una situación idéntica, referida al ámbito local, viene constituida por las asignaciones concedidas a los grupos políticos de las corporaciones locales, reguladas en el art. 73.3 LRBRL. En relación con su específico régimen jurídico, vid., Salvador MORA BUENO, “Los sujetos de la relación jurídica subvencional. Beneficiarios y entidades colaboradoras: régimen singular de las asignaciones a grupos políticos y de las subvenciones a las asociaciones de vecinos”, *Cuadernos de Derecho Local* n° 6, octubre 2004, pp. 128-129.

Otro ejemplo de subvenciones de funcionamiento, sin salir del ámbito local, vendría conformado por las subvenciones concedidas a las asociaciones de vecinos y previstas en el art. 72 LRBRL y en el art. 232 Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las entidades locales, Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF). De conformidad con el primer apartado de este último “en la medida en que lo permitan los recursos presupuestados, el Ayuntamiento podrá subvencionar económicamente a las asociaciones para la defensa de los intereses generales o sectoriales de los vecinos, *tanto por lo que se refiere a sus gastos generales como a las actividades que realicen*”.

¹⁴⁹ Algún autor, sin embargo, y sin decirlo claramente, parece rechazar este tipo de subvenciones. En este sentido, María Jesús GARCÍA GARCÍA, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas, comentario a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de subvenciones públicas”, en *Actualidad Administrativa*, n° 21 (diciembre) 2004, p. 2.550, al analizar las características que debe cumplir una disposición dineraria para ser considerada como subvención, señala que “la afectación supone la vinculación de tal disposición a la consecución de un objetivo, de un proyecto o la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular o la concurrencia de una situación. No basta por tanto con una afectación genérica o global”. Sin embargo, es precisamente esta “afectación genérica o global” lo que caracteriza a las subvenciones de funcionamiento.

nanciada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

Como fue tempranamente advertido por la doctrina, una interpretación literal de este precepto llevaría a conclusiones absurdas¹⁵⁰, por lo que parece oportuno indicar cuál es el sentido que debe dársele. A este respecto, y en línea con lo que ya avanzamos páginas atrás, lo que la Ley pretende consagrar es, sencillamente, la necesidad de que la actuación administrativa manifestada a través de la concesión de subvenciones satisfaga algún interés general. Tal debe ser el único fin de la subvención¹⁵¹.

En el caso de las subvenciones en sentido estricto, esta exigencia determinará que la actuación llevada a cabo por el beneficiario y a la cual se encuentra afecta la subvención, permita la satisfacción de un interés general. En el caso de las primas, la simple entrega de la cantidad dineraria en que consiste la subvención al beneficiario debe ser suficiente para que el interés general de que se trate quede satisfecho.

Por tanto, la finalidad de la subvención debe ser, en todo caso, la satisfacción de un interés general, cuya defensa o promoción está encargada a la Administración concedente, a través de un tercero. Es decir, la entrega de la subvención debe ser un medio para que la entidad otorgante pueda cumplir sus propios fines, con independencia de que, además, el beneficiario satisfaga también sus fines propios. En este sentido, no es del todo infrecuente señalar la existencia de dos tipos de intereses o fines. Uno, primario, sería aquel cuya satisfacción beneficia, directamente, al receptor de la subvención. El otro, secundario, sería el que se identifica con la satisfacción de los intereses generales¹⁵². Por lo habitual, solo el primero tendrá relevancia

¹⁵⁰ En efecto, como puso de manifiesto Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 12, “la actividad que desarrolla el beneficiario no tiene por qué tener por objeto el ‘fomentar’ el desarrollo de una actividad de interés público. Lo que quiere decirse, obviamente, es que la entrega dineraria se justifica porque con ello se ‘fomenta’ una actividad que, sin dejar de ser propia del beneficiario y, si este es un particular, una actividad privada, es a la vez una actividad de interés público o en la que, en todo caso, media un interés público en que sea llevada a cabo. El beneficiario de la subvención no fomenta nada. Quien fomenta es el otorgante de la subvención. Se fomenta, se incentiva, se favorece, se posibilita, también, la realización de una determinada actividad porque hay un interés público en que la misma se realice”.

¹⁵¹ José Luis VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 65. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 45. Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 339. De este modo, bien puede decirse que este precepto no aporta nada a la definición de subvención que no se derivase ya de las características esenciales de la Administración pública, en la medida en que toda actuación de las Administraciones públicas, por mandato constitucional (arts. 103 y 106 CE), está encaminada a servir con objetividad los intereses generales, fines a los que se somete y que la justifican.

¹⁵² La construcción sobre los intereses privados y públicos llega, por momentos, a parecer confusa y artificiosa. Si, como afirma Jesús LEGUINA VILLA, en “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 19 (enero-junio 1995), p. 10, los intereses generales son “intereses sociales que el Estado asume como propios en cada caso, haciéndolos públicos, es decir, convirtiéndolos en intereses de la entera colectividad”, parece desdibujarse la línea que separa los intereses primario y secundario de las subvenciones.

jurídica, pues de ordinario se configurará como la actividad o la conducta a la que se encuentra afectada la subvención y de la que se hará depender su cobro. El fin primario se identificará, por tanto, con la afectación y, en consecuencia, estará en la raíz del reintegro. Ahora bien, el fin secundario (el interés general) también puede tener cierta relevancia en el establecimiento del régimen jurídico de la subvención. En algún caso, y como veremos en su momento, puede ser determinante del reintegro; en otros casos, puede servir como criterio interpretativo del fin primario.

En última instancia, con la afirmación de que la subvención debe satisfacer, necesariamente, un interés general (aunque sea mediatamente), se viene a incidir de nuevo en la prohibición de que las entregas dinerarias realizadas por las Administraciones públicas puedan tener como causa la mera liberalidad, esto es, el nudo y simple deseo de enriquecer a alguien, a menos que dicho enriquecimiento se considere socialmente deseable y constituya, por tanto, una forma de satisfacer intereses generales.

En ese sentido, cabe recordar el aun vigente art. 27.1º RSCL, que prevé expresamente que “serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad”. En realidad, y a pesar de la gran importancia que la doctrina suele dar a este artículo, hay que asumir que o bien no afirma nada o bien que lo que afirma es falso.

Esto es, que la actuación de la Administración únicamente esté justificada en la medida en que satisfaga intereses generales no se desprende del art. 27.1 RSCL, sino de una lectura conjunta de los arts. 103 y 106 CE¹⁵³. Por otro lado, si lo que se pretende afirmar es que la Administración no puede dar sumas de dinero no afectadas a un fin, ello es sencillamente falso. En esa situación se encuentran, como hemos expresado en páginas anteriores, las llamadas primas: cantidades de dinero no afectadas entregadas a los particulares para que las empleen como estimen oportuno. Cuestión distinta es, evidentemente, que la entrega esté sujeta a la satisfacción de intereses generales, lo cual es perfectamente compatible con el hecho de que no se trate de ayudas afectadas. Esto es, la entrega de ayudas por desastres naturales, o la prestación por desempleo, no está afecta a nada, pero satisface, en sí misma, intereses generales. En otras palabras, la Administración puede conceder una ventaja con el único fin de enriquecer a alguien. Su admisibilidad será perfectamente posible en caso de que dicho enriquecimiento satisfaga intereses de la comunidad¹⁵⁴.

¹⁵³ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 239, indica que “cualquier subvención enderezada a fines que no entran en la competencia de la Administración otorgante debe reputarse nula. Pero si, aun siendo competente, el fin al que se destina no es un fin de interés público, idéntica conclusión habrá que estimar”. Es decir, “el fin por el que se otorga la subvención condiciona la validez de la atribución”.

¹⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncia Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., 426, quien afirma que “la subvención se concede en atención a una causa: una actividad,

En consecuencia, no cabe afirmar que las primas tengan como causa la mera liberalidad de la Administración (lo que sería incompatible con el art. 103 CE), como ha afirmado algún autor¹⁵⁵. Ni resulta tampoco acertado oponer liberalidad a ausencia de afectación¹⁵⁶. En realidad, liberalidad simplemente es lo opuesto a falta de satisfacción de intereses generales.

2. La irrelevancia del contenido del interés general satisfecho: la cuestión de los subsidios sociales

En todo caso, lo que sí resulta del todo irrelevante para la conceptualización de la subvención o la determinación de su régimen jurídico es el interés general en concreto que se persiga. En este sentido, da igual que se pretendan alcanzar objetivos económicos, culturales, sociales, etc. Nada de ello influirá en la institución¹⁵⁷. Por ello mismo, debe rechazarse completamente la artificiosa distinción entre subvenciones a la economía y subvenciones con finalidad social, presente de distintas

pública o privada, que merece la ayuda por razones de política económica y presupuestaria valoradas por el concedente. No es una transferencia genérica sin ninguna clase de motivación”.

¹⁵⁵ En particular, según José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 44, las entregas dinerarias con contenido social no son subvenciones porque tienen como causa la mera liberalidad: “si la pura liberalidad se tradujese en la ausencia de contrapartida alguna no habrá subvención, sino otra figura, como ocurre, por ejemplo, con las ayudas, pues las basadas en criterios de solidaridad – resarcimiento a víctimas de terrorismo, de delitos violentos, contagiados del VHC y VIH, o damnificados por el aceite de colza– sí que son actos de liberalidad, pero no subvenciones como instrumentos de fomento”. Tras esta equivocada afirmación, apenas unos párrafos después sostiene que de una STS de 9 de abril de 1998 se desprende que “es incompatible el fin constitucional de las Administraciones públicas con la idea de un acto de mera liberalidad que se salde con el traspaso de fondos públicos”, y señala en este sentido que el art. 27.1 RSCL lo configura como una causa de nulidad de pleno derecho. Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación en texto sobre el tratamiento especial que se ha pretendido dispensar a las ayudas y subsidios sociales, cabe indicar que se destaca demasiado la importancia de la subvención en el Estado social, como instrumento especialmente útil para lograr la efectividad de los derechos sociales y políticos de los ciudadanos, pero se olvida que lo importante no es la satisfacción de los fines de los ciudadanos concretos, sino que ello, a su vez, supone la satisfacción de unos intereses generales. Esta situación justifica que puedan existir subvenciones que, aparentemente, se realizan a título de mera liberalidad, como las ayudas a enfermos de VIH. En realidad, la justificación de las ayudas no se encuentra en el concreto beneficio que se otorga a quienes las reciben, sino en el interés general que con ello se satisface.

¹⁵⁶ Tal es, sin embargo, el razonamiento que repite, en sus distintos trabajos, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, por ejemplo, en “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., p. 315, afirmando que la afectación “obliga al beneficiario a cumplir con la correspondiente carga que justifica el otorgamiento (no se olvide la prohibición de las subvenciones que responden a mera liberalidad)”. En sentido similar, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, cit., p. 93.

¹⁵⁷ En este sentido, en relación con la subvención, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 51-66. En línea con esta postura se situaría GIANNINI, quien niega la relevancia que pretende otorgarse al dato finalista de la intervención en la economía como elemento capaz de modificar las estructuras jurídicas de instituciones previas: “para este autor, lo formal de la actividad de la Administración prima sobre el objeto a que se refiere. Así, por ejemplo, trátase de represión de fraudes, o de actos de vigilancia por motivos de higiene, o de entrega de muestras por razones fiscales, el mecanismo jurídico es el mismo; hay, en definitiva, prohibiciones y sanciones, cualquiera que sea su causa o su objeto”, José Luis MEILÁN GIL, “El estudio de la Administración económica”, *RAP* n.º 50 (mayo-agosto 1966), p. 62.

formas en la doctrina pero sin ninguna base sólida que la justifique y, menos aún, que dé cobertura a un régimen jurídico distinto para cada una de ellas¹⁵⁸.

Nada de ello ha sido alterado, tampoco, por las distintas previsiones contenidas en el art. 2.4 LGS, conforme a las cuales se excluyen de la aplicación de la LGS ciertas medidas de carácter eminentemente social. Como ya advertimos, tales medidas encajan, sin ningún género de dudas, en el concepto de subvención acuñado por el art. 2.1 LGS, por lo que su exclusión del ámbito de aplicación de la LGS debe explicarse, más bien, por contar ya con un régimen jurídico propio¹⁵⁹.

Esta afirmación, sin embargo, requiere algunas explicaciones, dado que un autorizado sector de la doctrina ha sostenido precisamente lo contrario, es decir, que estas medidas, por su propia naturaleza, no encajarían en el concepto de subvención del art. 2.1 LGS, lo que hacía innecesario el artículo. En particular, ha sido FERNÁNDEZ FARRERES quien ha señalado respecto a las aportaciones dinerarias que, según este art. 2.4 LGS “no tienen carácter de subvención”, que ello se debe, en general, a que “no tienen carácter afectado”, al entender que “sin entrega dineraria afectada no hay subvención a los efectos de la LGS y, por tanto, dicha ley no será de aplicación”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Acoge esta distinción, siguiendo a ALBI, JULIO NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 63. Sin embargo, es probable que el intento más acabado de dotar de algún sentido a esta distinción sea el realizado por Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 343 y ss., quien estima que solo las subvenciones de fomento a la economía son verdaderas subvenciones y que la finalidad pública perseguida por las subvenciones es servir de “medida de fomento”. De este modo, lo definitorio de la subvención no sería satisfacer una necesidad pública, sino el que “la finalidad/necesidad pública perseguida (...) consiste en el estímulo y la acción positiva por parte del beneficiario para realizar una actividad concreta y determinada que en sí misma redundaría y favorece el interés general o público” (343). En realidad, en la formulación propuesta se mezclan planos distintos. En efecto, una cosa es la satisfacción del interés general y otra es cómo se satisface dicho interés. La subvención (al igual que todas las medidas de fomento) no se distingue por satisfacer un interés general, sino por cómo satisface dicho interés general. No tiene sentido decir que el fin público es el estímulo. El fin público será facilitar el acceso a la cultura. La organización de un certamen de teatro por parte de una asociación será el medio (indirecto) para satisfacerlo. La subvención será el estímulo para que se realice dicha actividad. El anterior planteamiento, sin embargo, serviría para excluir del concepto de subvención a “las prestaciones sociales o de naturaleza indemnizatoria (...) porque en ellas no existe ánimo de fomentar, estimular o promover un determinado comportamiento del beneficiario” (345). A lo ya dicho cabría añadir, además, que resulta equivocado identificar actuaciones de estímulo con fines económicos y actuaciones indemnizatorias con fines sociales. En realidad, se pueden conceder estímulos con fines sociales (ayudas al tercer sector) e indemnizaciones con fines económicos (ayudas en caso de plagas del campo). Precisamente, las ayudas agrícolas, sin dejar de ser primas y subvenciones a la economía, son también subsidios.

¹⁵⁹ María Jesús GARCÍA GARCÍA, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas...”, cit., p. 2.552. En realidad, y muy probablemente, esta ha sido la motivación real de que se excluyeran del concepto de subvención y del ámbito de aplicación de la LGS muchos de los supuestos previstos en los arts. 2.4 y 4 LGS. En efecto, la mayor parte de tales ayudas cuenta con su propia regulación, lo que podría haber llevado a los distintos departamentos ministeriales (especialmente a los más fuertes, como el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o al Ministerio de Economía y Hacienda) a defender su especificidad con el fin de no tener que adaptar sus sistemas de ayuda ya existentes a la nueva LGS. La misma situación explicaría la exclusión del ámbito de aplicación de la LGS de otras subvenciones como los incentivos regionales (Disposición Adicional 9ª LGS), así como las “ayudas” que pueden establecerse en las declaraciones de impacto ambiental (Disposición Adicional 12ª LGS) y las subvenciones de cooperación internacional (Disposición Adicional 18ª).

¹⁶⁰ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., pp. 12 y 33. En sentido similar, se ha afirmado que se trata de supuestos excluidos por “falta de actividad subvencionable”, al tratarse de “prestaciones otorgadas en atención a las circunstancias personales del sujeto,

En realidad, en la medida en que la “afectación” no es un requisito del concepto de subvención previsto en el art. 2.1 LGS (y, más bien, se encuentra expresamente excluido), el argumento no puede aceptarse, igual que la afirmación posterior del mismo FERNÁNDEZ FARRERES: “se trata, obviamente, de una enumeración de la que podría haberse prescindido, ya que ninguno de esos supuestos es susceptible de englobarse en el concepto de subvención, tal como se define por el artículo 2.1 de la Ley”¹⁶¹.

El argumento, por lo tanto, debe ser rechazado por completo, dado que mezcla planos distintos. En particular, implica mezclar la estructura jurídica de una institución, esto es, su régimen jurídico, que es lo que la caracteriza e individualiza como institución, con la intencionalidad de los poderes públicos al emplearla en un caso concreto.

En efecto, si se atiende a la estructura jurídica de las figuras previstas en el art. 2.4 LGS y englobadas bajo el marchamo de “subsidijs sociales” se descubrirá que consisten, sin excepción, en una disposición dineraria entregada por una Administración pública en favor de un particular, sin que medie contraprestación directa por parte de este, en atención a la concurrencia de una determinada situación y con el fin de satisfacer un interés general. Esto es, coinciden punto por punto con la figura de la prima que, como ya hemos indicado, se encuentra actualmente englobada en el concepto de subvención de la LGS: la pretendida categoría de los “subsidijs sociales” y las primas son jurídicamente indistinguibles. Y aún más, es difícil encontrar un argumento que justifique la oportunidad de establecer regímenes jurídicos distintos para ambas figuras, puesto que lo esencial, en ambas, es asegurarse de que los beneficiarios reúnen los requisitos que justifican la entrega de la disposición dineraria y la existencia de un procedimiento adecuado para su recuperación en caso de que se entregue indebidamente.

Esta situación es la que permite plantearse la pregunta de cómo actuar ante los “subsidijs sociales” que no han sido expresamente excluidos de la LGS, como es el caso, entre otros, de la llamada “renta activa de inserción”, regulada en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre. El contenido de esta renta es doble: por un lado, consta de toda una serie de servicios de “acompañamiento en la inserción”, por otro, y esto es lo importante, conlleva una prestación económica.

En el momento de su aparición, en el año 2001, la renta activa de inserción propició un vivo debate doctrinal en el ámbito laboralista sobre su naturaleza

por concurrir en ellos determinados requisitos predeterminados, pero faltando el elemento de la afectación a una actividad concreta”. María Jesús GARCÍA GARCÍA, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas...”, cit., p. 2.551.

¹⁶¹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 13.

jurídica¹⁶². Se planteó la posibilidad de que la renta fuera un “salario social”, en tanto que su percepción se hacía depender de la participación del beneficiario en las acciones de inserción que se le ofrecieran¹⁶³. Se planteó también su consideración como subvención pero, sorprendentemente, se descartó, al partirse de una visión de la subvención muy cercana a las “subvenciones a la economía”¹⁶⁴. Según una tercera opción, la renta activa sería un subsidio social, “en tanto que con la misma se pretende mitigar situaciones de necesidad temporales derivadas de una falta de rentas, como consecuencia de la falta de trabajo”, entendido como una pretendida categoría independiente¹⁶⁵.

Parece evidente el intento de la doctrina (en este caso laboralista) que se ocupó de analizar la naturaleza jurídica de la renta activa de inserción por alejar esta figura del concepto de subvención, recurriendo para ello a conceptos vagos y de contornos difusos: el ya conocido de “subsidio” o el más novedoso de “salario social”. En última instancia, ambas construcciones parecen ir encaminadas a intentar distinguir entre subvenciones (primas, en este caso) y subsidios sociales en atención a la finalidad perseguida por cada instrumento, sin reparar en que comparten una misma estructura jurídica.

El grado de identidad llega al punto de que la renta activa de inserción supone, incluso, un ejemplo paradigmático de primas a las que se acompaña una obligación o deber accesorio. En efecto, el nacimiento del derecho a percibir la renta activa de inserción solo depende de la concurrencia de una situación, pero la efectividad del pago se vincula, además, a que el beneficiario siga las acciones de inserción que le hayan sido asignadas¹⁶⁶.

¹⁶² Puede encontrarse una síntesis de dicho debate en Ana M^a ROMERO BURILLO y Josep MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción. (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Cuadernos de Aranzadi Social, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 178-179, a cuya exposición nos atenemos sustancialmente.

¹⁶³ J. L. MONEREO LÓPEZ y C. MOLINA NAVARRETE, *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999, p. 256.

¹⁶⁴ S. DE LA CASA QUESADA y O. MOLINA HERMOSILLA, “La renta activa de inserción: una cierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción. Comentario al Real Decreto 781/2001, de 6 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n^o 224/2001, p. 129, que, en concreto, aducían que “no parece que las finalidades perseguidas por las subvenciones y por la ayuda económica prevista en la renta activa de inserción tengan muchos elementos en común. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que la subvención no tiene como objetivo prioritario resolver la situación de necesidad económica de un sujeto que la solicita, como sucede en la renta activa de inserción, sino que por el contrario se configura como un instrumento esencial en el desarrollo de la actividad de fomento que la Administración tiene encomendada”.

¹⁶⁵ Ana M^a ROMERO BURILLO y Josep MORENO GENÉ, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., p. 179.

¹⁶⁶ S. DE LA CASA QUESADA y O. MOLINA HERMOSILLA, “La renta activa de inserción...”, cit., pp. 129-130, sostienen, en línea con su afirmación de que se trata de un “subsidio” que “asimismo, no supone un obstáculo para esta opción el hecho de que la percepción de la renta se encuentre condicionada al seguimiento de las correspondientes acciones de inserción asignadas al beneficiario, en tanto que no resulta incompatible a la noción de subsidio vincular su concesión a la consecución de las integración laboral y social del individuo subsidiado, momento en que el subsidio dejaría de percibirse”.

Y esta identidad en su configuración jurídica es la que permite afirmar razonablemente la aplicación de la LGS a estas ayudas, únicamente mitigada, en su caso, por el principio de especialidad. Esta misma situación se repite, por ejemplo, con todo el grupo de prestaciones económicas, periódicas y no periódicas, creadas por las leyes autonómicas de servicios sociales o acción social y dirigidas a ancianos o, en general, ciudadanos en situación de necesidad o dependencia¹⁶⁷.

VIII.

LA RELACIÓN JURÍDICA SUBVENCIONAL

Acotado el concepto de subvención que el ordenamiento jurídico español ha consagrado, y desmenuzados los elementos que lo integran, parece justo lamentarse por la falta de visión jurídica de nuestro legislador al haber reflejado en la Ley de cabecera de todo el grupo normativo de las subvenciones una visión estática y fragmentada de esta institución. En efecto, la LGS contempla la subvención y su régimen jurídico como una sucesión de imágenes, tomadas en momentos sucesivos, y de este modo se ocupa de su concepto (Título preliminar), de su génesis (modo de concesión, Título I), del modo en que deben ser cumplidas las obligaciones del beneficiario (Título I), de la actividad de control (Título III), de la actividad de reintegro (Título II) o de la actividad sancionadora (Título IV). Pero se olvida de lo que subyace a todas esas imágenes y da continuidad y sentido a la institución: la relación jurídica subvencional creada con la concesión de la subvención.

¹⁶⁷ En relación con las ayudas a ancianos se ha señalado que “estas prestaciones, articuladas en forma de subvención o ayudas económicas, dirigidas al colectivo de la tercera edad, están dirigidas (según las concretas políticas autonómicas y en aquellas Comunidades Autónomas que efectivamente las han establecido) o bien a facilitar la autonomía personal y el mejor desenvolvimiento de la persona mayor en su entorno, o bien son medidas de apoyo a las familias o aquellas personas que ejerzan como cuidadores que tengan personas mayores dependientes a su cargo, o bien se trata de cofinanciar estancias en centros residenciales privados o, de forma más amplia, cofinanciar servicios a la tercera edad ofertados por el sector privado a través de fórmulas como el cheque asistencial o el bono residencia”. Mar MORENO REBATO, “La protección de la tercera edad”, *Documentación administrativa*, nº 271-272 (enero-agosto 2005), p. 281.

Su forma jurídica es muy diversa, aunque cuando consistan en disposiciones dinerarias entrarán, casi inevitablemente, en el concepto de subvención acuñado en el art. 2 LGS.

Entre otras, pueden consultarse la Ley castellano-leonesa 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León; Decreto catalán 254/1992, de 26 de octubre, de creación de un programa de apoyo a las familias con una persona de la tercera edad discapacitada; Orden madrileña 1523/2003, de 30 de diciembre, por la que se regula la concesión de ayudas individuales para la instalación de teléfono en el domicilio de las personas mayores durante el año 2004; Orden madrileña 78/2004, de 27 de enero, que regula la concesión de ayudas individuales para el acogimiento familiar de personas mayores; Resolución balear de 10 de febrero de 2004 que regula las ayudas económicas individuales destinadas a sufragar los gastos y la asistencia de personas mayores en régimen de acogimiento en un domicilio particular para el año 2004 y establece la convocatoria; Orden murciana de 2 de enero de 2003, que regula las ayudas económicas a personas mayores para su atención en el medio familiar y comunitario. Asimismo, muchos ayuntamientos tienen programas de ayudas de comedor, ayudas para sufragar parcialmente el coste de residencias privadas de la tercera edad en tanto no se le adjudique plaza en una residencia pública, tarjetas especiales para los transportes públicos, ayudas de emergencia social (alimentación, alojamiento) o gastos excepcionales de emergencia (incendios, entierros, etc.). Mar MORENO REBATO, “La protección de la tercera edad”, cit., pp. 281-282.

La relación jurídica subvencional, con independencia de su acto de creación¹⁶⁸, se caracteriza por su naturaleza bilateral y no contractual, y se encuentra conformada por una tupida red de derechos y deberes que recaen sobre ambas partes, que se entrecruzan y contraponen y que van surgiendo y agotándose en diferentes momentos, generando en la mayor parte de las ocasiones una relación de tracto sucesivo.

En efecto, el status jurídico del beneficiario, sus relaciones jurídico activas y pasivas, van cambiando a medida que avanza la relación subvencional. Con la concesión de la subvención aparecen derechos subjetivos en su patrimonio, eventualmente afectados al cumplimiento de ciertas obligaciones, algunas de las cuales serán determinantes para la plena eficacia del derecho al cobro, pero también auténticas obligaciones como la obligación de comunicar la concesión de otras ayudas y subvenciones [art. 14.1.d) LGS], o la de someterse a las actuaciones de control y comprobación [art. 14.1.c) LGS].

En realidad, cuando se acomete la tarea de dibujar el contenido del régimen jurídico subvencional, se descubre que el objetivo de la LGS, más o menos encubierto, fue el de aclarar (y, en su caso, ampliar) el elenco de obligaciones y deberes que recaen sobre el beneficiario, dejando un tanto olvidado el régimen de los derechos que también le corresponden. Se encuentran, así, importantes omisiones que podrían haberse evitado, como el no reconocimiento del derecho a que se pague al beneficiario en plazo y la correlativa generación de intereses a su favor, la no fijación de reglas sobre proporcionalidad en caso de reintegro por defectos formales (situación más o menos paliada en el RGS) o la protección de la intimidad, especialmente ante la posibilidad de investigar las cuentas corrientes¹⁶⁹.

A ello debe añadirse que beneficiario y Administración concedente, los dos sujetos de esta relación, no se encuentran en pie de igualdad. No se trata solo de que el beneficiario no fija el contenido de la relación creada con la subvención, limitándose “a su solicitud y a la aceptación de las cláusulas originariamente

¹⁶⁸ No es seguro que deba vincularse con excesiva rigidez el instrumento que se haya empleado para conceder la subvención (que puede ser un acto, constitutivo o declarativo, o un convenio) y el tipo de relación que tal instrumento genera. En este sentido, parece oportuno matizar la afirmación de que “la relación jurídica que surge del otorgamiento de la subvención no es una relación contractual, de carácter sinalagmático, sino que puede explicarse como una relación unilateral nacida del correspondiente acto administrativo necesitado de aceptación”, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., pp. 318-319, y también Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, p. 106. En efecto, parece que ni la inexistencia de una relación contractual ni la concesión mediante un acto administrativo necesitado de aceptación permiten negar el carácter bilateral de la relación jurídica subvencional.

¹⁶⁹ Como expresa Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005, p. 372, “la LGS ha regulado las obligaciones de beneficiarios y entidades colaboradoras pero se ha olvidado de sus derechos”.

predeterminadas”¹⁷⁰. Se trata, asimismo, de que la Administración aparece frente al beneficiario como *potentior persona*, lo que fundamenta muchas de las potestades que despliega sobre aquel¹⁷¹. Esta constatación es importante, sobre todo porque niega, al menos en parte, el halo de bondad que ya indicamos que se le ha presumido durante años a la actividad de Fomento, en general, y a la subvención en particular. La participación del administrado en las actividades propuestas por la Administración es voluntaria, pero, una vez establecida la relación, las armas de la Administración, sus poderes, son igual de exorbitantes que en toda relación propia de la “Administración limitadora”: poderes de inspección, poderes de control de la actuación del administrado, poderes de corrección de su actuación y de la actuación del administrado, poderes de sanción, poderes de ejecución forzosa (en la recuperación de la subvención, por ejemplo).

Lo que no puede aceptarse, en modo alguno, es la pretensión sostenida por parte de la doctrina (con algún apoyo jurisprudencial) de que el beneficiario de una subvención está incurso en una relación de sujeción especial¹⁷², pues no existe base constitucional alguna que permita afirmar lo contrario y, subsiguientemente, flexibilizar las derechos fundamentales y garantía básicas de tales sujetos¹⁷³.

Asimismo, otro elemento que aumenta la dificultad de dibujar con suficiente precisión el contenido de la relación jurídica subvencional se encuentra en que esta varía, necesariamente, según nos encontremos ante primas o subvenciones en sentido estricto. En efecto, como ya indicamos en su momento, al señalar los criterios que permitían distinguir entre las dos figuras, las diferencias dogmáticas y

¹⁷⁰ Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 41.

¹⁷¹ En esta relación típicamente administrativa, José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 65, concluye que “la subvención implica técnica de derecho público. La forma de su otorgamiento es un acto administrativo de derecho público, la postura de la Administración frente al beneficiario es la de *potentior persona*, con facultades exorbitantes de las correspondientes a una donación civil. El beneficiario no actúa voluntad alguna en la formación del vínculo subvencional, sino que se limita a su solicitud y a su aceptación”. Todo lo cual no implica que la relación entre Administración y administrado sea la de enfrentamiento, así, Donatello SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971, p. 220, considera que “la relación que se establece a través de la promesa y la aceptación del beneficio es una relación de colaboración en la que existen para las dos partes, de modo desigual, obligaciones y derechos”.

¹⁷² En este sentido, José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 207; José María GIMENO FELIÚ, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad de las medidas de fomento...”, cit., pp. 168-169, afirma que “si la empresa obtiene determinados beneficios por la consecución de ciertos objetivos de interés general fijados *ex lege*, queda entonces colocada en una relación de sujeción especial, en la que las potestades de ordenación y control de la Administración sobre dicha actividad adquiere un mayor relieve (con la consabida flexibilización del principio de legalidad)”, remitiéndose expresamente a Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico, Tomo I*, cit., p. 459, y a Iñaki LASAGABASTER, “Las relaciones de sujeción especial”, Civitas, Madrid, 1994, pp. 219-233. Asimismo, y en relación con la acción concertada, Javier SALAS HERNÁNDEZ, “El régimen de acción concertada”, cit., p. 439, aunque la idea se desarrolla especialmente en la última parte del trabajo, afirmaba que la participación en la acción concertada implicaba tanto la entrada en un ordenamiento sectorial como, desde un punto de vista relacional, en una relación de sujeción especial.

¹⁷³ Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1993, p. 358.

conceptuales entre ambas dan lugar a que sus regímenes jurídicos sean, asimismo, diversos¹⁷⁴. Situación que no se soluciona por el mero hecho de que el legislador haya decidido incluir ambas medidas dentro de un concepto de subvención único. Y ello sin perjuicio de que, probablemente, sean mayoritarios los elementos comunes que comparten sus respectivos regímenes que los elementos que los diferencian¹⁷⁵.

Respecto a las subvenciones en sentido estricto, el núcleo esencial de la relación jurídica subvencional se encuentra en la afectación de la ventaja a un fin determinado. Ello determina el derecho-deber del beneficiario a aplicar la ventaja al fin al que se encuentra afecta, el deber de la Administración de entregar, con ese objetivo, la ventaja de que se trate, y su deber de controlar la actuación del beneficiario y reaccionar frente a sus incumplimientos¹⁷⁶.

Respecto de las primas, es preciso reconocer que la relación jurídica subvencional será especialmente breve en la mayor parte de los casos, porque el acto de concesión de estas medidas se configura como un acto instantáneo, basado en hechos ya acaecidos y sin generar más efectos hacia el futuro que el de hacer efectivo el derecho de pago reconocido. Ahora bien, como ya sabemos, no pueden descartarse otros elementos que permitan prolongar esta relación en el tiempo, como la inclusión de obligaciones distintas de la afectación, que exijan un comportamiento futuro del beneficiario de la prima y un correlativo haz de potestades administrativas para controlar el cumplimiento y reaccionar frente al incumplimiento.

¹⁷⁴ En efecto, las condiciones y la finalidad de la relación jurídica subvencional “son atribuibles, en toda su extensión, a las subvenciones *ex ante* (...); por el contrario, respecto de las subvenciones *ex post* sólo son predicables en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza”. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 128.

¹⁷⁵ Así se deduce de un simple repaso a la LGS: ambas figuras comparten la regulación de los sujetos que pueden concederlas (art. 3 LGS), las reglas para el establecimiento del régimen jurídico aplicable a cada subvención (arts. 5 y 6 LGS), muchos de los principios generales que inspiran su regulación (art. 8 LGS), los requisitos previos a su otorgamiento (comunicación a la Comisión Europea, aprobación de bases reguladoras, procedimiento de gasto, art. 9 LGS), los beneficiarios que pueden recibirlas (art. 11 LGS), así como las entidades colaboradoras que pueden participar en su gestión (art. 12 LGS), los requisitos para obtener la condición de beneficiario y entidad colaboradora (art. 13 y 16 LGS), muchas de las obligaciones de los beneficiarios y todas las de las entidades colaboradoras (arts. 14 y 15 LGS), buena parte del contenido mínimo de las bases reguladoras (art. 17 LGS), el régimen de publicidad (art. 18 LGS), las reglas sobre financiación total y parcial (art. 19 LGS), y un largo etcétera.

¹⁷⁶ Tal es, en realidad, el esquema general de todas las “ayudas”, esto es, de todas las ventajas afectas a un fin. Como sintetiza José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 761, “poder dispensador y beneficiario quedan vinculados por una relación jurídica bilateral que, de una parte, reconoce en este el derecho a la aplicación del beneficio o ventaja a la actividad propia a que esté afectado y la obligación consiguiente de no extralimitarse en su ejercicio, abusando, desviando o usando mal del derecho recibido, gozando de sus ventajas para otras actividades, así como de no dejar de aplicar el beneficio recibido a la actividad de que se trate, y, de otra parte, implica para el Poder dispensador la obligación de hacer efectivo el derecho constituido a favor del beneficiario, y el derecho a exigir que el beneficio que reporte se aplique a la actividad a la que se le haya afectado”.

IX.

AYUDAS AGRÍCOLAS DE LA UNIÓN EUROPEA ENGLOBALADAS
EN EL CONCEPTO LEGAL DE SUBVENCIÓN: EL PAGO ÚNICO

De conformidad con el plan trazado al inicio de este capítulo, una vez analizado el concepto de subvención manejado por el ordenamiento jurídico español y, por tanto, una vez determinado en qué casos deberán aplicar la LGS y sus normas de desarrollo los operadores jurídicos españoles encargados de gestionar las subvenciones agrícolas de la Unión, procede realizar una mínima incursión entre estas subvenciones. Ello nos permitirá ver el encaje de las subvenciones agrícolas de la Unión en la normativa española de subvenciones, así como en las categorías jurídicas que hemos venido desarrollando. A este respecto, podemos adelantar ya que las dos instituciones principales de las que nos hemos ocupado, las primas y las subvenciones en sentido estricto, encuentran numerosos ejemplos entre las distintas modalidades de subvenciones agrícolas de la Unión¹⁷⁷. La determinación de la filiación concreta de todas estas subvenciones a una u otra figura, sin embargo, escaparía con mucho de las aspiraciones del presente trabajo. Ello solo sería posible tras un estudio exhaustivo de cada una de ellas, asumiendo, además, que muchas podrían situarse en la zona gris que se genera entre las subvenciones de funcionamiento (en las que el elemento de la afectación puede hacerse casi imperceptible) y las primas a las que se incorporan obligaciones distintas a la afectación (cuyo incumplimiento, sin embargo, puede generar su declaración de caducidad o reintegro).

Advertido lo anterior, y ante la necesidad de elegir algunas subvenciones agrícolas de la Unión que nos permitan poner en práctica nuestra construcción, podemos guiarnos por el criterio de la relevancia cuantitativa de cada tipo de ayuda para determinar cuáles son las más importantes. De este modo, y de conformidad con los datos facilitados por el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO relativo al ejercicio 2007, el régimen de pago único supuso el 55% del total del gasto agrícola (28.199 millones de euros) frente al 12% que correspondió a los pagos directos no disociados (6.260 millones de euros) y el 10% de medidas de intervención en los mercados agrícolas (4.869 millones de euros), entre las que se incluyen, entre otras actuaciones, las

¹⁷⁷ Tradicionalmente, en la política de estructuras que dio paso a la formación del “2º pilar de la PAC”, la forma de intervención administrativa preferentemente empleada ha sido la subvención en sentido estricto. Es lógico pensar que, en la medida en que este segundo pilar gane en importancia, también sus figuras pasarán a un primer plano. Ahora bien, en sentido contrario, en el primer pilar tiende a imponerse la figura de la prima, mucho más cercana a la simple retribución que a la subvención. En concreto, el pago único tiene un cierto carácter retributivo, es una herramienta por la cual los poderes públicos pretenden compensar las actuaciones en beneficio del interés público realizadas por los agricultores. Por ello mismo, Anne LE ROY, “La production agricole ne se limite plus à ce que l’on croit... Mieux comprendre la production agricole pour mieux l’accompagner”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne* nº 518 (mayo 2008), p. 319, afirma que “la intervención pública no puede ser asimilada a una subvención. Se trata en realidad de retribuir una riqueza creada”, lo que ocurre es que esta es difícilmente cuantificable.

ayudas al almacenamiento y las restituciones a la exportación (estas últimas supusieron 1.445 millones de euros)¹⁷⁸.

En atención a estos datos, expondremos sucintamente el régimen jurídico del pago único, haciendo uso de las categorías que hemos acuñado a lo largo de nuestra exposición.

1. El pago único como parte de los pagos directos regulados por el Reglamento n° 73/2009

El pago único se regula, dentro del Reglamento n° 73/2009, como una más de las ayudas que se integran en el régimen jurídico de los pagos directos. Los pagos directos se caracterizan por consistir en disposiciones dinerarias directamente abonadas a los agricultores en el marco de alguno de los programas de apoyo a las rentas de la PAC y financiadas con cargo al presupuesto de la Unión¹⁷⁹.

Más propiamente, el art. 2.d) Reglamento n° 73/2009, define pago directo como “todo pago abonado directamente a los agricultores en virtud de un régimen de ayuda enumerado en el anexo I”. Evidentemente, el concepto de “pago directo” es utilizado en el Reglamento n° 73/2009, con carácter esencialmente descriptivo y escasamente jurídico. “Pago directo” quiere decir, sencillamente, abono dinerario realizado por los poderes públicos de la Unión a los agricultores, si bien es posible que también incluya la nota de ausencia de contraprestación, es decir, la gratuidad de estas entregas.

Como también resulta evidente, en este concepto entrarían muchas otras formas de ayuda no recogidas en el Reglamento n° 73/2009, como las restituciones a la exportación, numerosos pagos en materia veterinaria o fitosanitaria, etc. Por eso mismo es necesario completar el concepto de “pago directo” a que se refiere el Reglamento n° 73/2009, con una lista cerrada en la que se aclare a qué pagos resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en esta norma. Dicha lista se contiene en el Anexo I del Reglamento n° 73/2009, y en ella se incluye, en primer lugar, al pago único, cuya regulación se contiene en el Título III del mismo Reglamento n° 73/2009¹⁸⁰.

¹⁷⁸ TRIBUNAL DE CUENTAS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Informes anuales relativos al ejercicio 2007*, aprobados los días 24 y 25 de septiembre de 2008, puntos 5.3 y 5.37.

¹⁷⁹ Daniel BIANCHI, “La conditionnalité des paiements directs ou de la responsabilité de l’agriculteur bénéficiaire des paiements directs dans le cadre de la Politique agricole commune (PAC)”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne* n° 475 (febrero 2004), p. 92.

¹⁸⁰ La lista de tales medidas es la que sigue:

- 1) El pago único (Título III, Reglamento n° 73/2009).
- 2) El régimen de pago único por superficie (Título V, Capítulo 2, Reglamento n° 73/2009).
- 3) Los pagos por superficie de:

Cada una de las ayudas incluidas en la lista de pagos directos del Anexo III Reglamento n° 79/2003, y a pesar de las semejanzas que existen entre ellas, cuentan con regímenes jurídicos propios, en los que se regulan los requisitos para ser beneficiarios de ellas, las obligaciones que estos asumen, su carácter afectado o no, los plazos para solicitarlas y los procedimientos para su concesión, etc. Ello explica que el resto del Reglamento n° 73/2009, se dedique, precisamente, a regular el régimen jurídico particular de cada uno de estos tipos de ayuda.

Ahora bien, a pesar de sus diferencias, las similitudes son suficientes como para establecer una serie de preceptos comunes, también aplicables, en consecuencia, al pago único. Tales preceptos se contienen en el Título II del Reglamento n° 73/2009, bajo la rúbrica de “Disposiciones generales aplicables a los pagos directos”. De ellos, nos centraremos, por su especial interés jurídico, en los que establecen el régimen de la “condicionalidad”.

-
- a) Trigo duro (Título IV, Capítulo 1, Reglamento n° 1782/2003): sólo en 2009.
 - b) Proteaginosas (Título IV, Capítulo 1, Sección 3, Reglamento n° 73/2009).
 - c) Arroz (Título IV, Capítulo 1, Sección 1, Reglamento n° 73/2009).
 - d) Frutos de cáscara (Título IV, Capítulo 1, Sección 4, Reglamento n° 73/2009).
 - e) Cultivos energéticos (Título IV, Capítulo 5, Reglamento n° 1782/2003): sólo en 2009.
 - f) Cultivos herbáceos (Título IV, Capítulo 10, Reglamento n° 1782/2003): sólo en 2009.
 - g) Olivares (Título IV, Capítulo 10 *ter*, Reglamento n° 1782/2003): sólo en 2009.
 - h) Algodón (Título IV, Capítulo 1, Sección 6, Reglamento n° 73/2009).
- 4) Los pagos por producción de:
- a) Patatas para la producción de fécula (Título IV, Capítulo 1, Sección 2, Reglamento n° 73/2009).
 - b) Semillas (Título IV, Capítulo 1, Sección 5, Reglamento n° 73/2009).
 - c) Gusanos de seda (art. 111, Reglamento n° 1234/2007).
 - d) Tabaco (Título IV, Capítulo 10 *quater*, Reglamento n° 1782/2003): sólo en 2009.
 - e) Lúpulo (Título IV, Capítulo 10 *quinqües*, Reglamento n° 1782/2003): sólo en 2009.
 - f) Remolacha azucarera y caña de azúcar utilizadas para la producción de azúcar (Título IV, Capítulo 1, Sección 7, Reglamento n° 73/2009).
- 5) Primas por oveja y cabra (Título IV, Capítulo 1, Sección 10, Reglamento n° 73/2009).
- 6) Primas al ganado vacuno (Título IV, Capítulo 1, Sección 11, Reglamento n° 73/2009).
- 7) Tipos específicos de cultivo y producción de calidad (art. 69, Reglamento n° 1782/2003).
- 8) Ayuda específica (Título III, Capítulo 5, Reglamento n° 73/2009).
- 9) Pago dissociado a la remolacha azucarera, la caña de azúcar y achicoria utilizadas para la producción de azúcar o jarabe de inulina (art. 126, Reglamento n° 73/2009).
- 10) Frutas y hortalizas entregadas para transformación (Título IV, Capítulo 1, Sección 8, Reglamento n° 73/2009).
- 11) Fresas y frambuesas entregadas para transformación (Título IV, Capítulo 1, Sección 9, Reglamento n° 73/2009).
- 12) Frutas y hortalizas (art. 127, Reglamento n° 73/2009).
- 13) Posei (Título III, Reglamento n° 247/2006).
- 14) Islas del mar Egeo (Capítulo 3, Reglamento n° 1405/2006).

Respecto al pago único, cabe indicar que se configura como una disposición dineraria realizada por una Administración pública, sin contraprestación directa por parte del beneficiario, a la que se tiene derecho por la concurrencia de una situación y cuyo cobro efectivo e íntegro se condiciona al cumplimiento de ciertas obligaciones (“condicionalidad”). De conformidad con esta caracterización, cabe afirmar que la naturaleza del pago único es la de una prima, concedida por reunir determinados requisitos, a la que se añaden determinadas obligaciones adicionales. Se trata, en consecuencia, de una de las figuras que cabría integrar en el concepto de subvención descrito en el art. 2.1 LGS.

La situación cuya concurrencia da lugar al derecho a recibir la disposición dineraria consta de dos elementos. Por un lado, es necesario ser titular de “derechos de pago”, por otro, debe acreditarse que se dispone de tantas hectáreas de terreno como “derechos de pago” se pretendan cobrar y que tales hectáreas cumplen determinados requisitos agronómicos. Asimismo, es necesario solicitar el pago único, lo que deberá producirse anualmente.

La naturaleza de los “derechos de pago”, a pesar de las dudas que ha generado en la doctrina, parece ser la de un derecho de crédito contra la Administración de la Unión, de devengo periódico y carácter transmisible, cuyo cobro se supedita a la realización de una serie de actividades¹⁸¹. Su creación y su reparto entre los agricultores puede tener, fundamentalmente, dos orígenes. Por un lado, la mayor parte de ellos se generaron como resultado del Reglamento nº 1782/2003, a raíz de la desvinculación entre las ayudas que venían recibiendo los agricultores y el tipo de producción a la que se dedicaban. Por otro lado, pueden proceder de transferencias entre agricultores o de la reserva nacional. Junto a estos dos casos, el Reglamento nº 73/2009, prevé algunos nuevos supuestos de “desvinculación” de los pagos directos en relación con nuevos sectores (v.gr., frutas y hortalizas, vino), que dan lugar a nuevos “derechos de pago”.

¹⁸¹ Valérie ADAM, “Les droits à paiement, une création juridique innovante de la réforme de la Politique agricole commune”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* nº 475 (febrero 2004), p. 97, considera que “después de los derechos de producción y los derechos de prima, la legislación agrícola ha engendrado una nueva curiosidad jurídica que debería hacer las delicias de los juristas”. En este mismo sentido, Valérie ADAM y Daniel BIANCHI, “La PAC à l'heure du découplage. Une «dernière» réforme du soutien à l'agriculture européenne”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne* nº 475 (febrero 2004), p. 90, se refieren a los derechos de pago como un “objeto jurídico [no identificado]”. Entre nosotros, Emilio VIEIRA JIMÉNEZ-ONTIVEROS, “El derecho a pago único”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 45 (2005), pp. 97-98, mostraba sus dudas acerca de la naturaleza de los “derechos de pago” razonando que “parece obvio (...) que estamos ante un derecho personal, aunque no es menos cierto que el ejercicio del derecho va a ser real, sobre una finca (...) Podemos estar, pues, ante un derecho *ob rem*, ya que el ejercicio del derecho a pago único exige la condición de propietario o poseedor de un terreno elegible, pero de todas maneras, debemos reconocer la dificultad para determinar estrictamente la naturaleza del derecho, dentro de la generalidad de su carácter personal”. En realidad, los “derechos de pago” son una renta social, como una ayuda al desempleo, que también es de devengo periódico y cuyo cobro también puede someterse a condiciones, solo que resulta transmisible.

2. La “condicionalidad” en el pago único

La percepción de los pagos directos que se conceden al amparo de cualquiera de los regímenes jurídicos enumerados en el Anexo I Reglamento nº 73/2009, y que hemos recogido más arriba, se encuentra condicionada al cumplimiento de una serie de obligaciones. Tales obligaciones son comunes a todos estos pagos directos, con independencia de dónde venga recogido su régimen jurídico y de las especialidades que este pueda contener.

Este dato resulta de especial importancia, dado que el nacimiento y la validez de los pagos directos que puedan corresponder a un agricultor, es decir, el derecho público subjetivo de contenido económico generado en el ordenamiento de la Unión en favor de cada agricultor, no depende del régimen de la condicionalidad. La condicionalidad solo afectará a la eficacia de tales derechos, a la posibilidad real de hacerlos efectivos frente a la Administración de la Unión y, por tanto, reclamar la cantidad económica en que consisten.

El régimen de la condicionalidad, en suma, consiste en la obligación de cumplir una serie de exigencias con el fin de hacer efectivas un heterogéneo grupo de ayudas. Así se desprende, además, del art. 4.1.1º Reglamento nº 73/2009, conforme al cual:

“Todo agricultor *que reciba* pagos directos deberá cumplir los requisitos legales de gestión enumerados en el Anexo II y las buenas condiciones agrarias y medioambientales mencionadas en el artículo 6”.

La norma parte de la premisa de que el agricultor ya recibe pagos directos (sean los que sean y cada uno conforme a su propia normativa) y a esta situación de partida se añade una nueva regulación jurídica: la de la condicionalidad. En consecuencia, y en sentido inverso, el mero cumplimiento de las obligaciones que conforman el régimen de la condicionalidad no es suficiente para hacerse acreedor de una ayuda de la Unión. Como ya hemos indicado, es necesario, con carácter previo, reunir los requisitos previstos en cada régimen concreto de ayudas para convertirse en beneficiario de las mismas. Ellos son los que constituyen la verdadera causa de estos desplazamientos patrimoniales.

En efecto, los pagos directos no se conceden con el fin de “convencer” o “persuadir” a los agricultores para que desarrollen una determinada actividad conforme a ciertas pautas, de modo que su incumplimiento no acarree más consecuencias que la devolución de las ayudas. La ayuda se concede por motivos distintos y sobre presupuestos diferentes. Conviene, por tanto, insistir en que no existe afectación alguna de los pagos directos a las obligaciones impuestas por la condicionalidad.

Así lo corrobora, además, la inexistencia de un criterio financiero o una “relación de uso” entre la cantidad percibida y estas obligaciones: el dinero en que consiste la subvención no se da para que se cumplan estas obligaciones, ni se calcula de conformidad con la carga que suponen para el beneficiario. Por el contrario, tales obligaciones son las mismas para todos los beneficiarios de pagos directos, reciban la cantidad que reciban en tal concepto¹⁸².

Y, del mismo modo, ello determina que las consecuencias de un mismo incumplimiento por parte de dos beneficiarios de ayudas distintas puedan ser completamente distintas, atendiendo a la cuantía de los pagos directos que cada uno de ellos perciba¹⁸³.

En definitiva, los agricultores que pretendan percibir fondos de la Unión en concepto de pagos directos tendrán que superar dos fases:

- a) En primer lugar, deberán reunir los requisitos (distintos en cada caso) necesarios para ser beneficiarios de los pagos directos, lo que en la jerga de la Unión es conocido como el cumplimiento de las “condiciones de admisibilidad al beneficio de la ayuda”.
- b) En segundo lugar, deberán cumplir las exigencias (comunes para todos) dimanantes del régimen de la condicionalidad

En relación con esta segunda fase, que es la que nos interesa a efectos de conocer el régimen jurídico aplicable al pago único, es necesario preguntarse, en primer lugar, sobre cuáles son las obligaciones que conforman el régimen de la condicionalidad

¹⁸² Tal y como indica el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial nº 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 69, “en el caso de muchas obligaciones, el coste vinculado al cumplimiento es más elevado que el porcentaje máximo de reducción del 5%, lo cual significa que las reducciones carecen de efecto disuasorio”. Lo que ilustran con un ejemplo basado en un caso real: para dar cumplimiento a una de las obligaciones de condicionalidad, un productor de leche habría tenido que realizar una inversión de entre 20.000 y 30.000 euros, sin embargo, y dado que la cuantía de los pagos directos que tenía derecho a percibir era pequeña, su incumplimiento solo le acarreó una reducción del 1%, que equivalió a 100 euros.

¹⁸³ Como también señala el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial nº 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 67, “las reducciones en los pagos de ayuda directa no se basan en los costes vinculados al cumplimiento de la normativa, ni en las consecuencias de su incumplimiento. En el sistema actual, los principales responsables de la contaminación que reciben una ayuda directa modesta están expuestos a reducciones limitadas, mientras que los responsables de la contaminación a menor escala que reciben cantidades considerables se ven confrontados con reducciones más significativas”.

La respuesta de la Comisión a estas circunstancias, incluidas en el mismo *Informe*, es la misma que hemos apuntado en texto: “Las reducciones en el marco de la condicionalidad no se basan en el coste de cumplimiento ni en las consecuencias financieras del incumplimiento. El razonamiento es diferente, en línea con sus objetivos. La condicionalidad es el vínculo entre los pagos de la PAC recibidos por un agricultor y el cumplimiento de los requisitos básicos. Este vínculo se expresa en términos concretos a través de la posibilidad de una reducción de los pagos recibidos por el agricultor, y la reducción debe ser proporcionada a la gravedad de la infracción. Por tanto, la reducción se expresa en porcentaje, proporcionado al nivel de la infracción para estos pagos. El importe reducido, en términos absolutos, podría por tanto ser bajo, incluso para infracciones graves, si el importe de los pagos que recibe el agricultor es bajo”. En efecto, no puede ser de otra forma: son las limitaciones de articular el control de su cumplimiento vía subvención y no vía sanción.

idad. Estas se agrupan en dos grandes categorías: por un lado, lo requisitos legales de gestión (RLG), por el otro, la buenas condiciones agrarias y medioambientales (BCAM) (art. 4 Reglamento n° 73/2009)¹⁸⁴.

El primer grupo, los RLG, lo conforman un conjunto de obligaciones impuestas por ciertos artículos de un listado de dieciocho Reglamentos y Directivas de la Unión enumerados en el Anexo II del Reglamento n° 73/2009, encargadas de regular distintas cuestiones relacionadas con “salud pública, zoonosidad y fitosanidad”, el medio ambiente y el bienestar de los animales¹⁸⁵. Interesa destacar que estos dieciocho actos legislativos de la Unión enumerados en el Anexo II del

¹⁸⁴ Asimismo, un lugar especial ocupa la obligación impuesta a los Estados miembros de garantizar que su superficie de pastos permanentes no se reduzca por debajo de ciertos límites. Es una obligación impuesta al Estado, pero para su cumplimiento estos pueden adoptar medidas singulares, es decir, dirigidas a agricultores concretos. Asimismo, su aplicación práctica ha dado lugar a ciertas perversiones del sistema. En este sentido, el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial n° 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 37, sobre la segunda parte del marco relativo a las BCAM, el mantenimiento de las tierras dedicadas a pastos permanentes: “ciertos tipos de pastos permanentes, en particular los pastizales naturales ricos en especies, presentan una mayor importancia para el medio ambiente que otros. El sistema actual permite que la reducción de estos pastos permanentes de gran valor natural sea compensada por incrementos de pastos de menor calidad medioambiental”.

¹⁸⁵ Las dieciocho normas de la Unión cuyo incumplimiento en algunos (ni siquiera todos) de sus artículos impide la percepción de los pagos directos son:

- 1) Directiva 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres [DO L n° 103 de 25.04.1979]: arts. 3.1, 3.2.b), 4.1, 4.2, 4.4, 5.a), 5.b) y 5.d).
- 2) Directiva 80/68/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas [DO L n° 20 de 26.01.1980]: arts. 4 y 5.
- 3) Directiva 86/278/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1986, relativa a la protección del medio ambiente y, en particular, de los suelos, en la utilización de los lodos de depuración en agricultura [DO L n° 181 de 04.07.1986]: art. 3.
- 4) Directiva 91/676/CEE, del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura [DO L n° 375 de 31.12.1991]: arts. 4 y 5.
- 5) Directiva 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres [DO L n° 206 de 22.07.1992]: arts. 6 y 13.1.a).
- 6) Directiva 2008/71/CE, del Consejo, de 15 de julio de 2008, relativa a la identificación y al registro de animales [DO L n° 213 de 08.08.2005]: arts. 3, 4 y 5.
- 7) Reglamento (CE) n° 1760/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2000, que establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie bovina y relativo al etiquetado de la carne de vacuno y de los productos a base de carne de vacuno [DO L n° 204 de 11.08.2000]: arts. 4 y 7.
- 8) Reglamento (CE) n° 21/2004, del Consejo, de 17 de diciembre de 2003, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de las especies ovina y caprina [DO L n° 5 de 09.01.2004]: arts. 3, 4 y 5.
- 9) Directiva 91/414/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios [DO L n° 230, de 19.08.1991]: art. 3.
- 10) Directiva 96/22/CE, del Consejo, de 29 de abril de 1996, por la que se prohíbe utilizar determinadas sustancias de efecto hormonal y tireostático y sustancias β-agonistas en la cría de ganado [DO L n° 125, de 23.05.1996]: arts. 3.a), 3.b), 3.d), 3.e), 4, 5 y 7.
- 11) Reglamento (CE) n° 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria [DO L n° 31, de 01.02.2002]: arts. 14, 15, 17.1, 18, 19 y 20.

El art. 17.1 R 178/2002 debe ponerse en relación, a su vez, con otras normas igualmente enumeradas en la nota al Anexo II R 73/2009.

Reglamento nº 73/2009, en los términos en que, en su caso, hayan sido traspuestos por cada Estado miembro¹⁸⁶, resultaban y resultan de obligado cumplimiento para todos los ciudadanos, sean o no agricultores y reciban o no ayudas de la Unión¹⁸⁷. Esto es, ningunas de las exigencias contenidas en los RLG son una novedad introducida por el mecanismo de la condicionalidad, sino que se encontraban ya recogidas en distintas Directivas y Reglamentos, por lo que su cumplimiento ya era obligatorio. La novedad reside “en el vínculo que se establece entre la actividad agrícola, el respeto de las condiciones mencionadas en el ejercicio de esta actividad y las ayudas directas”¹⁸⁸.

Lo que el legislador de la Unión persigue, de este modo, es reforzar el cumplimiento de unas determinadas obligaciones, que ya existen y que ya deben ser cumplidas, vinculándolo a la percepción de ciertas ayudas con las que, en realidad, no guardan una relación directa. La justificación a esta situación se encontraría en que, con independencia de que las normas de la Unión deban ser cumplidas por todos los ciudadanos, el celo en su cumplimiento debe ser aún mayor en aquellos ciudadanos que se benefician de las ventajas económicas concedidas por la Unión. El objetivo de los RLG es, por tanto, “aumentar la responsabilidad del agricultor en materia medioambiental, alimentaria, veterinaria y fitosanitaria, sin por ello imponerle nue-

12) Reglamento (CE) nº 999/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 1991, por el que se establecen disposiciones para la prevención, el control y la erradicación de determinadas encefalopatías espongiformes transmisibles [DO L nº 147, de 31.05.2001]: arts. 7, 11, 12, 13 y 15.

13) Directiva 85/511/CEE, del Consejo, de 18 de noviembre de 1985, por la que se establecen medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa [DO L nº 315, de 26.11.1985]: art. 3.

14) Directiva 92/119/CEE, del Consejo, de 17 de diciembre de 1992, por la que se establecen medidas comunitarias generales para la lucha contra determinadas enfermedades de animales y medidas específicas respecto a la enfermedad vesicular porcina [DO L nº 62, de 15.03.1993]: art. 3.

15) Directiva 2000/75/CE, del Consejo, de 20 de noviembre de 2000, por la que se aprueban disposiciones específicas relativas a las medidas de lucha y erradicación de la fiebre catarral ovina [DO L nº 327 de 22.12.2000]: art. 3.

16) Directiva 91/629/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 2001, relativa a las normas mínimas para la protección de terneros [DO L nº 340 de 11.12.1991]: arts. 3 y 4.

17) Directiva 91/630/CEE, del Consejo, de 19 de noviembre de 2001, relativa a las normas mínimas para la protección de cerdos [DO L nº 340 de 11.12.1991]: art. 3 y 4.1.

18) Directiva 98/58/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la protección de los animales en las explotaciones ganaderas [DO L nº 221 de 08.08.1998]: art. 4.

¹⁸⁶ Como no podía ser de otro modo, aclara el art. 5.2 R 73/2009 que “los actos a que se refiere el anexo II se aplicarán en su versión vigente y, en el caso de las Directivas, tal como las apliquen los Estados miembros”.

¹⁸⁷ Ello justifica que, con independencia de las reducciones en los pagos directos a los que pueda dar lugar el incumplimiento de los RLG, los Estados miembros pueden imponer las oportunas sanciones administrativas. Ambos tipos de medidas resultan además perfectamente compatibles en tanto que las posibles reducciones impuestas en aplicación de los criterios de la condicionalidad solo son sanciones “en sentido descriptivo y atécnico, en tanto que consecuencias negativas frente a una infracción del interesado, tratándose más bien de formas de modulación o de «conformación» del montante de las ayudas”, Luigi RUSSO, “La condizionalità da condizione a fine”, *Rivista di Diritto Agrario*, año LXXXVI-fasc. 2 (abril-junio 2007), p. 238. Favorable también a su compatibilidad, Daniel BIANCHI, “La conditionnalité des paiements directs...”, cit., p. 93.

¹⁸⁸ Daniel BIANCHI, “La conditionnalité des paiements directs...”, cit., p. 93.

vas obligaciones, sino subordinando la concesión de las ayudas directas al respeto de las obligaciones existentes”¹⁸⁹.

Su naturaleza jurídica es dudosa. En primer lugar, y aunque próximas, no parece que resulte posible identificar esta figura con las subvenciones para el cumplimiento de un deber de las que nos ocupamos más arriba. En efecto, en tales subvenciones la causa de la entrega se encontraba en la realización del deber que había sido previamente impuesto por la norma. En este caso, y como ya señalamos, la causa de la atribución patrimonial viene fijada, para cada pago directo, por su normativa de desarrollo. De este modo, la entrega del pago único trae causa de la concurrencia de ciertos requisitos. Es decir, su concesión no se justifica por el cumplimiento de estos RLG.

En segundo lugar, tampoco se trata, exactamente, de la misma figura que los “requisitos negativos” exigidos por el art. 13.2 LGS para ser beneficiario de una subvención, y que, según vimos más arriba, se configuran como circunstancias descritas por el legislador que, en caso de concurrir en el solicitante, impedirían que le fuese concedida la subvención¹⁹⁰. La peculiaridad de los RLG se encuentra en que su incumplimiento no impediría la concesión de la subvención, dado que ésta depende de otros elementos. En su lugar, solo limitaría el derecho al cobro, imponiendo una reducción de la cantidad que se tiene derecho a percibir.

Desde esta perspectiva, los RLG parecen basarse en el mismo razonamiento que, en parte, late bajo el art. 34.5 LGS. De conformidad con este artículo, no puede realizarse el pago de la subvención “en tanto el beneficiario no se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social”. Como resulta evidente, el cumplimiento de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social recae sobre todos los ciudadanos, y no solo sobre los perceptores de subvenciones. Sin embargo, en la medida en que estos últimos pueden beneficiarse del esfuerzo financiero realizado por toda la comunidad, manifestado en una forma especial de gasto público, se les exige un especial celo en el cumplimiento de estas obligaciones que, en buena medida, aunque no solo, consisten en realizar aportaciones dinerarias en favor del Estado, lo que hace aún más necesario su cumplimiento.

¹⁸⁹ Daniel BIANCHI, “La conditionnalité des paiements directs...”, cit., p. 94.

¹⁹⁰ Comparándolos con las previsiones análogas al art. 13.2 LGS que existen en materia de contratación pública, Tomás GARCÍA AZCÁRATE, “La reforma de la PAC vista desde Bruselas: de la importancia de la teoría de la bicicleta o el que avisa no es traidor”, *Noticias de la Unión europea*, nº 275 (diciembre 2007), p. 14, señala que “cuando un empresario de cualquier sector económico quiere contratar con el Estado, tiene que demostrar que está al día en el cumplimiento de sus obligaciones legales. Siempre tiene que cumplirlas, por supuesto, pero lo tiene que demostrar en estas ocasiones. Lo único que ha hecho la Comisión es exigir idénticos requisitos a los agricultores. No puede recibir dinero público quien no respeta la ley”.

Finalmente, tal vez quepa señalar que los RLG establecidos por el Reglamento nº 73/2009, son prácticamente los mismos que los previstos en el Reglamento nº 1782/2003. Las únicas diferencias entre ambas normas se encuentran en que el nuevo Reglamento afina aún más a la hora de establecer qué apartados en concreto, dentro de cada artículo señalado, contiene las obligaciones aplicables a los agricultores que pretendan percibir sus pagos directos¹⁹¹. Este cambio obedece, según se indica en el §.3 de la Exposición de Motivos del Reglamento nº 73/2009, a que “la experiencia ha demostrado que una serie de exigencias incluidas en el ámbito de aplicación de la condicionalidad no están suficientemente relacionadas con la actividad agraria o las tierras agrarias o conciernen más a las autoridades nacionales que a los agricultores”¹⁹². Asimismo, la propia Comisión ya había reconocido anteriormente respecto al sistema de la condicionalidad que “la experiencia ha demostrado claramente la necesidad de simplificarlo”¹⁹³.

A diferencia de los RLG, las obligaciones englobadas bajo el nombre de “buenas condiciones agrarias y medioambientales” (BCAM) no se encontraban fijadas de antemano con carácter previo a la instauración del régimen de la condicionalidad por el Reglamento nº 1782/2003. Por el contrario, su fijación tuvo lugar, siguiendo un sistema de producción en cascada, con la aparición de dicha norma. Ahora, el art. 6 Reglamento nº 73/2009, repite este mismo esquema: en su Anexo III se establecen una serie de ámbitos, a modo de grandes objetivos, dentro de los cuales, y de conformidad con las características propias de cada territorio, los Estados miembros determinarán las concretas obligaciones que sus agricultores deberán respetar. Dicha concreción, por supuesto, deberá hacerse por los órganos que ostenten la competencia sobre agricultura dentro de cada Estado miembro, lo que puede implicar, como ocurre en el caso español, una importante participación de las Comunidades Autónomas y, consecuentemente, importantes diferencias entre las BCAM que tendrán que cumplir los agricultores radicados en distintas regiones europeas para acceder a unos mismos pagos¹⁹⁴.

¹⁹¹ De este modo, mientras antes se establecía la obligación de cumplir con el art. 3 Directiva nº 79/409/CEE, sin especificar a qué apartados en concreto se refería la norma, el nuevo Reglamento nº 73/2009 aclara que únicamente se exige el cumplimiento del art. 3.1 y del art. 3.2.b) Directiva nº 79/409/CEE.

¹⁹² En efecto, como ya denunció el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial nº 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 28, “algunos RLG no atañen a las actividades agrícolas específicamente (...) En algunos Estados miembros, la Directiva de protección de las aguas subterráneas se transpuso con el fin de combatir la contaminación originada principalmente por las actividades industriales, más que por las agrícolas. Las dificultades se presentan cuando estos requisitos se transforman en condiciones que deben aplicarse a las actividades agrícolas”.

¹⁹³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Preparándose para el «chequeo» de la reforma de la PAC*, Bruselas, 20.11.2007, COM (2007) 722 final, p. 4.

¹⁹⁴ A pesar de ello, el TJCE ha afirmado que la adopción de distintas BCAM por parte de las regiones europeas con potestad para ello no constituye una discriminación contraria al Derecho de la Unión. En concreto, así lo ha afirmado la STJCE de 16 de julio de 2009, *Horvath*, as. C-428/07, cuyo especial interés justifica su exposición detallada. En el supuesto de hecho, un agricultor inglés, el sr. Horvath, impugnó ante los tribunales nacionales las disposiciones reglamentarias de 2004 aprobadas para Inglaterra y por las que se establecían las normas

En el caso de las BCAM, y a diferencia de lo que acontecía con los RLG, sí que encontramos deberes nuevos, cuyo cumplimiento no es necesariamente obligatorio para todos los agricultores. Es decir, las BCAM se prevén como exigencias suplementarias a la actividad agraria que, en principio, no son exigibles a todos los agricultores, sino solo a aquellos que pretendan cobrar pagos directos. La justificación de su existencia no radica, por tanto, y a diferencia de lo que acontecía con los RLG, en la exigencia de un “mayor celo” en el cumplimiento de obligaciones comunes a todos los ciudadanos, sino en la conveniencia de exigir a aquellos que se benefician de los fondos aportados por la comunidad una práctica de su actividad profesional más ajustada a los intereses generales, aunque ello implique imponerles obligaciones que otros no tienen por qué cumplir¹⁹⁵. Ello sin perjuicio de que las BCAM no siempre impliquen la imposición de obligaciones enteramente nuevas¹⁹⁶. La novedad radica, más bien, en que la normativa de la Unión reguladora de las subvenciones agrícolas se preocupe por estas materias.

Todo ello explica que su nivel de cumplimiento sea relativamente elevado: el hecho de que los RLG y muchas de las BCAM estuvieran en vigor hacía tiempo dio lugar a que “a nivel de la explotación, se [hubieran] integrado ya en las prácticas corrientes la casi totalidad de las obligaciones previstas en el marco de las políticas de condicionalidad”¹⁹⁷.

en materia de BCAM aplicables al régimen de pago único, entre las cuales se introdujeron varias obligaciones en materia de servidumbres de paso público. Esta normativa, sin embargo, solo resultaba de aplicación en Inglaterra, en la medida en que Escocia, Gales e Irlanda del Norte disponen de competencias propias en materia de agricultura de conformidad con la transferencia (*devolution*) aprobada en 1998 por el Parlamento del Reino Unido. El sr. Horvath planteó la posibilidad de que dicha situación supusiera una discriminación, lo que fue elevado como cuestión prejudicial ante el TJCE. El tribunal europeo parte de afirmar que “al confiar a los Estados miembros la tarea de definir los requisitos mínimos de las BCAM, el legislador comunitario les ha dado la posibilidad de tener en cuenta las diferencias regionales que existen en su territorio” (ap. 48). Aceptada esta situación de partida, “ha de examinarse no obstante si, en estas circunstancias, la única diferencia entre las normas que fijan las BCAM adoptadas por las autoridades regionales de un mismo Estado miembro constituye una discriminación contraria al Derecho comunitario” (ap. 54). Y, a este respecto, se remite a su consagrada jurisprudencia conforme a la cual “la prohibición de discriminación no comprende las eventuales disparidades de trato que puedan derivarse, entre los Estados miembros, de las divergencias existentes entre las legislaciones de dichos Estados, siempre que tales legislaciones se apliquen a todas las personas sometidas a ellas” (ap. 55, que se remite a las SSTJCE de 3 de julio de 1979, *Van Dam y otros*, 185 a 20478, ap. 10; de 1 de febrero de 1996, *Perfili*, as. C-177/94, ap. 17; y de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03, ap. 34). En consecuencia, y para el supuesto enjuiciado, la sentencia concluye que “en el supuesto de que el sistema constitucional de un Estado miembro establezca que las autoridades regionales disponen de una competencia normativa, la mera adopción, por dichas autoridades, de normas diferentes en materia de BCAM conforme al art. 5 y al anexo IV del Reglamento n° 1782/2003, no constituye una discriminación contraria al Derecho comunitario”.

¹⁹⁵ De conformidad con la construcción de FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 128, las obligaciones impuestas por el régimen de la condicionalidad serían el ejemplo prototípico de modo. En concreto, de aquellos modos cuya finalidad es complementar el fin típico del acto administrativo.

¹⁹⁶ En efecto, como indica JAVIER SIERRA ANDRÉS, “La integración de las demandas de la sociedad en la PAC: la condicionalidad de la PAC”, *Noticias de la Unión Europea* n° 275 (diciembre 2007), p. 39, “el bienestar animal tampoco es una cuestión nueva para nuestro sector. España ya firmó en París en 1969 el Convenio para la Protección de los Animales en el Transporte Internacional, el cual entró en vigor en 1975”.

¹⁹⁷ Tribunal de Cuentas Europeo, *Informe Especial n° 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 20.

En las BCAM incluidas ahora en el anexo III Reglamento nº 73/2009, aparecen algunas novedades de cierto relieve en comparación con las previstas en el Reglamento nº 1782/2003.

En primer lugar, se ha transformado en facultativo el establecimiento de normas sobre algunas materias, hasta ahora obligatorio (terrazas de retención, normas para rotación de cosechas, uso de maquinaria adecuada, índices mínimos de carga ganadera o regímenes apropiados, prohibición de arrancar olivos, mantenimiento de olivares y viñedos en buenas condiciones vegetativas). No obstante, no se trata de una materia plenamente disponible para los Estados miembros. En realidad, aquellos Estados miembros que ya hubieran establecido requisitos mínimos de BCAM para estas materias, así como aquellos otros que aplicaran normas nacionales relativas a las mismas, deberán seguir aplicándolas¹⁹⁸.

En segundo lugar, se incluye una nueva materia en la que, ahora sí de forma plenamente facultativa para todos los Estados miembros, se pueden establecer requisitos de BCAM: el establecimiento o mantenimiento de hábitats¹⁹⁹.

En tercer lugar, y finalmente, se introduce una nueva materia (protección del agua contra la contaminación y las escorrentías y gestión de su uso) en la que los Estados miembros deberán estipular obligatoriamente requisitos mínimos de BCAM para sus agricultores, en concreto, en dos cuestiones: la creación de franjas de protección en las márgenes de los ríos (de conformidad con la Directiva 91/676/CEE) y el cumplimiento de los procedimientos de autorización cuando esta sea necesaria para el uso de agua para el riego²⁰⁰.

En todo caso, las obligaciones concretas en que acaban plasmados los requisitos de BCAM son establecidos por los Estados miembros. Y en ocasiones, como es el caso de España, a través de varios poderes territoriales: el Estado y las Comunidades Autónomas.

¹⁹⁸ De este modo, el art. 6.1.b) Reglamento nº 73/2009, ha producido una extraña “conversión” de una norma plenamente interna en norma de la Unión y, en consecuencia, ha hecho que deje de ser plenamente disponible para los poderes públicos que, en el libre ejercicio de sus competencias, decidieron aprobarla. Se trata de un fenómeno parecido al llamado “efecto dique” en materia de transposición de Directivas, cuyo resultado es que un Estado miembro no pueda derogar unilateralmente su normativa interna, aun cuando lo estime oportuno, si dicha normativa ha servido como transposición de una Directiva.

¹⁹⁹ La explicación de la inclusión de esta nueva materia se encuentra en el §.5 de la Exposición de Motivos del R 73/2009: “La supresión, de conformidad con el presente Reglamento, de la retirada de tierras obligatoria dentro del régimen de pago único podría, en algunos casos, tener efectos adversos en el medio ambiente, en particular en lo que atañe a determinados elementos paisajísticos. Por lo tanto, resulta adecuado reforzar las disposiciones de la Unión que tienen como finalidad proteger elementos paisajísticos concretos. En determinadas situaciones, los Estados miembros deben poder estipular también el establecimiento o el mantenimiento de hábitats”.

²⁰⁰ Se da respuesta, de este modo, a una de las críticas señaladas por el TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial nº 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 25.

Expuesto el contenido de las obligaciones que integran la condicionalidad, cabe indicar que su formulación actual ha recibido muy duras críticas por parte del TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO. En efecto, por un lado, se ha puesto de manifiesto que no es posible encontrar una justificación satisfactoria de por qué ciertas obligaciones son RLG o BCAM y otras no, lo que significa, simplemente, que obedecen a una mera decisión basada en la oportunidad política, y abona la posibilidad de que no sean plenamente coherentes con otras políticas, como la política de medio ambiente de la Unión²⁰¹. Por otro lado, el hecho de que los Estados miembros tengan que desarrollar las BCAM, unido al dato de que muchos RLG se encuentran recogidos en Directivas (lo que determina que su aplicación en cada Estado miembro difiera, atendiendo al modo en que en cada caso se haya producido su transposición) ha dado lugar a que “las exigencias a las que están sometidos los agricultores confrontados al mismo problema medioambiental present[en] diferencias injustificadas, lo que acarrea una desigualdad de trato entre agricultores de diferentes Estados miembros”. Situación que “también se da en un único Estado miembro si distintos requisitos se aplican a regiones que sufren los mismos problemas medioambientales”²⁰².

²⁰¹ El TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial n° 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 16, denunció que “la Comisión no pudo presentar a los auditores ningún documento justificativo de los motivos por los que ciertos RLG o ciertas normas relativas a las BCAM se habían incluido en el marco de la condicionalidad, mientras que otros no lo habían sido”. Frente a ello, la Comisión solo pudo reponer que “el objetivo de la condicionalidad es solamente «contribuir» al desarrollo de la agricultura sostenible, y no abordar todos los problemas medioambientales”, añadiendo que “la finalidad de la condicionalidad, incluidas las BCAM, no es abordar todos los problemas medioambientales. Es complementario a otros instrumentos”, por ello las BCAM se dirigen “a abordar las cuestiones que se estiman más pertinentes en cada momento”.

²⁰² TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, *Informe Especial n° 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, cit., punto 25. Frente a ello, la respuesta de la Comisión se limitó a indicar que los Reglamentos y Directivas que conforman los RLG llevan años existiendo, y se aplican de modo desigual en los distintos Estados miembros, “sin embargo, esto no es una consecuencia de la introducción de la condicionalidad”.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

I.

LOS MODELOS DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y, EN PARTICULAR, DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

La Unión Europea goza de amplias competencias (aunque no exclusivas¹) en materia agrícola, competencias que ejerce, en buena medida, mediante la concesión de subvenciones². Sin embargo, para la determinación del régimen jurídico de las

¹ Parte de la doctrina ha venido afirmando que las competencias de la Unión en materia de agricultura debían considerarse competencias exclusivas. Al menos, en relación con ciertos ámbitos, esencialmente identificados con el llamado “primer pilar” de la PAC. En este sentido, Albert MASSOT MARTÍ, “Hacia un nuevo modelo de aplicación de la política de precios y mercados agrarios en el Estado de las autonomías”, *Agricultura y Sociedad* n° 83 (mayo-agosto 1997), p. 47, o Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La Política Agraria Común. Régimen jurídico de la agricultura europea y española*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, p. 159, quien afirma, en consecuencia, que el ejercicio de esta competencia, al ser exclusiva, no está sometido al principio de subsidiariedad. A pesar de que las categorías de competencia exclusiva y competencia compartida se deducían de los Tratados con anterioridad (cfr., art. 5 TCE), lo cierto es que hasta la aprobación del Tratado de Lisboa no ha existido un verdadero listado que agrupase las competencias de la Unión Europea en alguna de estas categorías. En consecuencia, la adscripción a una u otra categoría era el resultado de una labor jurisprudencial y doctrinal y, por ello mismo, sujeta a conjeturas. Los arts. 3 y 4 TFUE han venido a aclarar definitivamente esta cuestión y, de conformidad con ellos, es posible afirmar que las competencias atribuidas a la Unión Europea en materia de agricultura y pesca constituyen, en todos los casos, competencias compartidas [art. 4.2.d) TFUE], salvo en relación con la conservación de los recursos biológicos marinos [art. 3.1.d) TFUE] y con el comercio exterior de los productos agrícolas [art. 3.1.a) y e) TFUE].

² Sin perjuicio, claro está, de otras actividades ajenas al ejercicio de esta potestad de concesión de ventajas, y que son reconocidas por Alfredo FIORITTO, “Agricultura”, en Mario P. CHITI y Guido GRECO (dirs.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, T. I, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 46-48, a otras cuatro categorías: procedimientos normativos o generales (v.gr., aprobación de planes y programas o determinación de precios y cuotas de producción, importación o exportación), procedimientos declarativos o de seguridad jurídica

subvenciones agrícolas de la Unión aún es imprescindible aclarar, previamente, a quién corresponde ejecutar la Política Agrícola Común y el modo en que debe realizarse dicha ejecución. En efecto, en el ordenamiento jurídico de la Unión, dadas sus especiales características en tanto que ordenamiento supranacional, el régimen jurídico de las distintas instituciones no depende solo de la distribución de competencias entre Unión Europea y Estados miembros, sino también, y muy especialmente, del sistema de ejecución vigente en cada ámbito.

El concepto de “ejecución del Derecho de la Unión”, sin embargo, resulta un tanto ambiguo, por lo que requiere ciertas explicaciones. En particular, deben distinguirse al menos dos sentidos en la expresión “ejecución del Derecho de la Unión”. En sentido estricto, la ejecución del Derecho de la Unión se refiere a las funciones propias del poder ejecutivo: desarrollo normativo y aplicación de las normas. Desde este punto de vista, la ejecución del Derecho de la Unión recaería en los titulares clásicos del poder ejecutivo dentro de cada Estado miembro (el Gobierno y la Administración, en sus distintas instancias territoriales) y, en el ámbito de las Instituciones de la Unión, en la Comisión, su Administración institucional y, ocasionalmente, el Consejo u otras Instituciones, como el Banco Central Europeo³.

Sin embargo, junto con este concepto estricto de ejecución del Derecho de la Unión, existe un concepto más amplio, con el que se hace referencia a la obligación de los Estados miembros de garantizar la aplicación efectiva del Derecho de la Unión incluso cuando ello vaya más allá de las funciones propias del poder ejecutivo e implique el desarrollo de funciones legislativas o judiciales. Así, desde esta segunda perspectiva, la ejecución del Derecho de la Unión puede implicar para los Estados miembros la obligación de aprobar leyes (por ejemplo, para transponer Directivas en el ordenamiento jurídico interno), la obligación de realizar funciones de ejecución normativa en sentido estricto (aprobar normas de desarrollo y aplicación concreta) y la obligación de garantizar judicialmente la aplicación de las normas de la Unión (juez nacional como juez ordinario del Derecho de la Unión)⁴. En conse-

(v.gr., denominaciones de origen, normas sobre etiquetado de los productos), procedimientos autorizativos (v.gr., para liberar organismos genéticamente modificados o para importar o exportar productos agrícolas) y procedimientos de control (v.gr., inspección, control).

³ Como ha sido frecuentemente destacado, la imposibilidad de indicar con claridad a quién corresponde el poder ejecutivo en la Unión Europea se ha debido a la falta de una vigencia plena del principio de separación de poderes, en particular entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. En consecuencia, cabe afirmar que es el Consejo, en tanto que principal titular del poder de decisión (art. 202.2º TCE), quien ostenta tanto el poder legislativo como ejecutivo. Dicho esto, no es menos cierto que el sistema institucional de las Comunidades Europeas está diseñado con la intención de configurar a la Comisión como el principal órgano ejecutivo de la Comunidad. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 492.

⁴ Acoge esta misma distinción FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., pp. 509 y ss. De manera similar, aunque variando las fronteras entre ejecución legislativa y ejecutiva, ÁNGEL MANUEL MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 33 y 38, postula una división distinta de los tipos de ejecución del Derecho de la Unión, distinguiendo entre ejecución normativa, ejecución administrativa y ejecución judicial. En particular, el concepto de ejecución administrativa

cuencia, y es importante retenerlo, la ejecución del Derecho de la Unión no solo va referida a las actuaciones propias de la Administración. Por el contrario, cuando un parlamento nacional aprueba una ley para transponer una Directiva o cuando un juez nacional resuelve un caso aplicando un Reglamento de la Unión, puede decirse que están actuando en ejecución del Derecho de la Unión.

Sentado lo anterior, y centrándonos en el primero de estos sentidos, el estudio de la ejecución del Derecho de la Unión en sentido estricto debe partir, como ya hemos indicado, de la distinción entre ejecución por los órganos de la Unión y ejecución por los órganos nacionales. Esta doble posibilidad es la que ha originado que, históricamente, se hablara de dos tipos de Administración comunitaria: la Administración comunitaria directa, realizada por los órganos e Instituciones de la Unión, y la Administración comunitaria indirecta, llevada a cabo por los Estados miembros. La importancia de esta distinción, cuya vigencia y validez es dudosa, según se verá, tiene importantísimos efectos en relación con la determinación del régimen jurídico aplicable a cada figura. En efecto, dado el carácter fragmentario y generalmente incompleto del Derecho de la Unión, la ejecución administrativa suele requerir una importante actividad de integración normativa por parte del órgano encargado de tal ejecución. Esta labor de integración, sin embargo, se realizará con normas distintas, dependiendo, precisamente, de cuál sea el órgano encargado de la ejecución. De este modo, y sin salir de nuestro ámbito de estudio, es posible distinguir entre subvenciones de la Unión concedidas en régimen de ejecución directa (esto es, por los órganos e Instituciones de la Unión) y subvenciones de la Unión concedidas en régimen de ejecución indirecta (es decir, por los Estados miembros). En cada uno de estos casos, el régimen jurídico aplicable a la subvención será distinto. Aun más, en el caso de subvenciones de la Unión concedidas en régimen de ejecución indirecta, dicho régimen sufrirá variaciones en cada uno de los veintisiete Estados miembros. Pero vayamos por partes.

Como es sabido, las Comunidades Europeas primero, y la Unión Europea en la actualidad, desplegaron un doble modelo de Administración pública para la ejecución de las políticas de la Unión. Por un lado, se previó la existencia de una Administración directa, formada por funcionarios de la Unión y de ámbito y dimensiones muy reducidas, cuya actuación debía tener carácter excepcional. Por otro, se estableció que, como regla general, el sistema administrativo de la Unión se desplegaría a modo de Administración indirecta, valiéndose de las Administraciones públicas ya

se identificaría con el "conjunto de operaciones jurídicas y materiales dirigidas a aplicar, a llevar a debido término el mandato normativo comunitario en la realidad social que pretende gobernar", debiendo entenderse la referencia a las "operaciones jurídicas y materiales" a la producción de resoluciones y actos y a mera actividad material, dejando fuera la potestad reglamentaria, que considera más adecuado encuadrar en la "ejecución normativa".

existentes de los Estados miembros. Tal sería el origen de la distinción entre Administración directa y Administración indirecta⁵.

Cada uno de estos modelos respondía a dos concepciones opuestas sobre el proceso de integración europea, presentes ya desde sus primeros momentos, como se deduce de la simple lectura de la Declaración SCHUMAN. Por un lado, la construcción de un ordenamiento formado por órganos supranacionales y especializados, propia de Jean MONNET. Por otro, la puesta en pie de una estructura federalizante, de naturaleza más política, defendida por Altiero SPINELLI. Y si bien es cierto que originariamente, con la puesta en marcha de la CECA, triunfó la primera visión, dando lugar al nacimiento de una Comisión (en puridad, Alta Autoridad), “radicalmente horizontal y centralista”, concebida como un aparato burocrático reducido y estrictamente interno, ancilar al Colegio de Comisarios, lo cierto es que esta primera concepción fue rápidamente superada y complicada, en buena medida por las exigencias derivadas de unas competencias de la Unión cada vez mayores, que hacían inviable la existencia de una Administración de la Unión directa sin dismantelar previamente las Administraciones nacionales⁶.

En todo caso, lo cierto es que en los Tratados originarios se dio muy poca importancia a las cuestiones organizativas, al asumir como propio y normal el régimen de Administración indirecta⁷. Pues, en efecto, la Administración indirecta constituye la pauta normal en el funcionamiento de cualquier organización internacional (o supranacional), siendo absolutamente excepcional que estas apliquen por sí mismas, y no a través de sus Estados miembros, sus propias políticas⁸. La principal justificación de esta situación se encuentra, por supuesto, en la falta de medios materiales y humanos en este tipo de organizaciones⁹. Ello explica que la Adminis-

⁵ Con gran acierto, se ha criticado esta terminología, ajena al vocabulario administrativo español, para el que ejecución directa es la llevada a cabo por una Administración general o territorial y ejecución indirecta la que se realiza a través de Administración instrumental o institucional, lo que lleva a que la ejecución del Derecho de la Unión realizada por Agencias de la Unión, que para el Derecho Administrativo español sería un ejemplo claro de “administración indirecta”, deba ser considerada, sin embargo, “ejecución directa”. En este sentido, Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 34.

⁶ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 3/2002, p. 658.

⁷ En este sentido se manifiesta Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., p. 654, quien indica que en los Tratados se pretendía “configurar la Comunidad como una variante de las organizaciones internacionales, que, como es sabido, no suelen estar dotadas de un aparato administrativo completo”.

⁸ Y ello sin perjuicio de que se valgan de ciertos “trucos jurídicos”, como la aprobación de normativa directamente aplicable y directamente eficaz (eficacia directa), de modo que las Administraciones nacionales se limiten a aplicarla, sin más. Christopher HARDING, *European Community investigations and sanctions. The supranational control of business delinquency*, Leicester University Press, Leicester, 1993, p. 4.

⁹ No es, sin embargo, el único argumento que le sirve de soporte. Así, se ha señalado que también ofrece una importante cobertura teórica a la Administración indirecta la vigencia, de especial importancia en el ámbito de la Unión Europea, del principio de subsidiariedad, al menos en la formulación del mismo contenida en el art. 1.2 TUE (“...las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible”).

tración directa encontrara un campo especialmente apropiado para desarrollarse en las “políticas negativas”, esto es, aquellas políticas de la Unión que tienen como objetivo controlar la actuación de los Estados miembros o de los particulares, integradas fundamentalmente por actividades administrativas de policía o limitación, huyendo de las actuaciones propias de la Administración prestacional. Así, los tres ámbitos fundamentales en los que se ha desarrollado la Administración directa han sido el de la defensa de la competencia, la CECA y la política común de transportes. En el extremo opuesto (políticas prestacionales), en relación con los fondos de la Unión, por ejemplo, se ha señalado que “la gestión de los fondos europeos por la Comisión Europea ha resultado en todo momento difícil, dada la desproporción entre los medios humanos y materiales con que cuenta la institución europea y la ingente cantidad, en términos relativos, del presupuesto manejado en un ámbito territorial y administrativo de una Unión Europea en expansión”¹⁰.

En definitiva, coexisten dos modelos administrativos encargados de la ejecución del Derecho de la Unión. Un modelo general, de Administración indirecta, y un modelo excepcional de Administración directa.

Ahora bien, estos dos modelos, si alguna vez existieron en su estado puro, se encuentran profundamente desvirtuados: Administración central de la Unión y Administración nacional se encuentran cada vez más entrelazadas en cualquier proceso de ejecución administrativa del Derecho de la Unión, y así viene siendo puesto de manifiesto por la doctrina, cada vez con mayor insistencia, que denuncia la aparición de un modelo de ejecución o Administración conjunta, integrada o mixta.

Debe advertirse, sin embargo, que muchas de estas denuncias parten de una visión idealizada y perfecta de unos modelos de Administración directa e indirecta que, en

FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., 2004, p. 506. Desde un punto de vista político, también se justifica que ciertos aspectos de la ejecución administrativa, y en particular la ejecución forzosa, que implica el uso de la fuerza, se mantengan en el ámbito de los Estados miembros. Ahora bien, que el monopolio del uso de la fuerza siga correspondiendo a los Estados miembros no significa que estos tengan plena disposición sobre estas potestades, desde el momento en que están obligados a ponerla a disposición de la Comisión cuando esta lo requiera. Bernardo Giorgio MATTARELLA, “Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 4/2006, p. 921.

¹⁰ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho local*, nº 7 (febrero 2005), p. 126. De hecho, los intentos desarrollados en algún momento por la Comisión para centralizar la gestión de alguno de estos fondos dieron lugar a resultados bastante deficientes. Así ocurrió, señaladamente, con el Fondo Social Europeo entre los años 1983 y 1989, al establecer que los proyectos que pretendían ser subvencionados debían ser presentados en Bruselas y ser aprobados por la Comisión Europea. El resultado, consecuencia, en buena medida, de la incapacidad de la Comisión para controlar adecuadamente el uso de las subvenciones, fue una gran litigiosidad, manifestada en la serie jurisprudencial conformada por la STJCE de 25 de enero de 2001, *DAFSE/Frota Azul-Transportes e Turismo*, as. C-413/98; STJCE de 7 de mayo de 1991, *Interhotel*, as. C-291/89; STJCE de 7 de mayo de 1991, *Oliveira*, as. C-304/89; STJCE de 4 de junio de 1992, *Infortec*, as. C-157/90; STJCE de 16 de enero de 1996, *ISAE-VP e Interdata*, as. C-130/91; STJCE de 9 de enero de 1997, *Socurte*, as. C-143/95; ATJCE de 12 de noviembre de 1999, *Branco*, as. C-453/98; STJCE de 8 de julio de 1999, *Nunes y de Matos*, C-186/98; etc. David ORDÓÑEZ SOLÍS, “La gestión y el control de los fondos estructurales europeos en España. «Guía para juristas»”, *Revista del Poder Judicial*, nº 63 (III-2001), pp. 25-26.

la realidad, nunca han existido¹¹. En concreto, la Administración indirecta nunca ha implicado la total desvinculación entre Administraciones nacionales e Instituciones de la Unión.

Por ello, resulta equívoco poner como ejemplo de Administración conjunta el supuesto de la gestión compartida del presupuesto de la Unión, que afecta a las dos partidas más importantes del presupuesto de la Unión, las ayudas agrícolas y los fondos estructurales. En efecto, no es razonable afirmar que esto se trate de un supuesto de Administración conjunta porque las competencias sobre ejecución del presupuesto se transfieren a los Estados miembros pero “mediante la facultad de desarrollar y concretar normativamente actos jurídicos básicos y mediante procedimientos de control integrados, la Comisión se reserva la responsabilidad final sobre el presupuesto”, lo que se deduciría de los arts. 53 y ss. del Reglamento nº 1605/2002¹². Y no es razonable porque esta postura equivaldría a negar la propia existencia de la Administración indirecta, dado que las Administraciones nacionales nunca han sido plenamente libres al ejecutar el Derecho de la Unión. Antes al contrario, el modelo de Administración indirecta exige, como requisito mínimo para asegurar la eficacia del Derecho de la Unión, una intensa actividad de control y dirección por parte de los órganos de la Unión. La clave de la Administración indirecta no se encuentra, por tanto, en la independencia de las Administraciones nacionales (ni en la soberanía de los Estados miembros en los que se insertan), sino en la existencia de unos órganos rectores supranacionales que se valen de la estructura administrativa de los Estados miembros para la ejecución de sus políticas, haciendo de estos su brazos ejecutores¹³. En consecuencia, todo aumento de la descentralización en favor de las autoridades nacionales debe ir acompañado de un “fortalecimiento de los mecanismos de control administrativo y de coordinación interna por parte de la Comisión Europea”¹⁴. Así ha sido siempre, precisamente, en materia agrícola o en el ámbito de los fondos estructurales, en los que la regla general es la gestión descentralizada por las Administraciones nacionales, si bien “esta descentralización queda atenuada por la importante función de dirección y

¹¹ También Diana-Urania GALETTA, Recensión al libro de Lorenzo SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milán, 2007, publicada en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2008, pp. 883-886, advierte del error en que caen con frecuencia aquellos autores que, al estudiar un ámbito sectorial concreto y comprobar que no encaja en ninguno de los dos modelos ideales de Administración directa e indirecta, postulan la existencia de un modelo “nuevo” de relaciones entre Derecho de la Unión y Derecho nacional y, posteriormente, intentan elevarlo a la categoría de modelo prevalente y aplicable a los demás sectores. Advierte, así, de la necesidad de ponerse en guardia frente a aquellos análisis sectoriales que se proponen ofrecer soluciones omnicomprensivas.

¹² Jens-Peter SCHNEIDER, “Estructuras de la unión administrativa europea. Observaciones introductorias”, cit., en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 31.

¹³ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., pp. 651-654.

¹⁴ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, cit., p. 126.

control que se encomienda a la Comisión Europea”¹⁵. No se trata, por tanto, de una novedad, sino de la esencia del modelo de Administración indirecta¹⁶.

Sin perjuicio de esta advertencia, ciertamente es innegable la intensificación de las “formas de coadministración, de co-participación, de administración directa, de redes de organismos, de conexiones entre sujetos públicos y privados, etc.”¹⁷. Y resulta así tanto respecto de la Administración directa como de la Administración indirecta. En efecto, respecto de la primera, la Administración directa cuenta cada vez más con las Administraciones nacionales, debido al desbordamiento de trabajo de una Comisión que no ha aumentando su plantilla de manera proporcional al de la población de los nuevos Estados miembros¹⁸. Por otro lado, la evolución experimentada en la Administración indirecta no descansa tanto en la aparición de controles de la Unión sobre la ejecución nacional, que siempre existieron, sino en la creciente participación de las Administraciones nacionales en la formulación de las políticas de la Unión, lo que suele conocerse como “fase ascendente” del Derecho de la Unión. De este modo, lo que se desarrollan son “relaciones directas entre la Administración comunitaria y la autoridad administrativa [nacional] del sector. Las cuestiones económicas y técnicas pasan a ser tratadas directamente por los órganos nacionales competentes (y, en consecuencia, cambia el papel del Ministro de Asuntos Exteriores, que se limita a ocuparse de cuestiones de política general)”¹⁹.

Todas estas formas de participación pueden tener distinta intensidad: colaboración informativa, consulta e incluso vetos (lo que equivale a una codecisión), pudiendo

¹⁵ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “La gestión y el control de los fondos estructurales europeos...”, cit., p. 28.

¹⁶ Por ello mismo resultan desproporcionadas las críticas vertidas en relación con las distintas formas de control de la Comisión sobre la actividad de ejecución administrativa de los Estados miembros, consideradas como un ataque al principio de autonomía (al que luego nos referiremos) e incluso al principio de soberanía. Especialmente crítica se ha mostrado Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998, p. 69, quien señala la ausencia en los Tratados de un título competencial concreto que atribuya a la Comisión, con carácter general, las incisivas facultades de dirección que ejerce sobre las Administraciones nacionales, lo que resultaría inaceptable atendiendo al hecho de que estas competencias de la Comisión se dirigen a “entes estatales investidos de todos los atributos de la soberanía”. En realidad, la crítica parece exagerada. La Comisión apenas despliega estos poderes de corrección o tutela sobre la actuación de los Estados miembros cuando se trata de ejecución legislativa del Derecho de la Unión y menos aún si se trata de ejecución judicial. Por el contrario, estos poderes parecen ejercerse, fundamentalmente, cuando se trata de ejecución *administrativa* del Derecho de la Unión. La situación, por tanto, debe resolverse dentro del ámbito estrictamente administrativo.

¹⁷ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., p. 655.

¹⁸ Así ha ocurrido incluso en los ámbitos tradicionalmente entregados a la Administración directa, como la defensa de la competencia. David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, cit., p. 124, ha indicado que “si en un principio en las Comunidades Europeas era posible llevar a cabo un control centralizado del régimen de ayudas de Estado, en estos momentos la Comisión Europea se ha visto desbordada en el control de las ayudas estatales en la Unión Europea”.

¹⁹ Claudio FRANCHINI, “L’impatto dell’integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell’amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico* n° 3/1991, p. 777.

llegar a la atribución de la competencia a un órgano común²⁰. Es lo que Oriol MIR ha llamado “interacción institucionalizada”, dentro de la cual distingue tres formas distintas de interacción: interacción informativa, organizativa y procedimental²¹. La primera se basa en el intercambio de información, la segunda en la existencia de órganos específicos de la Unión de composición paritaria, la tercera en la participación de varias Administraciones en un solo procedimiento, tanto compuesto como bifásico como monofásico.

Tanto la primera como la tercera de estas manifestaciones no son, en puridad, novedades. Como hemos indicado, el intercambio de información y el establecimiento de mecanismos de control y tutela sobre las decisiones administrativas nacionales impuestos por las autoridades administrativas de la Unión constituyen parte sustancial del modelo de Administración indirecta. Lo que puede haber cambiado es, quizá, la mayor intensidad con que ahora se producen tales intercambios de información y el establecimiento y mayor complejidad de tales sistemas de control y tutela²². El ámbito en el que se ha producido el verdadero cambio, aun teniendo un origen bastante alejado en el tiempo, por lo que no cabe hablar, en rigor, de novedad, es el ámbito organizativo, en el que se ha producido una extraordinaria proliferación tanto de nuevos órganos de composición paritaria, la mayor parte de ellos bajo forma de “Comités”, como de nuevas formas organizativas que, sin crear nuevos órganos, sí establecen sistemas relacionales novedosos.

En primer lugar, respecto a los Comités, basta reseñar, brevemente, que fueron introducidos en los primeros años sesenta para aliviar la excesiva carga de trabajo en el ámbito de la agricultura y, a pesar de la inicial resistencia de la Comisión, se difundieron bastante rápidamente, convirtiéndose en verdaderos centros de regulación de algunos sectores concretos (como el de los productos químicos o farmacéuticos)²³. Los comités son órganos colegiados de compo-

²⁰ Jens-Peter SCHNEIDER, “Estructuras de la unión administrativa europea...”, cit., p. 38.

²¹ Oriol MIR PUIGPELAT, “La codificación del procedimiento administrativo en la Unión administrativa europea”, en FRANCISCO VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (COORDS.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 60-61.

²² De este modo, y como indica Sabino CASSESE, “Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* n° 3/1991, p. 770, las actuaciones de la Administración central de la Unión y las Administraciones nacionales se entrecruzan temporalmente de forma cada vez más intrincada, de modo que “los organismos comunitarios desarrollan funciones que se sitúan en las fases anterior y posterior a la ejecución: de hecho, suelen adoptar actos que contienen directrices y desarrollar actuaciones de supervisión, inspección y control, sin ejecutar directamente”.

²³ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., p. 661. En concreto, lo que pasó en la agricultura fue que “el Consejo decidió delegar a la Comisión una serie de poderes discrecionales pero bajo la condición de que esta recabase la opinión de un comité de gestión” (nota 18 a p. 661). La “comitología” implica, en el fondo, una manifestación de cierta desconfianza del Consejo y los Estados miembros hacia unos excesivos poderes ejecutivos de la Comisión (pero, al mismo tiempo, también una aceptación de que solo ella puede garantizar la ejecución del Derecho de la Unión). Por ello se creó una compleja malla de comités consultivos alrededor de la Comisión encargados de dictaminar sobre sus proyectos de medidas de ejecución. Además, en ciertas materias el Consejo se reserva el derecho de avocación

sición mixta, en los que se mezclan representantes de las Administraciones nacionales y de la Comisión, que los presiden. Gozan de competencias especializadas y su objeto es tanto conciliar los intereses de las Administraciones nacionales y supranacional, como reforzar una garantía tendencial de acierto, en tanto que la Comisión, dada su escasez de medios, se vale de las potentes Administraciones nacionales para el mejor diseño de sus políticas, dado que la elaboración de estas políticas, cada vez más complejas, “necesita de un apoyo técnico-cognoscitivo y de un acuerdo preventivo que solo pueden proporcionar los interesados directos”²⁴.

La novedad de estos órganos, que se mueven sobre todo (pero no solo) en las fases decisionales del proceso de ejecución administrativa, se encuentra en su “precisa colocación en el contexto de un sistema administrativo integrado y coordinado (mientras que resultarían difícilmente encuadrables aplicando los tradicionales conceptos de órgano, de persona jurídica y de ordenamientos jurídicos separados)”²⁵. En efecto, no son propiamente órganos nacionales, pero tampoco estrictamente de la Unión, si bien, evidentemente, deben incluirse dentro de la Administración supranacional. Esta solución implica que la Comisión abandona su papel tradicional de centro directivo y rector y las Administraciones nacionales el de mero ejecutor de sus instrucciones o mandatos. Ahora estas últimas son contempladas como “interlocutores nacionales” de la Comisión en el complejo proceso decisional de la Unión, lo que lleva a un cambio incluso en el personal al servicio de las Administraciones públicas nacionales, tanto en sus competencias como en su cultura, que pasa a ser una “cultura administrativa comunitaria”, que obliga a conocer el Derecho de la Unión y las reglas de funcionamiento y organización de la Unión, junto con las propias normas nacionales²⁶.

Pero, en segundo lugar, junto a la aparición de estos órganos de naturaleza y composición mixta, la aparición de nuevas formas de Administración de la Unión, distintas de las clásicas Administración directa e indirecta, también se ha desarrollado en algunos ámbitos sin sustituir a las Administraciones nacionales por las de la Unión, procediendo, en su lugar, a una fusión parcial entre ambos niveles a través de la formación de “redes de sujetos de distinta natura-

en caso de dictamen negativo del comité. No existe previsión de estos comités en los Tratados, pero fueron aceptados por la STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Köster*, as. 25/70. Su primera norma reguladora fue la “primera Decisión comitología”, Decisión del Consejo n° 87/373, de 13 de julio de 1987, luego sustituida por la “segunda Decisión comitología”, Decisión del Consejo n° 99/468, de 28 de julio de 1999. Fausto DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., 2004, pp. 495-496.

²⁴ Claudio FRANCHINI, “L’impatto dell’integrazione comunitaria sulle relazioni...”, cit., p. 779. Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., pp. 662-663.

²⁵ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., p. 662.

²⁶ Alberto MASSERA, “Il ruolo della Amministrazione alla luce dell’Atto unico europeo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 3/1991, pp. 788 y 792.

leza y extracción, operantes en distintos niveles territoriales, con distintas funciones, poderes y responsabilidad, a fin de realizar objetivos comunes”. Estas nuevas formas organizativas o modelos en red, que aun carecen de la suficiente caracterización jurídica, se distinguirían por la inexistencia de un organismo que se sitúe como centro de la organización, la participación de sujetos tanto públicos como privados y la progresiva pérdida de territorialidad de las funciones públicas²⁷.

En definitiva, la organización administrativa de la Unión se estaría convirtiendo en una organización compuesta y multi-nivel con dos rasgos esenciales: el reforzamiento de la estructura de la Administración supranacional y la aparición de numerosos aparatos administrativos comunes a los Estados miembros y la Unión europea, bajo forma de “sistema reticular compuesto”.

El resultado, en todo caso, es la crisis de la dicotomía ejecución directa-ejecución indirecta. En efecto, el sistema de administración indirecta se fundaba sobre la disociación entre función (que correspondía al ámbito de la Unión) y organización (propia del ámbito nacional), pero estas nuevas formas organizativas, en la medida en que suponen una fusión entre ordenamientos nacional y de la Unión dan lugar a que también las decisiones sobre la organización se sustraigan al ámbito nacional y se conviertan en decisiones de la Unión²⁸. Por ello deben escucharse las voces que sostienen que “no es posible hacer una nítida separación entre *aplicación directa* o comunitaria y *aplicación indirecta* o nacional del Derecho comunitario, puesto que entre ambas surgen zonas intermedias en las que aparecen prácticas atípicas que no tienen encaje en ninguno de los dos modelos”²⁹. Esta tercera forma intermedia entre ejecución directa e indirecta ha intentado ser bautizada con distintos nombres, “administración mixta”, “ejecución conjunta”, “unión administrativa europea”, “ejecución integrada del Derecho comunitario”³⁰, sin que ninguno de ellos haya terminado de cuajar.

En todo caso, la constatación de que los modelos de ejecución administrativa del Derecho de la Unión no se agotan en las clásicas nociones de Administración di-

²⁷ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., pp. 666-668.

²⁸ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., p. 680.

²⁹ Susana GALERA RODRIGO, “Sobre los documentos COM y su función en la concreción de un modelo europeo de urbanismo sostenible”, ponencia presentada al III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 8 y 9 de marzo de 2008.

³⁰ Jens-Peter SCHNEIDER, “Estructuras de la unión administrativa europea...”, cit., p. 32, señala que con estas dos últimas pretende hacerse referencia a “un tercer ámbito del Derecho Administrativo comunitario, junto al Derecho Administrativo propio de los órganos comunitarios y el constituido por los principios de la aplicación indirecta por los Estados miembros. Ahora bien, este tercer ámbito inspirado por el principio asociativo no está todavía delimitado con precisión”.

recta y Administración indirecta no significa ni que estas construcciones dejen de ser válidas, ni que el modelo de Administración conjunta haya devenido el único válido. Por el contrario, estas tres formas de ejecución administrativa conviven y coexisten en el ordenamiento jurídico de la Unión, por lo que simplemente se debe tener la precaución de saber cuál de ellas resulta de aplicación en cada ámbito concreto. De este modo, y sin salir de la Política Agrícola Común, es posible encontrar manifestaciones de estas tres formas de ejecución administrativa. Por ejemplo, la concesión de ciertas categorías de ayudas agrícolas, como ya indicamos más arriba, se realiza única y exclusivamente a través de la Comisión, que trata directamente, a estos efectos, con los ciudadanos interesados en ellas, seleccionándolos, concediéndoles la ayuda, abonándola y controlando su actuación posterior por si pudiera dar lugar a la devolución de la ayuda así concedida. Se trataría, por tanto, de un ejemplo clásico, prototípico, de Administración directa³¹. En segundo lugar, existen también ámbitos en la PAC en los que se han desarrollado densos entramados de

³¹ En este sentido, con específica referencia a la recuperación de las ayudas concedidas por la Comisión a los ciudadanos e incorrectamente empleadas por estos, Bernardo Giorgio MATTARELLA, "Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo", cit., p. 920. Entre estas ayudas se encuentran las medidas de información en el ámbito de la política agrícola común, reguladas en el Reglamento (CE) n° 814/2000, del Consejo, de 17 de abril de 2000, sobre las medidas de información en el ámbito de la política agrícola común [DO L n° 100, de 20.4.2000, p. 7], desarrollado por el Reglamento (CE) n° 2208/2002, de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 814/2000, del Consejo sobre las medidas de información en el ámbito de la política agrícola común [DO L n° 337, de 13.12.2002, p. 21], y las acciones de información y promoción en favor de productos agrícolas, en las que no se persigue difundir información genérica sobre la PAC, sino apoyar medidas, de carácter comercial, tendentes a conseguir una mayor cuota de mercado para determinados productos de la Unión, globalmente considerados, ya sea en el mercado interior, Reglamento (CE) n° 2826/2000, del Consejo, de 19 de diciembre de 2000, sobre acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior [DO L n° 328, de 23.12.2000, p. 2], desarrollado, a su vez por el Reglamento (CE) n° 94/2002, de la Comisión, de 18 de enero de 2002, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 2826/2000, del Consejo sobre acciones de información y promoción de los productos agrícolas en el mercado interior [DO L n° 17, de 19.1.2002, p. 20], o en mercados internacionales, Reglamento (CE) n° 2702/1999, del Consejo, de 14 de diciembre de 1999, relativo a acciones de información y promoción en favor de productos agrícolas en terceros países [DO L n° 327, de 21.12.1999, p. 7], desarrollado también por el Reglamento (CE) n° 2879/2000, de la Comisión, de 28 de diciembre de 2000, que establece disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 2702/1999, del Consejo, relativo a acciones e información y promoción en favor de productos agrícolas en terceros países [DO L n° 333, de 29.12.2000, p 63].

Lo mismo podría decirse en relación con las medidas para la conservación, caracterización, recogida y utilización de recursos genéticos en agricultura, cuya normativa aplicable viene dada por el Reglamento (CE) n° 1590/2004, del Consejo, de 26 de abril de 2004, por el que se establece un programa comunitario relativo a la conservación, caracterización, recolección y utilización de los recursos genéticos del sector agrario y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1467/1994 [DO L n° 304, de 30.9.2004, p. 1]. Este Reglamento, a pesar de las repetidas previsiones en él contenidas, no ha sido dotado aún de normativa de desarrollo. Por consiguiente, y en la medida en que viene a sustituir al Reglamento (CE) n° 1467/1994, del Consejo, de 20 de junio de 1994, relativo a la conservación, caracterización, recolección y utilización de los recursos genéticos del sector agrario [DO L n° 159, de 28.6.1994, p. 1], la normativa dictada en desarrollo de este puede considerarse de aplicación al nuevo.

Para la gestión de estas ayudas debe recordarse que la Comisión cuenta con una estructura burocrática, pequeña pero especializada, en la que deben destacarse, en relación con nuestra materia, la Dirección General de Agricultura y Desarrollo rural y, en menor medida, la Dirección General de Competencia, la Dirección General de Medio ambiente, la Dirección General de Pesca y asuntos marinos (acuicultura) y la Dirección General de Salud y Protección de los Consumidores. Junto a esta estructura burocrática clásica, también existen en el seno de la Administración de la Unión formas de administración institucionales o instrumentales, caracterizadas por su autonomía y el carácter técnico de sus funciones, entre las que destacan, en el ámbito agrícola, la Autoridad europea de seguridad alimentaria, la Oficina comunitaria de variedades vegetales y el Centro europeo para la prevención y control de las enfermedades. Alfredo FIORITTO, "Agricultura", cit., p. 39.

órganos mixtos, formados por miembros de la Comisión y de las Administraciones nacionales, encargados de la gestión de ciertas organizaciones comunes de mercado, fundamentalmente en el ámbito decisorio³², así como sistemas de red, en los que participan tanto órganos nacionales como de la Unión, dando así lugar a formas de Administración conjunta³³. Finalmente, la mayor parte de la gestión del sistema de ayudas agrícolas de la Unión se realiza a través de las Administraciones nacionales, quienes, siempre bajo la dirección, el control y la supervisión de la Comisión, se encargan de mantener relaciones directas con los administrados, de quienes reciben las solicitudes de ayuda, que ellas mismas conceden o deniegan y, en su caso, abonan, y sobre quienes realizan tareas de control, inspección y, en su caso, de exigencia de la devolución de las cantidades percibidas e incluso de imposición de sanciones frente a comportamientos tipificados como infracciones. Se trata, evidentemente, de un supuesto paradigmático de Administración indirecta, al que dedicaremos nuestra atención en los próximos epígrafes.

En resumen, y con independencia del concreto modelo de ejecución administrativa empleado en cada caso para la aplicación del Derecho de la Unión, es necesario retener la idea de que la ejecución administrativa del Derecho de la Unión no descansa en dos bloques monolíticos, la Administración de la Unión y la Administración nacional, con una interacción más o menos mayor. Esta visión debe ser desterrada,

³² A estos efectos, señala Alfredo FIORITTO, "Agricultura", cit., pp. 41-44, que "el ámbito agrícola es en el que mejor se ha desarrollado una forma típicamente europea de administración participativa (o neo corporativa) y de coadministración a través de los llamados *comités*". Como indicamos más arriba, la estructura consultiva en el sector agrícola existe desde 1962, pero ha sido objeto de importantes reformas operadas mediante las Decisiones de la Comisión 1999/468/CE, de 28 de junio, relativa a las modalidades de ejercicio de las competencias de ejecución delegadas a la Comisión (la ampliación de las competencias de ejecución normativa de la Comisión se estableció en el Tratado de Amsterdam, de modo que esta Decisión pretendía adecuar el funcionamiento de la Comisión a la nueva situación), y 2004/391/CE, de 23 de abril de 2004, relativa al funcionamiento de los grupos consultivos en el ámbito de la política agrícola común.

Estas normas prevén que la Comisión se encuentre asistida en sus competencias de proposición, ejecución y control de las distintas organizaciones comunes de mercado por tres tipos de Comités: los Comités de gestión, los Comités de regulación y los Comités consultivos. Los Comités de gestión están compuestos por representantes de los Estados miembros y existen tantos como mercados relativos a productos agrícolas. Emiten su opinión, a propuesta de la Comisión, sobre las medidas relativas a la gestión de los mercados agrícolas. Los Comités de regulación hacen lo mismo pero en lo relativo a la regulación general del sector. Los Comités consultivos están compuestos por representantes de los Estados miembros y presididos por un representante de la Comisión. Se le someten los proyectos de las medidas que pretenden adoptarse, concediéndole un plazo para emitir su opinión.

Junto a estos comités, pero distintos a ellos, se encuentran los grupos consultivos representativos de las distintas categorías socio-profesionales, que desarrollan una función de relación entre la Comisión y los grupos de intereses de los ciudadanos. Estos Comités consultivos de agentes sociales, a los que la Decisión 98/235/CE les cambió el nombre a "Grupos consultivos" para evitar toda confusión con el Comité consultivo de los representantes de los Estados, reúnen representantes de los ámbitos socio profesionales, nombrados por la Comisión a propuesta de los grupos de intereses de ámbito de la Unión y permiten a la Comisión conocer la opinión de tales ámbitos. Otros Comités de tipo consultivo, los Comités científicos, se pronuncian a su vez sobre cuestiones técnicas.

³³ Paradigmática, en este sentido, resulta la Red de Alerta Alimentaria comunitaria, formada por la Comisión, los Estados miembros y la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, y regulada en los arts. 50 y ss. del Reglamento n° 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

por inexacta, dejando su lugar a la imagen de una “organización fundada sobre un conglomerado de sujetos que actúan desde una óptica de agregación y de integración de ordenamientos y derechos”³⁴.

II. LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES COMO ADMINISTRACIÓN DE LA UNIÓN: CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA UNIÓN

1. La Administración nacional como Administración ordinaria de la Unión

Para abordar el estudio de la ejecución administrativa de la Política Agrícola Común por parte de los Estados miembros, en el marco de lo que hemos dado en llamar Administración indirecta, debe partirse de una premisa básica: en estos casos, la Administración nacional no actúa como Administración nacional, sino como Administración de la Unión.

No se trata de una afirmación extraña ni novedosa. Es frecuente afirmar que, en ciertas ocasiones, los órganos nacionales son auténticos órganos de la Unión, incluidos en el sistema de la Unión, y sus decisiones, con independencia de su envoltura (nacional) formal, son auténticas decisiones de la Unión³⁵. Así ocurre tanto con los órganos de la Administración como con los jueces y magistrados que integran el poder judicial: “asistimos aquí a un verdadero *desdoblamiento funcional* de los órganos de ejecución del Derecho como órganos, por un lado, de ejecución *nacional* del Derecho (o sea, de ejecución de las fuentes de Derecho internas) y, por otro lado, de ejecución *comunitaria* del Derecho (es decir, de ejecución del Derecho de la Unión de conformidad con los criterios establecidos por este y no por el Derecho interno)”³⁶. De hecho, esta premisa constituye la base misma del modelo de Administración indirecta, como con especial claridad ha sostenido Mario CHITI: “cuando se mantiene la ejecución indirecta se debe a que las administraciones nacionales operan según procedimientos y principios del Derecho comunitario y son estrechamente controladas por la Comisión. En otras palabras, los caracteres asumidos por la ejecución indirecta demuestran una co-

³⁴ Claudio FRANCHINI, “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, cit., p. 679.

³⁵ Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario...*, cit., p. 79.

³⁶ Fausto DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., 2004, p. 509. Así lo reconoce, además, la propia jurisprudencia española, afirmando que “los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario y su supraordenación al Derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, STS de 9 de julio de 2007, Sección cuarta, Ar. 236495 (ponente: PICO LORENZO).

munitarización de las administraciones nacionales, que de nacionales mantienen solo la ubicación organizativa, mientras que en lo demás operan como órganos de un sistema administrativo integrado”³⁷.

Es decir, cuando las Administraciones nacionales actúan en ejecución del Derecho de la Unión no son, propiamente, Administraciones nacionales, sino Administración de la Unión³⁸. Desde una perspectiva constitucional ello implica que, en tales supuestos, no buscan la satisfacción de los intereses generales nacionales, sino de los intereses generales de la Unión, a los que sirven y en los que se encuentra la justificación de su actuación³⁹.

Esta situación permite afirmar dos consecuencias: por una parte, la existencia de una verdadera Administración de la Unión; por otra, que se trata de “una Administración pública subjetivamente compuesta”⁴⁰ pues forman parte de ella sujetos de la Unión, sujetos nacionales en ejercicio de funciones de la Unión y sujetos que formalmente se encuadran entre los de la Unión pero que actúan como órganos de coordinación (los Comités, a los que nos hemos referido más atrás). Ahora bien, todos estos sujetos actúan de conformidad con unas mismas reglas y unos principios comunes, cuyo cumplimiento viene garantizado por los jueces de la Unión y nacionales, careciendo de toda relevancia jurídica “que la acción europea sea realizada directamente por órganos comunitarios, confiada a la ejecución por parte de las Administraciones nacionales o incluso desarrollada conjuntamente por ambas Administraciones, con posteriores variantes según las normas de cada sector. Se trata simplemente de técnicas organizativas, que no ponen en duda la comunidad de los principios y las actuaciones”⁴¹ ni, por ende, la unidad funcional de la Administración pública de la Unión⁴².

³⁷ Mario Pilade CHITI, “Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma”, en *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb, Bolonia, 2003, p. 40.

³⁸ Por ejemplo, sin salirnos del ámbito de nuestro estudio, se afirma que los organismos de intervención nacionales, en los casos en que vienen obligados a comprar los productos que les presentan los agricultores, son “órganos de ejecución administrativa de la PAC”, en tanto que “gestores de las OCM”. Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, *La Política Agraria Común*, cit., p. 70.

³⁹ En sentido contrario, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo. Tomo I*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 20ª ed., p. 154, niega que las Administraciones nacionales sean Administración indirecta de las CCEE, “que no lo son, ya que actúan en virtud de competencias propias no cedidas a las CCEE. La Administración nacional, cuando actúa ejecutando normativa comunitaria, no se convierte en un agente comunitario, sino que sigue siendo Administración pública nacional, sujeta en su actuación al ordenamiento nacional”.

⁴⁰ Mario Pilade CHITI, “Diritto Amministrativo Europeo”, en Sabino CASSESE (dir.) *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. III, Giuffrè Editore, Milán, 2006, p. 1.942.

⁴¹ Mario Pilade CHITI, “Diritto Amministrativo Europeo”, cit., pp. 1.942-1.943.

⁴² Unidad no orgánica que ha sido dibujada de distintas maneras, algunas tan sugerentes como la propuesta por Sabino CASSESE, “Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione”, cit., p. 772, quien considera que “si el Parlamento Europeo representa el «vértice» de los pueblos de Europa y el Consejo el «vértice» de los Gobiernos, la Comisión es el «vértice» de las administraciones nacionales. Por tanto, dentro de no mucho, podrá decirse que existe una Administración europea, articulada en Administraciones nacionales”.

Desde la perspectiva de la Administración española, se produce, en suma, un “desdoblamiento funcional”, lo que implica que, al igual que el juez nacional, también tiene que velar tanto por el interés general nacional como por el interés general de la Unión⁴³. Y, lo que es más importante, reconociendo la preeminencia de este sobre aquel.

2. El concepto de Derecho Administrativo de la Unión

La afirmación hasta ahora sostenida de que las Administraciones nacionales, cuando ejercen funciones de la Unión, son Administración de la Unión, tiene un importante corolario: el Derecho aplicable a la Administración de la Unión es el Derecho Administrativo de la Unión, por lo que las Administraciones nacionales, cuando ejerzan funciones de la Unión, no se rigen, propiamente, por el Derecho Administrativo nacional, sino por el Derecho Administrativo de la Unión. Esto es, el Derecho aplicable a las Administraciones nacionales cuando actúan como administraciones de la Unión es el Derecho Administrativo de la Unión.

En efecto, el Derecho Administrativo es el Derecho de la Administración pública. Tal es la concepción subjetiva del Derecho Administrativo, que queda así configurado como Derecho estatutario⁴⁴. Si se aplica esta premisa al Derecho Administrativo de la Unión, debe convenirse que el Derecho Administrativo de la Unión es el Derecho de la Administración pública de la Unión. La cuestión queda, por tanto, desplazada a determinar qué es la Administración pública de la Unión, cuestión que ya hemos respondido, indicando que esta viene configurada esencialmente por la Comisión, su Administración institucional, ciertos órganos de composición mixta y las Administraciones nacionales cuando ejercen funciones de la Unión⁴⁵. El resulta-

⁴³ Luciano PAREJO ALFONSO, en “Prólogo” a Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 19.

⁴⁴ En la formulación clásica entre nosotros de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, el Derecho Administrativo “no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de la función, sino un *Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común*”, en *Curso de Derecho Administrativo. I*, junto a Tomás Ramón FERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 11ª ed., p. 42, cursiva en el original. En una formulación más depurada aún, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 42, indica que el Derecho Administrativo “es la rama del ordenamiento jurídico que regula a la Administración pública: el Derecho común y general de las Administraciones públicas”. Cfr., sin embargo, la cuidada exposición de los orígenes, la evolución y los límites de esta doctrina en Santiago MUNOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. I*, cit., pp. 63-69.

⁴⁵ No se nos escapa que la aplicación de la concepción subjetiva del Derecho Administrativo al ámbito de la Unión se enfrenta con un grave problema: la ausencia de una verdadera separación de poderes, que tiene como consecuencia que el Consejo realice, simultáneamente, actuaciones propias del ámbito legislativo y del ámbito ejecutivo. ¿Cómo sostener, por tanto, que el Derecho Administrativo es el propio de la Administración pública, si ni siquiera es posible determinar con claridad qué es la Administración pública de la Unión? Ciertamente, no es posible ofrecer una respuesta plenamente satisfactoria a esta cuestión. Pero sí cabe indicar, por un lado, que la existencia de órganos con funciones ejecutivas al margen de la Administración no es un fenómeno desconocido en nuestro ordenamiento (piénsese, por ejemplo, en el Banco de España u otras autoridades

do parece paradójico, pero resulta cierto: el Derecho Administrativo de la Unión es el Derecho de determinados sujetos *siempre* y el de otros sujetos *en ocasiones*.

La aplicación de una concepción monista radical a este esquema lleva a sostener que es Derecho Administrativo de la Unión el Derecho aplicado por la Comisión y el Derecho aplicado por las Administraciones nacionales cuando ejercen funciones de la Unión. Tales personas, en tales casos, solo aplican Derecho Administrativo de la Unión. Y ello con independencia de que, en aplicación de los principios de autonomía institucional y procedimental, que luego desarrollaremos, tengan que aplicar normas de origen nacional, dado que tales normas son, en última instancia, Derecho Administrativo de la Unión. En efecto, como tendremos ocasión de ver, el Derecho de la Unión no suele ofrecer regulaciones completas que contengan todo el régimen jurídico aplicable a una determinada institución, por lo que realiza remisiones a los Derechos nacionales, con el fin de que los operadores jurídicos cuenten con normas suficientes para integrar las lagunas que puedan aparecer. Ahora bien, tales remisiones tienen como único fin legitimar la introducción de normas nuevas en el ordenamiento jurídico de la Unión que, inmediatamente, pasan a ser parte de este, lo que obliga a interpretarlas en el sentido y con el alcance que determinan los principios rectores de este ordenamiento. En consecuencia, cuando la Comisión o las Administraciones nacionales aplican normas de origen nacional con el fin de hacer efectiva la ejecución del Derecho de la Unión, no están aplicando, propiamente, normas nacionales, sino normas integradas en el ordenamiento jurídico de la Unión e interpretadas de conformidad con este⁴⁶.

independientes que, más que ser Administración, “ejercen funciones administrativas”), por otro lado, que las funciones ejecutivas del Consejo suelen quedarse en el ámbito normativo (desarrollo reglamentario) y, finalmente, que es bien posible que nos encontremos ante una fase de transición, aun por completar, en la que parece evidente una separación cada vez más marcada de los tres poderes y una reconducción del Consejo al ámbito estrictamente legislativo. En todo caso, tal vez podría pensarse que estas fricciones puedan deberse tanto a la peculiaridad de la realidad de la Unión como, asimismo, a los defectos de la concepción subjetiva del Derecho Administrativo. Por ejemplo, esta construcción está pensada para la Administración nacional, pero no para las Administraciones autonómicas ni, menos aún, para las Administraciones locales. ¿Hasta qué punto puede considerarse verdaderamente poder ejecutivo a la Administración local? ¿no se resiente en este caso la importancia de la separación de poderes como base de la Administración pública y, consecuentemente, de la concepción subjetiva del Derecho Administrativo?

⁴⁶ Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 200 (abril-mayo 1999), p. 14, siguiendo la contraposición clásica de Gert MEIER, “Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatliches Gemeinrecht”, *EuR*, 1970, entre “derecho comunitario puro” y “derecho común de los Estados miembros”, señala que este último está formado por normas formalmente dictadas por los Estados pero cuyo contenido obedece a un mandato de la Unión. En este segundo caso, “se trata de normas que formalmente son de derecho interno, puesto que han sido dictadas por un órgano legislativo interno, pero cuyo contenido responde a la realización de un mandato comunitario de acción u omisión” y cuyo principal exponente, pero no único, son las normas de transposición de directivas. Las características de este “derecho común”, sin embargo, son muy peculiares. Tanto, que no permiten entender que sean “simples” normas nacionales. Para empezar, “el derecho interno adoptado sobre la base de las directivas tiene que ser interpretado de acuerdo con principios específicos, que se orientan de modo determinante en función del objetivo de la medida comunitaria de armonización legislativa”. Junto a ello, “deben utilizarse en lo posible los márgenes de apreciación, e instituciones jurídicas que hasta entonces se fundamentaban en el derecho interno deben ser redefinidas en tanto sea necesario”. Todo ello, cabe añadir, porque estas normas no son, propiamente, Derecho interno, sino Derecho de la Unión.

Desde un punto de vista doctrinal, esta postura no supone más que una aplicación de la construcción conocida como “explicación monista radical del régimen jurídico de la Administración”, magistralmente teorizada por Manuel REBOLLO, conforme a la cual “la relación entre Administración pública y Derecho administrativo es unívoca, o sea, que la Administración está siempre sometida al Derecho administrativo y que, además, el Derecho administrativo es exclusivamente el Derecho de la Administración”⁴⁷. Esta teoría viene a explicar que, a pesar de que en ocasiones la Administración pública pueda aplicar normas originarias de ramas del ordenamiento jurídico distintas del Derecho Administrativo (señaladamente, Derecho Civil, Mercantil o Laboral), no está aplicando, propiamente, Derecho Civil o Mercantil o Laboral, sino Derecho Administrativo. Esto es, el Derecho de la Administración no es, en ocasiones, Derecho público y, en otras ocasiones, Derecho privado (dualismo): el Derecho de la Administración siempre y en todo caso es el Derecho Administrativo (monismo), “y todo ello es así porque la Administración pública, haga lo que haga y de la manera que lo haga, es lo que es y es quien es (...) Está siempre y permanentemente al servicio de los intereses generales y públicos (...) Y por esta razón, por ser siempre quien es, transforma todo lo que toca: toda regla, toda institución jurídica en contacto con la Administración se transforma; porque, incluso cuando su aspecto o su contenido no cambia, se integra como una pieza en un conjunto distinto con principios y valores específicos, en un estatuto jurídico distinto, el de la Administración, y modifica su sentido en un nuevo contexto que, así mismo, altera su naturaleza”⁴⁸.

De manera análoga, debe rechazarse la idea de que cuando las Administraciones nacionales ejercen funciones de la Unión (es decir, cuando actúan como Administración de la Unión) puedan aplicar otra cosa que no sea Derecho Administrativo de la Unión, entendido este como una rama más del Derecho de la Unión o como un sector específico del ordenamiento jurídico de la Unión⁴⁹. Y ello, a pesar del origen nacional de

⁴⁷ Manuel REBOLLO PUIG, “Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, p. 246. También en Manuel REBOLLO PUIG, “Monisme ou dualisme du droit de l’administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative”, *Revue Européenne de Droit Public-European Review of Public Law*, vol. 12-nº 2, 2000, pp. 427-460.

⁴⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo”, cit., p. 264, cursiva añadida.

⁴⁹ Con esta afirmación no ignoramos, sino que damos por superada, la discusión que durante años se ha sostenido alrededor de la existencia o no de un verdadero Derecho Administrativo de la Unión. No debe olvidarse que el mismo Massimo Severo GIANNINI, “Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 4/2003, p. 982, consideró que “no puede hablarse ni de un Derecho Administrativo de la Comunidad Europea ni de un Derecho Constitucional de la Comunidad Europea”, lo que se debería a la ausencia de la “contraposición dialéctica” propia del Derecho administrativo, esto es, la oposición entre Estado y ciudadano o entre autoridad y libertad, que sería, precisamente, el rasgo distintivo de esta rama del Derecho (p. 985). Esta concepción del Derecho Administrativo y, en particular, su aplicación al Derecho Administrativo europeo ha sido, sin embargo, duramente combatida. Vid., Bernardo Giorgio MATTARELLA, “Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo”, cit., pp. 909-928.

En el mismo sentido, deben destacarse los esfuerzos de Mario Pilade CHITI, “Diritto Amministrativo Europeo”, cit., pp. 1.939 y ss., para combatir las reticencias a la aceptación de la existencia del Derecho Administrativo europeo (la existencia o no de una base constitucional precisa para la Administración y su Derecho, el sistema

algunas de las normas que aplican, dado que no se aplican como normas de Derecho nacional, sino como normas de Derecho de la Unión, de conformidad con los fines y principios que sustentan y orientan a este Derecho⁵⁰. El Derecho Administrativo de la Unión es, por tanto, el único Derecho de la Administración de la Unión y, de manera inversa, solo a la Administración de la Unión le resulta de aplicación este Derecho.

En realidad, no podría ser de otro modo si atendemos a que nos encontramos ante dos ordenamientos jurídicos absolutamente autónomos, distintos e independientes, en la medida en que cada uno de ellos surge de una base jurídica distinta. El ordenamiento jurídico español encuentra su base en la Constitución, y ahí se encuentra también la base de algunos ordenamientos especiales que se integran dentro del ordenamiento jurídico nacional (señaladamente, los ordenamientos jurídicos autonómicos o locales⁵¹), lo que explica que, a pesar de sus posibles diferencias, los principios ordenadores últimos de estos ordenamientos sean siempre los mismos. Sin embargo, el ordenamiento jurídico de la Unión tiene una base constitucional distinta, los Tratados fundacionales, de la que nacen sus propios principios ordenadores⁵². Y ello, sin perjuicio de las íntimas relaciones que ambos ordenamientos puedan mantener⁵³.

de fuentes, la existencia o no de un verdadero poder ejecutivo, la existencia o no de actos administrativos europeos, y la existencia o no de una genuina jurisdicción administrativa).

De este modo, cabe coincidir con Sabino CASESE, “Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione”, cit., p. 771, en que el sistema administrativo de la Unión se desarrolló muy rápidamente y, en buena medida, gracias a la jurisprudencia del TJCE. En este sentido, señala que la STJCE *Von Lachmüller* de 1960, ya admitió la existencia de un Derecho administrativo europeo (en una cuestión de función pública) y que, desde este momento (e incluso pensamos que con anterioridad, como demuestra la STJCE de 12 de julio de 1957, *Dineke Algera y otros c. Comisión*, C-7/56, 3/57 y 7/57, en la que el Alto Tribunal crea una doctrina propia de revisión de actos administrativos), la jurisprudencia de la Unión ha desarrollado “un complejo de principios y reglas relativos a las relaciones entre la Administración (la Comisión) y los ciudadanos”.

⁵⁰ Y ello, en el mismo sentido en que Manuel REBOLLO PUIG, “Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo”, cit., p. 265, explica que “no negamos que a la Administración pública se aplican normas análogas e incluso iguales a las que rigen las relaciones entre sujetos privados (...). También reconocemos que en ocasiones se aplica la misma norma de Derecho privado, incluso con referencia a su fuente formal en el Código civil, o en el Código de Comercio... Pero afirmamos que no se aplican a la Administración como normas de Derecho privado sino de Derecho administrativo, o sea, en tanto que normas de Derecho público con los valores y el sentido general que lo presiden siempre”. Esto es, “se aplican a la Administración pública verdaderas normas de Derecho privado propiamente dicho, pero no exactamente de la misma manera que a los particulares. Se les aplica estas normas de Derecho privado con algunos matices, con ciertas matizaciones... en suma, con diferencias” (p. 267).

⁵¹ Tal y como ha precisado, con especial acierto, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 55, “en un Estado como el español puede diferenciarse el ordenamiento estatal, el autonómico, el de cada entidad local, el de las distintas corporaciones representativas de intereses económicos o profesionales y, en el plano civil, el de las organizaciones empresariales, entidades sindicales, partidos políticos, etc. *Aunque todos estos ordenamientos se amparan en la Constitución (...)*” (cursiva añadida).

⁵² Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. II. El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2ª ed., 2007, cit., p. 528. Tales Tratados constituyen, como el mismo autor ya desarrollara en Santiago MUÑOZ MACHADO, “El Derecho de la Comunidad Económica Europea: estructura y relaciones con el Derecho español”, *Documentación laboral*, nº 18, 1986, p. 12, un ejemplo paradigmático de “tratados-Constitución”, capaces de fijar por sí mismos “un marco general de actuación” y de definir “un campo en el cual han de moverse las instituciones que en el tratado se crean”.

⁵³ De hecho, el Derecho de la Unión solo es plenamente comprensible si se pone en relación con los Derechos nacionales, pues, como señala Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Consideraciones sobre la formación de un

Naturalmente, ello no quiere decir que los principios ordenadores del ordenamiento jurídico de la Unión sean absolutamente originales e inéditos. Por el contrario, muchos de ellos (¿la inmensa mayoría?) están presentes también en los ordenamientos jurídicos nacionales. Sin embargo, ello no quiere decir que el ordenamiento jurídico de la Unión sea parte de tales ordenamientos, del mismo modo que la coincidencia de muchos (¿la inmensa mayoría?) de los principios ordenadores del ordenamiento jurídico español con los del ordenamiento jurídico, por ejemplo, francés, no implica que ambos integren un ordenamiento jurídico único⁵⁴.

De este modo, y según nuestra propuesta, el ordenamiento nacional solo decidiría el “si” de las relaciones entre el ordenamiento nacional y el ordenamiento de la Unión, pero no el “cómo”. Este último correspondería, en exclusiva, al ordenamiento de la Unión⁵⁵.

Esta visión no obedece a un mero prurito doctrinal o al simple interés dogmático. Por el contrario, permite sistematizar y entender un poco mejor las siempre difíciles relaciones interordinamentales establecidas entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional.

Por ejemplo, desde esta visión monista del Derecho administrativo de la Unión, se entienden mejor las posturas doctrinales que, al analizar la ejecución del Derecho de la Unión por los Estados miembros afirman que este “tiene por objeto la aplica-

Derecho Europeo”, cit., pp. 23-24, “a diferencia de los ordenamientos jurídicos nacionales, el ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea no puede ser entendido como un fenómeno jurídico aislado y encerrado sobre sí mismo, sino que tiene como uno de sus rasgos esenciales la integración con los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido no es casual que los principios más característicos del ordenamiento jurídico comunitario –efecto directo, primacía y responsabilidad– se refieran precisamente a sus relaciones con los ordenamientos jurídicos internos”.

⁵⁴ Todo lo cual, por cierto, no solo no contradice la hipótesis “monista radical” de Manuel REBOLLO, sino que la toma como premisa y, en su caso, la complementa. Nuestra tesis parte, precisamente, de asumir que el Derecho aplicable a la Administración es siempre uno y el mismo, de modo que el Derecho Administrativo es el único Derecho de la Administración y, viceversa, solo a la Administración le resulta de aplicación el Derecho Administrativo. Ahora bien, ello no significa que a un mismo órgano siempre le resulte de aplicación el mismo Derecho Administrativo. Por el contrario, en ocasiones, cuando actúe como Administración nacional, le resultará de aplicación el Derecho Administrativo nacional, mientras que en otras ocasiones, cuando actúe como Administración de la Unión, le resultará de aplicación el Derecho Administrativo de la Unión.

⁵⁵ En esta línea parece manifestarse también Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*. Vol. II, cit., pp. 527-528, quien sostiene que “el artículo 93 [CE] actúa, por tanto, como norma de cobertura para la incorporación de un ordenamiento externo, cuya existencia puede justificarse sin referencia alguna a la Constitución, pero que, si llega a tener aplicabilidad interna, es justamente porque la Constitución lo permite y autoriza. Todos los ordenamientos jurídicos que aspiran a aplicarse sobre un mismo espacio tienen una primera norma fundamentadora. La Constitución es una norma fundamental y no causada. Los tratados internacionales previstos en el artículo 93 [CE] pueden haber sido originados sin referencia alguna a la Constitución, pero solo esta puede habilitar su aplicación en un determinado espacio y tiempo” (cursiva añadida). Merece la pena destacar, en este sentido, que el art. 2 del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas establecía que: “Desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los Tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades antes de la adhesión obligarán a los Estados miembros y serán aplicables a dichos Estados en las condiciones previstas en estos Tratados y en la presente Acta”.

ción del Derecho comunitario con respeto a sus reglas *propias y específicas*. Es decir, el Estado miembro ni recibe, ni transforma, ni nacionaliza el ordenamiento jurídico comunitario”⁵⁶. Esta exigencia, derivada del propio Derecho de la Unión, suele justificarse haciendo referencia al principio de cooperación leal que recae sobre los Estados miembros. Sin embargo, parece alcanzar todo su sentido si se asume que la ejecución del Derecho de la Unión no es ejecución de Derecho interno (porque el Derecho de la Unión no es Derecho interno), sino que el Derecho de la Unión es, siempre y en todo caso, Derecho de la Unión.

Asimismo, también se comprende mejor por qué la vigencia del principio de autonomía institucional y procedimental no ha sido nunca ni absoluta ni incondicional, así como el origen y la aplicación de los principios de efectividad y de equivalencia. Estos dos últimos principios no supondrían, así, una limitación del Derecho Administrativo nacional por exigencias de la Unión, por lo que holgarían las protestas envueltas en la bandera de la autonomía y la soberanía nacional. En realidad, no se estaría aplicando Derecho Administrativo nacional, sino Derecho Administrativo de la Unión, por lo que difícilmente podrían existir limitaciones a aquel. De estos principios, sin embargo, nos ocuparemos en los epígrafes siguientes.

En última instancia, también permite dar una cabal explicación del curioso fenómeno de “neo-administrativización” experimentado por las Administraciones nacionales por efecto del Derecho de la Unión y, conforme al cual, los legisladores nacionales se ven constreñidos “a regular el sometimiento de la Administración a un régimen jurídico público”, y no privado, apareciendo así un inesperado límite al fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo”⁵⁷.

La existencia de un Derecho administrativo como el aquí postulado sería, además, una consecuencia ineluctable de la llamada “supranacionalidad normativa” teorizada por WEILER en su trabajo clásico de 1985, *El sistema comunitario europeo*⁵⁸.

⁵⁶ Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., 2004, p. 507.

⁵⁷ Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. I*, cit., pp. 73-74, quien señala que “la Comunidad Europea utiliza y obliga a que los Derechos estatales empleen necesariamente principios como los de proporcionalidad, motivación, irrevocabilidad, confianza legítima; que ha ampliado las bases del régimen de la responsabilidad patrimonial (...); que impone el respeto a los derechos fundamentales en cualquier decisión de los poderes públicos; que ha establecido las garantías de Derecho público que la intimidad demanda ante el manejo de datos personales; que ha impuesto un régimen uniforme de la contratación pública (...); que exige la existencia de determinados organismos administrativos (...)”.

⁵⁸ Joseph H. H. WEILER, *El sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bolonia, 1985, 270 páginas. En un principio, WEILER parte de la base de que el concepto de supranacionalidad y el proceso de integración de la Unión han estado históricamente tan imbricados que, en realidad, han llegado a formar un círculo vicioso: el proceso de integración de la Unión se caracteriza por ser supranacional y la supranacionalidad acaba definiéndose por referencia a las principales características del proceso de integración de la Unión. Ello, unido a la dinámica evolutiva del proceso de integración de la Unión y a la interrelación de elementos políticos y jurídicos, genera una notable dificultad para definir correcta y propiamente el concepto de “supranacionalidad”. Habla, en este sentido, del concepto de “sistema supranacional” como un “concepto amorfo”.

En última instancia, la explicación ensayada en estas líneas permite explicar satisfactoriamente la llamada “instrumentalización” del Derecho nacional por parte del Derecho de la Unión, tantas veces denunciada por la doctrina y excepcionalmente ejemplificada en la STJCE de 19 de septiembre de 2006, *Arcor*, as. ac. C-392/04 y C-422/04, a través de la cual el TJCE se permitió señalarle al tribunal alemán que planteaba la cuestión prejudicial cuál era, dentro de los distintos instrumentos que tenía a su disposición dentro de su propio ordenamiento jurídico, el que tenía que utilizar para eliminar un acto administrativo firme contrario al Derecho de la Unión. De este modo, el TJCE afirmaba que corresponde al juez nacional interpretar, en el sentido que más contribuya a la aplicación del Derecho de la Unión, las normas nacionales.

El supuesto de hecho, simplificado, era el siguiente: la Administración alemana cobró altísimas tasas a los operadores telefónicos de móvil para comenzar a operar. Todos los operadores impugnaron el acto por el que se les exigía tales tasas, por considerarlas contrarias al Derecho de la Unión, menos dos, para quienes tales actos devinieron firmes. El Tribunal Administrativo Federal anuló los actos impugnados. Las dos compañías que no habían impugnado sus órdenes de pago solicitaron la anulación de la misma, solicitud que fue rechazada por la Administración. La Administración actuaba en virtud de la potestad discrecional que le confiere el art. 48 de la Ley de Procedimiento alemán, de conformidad con el cual un acto administrativo ilegal puede, incluso habiendo devenido firme, ser retirado en todo o en parte con efecto para el futuro o para el pasado. Impugnada esta última negativa ante la jurisdicción alemana, el Tribunal Administrativo Federal planteó una doble

La gran aportación de WEILER consiste en distinguir entre dos tipos de supranacionalidad, que él llama, respectivamente, “supranacionalidad normativa” y “supranacionalidad decisional”. “La supranacionalidad normativa se refiere a las relaciones y la jerarquía existente entre las políticas y las medidas jurídicas comunitarias, por un lado, y las correspondientes políticas y medidas jurídicas de los Estados miembros, por otro”, mientras que “la supranacionalidad decisional [o institucional] atiende al contexto institucional y a los procesos decisionales a través de los cuales las políticas y medidas comunitarias son elaboradas, debatidas, formuladas, luego promulgadas y finalmente aplicadas”. Como manifestaciones de la supranacionalidad normativa, que se refiere, aunque no solo, a cuestiones de relación entre ordenamientos jurídicos, cabe identificar el principio de primacía, el principio de efecto directo y la existencia de competencias exclusivas. Como manifestaciones de la supranacionalidad decisional se encontraría, fundamentalmente, la existencia de órganos independientes de los Estados miembros: TJCE, Comisión y Parlamento, fundamentalmente. Asimismo, y aunque WEILER no lo dice expresamente, creo que es esencial también, como elemento clave y aglutinador de ambas formas de supranacionalidad, la existencia de un interés público de la Unión, superior y distinto a los intereses de los Estados miembros y a la simple suma o yuxtaposición de los mismos.

Ambas formas de supranacionalidad, además, pueden evolucionar de manera distinta. De hecho, buena parte de su libro se dirige a demostrar que, mientras la supranacionalidad normativa no ha dejado de aumentar, la supranacionalidad decisional se ha visto reducida (debilidad de la Comisión, mayor celo del Consejo, multiplicación de los comités, etc.). WEILER incluso llega a sostener una cierta relación inversamente proporcional entre ambas formas de supranacionalidad: a mayor supranacionalidad normativa, es decir, a mayor tamaño e ingerencia de las políticas de la Unión, los Estados miembros responden intentando controlar mejor la toma de decisiones en el seno de las mismas, es decir, limitando la supranacionalidad decisional (p. 87). Esta situación explicaría la valoración, completamente distinta, que del proceso de integración hacían los juristas y los politólogos de su época. Por un lado, los juristas, analizando fundamentalmente los aspectos “normativos” del proceso de integración, consideraban que la supranacionalidad no había dejado de aumentar. Por el contrario, los politólogos, analizando los aspectos “decisionales” habrían descubierto cada vez mayores ataques a la supranacionalidad. Y, paradójicamente, ambos grupos de estudiosos tendrían razón, solo que parcialmente (pp. 107-108).

cuestión prejudicial al TJCE, preguntando si las tasas eran efectivamente contrarias al Derecho de la Unión y, en caso positivo, si la Administración alemana estaba obligada a revocar las órdenes de pago.

En realidad, el juez alemán basaba su consulta en la hipótesis de la separación de los ordenamientos nacional y de la Unión. Aparentemente, su planteamiento era el siguiente: si se aplicaba solo el Derecho nacional, no resultaba posible condenar a la Administración a retirar el acto, pues se trataba de una decisión discrecional. No obstante, si se tenían en cuenta los intereses de la Unión, la solución podía cambiar. Es decir, si el Derecho nacional era interpretado de conformidad con los intereses y principios del ordenamiento jurídico de la Unión, el sentido de su aplicación podía ser completamente distinto al que habría correspondido de interpretarlo conforme a los intereses y principios del ordenamiento jurídico nacional. En realidad, el juez estaba buscando el apoyo del TJCE para poder hacer esto último pues, en última instancia, la cuestión prejudicial que planteaba se refería a una norma de derecho interno (porque el TJCE ya había dicho en una sentencia anterior que, en efecto, las tasas cobradas por Alemania eran contrarias a una Directiva)⁵⁹.

Desde el punto de vista de los intereses de la Unión, la Administración alemana debía anular las decisiones solicitadas por las dos empresas recurrentes. Y así lo estimó el TJCE⁶⁰, ofreciendo al juez alemán una cobertura a través del Derecho de la Unión que, de no existir, impediría tal anulación. De este modo, la sentencia concluye que si el juez descubre un acto nacional claramente contrario al ordenamiento de la Unión, en virtud del art. 10 TCE la “posibilidad” de retirarlo, prevista en el ordenamiento nacional, se convierte en “obligación”. Esto es, el TJCE obliga a los operadores nacionales a interpretar las normas nacionales en el sentido que permitan satisfacer los intereses de la Unión⁶¹.

De todo lo expuesto hasta ahora, y a nuestros efectos, cabe retener lo siguiente: cuando un órgano nacional ejerce funciones de la Unión no es, propiamente, un órgano nacional, sino un órgano de la Unión; de este modo, el Derecho que aplica

⁵⁹ Lorenzo SALTARI, “La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n° 5/2007, p. 479.

⁶⁰ Sin embargo, resulta imprescindible recordar que, ante un supuesto prácticamente idéntico, resuelto en la STJCE de 14 de septiembre 1999, *Comisión c. AssiDöman Kraft Products*, as. C-310/97, el TJCE se había negado a obligar a la Comisión a anular varios actos ilegales que habían devenido firmes.

⁶¹ Como indica Lorenzo SALTARI, “La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto”, cit., pp. 481 y 483, en este caso, “el Tribunal de Justicia selecciona un instrumento jurídico radicado en el ordenamiento estatal, pero lo adapta a la protección de los intereses comunitarios”. Así, el instituto nacional es “transformado”. Y, en definitiva, “se descubre así la forma de un ordenamiento común, compuesto de un Derecho administrativo nacional y comunitario, reconducido a la unidad gracias al principio de equivalencia, cuya principal función es asegurar la prevalencia concreta de los intereses supranacionales” (...) “Allí donde deba tutelarse un interés comunitario los ordenamientos se unen hasta adaptar la norma estatal a la teleología supranacional”.

no es, propiamente Derecho Administrativo nacional, sino Derecho Administrativo de la Unión. Por lo tanto, cuando un órgano nacional aplica normas nacionales para recuperar ayudas agrícolas financiadas con cargo a fondos de la Unión, ni es un órgano nacional, ni aplica Derecho nacional: es un órgano de la Unión aplicando Derecho de la Unión.

Ahora bien, lo anterior exige una última apreciación: el Derecho de la Unión también determina ciertas actuaciones de las Administraciones nacionales que no son “ejecución” del Derecho de la Unión. En efecto, nuestro monismo radical, que sostiene que cualquier norma interna dictada para ejecutar una norma de la Unión es, en realidad, una norma de la Unión, no obsta a que puedan existir normas nacionales que, aun estando íntimamente vinculadas con el Derecho de la Unión, no suponen una ejecución de este y, en consecuencia, no dejan de ser normas nacionales.

En dicha situación se encontrarían aquellas normas y actuaciones que persiguen, estrictamente, satisfacer intereses nacionales, pero que se encuentran limitadas en su desarrollo por constricciones impuestas por el Derecho de la Unión. Así, el régimen de ayudas de Estado, desarrollado por el Derecho de la Unión, no convierte a todas y a cada una de las bases reguladoras de concesión de subvenciones aprobadas en España en normas de la Unión, ni a las subvenciones así concedidas en subvenciones de la Unión. En este caso, más bien, nos hallamos ante una “ejecución de Derecho interno «respetuosa» con y, por tanto, condicionada por límites impuestos desde el Derecho comunitario”⁶², pero, en todo caso, se trata de ejecución de Derecho interno, no de Derecho de la Unión.

III.

DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE EN CASO DE EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN POR LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES

Una vez indicados los distintos sistemas de ejecución administrativa del Derecho de la Unión y aclarado que, en el modelo de Administración indirecta, cuando las Administraciones nacionales ejercen funciones de la Unión actúan, en realidad, como Administración de la Unión sujeta al Derecho Administrativo de la Unión, es necesario indicar, finalmente, qué pasos deben seguirse para determinar el régimen jurídico aplicable a su actuación. Esto es, una vez afirmado que se rigen por el Derecho Administrativo de la Unión, aun queda por ver cómo se encuentran y seleccionan las normas que componen este Derecho.

⁶² Luciano PAREJO ALFONSO, en “Prólogo”, cit., p. 12.

Para ello, debe seguirse el siguiente iter, que desarrollaremos en los próximos apartados: en primer lugar, las Administraciones nacionales deben aplicar las normas aprobadas por los órganos e Instituciones de la Unión, lo que podríamos llamar Derecho de la Unión en sentido estricto o normas de Derecho de la Unión de origen central; en segundo lugar, para aquellas cuestiones que no vengan contempladas en estas normas de origen central, las Administraciones nacionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad para buscar aquellas soluciones que estimen más oportunas, lo que normalmente implicará la aplicación de sus normas nacionales, todo ello bajo el paraguas del principio de autonomía; finalmente, deben tenerse en cuenta diversos límites establecidos frente a este principio de autonomía y agrupados en lo esencial en torno a los principios de equivalencia y efectividad.

1. La aplicación de las normas de la Unión

En primer lugar, y como queda dicho, el punto de partida es el deber general de los Estados miembros de aplicar las normas de la Unión. Se trata de un principio básico de todo el sistema de construcción de la Unión. Así ocurre también en el ámbito que específicamente nos ocupa, la Política Agrícola Común, y dentro de ella con la protección de los intereses financieros de la Unión. Solo cuando no existan normas comunes, la ejecución del Derecho de la Unión se realizará mediante normas nacionales (principio de autonomía), siempre con los límites del principio de efectividad y el principio de equivalencia. Así ocurrirá, por ejemplo, con la recuperación de las ayudas indebidamente pagadas.

En este preciso sentido se ha expresado el TJCE, indicando que “con arreglo a los principios generales que constituyen la base del sistema institucional de la Comunidad y que regulan las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros, incumbe a los Estados miembros, con arreglo al artículo 5 del Tratado, asegurar en su territorio el cumplimiento de las normativas comunitarias, especialmente en el marco de la Política Agrícola Común. En la medida en que el Derecho de la Unión, incluidos sus principios generales, no contenga reglas comunes a este respecto, las autoridades nacionales actuarán, al ejecutar las normativas comunitarias, conforme a las reglas de forma y de fondo de su Derecho nacional”⁶³.

Estas “reglas comunes” a las que hace referencia la jurisprudencia de la Unión deben ser entendidas en sentido amplio, dado que pueden tener un contenido tanto procedimental como organizativo. Esto es, la ejecución administrativa del Derecho de la Unión en un ámbito concreto puede venir precedida por la obligación, im-

⁶³ STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 17. En el mismo sentido, STJCE de 19 de mayo de 1998, *Jensen*, as. C-132/95, ap. 48.

puesta por una norma de la Unión a los Estados miembros, de crear órganos y estructuras administrativas específicas para llevar a cabo tal ejecución⁶⁴. Así ocurrió, por ejemplo, con la creación de la Agencia Nacional de Protección de Datos o, en el ámbito agrícola, con la Agencia del Aceite de Oliva⁶⁵.

La existencia de normas de la Unión aplicables dependerá del ámbito sectorial en el que nos encontremos. En particular, y por cuanto afecta a nuestro ámbito de estudio, las normas de la Unión reguladoras de las ayudas agrícolas, sin ser exhaustivas, son muy numerosas y prolijas en lo relativo a su concesión y a los deberes de control, pero extraordinariamente pocas en relación con las causas, formas y procedimientos de recuperación. Lo que podríamos denominar, adelantándonos a lo que se verá dentro de varios capítulos, como “reintegro en sentido amplio”. Ello justifica que el régimen jurídico aplicable a la recuperación o reintegro de las ayudas agrícolas de la Unión deba ser abordado, por cada Administración nacional, de conformidad con su Derecho nacional. Pero, recuérdese, un Derecho nacional que, en realidad, se aplica como parte del ordenamiento jurídico de la Unión, por un órgano funcionalmente de la Unión, atendiendo a las exigencias de los principios rectores del ordenamiento de la Unión en que se integra y debiendo velar por la satisfacción del interés general de la Unión.

⁶⁴ Señala a este respecto Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *REDA* n° 75 (julio-septiembre 1992), cit., p. 339, que “muchas regulaciones comunitarias imponen soluciones organizativas a las administraciones internas, o al menos influyen de modo determinante en algunos esquemas de organización empleados tradicionalmente”. El mismo autor, en “El impacto de la adhesión a la Comunidad Europea sobre la organización del Estado”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 12, 1986, p. 79, ya había precisado que el principio de autonomía institucional no podía llevar a pensar que “en su virtud, el Estado puede resistir el embate [de la adhesión a la Unión] sin que se produzca la menor perturbación en sus instituciones”. Posteriormente, y con una mayor perspectiva temporal, ha desarrollado esta idea en Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. III. La organización territorial del Estado: las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 604-609, destacando cómo el Derecho de la Unión ha modelado de manera determinante el sector público español y cómo ha determinado la creación de numerosas Autoridades independientes en aquellos ámbitos económicos objeto de liberalización. En realidad, y como indica Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 221, “la organización de la Administración pública española no podía quedar inmune a la trascendencia de los desarrollos acaecidos como consecuencia de nuestra integración en las Comunidades Europeas, al quedar configurada (...) como Administración indirecta comunitario-europea. De hecho, la organización administrativa es uno de los campos en los que ha podido apreciarse con mayor nitidez el impacto para las Administraciones públicas de nuestro ingreso en las Comunidades Europeas”. Vid., asimismo, Javier SALAS HERNÁNDEZ y Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ, “La incidencia organizativa de la integración europea en la Administración española”, *RAP* n° 125, mayo-agosto 1991, pp. 495-538, y Alfonso DASTIS, “La Administración española ante la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 90, octubre-diciembre 1995, pp. 323-349.

La misma situación se ha producido en otros países: puede señalarse como ejemplo la creación en Italia en 1966 de la “AIMA” como administración estatal de carácter autónomo y dotada de personalidad jurídica, competente para la realización de intervenciones en el mercado agrícola. Alberto MASSERA, “Il ruolo della Amministrazione...”, cit., p. 793.

⁶⁵ Sobre su creación como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura mediante Ley 28/1987, de 11 de diciembre, por imperativo del Reglamento (CEE) n° 2262/1984, del Consejo, de 17 de julio, y su régimen jurídico, vid., Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, *Regulación jurídico-administrativa del sector oleícola*, Fundación Unicaja, Málaga, 2006, pp. 162-172.

Esta situación se explica, en buena medida, por la inexistencia de un código general de la Unión en el que se contengan las reglas procedimentales básicas de la Administración de la Unión, aplicables con independencia del origen nacional o central de sus órganos. A esta situación no serían ajenas las dudas acerca de si la Unión cuenta con competencias suficientes para aprobar una norma de estas características⁶⁶. El resultado de todo ello es que, aparte del Reglamento (CEE, Euratom) n° 1182/1971, del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, pero solo aplicable (en principio) a los actos dictados por el Consejo y la Comisión⁶⁷, no hay mucho más allá de unas exigencias mínimas reclamadas por el TJCE (motivación, audiencia, acceso a documentos) y el derecho a la buena administración incluido ahora en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. De conformidad con los arts. 41.1 y 2 CDFUE, bajo la rúbrica de “Derecho a una buena educación” se establece que:

- “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
 - El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
 - La obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. (...)”

Sin embargo, el ámbito de aplicación de este artículo ha sido discutido. Así, frente a los autores que parecen aceptar su plena aplicación a cualquier forma de ejecución del Derecho de la Unión, con independencia del origen del órgano encargado de

⁶⁶ Hasta el Tratado de Lisboa, una competencia de estas características no aparecía enunciada en los Tratados, recogiendo ahora en el art. 298.2 TFUE. Ahora bien, no se dudaba de que dicha competencia ya existía en relación con la ejecución directa del Derecho de la Unión. Las dudas se suscitan respecto a la actuación de las Administraciones nacionales como Administración de la Unión. Algunos autores parecen negarla a partir de una interpretación restrictiva de los principios de atribución, de subsidiariedad y de solidaridad, aceptando únicamente la posibilidad de codificaciones parciales. No obstante, como acertadamente sintetizara Oriol MIR PUIGPELAT, “La codificación del procedimiento administrativo...”, cit., pp. 81 y ss., no se comprende por qué la Unión Europea puede aprobar normas procedimentales sectoriales pero no codificarlas. Ni tampoco que el TJCE pueda crear principios generales del procedimiento aplicables a las Administraciones nacionales y que el legislador de la Unión, que es el órgano democráticamente legitimado, no pueda hacerlo. Lo más razonable sería entender que la Unión Europea goza en este ámbito de una competencia implícita sobre la materia. No obstante, incluso cuando no fuera así, sería posible recurrir a la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE.

⁶⁷ La aprobación de este Reglamento, a falta de una atribución competencial expresa en los Tratados, se realizó sobre la base de la cláusula de flexibilidad del art. 352 TFUE (antes, 235 TCEE), como se deduce de la Exposición de Motivos del propio acto. Asimismo, ciertas normas prevén su aplicación por parte de los Estados miembros en el ejercicio de sus poderes de ejecución del Derecho de la Unión. Tal es el caso, en materia de ayudas agrícolas de la Unión, de las restituciones a la exportación.

ellas⁶⁸, se ha sostenido que una interpretación literal del art. 41.1 CDFUE impediría su aplicación a los Estados miembros en sus actuaciones de ejecución del Derecho de la Unión⁶⁹. En efecto, con carácter general el art. 51.1 CDFUE establece que “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, *así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión*”, lo que, en principio, llevaría a sostener que el art. 41 CDFUE también resulta de aplicación a las Administraciones nacionales cuando actúen como Administración de la Unión. Ahora bien, frente a esta postura debe tenerse en cuenta que el art. 41.1 CDFUE se refiere, expresamente, a las “instituciones y órganos de la Unión”, con aparente exclusión de las Administraciones nacionales. Aun más, lo contrario podría llevar a resultados que, al menos por el momento, no son deseados, pues una aplicación del art. 41 CDFUE a todas las Administraciones nacionales en la medida en que ejerzan de Administración de la Unión permitiría ejercitar frente a ellas el derecho previsto en el último inciso de este precepto, en el art. 41.4 CDFUE, conforme al cual “Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”. Ello implicaría la posibilidad de dirigirse a las Administraciones españolas, cuando ejerzan de Administración de la Unión, en cualquier de las veintitrés lenguas oficiales de los Tratados.

En cualquier caso, la exclusión de la aplicación del derecho fundamental a la buena administración a las actuaciones de los Estados miembros por las que apliquen el Derecho de la Unión debe matizarse. En primer lugar, algunos de los principios incluidos en este derecho fundamental pueden extraerse de otros derechos fundamentales que sí son de aplicación: el principio de igualdad, el derecho a la no discriminación, el derecho a la protección de datos, el principio de legalidad (al menos, legalidad sancionadora), el principio de proporcionalidad (como derivación del principio de igualdad), etc. En segundo lugar, el TJCE ha declarado la vigencia de casi todos estos principios en el ámbito de la ejecución del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros, creando un “tronco común” nacido, en buena medida, de las experiencias iuspublicistas comunes a todos los Estados miembros⁷⁰.

⁶⁸ Jens-Peter SCHNEIDER, “Estructuras de la unión administrativa europea...”, cit., p. 46.

⁶⁹ Matthias RUFFERT, “De la europeización del Derecho Administrativo a la unión administrativa europea”, en FRANCISCO VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 104.

⁷⁰ Esta situación es la que ha permitido afirmar a Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario...”, cit., pp. 334-336, que, desde hace años, “se están formando las bases de un Derecho Administrativo europeo, cuyos pilares esenciales, precisamente, se han establecido sobre los principios generales del procedimiento administrativo aceptados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...) El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha hecho una labor meritoria de fijación de los principios generales comunitarios de procedimiento administrativo, inspirándose en los ordenamientos nacionales. Al hacerlo ha tratado de traer, de las variadísimas reglas especiales que cada procedimiento singular contiene, el tronco común ineludible de reglas de comportamiento y de garantías oponibles a la actuación de la Administración”.

En última instancia, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros prevén la aplicación de estos mismos principios en las relaciones entre sus Administraciones nacionales y sus ciudadanos. Consecuentemente, y en virtud del principio de equivalencia, al que luego nos referiremos, tales derechos serán también de obligada aplicación en sus relaciones con los administrados cuando actúen como Administración de la Unión si, de otra forma, la protección dispensada a los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento de la Unión a los administrados fuera menor que la dispensada a los derechos e intereses reconocidos por el Derecho nacional.

2. El principio de autonomía

El hecho de que las normas de la Unión no regulen con precisión y exhaustividad el modo en que las Administraciones nacionales deben ejecutar el Derecho de la Unión en cada caso, no exonera a estas de su deber de ejecutarlo. Así lo impone el art. 4.3.2º TFUE, de conformidad con el cual “Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión”. En este artículo se indica el *qué*, la obligación de dar cumplimiento al Derecho de la Unión; el principio de autonomía es la principal respuesta al *cómo*, cómo deben proceder las Administraciones nacionales para alcanzar dicho cumplimiento.

De manera sintética, el principio de autonomía implica atribuir a los Estados miembros la potestad de decidir (siempre en ausencia de norma de la Unión) “cómo se atribuye o reparte, en su ordenamiento interno, la competencia para aplicar el Derecho Comunitario”, lo que se descompone en una triple autonomía: autonomía orgánica (qué órganos son los competentes), procedimental (qué procedimientos deben seguirse) y procesal (qué vías judiciales deben emplearse)⁷¹. Este principio

Existe, incluso, la tentación de hablar de un “derecho procedimental natural”, que surgiría por sí mismo como una exigencia del principio de justicia, propio de estos ordenamientos jurídicos. En esa línea, precisamente, Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario...”, cit., p. 332, señala en relación con la LRJPAC y las normas procedimentales autonómicas que, “realmente, los aspectos del procedimiento y el régimen jurídico común, que la Ley aborda, forman parte del mínimo codificado a que se atiene el comportamiento jurídico de las Administraciones públicas (...) De no existir la limitación que la legislación básica impone siempre a la libertad del legislador autonómico, no resulta fácil resolver en qué podría ser diferente una ley autonómica de procedimiento. Al menos los grandes principios, forman parte inesquivable de la cultura administrativa común”. Ello constituye conceptual y metodológicamente una afirmación muy interesante, pues implica la aceptación de que, a pesar de las diferencias existentes entre ordenamientos jurídicos tan distintos, existe un “tronco común inesquivable”, un conjunto de reglas procedimentales administrativas que se aplican, necesariamente, en todos ellos.

⁷¹ FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., p. 513. Esta misma idea se encuentra formulada por quien fuera durante años Presidente del TJCE, Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, cit., pp. 19-20, si bien refiriéndose exclusivamente a la autonomía procesal, conforme a la cual “a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los

supone, por tanto, conceder a los Estados miembros “libertad (...) para establecer los órganos y los procesos jurídicos por medio de los cuales han de cumplir las disposiciones comunitarias”⁷². Ahora bien, no se trata de una libertad genérica e ilimitada y, menos aún, de una manifestación de soberanía. El ejercicio de este principio de autonomía por parte de los Estados miembros no implica ni un ámbito de decisión libre de toda injerencia de la Unión ni una manifestación de poderes propios de los Estados miembros. Antes al contrario: el principio de autonomía es el mecanismo elegido por el ordenamiento de la Unión para determinar el modo en que debe darse cumplimiento al Derecho de la Unión. En consecuencia, la remisión a los Estados miembros para que estos decidan cómo debe realizarse dicho cumplimiento es una simple decisión, probablemente la más sensata y razonable, pero no la única que podía haber tomado el ordenamiento de la Unión⁷³. Debe destacarse, además, que este principio no goza de reconocimiento expreso en los Tratados, constituyendo una construcción jurisprudencial del TJCE a partir de lo que ha considerado la interpretación más adecuada a los intereses de la Unión de la obligación contenida en el art. 10.1 TCE y antes transcrita. Se trata además de una de las más antiguas construcciones jurisprudenciales del TJCE y, probablemente, de las más consolidadas⁷⁴.

Asimismo, desde las primeras formulaciones de este principio por parte del TJCE se han indicado los límites inherentes a esta habilitación a los Estados miembros, conformados por los principios de equivalencia y efectividad, a los que luego volveremos. Pero es que debe recordarse, además, que el principio de autonomía solo entra en juego como segunda opción, una vez que se ha descartado que existan

recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho comunitario confiere a los justiciables”. Y en el mismo sentido, pero destacando que este principio no solo cubre la regulación de los recursos judiciales, sino también la determinación de los órganos (STJCE de 1998 *EvoBus Austria*, as. C-111/97) y otras cuestiones accesorias, Agustín GARCÍA URETA, *Procedimiento administrativo y derecho comunitario. Silencio, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, 1998, p. 20.

⁷² Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 46.

⁷³ Por lo tanto, deben rechazarse afirmaciones como las de Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., pp. 47 y 72, en el sentido de que el principio de autonomía consagra un ámbito de exclusión del Derecho de la Unión, “un dominio que el Derecho comunitario no puede, en principio, determinar, modificar o influir”, dado que este principio “preluje que las Instituciones comunitarias puedan dirigir o reformar el modo de producción o el contenido e los actos administrativos en que se materializa dicha actividad”.

⁷⁴ Aunque con algún antecedente claro, como la STJCE de 11 de febrero de 1971, *Fleishkontor*, as. 39/70 (autonomía procedimental), parece haber un cierto consenso en señalar que la afirmación por el TJCE del principio de autonomía procedimental y procesal, en su formulación actual, apareció por primera vez en la STJCE de 16 de diciembre de 1976, as. 33/76, *Rewe*, siendo confirmada de inmediato por una pléyade de pronunciamientos que la han aplicado a los más diversos ámbitos en los que el Derecho de la Unión puede ser objeto de ejecución. Así, STJCE *Comet*, as. 45/76; STJCE de 27 de febrero de 1980, *Just*, as. 68/79; STJCE de 9 de noviembre de 1983, as. 199/82, *San Giorgio*; STJCE de 25 de febrero de 1988, *Bianco y Girard*, as. ac. 331/85, 376/85 y 378/85; STJCE de 13 de julio de 1989, *Cinisello Balsamo*, as. 380/87; STJCE de 28 de marzo de 1990, *Zanetti*, C-359/88; STJCE de 10 de julio de 1997, *Palmisani*, as. C-261/95; STJCE de 1 de junio de 1999, *Klaus Konle c. Austria*, as. C-302/97. Cabe también indicar la ya citada STJCE de 19 de septiembre de 2006, *Arcor*, as. ac. C-392/04 y C-422/04.

normas de la Unión aplicables al caso. En consecuencia, no se trata solo de que existan límites inherentes a este principio, sino que su ámbito de aplicación en cada caso puede verse progresivamente disminuido a medida que aumenta el número de normas de la Unión reguladoras de cada sector⁷⁵.

De este modo, parecen exageradas las preocupaciones doctrinales por la “crisis” del principio de autonomía⁷⁶. En realidad, el principio de autonomía no puede sacarse de su contexto. Su fundamento no se encuentra en la soberanía de los Estados, sino en el ordenamiento jurídico de la Unión. Los Estados miembros solo gozan del principio de autonomía en la medida en que este es configurado como la mejor forma de ejecutar el Derecho de la Unión. Pero nada más. Por ello, cabe dudar de que el principio de autonomía sea verdaderamente un principio de la Unión, y cabe dudar de si el hecho de llamar así a la forma elegida por el TJCE para permitir a los Estados miembros dar cumplimiento al Derecho de la Unión no será hacer de la necesidad, virtud.

3. Los principios de equivalencia y efectividad como límites al principio de autonomía

Según hemos adelantado, los principales límites al principio de autonomía vienen determinados por los principios de equivalencia y efectividad. Tales principios implican, de manera sintética, que las normas aplicadas para ejecutar el Derecho de la Unión no pueden dar lugar a una situación menos favorable para los intereses de la

⁷⁵ Cuestión distinta es si debe aceptarse la posibilidad de que la Comisión pueda “dirigirse a los Estados miembros e impartirles instrucciones vinculantes para la ejecución y operatoria administrativa de determinada norma comunitaria”, situación expresamente rechazada por Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 92, y que, en efecto, quizá deba rechazarse (a pesar de su absoluta normalidad en la práctica), en todos aquellos casos en que estos poderes no hayan sido expresamente concedidos a la Comisión.

⁷⁶ Dicha “crisis”, a juicio de Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario...*, cit., pp. 27-29, sería el resultado de tres causas distintas. En primer lugar, de la “creciente tendencia” a que las normas de la Unión regulen, junto con el contenido material, el procedimiento que debe seguirse para la aplicación del Derecho de la Unión. O incluso, más modestamente, los sistemas informáticos para facilitar el intercambio de datos entre Administraciones, pues es innegable, como señala Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 86, que “existe una íntima relación entre la interoperatividad técnica de los sistemas telemáticos administrativos y la ejecución del Derecho comunitario, lo que impide –nuevamente– un respeto a ultranza del principio de autonomía”. En segundo lugar, de las limitaciones a la aplicación del procedimiento nacional (inaplicación) por exigencias directas de normas de la Unión o deducidas por el TJCE. En tercer lugar, los novedosos diseños de procedimientos administrativos: participación de autoridades de otros Estados o de la Unión, establecimiento de mecanismos de supervisión, extraterritorialidad de los efectos, etc. Estas tres supuestas “causas de la crisis del principio de autonomía” se identifican, en realidad, con dos de los límites que le son propios y que ya hemos visto: su aplicación solo en defecto de norma de la Unión y siempre respetando la efectividad del Derecho de la Unión. En sentido similar a estos autores, también Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario...”, cit., p. 344, considera que “el principio de autonomía (...) va siendo cercado poco a poco por una legislación y una jurisprudencia comunitarias que cada vez condicionan más a la legislación interna, imponiendo regulaciones obligatorias, cuyo contenido llega a prefijarse en otras europeas, o estableciendo límites cada vez más estrechos a la autonomía dispositiva de los Estados”.

Unión que la que resultaría para los intereses nacionales (principio de equivalencia) y que tales normas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el cumplimiento del Derecho de la Unión (principio de efectividad). A ello se sumaría la obligación de tener plenamente en cuenta el interés de la Unión al aplicar las normas nacionales. La jurisprudencia los enuncia como colofón necesario al principio de autonomía, como parte consustancial del mismo⁷⁷.

Así, si el principio de autonomía deja total libertad a las Administraciones nacionales para decidir qué instrumentos aplican para dar cumplimiento a su obligación de ejecutar el Derecho de la Unión, el principio de equivalencia exige, como parámetro de calidad, que tales instrumentos no protejan a los intereses de la Unión menos que a los intereses nacionales. Se ha sostenido que la proclamación del principio de equivalencia convierte al principio de autonomía “en un envoltorio vacío que nada añade a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad como límites a la competencia normativa de la Unión Europea”⁷⁸. La base de esta crítica se encontraría en la asunción de que este principio impone a los Estados miembros la obligación de que la ejecución del Derecho de la Unión deba realizarse exactamente con las mismas normas previstas para la ejecución del Derecho nacional, de modo que si un Estado miembro cuenta con una normativa aplicable a la recuperación de ayudas nacionales, tal normativa deberá ser obligatoriamente aplicada en caso de recuperación de ayudas de la Unión.

En realidad, la recta interpretación del principio de equivalencia lleva a sostener justamente lo contrario. El principio de autonomía no impone a los Estados miembros, en puridad, la obligación de ejecutar el Derecho de la Unión aplicando las mismas normas y usando los mismos sujetos que se encargan de ejecutar el Derecho interno. De hecho, nada impide a los Estados miembros aprobar normas específicas para la aplicación del Derecho de la Unión. Lo que el principio de autonomía impone es que, a falta de normas de la Unión, se recurra a normas nacionales, las que sean, que solo tienen que cumplir los límites indicados: equivalencia, efectividad y tomar en plena consideración el interés de la Unión. De otro modo, el principio de equivalencia no tendría sentido, pues lo que exige es que las normas empleadas por los Estados miembros ofrezcan una protección “equivalente”, de lo que se deduce que pueden

⁷⁷ Por ejemplo, en una sentencia recaída en relación con la devolución de tributos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmaba que, “mientras no existan normas comunitarias en materia de devolución de tributos nacionales percibidos indebidamente, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos nacionales competentes y configurar los requisitos procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que, por una parte, dichos requisitos no sean menos favorables que los que deben reunir los recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni, por otra parte, resulte imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario”, STJCE de 9 de diciembre de 2003, *Comisión c. Italia*, as. C-129/00, ap. 25.

⁷⁸ Oriol MIR PUIGPELAT, “La codificación del procedimiento administrativo...”, cit., p. 59.

utilizarse tanto las mismas normas previstas para ejecutar el Derecho nacional (que ofrecerán, “la misma protección”) como otras normas distintas (que ofrecerán, precisamente, una protección equivalente). Que los Estados miembros, por razones de economía administrativa y jurídica, hayan decidido que sean sus propias Administraciones públicas las encargadas de aplicar el Derecho de la Unión y que, en caso necesario, se aplique supletoriamente su Derecho Administrativo nacional, solo es una decisión política, pero no un imperativo jurídico. Los Estados miembros podrían haber creado órganos específicos, sin otra función que la de aplicar el Derecho de la Unión, y podrían haber aprobado normas de desarrollo especiales. El resultado sería el mismo puesto que, a partir de la concepción de Derecho Administrativo de la Unión que proponemos, todas esas normas se integrarían en él y se interpretarían de conformidad con los principios propios del ordenamiento jurídico de la Unión, ya fueran las mismas normas que se aplican a los asuntos internos, ya fueran normas específicamente creadas para la ejecución del Derecho de la Unión.

Respecto al principio de efectividad, debe considerarse casi una exigencia lógica del propio sistema de Administración indirecta: los instrumentos elegidos para ejecutar el Derecho de la Unión no pueden ser tales que impidan alcanzar los objetivos fijados por el Derecho de la Unión. En realidad, el principio de efectividad constituye una concreción del principio de primacía, conforme al cual el Derecho de la Unión prevalece sobre el Derecho nacional en caso de contradicción, según se estableció en la temprana STJCE de 14 de julio de 1964, *Costa c. ENEL*, as. 6/64 y según se deduce del Derecho internacional público⁷⁹. Los poderes públicos de los Estados miembros tienen la obligación de asegurar la plena eficacia de la norma de la Unión, así como su efecto útil, en sus respectivos ordenamientos. En consecuencia, si las normas nacionales elegidas por los Estados miembros para dar cumplimiento a una obligación de la Unión (en ejercicio del principio de autonomía) impiden en la práctica que dicho cumplimiento pueda producirse, el Derecho de la Unión desautoriza la utilización de tales normas, excluyendo que puedan ampararse en el principio de autonomía o en el principio de soberanía, lo que en su versión más extrema conlleva que incluso las normas nacionales de rango constitucional deban ceder frente a las exigencias del Derecho de la Unión⁸⁰. Todo lo cual, si bien aparentemente choca con

⁷⁹ Como recuerda José Eugenio SORIANO GARCÍA, “La participación de las Comunidades autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria”, *Autonomías*, nº 10, 1989, p. 82, el principio de primacía y, por cuanto nos afecta, el principio de efectividad, encuentra un importante respaldo en el art. 27 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”.

⁸⁰ A pesar de las inacabables discusiones que ello plantea en los ordenamientos nacionales, no se trata de una realidad abstracta, sino de una posibilidad repetidamente confirmada por la jurisprudencia del TJCE, al menos desde la STJCE de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, as. 11/70, en la que se afirmó que la validez de los actos de la Unión “solo puede apreciarse con arreglo al Derecho comunitario”, por lo que “la alegación de violaciones de derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”. En esta misma línea de sometimiento

los postulados básicos de nuestro sistema constitucional, encuentra su explicación cuando se advierte, de conformidad con el concepto de Derecho Administrativo europeo que proponemos, que cuando las Administraciones nacionales ejercen funciones de la Unión, actúan como Administración de la Unión y el Derecho que les resulta aplicable es siempre, y en todo caso, el Derecho Administrativo de la Unión, con independencia de que este, por cuestiones de oportunidad, decida incorporar las reglas de cada Estado miembro en sus respectivos ámbitos territoriales. Incluso en ese caso, tales reglas se integran en el ordenamiento jurídico de la Unión y, consecuentemente, no pueden ser contradictorias con él.

Como tendremos ocasión de comprobar en su momento, las consecuencias del principio de efectividad en la recuperación de las ayudas de la Unión por parte de los Estados miembros son muchas y de difícil solución. En efecto, cabe adelantar ya que cuando la normativa española aplicable al reintegro de subvenciones nacionales intenta ser aplicada al reintegro de subvenciones de la Unión, resulta imposible, en ocasiones, proceder efectivamente a dicho reintegro.

En definitiva, si se observa bien, estos límites al principio de autonomía nacen en realidad de la misma fuente que dicho principio: el principio de cooperación leal del art. 4.3.2º TUE (y algún corolario, como el art. 260.1 TFUE y el art. 291 TFUE)⁸¹. En efecto, este principio obliga a los Estados miembros a que adopten todas las medidas que sean necesarias para dar efectividad al Derecho de la Unión, para lo cual les permite emplear las técnicas que quieran, pero siempre con el límite de que dicha obligación se cumpla, y de que se cumpla bien⁸². Por ello resulta equivocado, según vimos más atrás, sacralizar el principio de autonomía y descontextualizarlo, dado que este principio solo tiene sentido como parte del principio de cooperación leal, único con una base sólida en los Tratados y de carácter constitucional y fundamental para el ordenamiento de la Unión.

4. Los deberes de inaplicación e interpretación conforme

Una de las principales consecuencias que se obtienen de la premisa de que cuando los órganos nacionales ejecutan el Derecho de la Unión, no actúan como órganos

de las normas constitucionales al Derecho de la Unión se sitúan las STJCE de 13 de diciembre de 1979, *Liselotte Hauer*, 44/79; STJCE de 6 de mayo y 17 de diciembre de 1980, *Comisión c. Bélgica*, as. 102 y 149/79; o la STJCE de 2 de junio de 1996, *Comisión c. Luxemburgo*, as. 473/93 (esta última sobre las limitaciones previstas en la Constitución de Luxemburgo al acceso a puestos de funcionarios por parte de nacionales de otros Estados miembros).

⁸¹ Santiago MUÑOZ MACHADO, "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario...", cit., p. 340. Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario...*, cit., p. 27.

⁸² En similares términos, Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 50.

nacionales, sino como órganos de la Unión, es que en ese momento no son tanto sujetos de los ordenamientos jurídicos nacionales como sujetos de un ordenamiento jurídico distinto y común a varios Estados: el ordenamiento jurídico de la Unión. Ello explica que, al aplicar Derecho de la Unión y actuar como juez de la Unión, tal y como viene siendo pacíficamente aceptado, el juez nacional tiene más poderes, más recursos, de los que puede tener cuando aplica el Derecho nacional, puesto que “la norma aplicada surte un efecto taumatúrgico sobre el órgano judicial de control y sobre sus potencias”⁸³. Esta situación ha sido bien estudiada y, aunque con dificultades, asimilada por los ordenamientos nacionales⁸⁴. Menos asumida se encuentra la idea de que esta misma situación es también predicable de las Administraciones nacionales: estas, al igual que los jueces nacionales, tienen la obligación de evitar la aplicación de normas o actos nacionales contrarios al Derecho De la Unión, para lo cual pueden optar por “reinterpretarlos” o, cuando ello no sea posible, inaplicarlos.

La inaplicación de la norma nacional que es contraria al Derecho de la Unión o que impide darle a éste plena efectividad fue deducida como un corolario del principio de primacía por obra de la STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, as. 106/77. Resultaba, además, un corolario lógico, toda vez que el principio de primacía es acuñado, precisamente, como una regla de resolución de conflictos entre normas, resolviendo “el problema de las colisiones, de las contradicciones o convivencia entre dos ordenamientos, el europeo y el interno, simultáneamente vigentes”⁸⁵. En los hechos, la empresa italiana *Simmenthal* se dedicaba a comprar carne de bovino en Francia y a introducirla en Italia, actividad por la que debía pagar una cantidad en concepto de derechos sanitarios, impuestos por una norma italiana de 1970.

⁸³ Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 117. De este modo, y aunque estas potestades no vengan expresamente previstas en la normativa nacional, se permite a los jueces nacionales, suspender la ejecución de un acto administrativo dictado por la administración nacional en ejecución de un reglamento de la Unión (STJCE de 21 de febrero de 1991, *Zuckerfabrik*, as. ac. C-143/88 y C-92/89), considerar abiertos los plazos previstos por las normas procesales nacionales en ciertos recursos entablados por incumplimiento del Derecho de la Unión (STJCE de 25 de julio de 1991, *Emmott*, as. C-208/90), admitir recursos contencioso-administrativos contra actos de trámite (aunque la norma procesal interna lo proscriba) dictados en el seno de procedimientos administrativos que instruyen conjuntamente la Comisión y la Administración del Estado miembro (STJCE de 3 de diciembre de 1992, *Oleificio Borelli*, as. C-97/91), conceder medidas provisionales “positivas” como consecuencia de la simultánea suspensión de la ejecución de un acto administrativo nacional dictado en aplicación de un reglamento de la Unión (STJCE de 9 de noviembre de 1995, *Atlanta*, as. C-465/93), etc.

⁸⁴ Puede encontrarse una sucinta exposición de la evolución en la actitud de los jueces nacionales respecto a la aplicación efectiva del Derecho de la Unión sobre el nacional en Santiago MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 69-78. Vid., asimismo, el imprescindible trabajo de Ricardo ALONSO GARCÍA, *El juez español y el Derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁸⁵ Santiago MUÑOZ MACHADO, “La aplicación y el desarrollo del Derecho comunitario europeo por las Comunidades Autónomas”, en Luis MARTÍN REBOLLO (dir.), *El futuro de las autonomías territoriales. Comunidades autónomas. Balances y perspectivas*, Universidad de Cantabria, 1991, p. 83. Un detenido estudio de esta cuestión en el mismo autor, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y de la Constitución española*, cit., pp. 67 y ss. En este mismo sentido, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 55, identifica abiertamente el principio de primacía con el principio de desplazamiento, calificando a este último como uno de los cinco principios esenciales a que obedecen las relaciones interordinamentales.

En 1976, una STJCE declaró que tales cantidades eran contrarias al Tratado y que, por lo tanto, no podían cobrarse. Sin embargo, la Administración italiana siguió cobrándolos porque la ley que los establecía ni había sido derogada ni había sido declarada inconstitucional, de modo que seguía existiendo válidamente dentro del ordenamiento italiano. Además, la ley era posterior al Tratado, luego no cabía entender que hubiera sido derogada por este. El asunto llegó a los tribunales italianos, que plantearon una cuestión prejudicial al TJCE. La respuesta de este fue tajante: el juez nacional está obligado a aplicar íntegramente el Derecho de la Unión, dejando sin aplicación toda norma nacional contraria, sea anterior o posterior, sin necesidad de que sea expresamente derogada o declarada inconstitucional⁸⁶.

Simmenthal implicaba el reconocimiento de una nueva facultad a los jueces nacionales de la que hasta ahora no gozaban: la posibilidad de controlar las leyes y declarar su incompatibilidad con el Derecho de la Unión. Esta incompatibilidad les permitía (obligaba), además, a “inaplicar” tales leyes. De este modo, el juez ni deroga ni anula ni declara inconstitucional la ley nacional incompatible con el Derecho nacional, sino que, simplemente, declara que no resulta aplicable. La norma, por tanto, sigue existiendo en el ordenamiento nacional, pero no puede ser aplicada⁸⁷. Ahora bien, esta nueva facultad únicamente podía ejercerse cuando actuaran como jueces de la Unión.

La evolución de esta jurisprudencia, como no podía ser de otro modo, confirmó lo inevitable: el deber de inaplicar las normas nacionales contrarias al ordenamiento de la Unión no recae en el juez por el especial lugar que ocupa dentro de los ordenamientos nacionales, sino por ser, además, uno de los sujetos integrantes del ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, este deber de inaplicación recae también sobre el resto de sujetos de este ordenamiento, lo que incluye a las Administraciones nacionales cuando actúan como Administración de la Unión⁸⁸. Así lo afirmó, por lo demás, la STJCE de 22 de junio de 1980, *Cos-*

⁸⁶ Todo ello sin perjuicio, como desarrollaría una jurisprudencia posterior, del deber de derogar las normas internas contrarias al Derecho de la Unión por cuanto, aun siendo inaplicadas, generan una situación de ambigüedad y confusión que podría suponer una merma del principio de seguridad jurídica. Así se manifestó la STJCE de 15 de octubre de 1986, *Comisión c. Italia*, o la STJCE de 26 de abril de 1988, *Comisión c. RFA*, ambas expresamente citadas por Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*. Vol. II, cit., pp. 515-516, y antes en “La aplicación y el desarrollo del Derecho comunitario europeo...”, cit., p. 90.

⁸⁷ El mecanismo es muy similar, si no idéntico, al que supone la aplicación de la cláusula de prevalencia en el ordenamiento español. Como ha explicado con especial acierto Joaquín TORNOS MAS, “Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la Ley de bases. La cláusula de prevalencia”, *REDC* n° 33 (septiembre-diciembre 1991), pp. 33-38, la regla de la prevalencia es un criterio que permite al operador jurídico (juez o Administración) seleccionar la norma aplicable, esto es, decidir cuál de las normas en conflicto debe ser aplicada en tanto no exista un pronunciamiento (que, en nuestro caso, corresponderá al Tribunal Constitucional), sobre la validez de cada una de ellas: “la prevalencia no incide sobre la validez de las normas, pues se limita a declarar la aplicación de una e inaplicación de otra” (p. 33).

⁸⁸ Este juego del desdoblamiento funcional de los poderes públicos, contemplados ora como sujetos del ordenamiento nacional, ora como sujetos del ordenamiento de la Unión, puede dar lugar a situaciones

tanzo, as. 103/88, sentencia que se ha considerado el equivalente a lo que supuso *Simmenthal* para el juez nacional y en la que el TJCE dejó claro que las Administraciones públicas, incluidas las locales, tienen la obligación de aplicar las normas de la Unión con efectos directos e inaplicar, en su caso, las normas nacionales que les resulten contrarias⁸⁹.

Las consecuencias de esta construcción en relación con la recuperación de las ayudas agrícolas de la Unión son fácilmente imaginables, y así lo demuestra paradigmáticamente el caso de Portugal, donde en los últimos años se ha sucedido una interesantísima jurisprudencia que ha acabado por aceptar el deber de la Administración nacional portuguesa de inaplicar las normas nacionales que impedían dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por el ordenamiento de la Unión. En concreto, se ha proclamado la inaplicación de su código de procedimiento administrativo en la medida en que impedía revisar de oficio actos nacionales contrarios al Derecho de la Unión.

La línea jurisprudencial se inicia con el Acórdão de 17 de febrero de 2004, Supremo Tribunal Administrativo, Secção do Contencioso Administrativo, caso *Instituto da Vinha e do Vinho*⁹⁰. La controversia suscitada giraba en torno al art. 141.1 del Código de Procedimiento Administrativo portugués, conforme al cual el plazo para proceder a la revocación por motivos de legalidad de un acto constitutivo de dere-

ciertamente curiosas. Así, puede darse el caso de que “un Juez nacional, funcionando como «Juez comunitario», controla, utilizando Derecho europeo, a una Administración asimismo nacional que a su vez actuó como «Administración comunitaria», resultando de ello dos órganos del Estado configurados funcionalmente como órganos de las Comunidades Europeas y aplicando Derecho no interno”. Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 271. Así ocurriría, precisamente, cada vez que los jueces nacionales conocen de la corrección de las decisiones de recuperación de ayudas agrícolas de la Unión.

⁸⁹ Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 66. Los hechos que dieron lugar a la sentencia eran los siguientes: Italia no había transpuesto en plazo una Directiva que obligaba a conceder trato nacional a las empresas procedentes de otros Estados miembros en el ámbito de la contratación pública. El Ayuntamiento de Milán abrió concurso para la licitación de unas obras públicas, concurso en el que participó una empresa hispano-italiana, que fue rechazada por no ser plenamente italiana. La empresa alegó el efecto directo de la Directiva no transpuesta en plazo, dado que establecía una obligación clara, precisa e incondicional, cual era la de no discriminar a las empresas de otros Estados miembros. El Ayuntamiento de Milán alegó que dicha doctrina únicamente era aplicable a los Estados, que eran quienes podían transponer las Directivas. Pero el TJCE consideró, por el contrario, que el efecto directo de las Directivas que cumpliesen con los requisitos establecidos en su jurisprudencia debía predicarse de todos los poderes públicos. En consecuencia, declaró la obligación del Ayuntamiento de Milán de inaplicar la normativa nacional en materia de contratos por cuanto se oponía al Derecho de la Unión.

Esta sentencia no fue una raya en el agua, sino que la jurisprudencia de la Unión posterior ha tenido ocasión de confirmarla en cuantas ocasiones se le han presentado. Así, puede señalarse como ejemplos más cercanos en el tiempo la STJCE de 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar*, as. C-438/99, o la STJCE de 9 de septiembre de 2003, *Consorzio industrie fiammiferi*, as. C-198/01, en las que el TJCE vuelve a insistir en el deber de las Administraciones nacionales de inaplicar las normas nacionales contrarias al Derecho de la Unión. Sobre esta sentencia, vid., Bernardo Giorgio MATTARELLA, “Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo”, cit., p. 918.

⁹⁰ En el mismo sentido de esta primera sentencia se sucedieron varias más: Acórdão de 29 de marzo de 2000 *Conselho Directivo do Instituto do Vinho e da Vinha* (Proc. 44.622), Acórdão de 25 de mayo de 2000, *Vinisol* (Proc. 43.206), Acórdão de 4 de octubre de 2001, *Instituto da Vinha e do Vinho* (Proc. 46.947), Acórdão de 12 de diciembre de 2002 (Proc. 0328/02) y Acórdão de 28 de mayo de 2003, *INGA* (Proc. 1775/02).

chos es de un año. En consecuencia, el Tribunal estableció que no se podía revocar un acto administrativo (de la Unión), por el que el Instituto de la Viña y el Vino (Instituto público de Derecho portugués) concedía determinadas ayudas con cargo a fondos de la Unión, aun siendo ilegal (era contrario al art. 8 del Reglamento nº 729/70/CE), porque ya había transcurrido el plazo de un año.

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, a falta de normas de la Unión debían seguirse las normas portuguesas para recuperar la cantidad indebidamente concedida (principio de autonomía) pero siempre que ello no impidiera el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho de la Unión (principio de efectividad). La solución propuesta por algún autor pasaba por aplicar un plazo distinto al previsto en la norma, acudiendo al plazo de veinte años previsto en la normativa portuguesa para la prescripción de bienes inmuebles⁹¹. Sin embargo, el Supremo Tribunal Administrativo ha abandonado el criterio seguido en sus primeras sentencias y, en aplicación del principio de efectividad, ha optado por declarar inaplicable en estos casos el art. 141.1 del Código de Procedimiento Administrativo, lo que permite a la Administración portuguesa dar cumplida ejecución a sus obligaciones de la Unión⁹².

En ocasiones, sin embargo, la ejecución del Derecho de la Unión no requiere tanto una labor de introducir cambios en los ordenamientos nacionales, como una labor de interpretación del Derecho nacional de conformidad con el Derecho de la Unión. Es decir, en ocasiones, lo que la ejecución del Derecho de la Unión exige es que las normas nacionales se interpreten de un determinado modo, en el sentido más favorable a la protección de los intereses de la Unión, dando lugar a lo que se conoce como principio de “interpretación conforme”.

Esta idea de interpretar las normas nacionales inspirándose en las normas de la Unión, con el fin de dar el máximo cumplimiento a estas últimas, no resulta, en absoluto, novedosa. Se trata exactamente del mismo mecanismo que se encuentra en el art. 10.2 CE en relación con la interpretación de los derechos fundamentales constitucionalizados en nuestra Carta Magna. Sin embargo, en el caso del Derecho de la Unión su base no se encuentra en el Derecho constitucional de los Estados miembros, sino en la jurisprudencia de la Unión, como una consecuencia más del principio de primacía. En efecto, con carácter general, la contradicción entre una norma nacional y una norma de la Unión da lugar a la prevalencia de la segunda (*Costa-ENEL*) y, en última instancia, a la inaplicación de la primera (*Simmenthal*). El principio de interpretación conforme vendría a

⁹¹ Fausto DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., 2004, p. 539.

⁹² Acórdão de 6 de diciembre de 2005 (Proc. 0328/02), luego confirmado en el Acórdão de 19 de septiembre de 2006 (Proc. 01038/05) y en el Acórdão de 29 de marzo de 2007 (Proc. 0661/05).

establecer una solución menos agresiva: la norma nacional no tendrá que ser inaplicada, sino, más modestamente, tendrá que aplicarse de conformidad con las directrices marcadas por la normativa y los intereses de la Unión, aunque ello, en ocasiones, suponga forzar su sentido y darle un alcance en absoluto previsto por el legislador nacional⁹³.

La práctica jurisprudencial ha demostrado la especial importancia de la técnica de la interpretación conforme en relación con las Directivas y, en concreto, en el caso de las Directivas no transpuestas que generan obligaciones entre particulares (relaciones horizontales). En estos casos, la Directiva no podrá aplicarse, porque el efecto directo horizontal no está reconocido por el TJCE, sin embargo, las autoridades nacionales deberán interpretar el Derecho nacional del modo más adecuado posible para dar cumplimiento a la Directiva (lo que, evidentemente, exige que exista alguna norma nacional susceptible de interpretación, situación que no se dará en todos los casos)⁹⁴. Pero no es, sin embargo, el único supuesto posible, como demuestra el caso de la STJCE de 19 de septiembre de 2006, *Arcor*, as. ac. C-392/04 y C-422/04, más arriba expuesta, en la que se discutía sobre la interpretación que los poderes públicos alemanes debían dar a su normativa nacional sobre revisión de actos administrativos firmes para hacerla compatible con las exigencias impuestas por el Derecho de la Unión.

En última instancia, esto lleva a entender que las normas estatales necesarias para aplicar el Derecho de la Unión (aunque originariamente no se dictaran para ello, preexistiendo incluso a la aparición del Derecho de la Unión) dejan de ser normas estatales para convertirse en otra cosa: normas europeas, lo que iría en la línea de confirmar nuestra hipótesis sobre la existencia de un Derecho Administrativo de la Unión.

⁹³ Con especial acierto recoge esta idea la STS de 29 de octubre de 1998, Sección 2ª (ponente: ROUANET MOSCARDÓ), indicando que “en la contraposición norma interna-norma comunitaria puede darse, pues, una doble contradicción: una radical, ocurrida cuando el Estado miembro se opone a una comunitaria que es precisa e incondicional, lo que origina un conflicto grave, hasta el punto de hacerlas incompatibles, y provoca la inaplicación de una a consecuencia de la prevalencia de la otra; y otra contradicción que no revista tanta trascendencia, de manera que ambas normas pueden coexistir. En el primer caso, el predominio corresponde a la comunitaria, frente a la cual la interna queda automáticamente inaplicable (...). En el segundo caso, en cambio, no hay conflicto, y la que se aplica es la interna”.

⁹⁴ Vid., a este respecto, la STJCE de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, as. C-106/89. Ya con anterioridad, la STJCE de 10 de abril de 1984, as. 14/83, *Von Colson*, estableció que, “al aplicar el Derecho nacional, y en particular, las disposiciones de una Ley nacional especialmente adoptada para la ejecución de la Directiva 26/207, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho nacional a la luz del texto de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado que pretende el apartado 3 del artículo 189”, Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS, “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, cit., p. 15. En el mismo sentido, Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*. Vol. II, cit., p. 479.

IV. LA EJECUCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA POLÍTICA AGRÍCOLA EN ESPAÑA

El punto de partida para abordar el estudio de la ejecución administrativa de la Política Agrícola en España y, en especial, en lo relativo a la recuperación de las ayudas agrícolas de la Unión, se encuentra en la vinculación existente entre ejecución del Derecho de la Unión y distribución interna de competencias.

En coherencia con lo expuesto hasta ahora, cabe deducir que el Derecho de la Unión no impone, en principio, ninguna solución respecto a quién le corresponde ejecutar el ordenamiento de la Unión dentro de cada Estado miembro. En efecto, así se deduce del principio de neutralidad o principio de autonomía institucional y procedimental, conforme al cual corresponderá al ordenamiento jurídico interno decidir qué órganos y a través de qué procedimientos son los encargados de ejecutar el Derecho de la Unión⁹⁵. En el caso de España, y a falta de indicación expresa al respecto en el texto de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha entendido que dicha ejecución le corresponderá, en cada caso, a quien ostente la competencia sobre la materia en la que se enmarque la ejecución.

Es decir, la ejecución del Derecho de la Unión no es un título competencial en sí mismo ni altera, en principio, el reparto competencial operado por la Constitución y los Estatutos de autonomía. En consecuencia, para determinar quién es competente en cada caso para ejecutar el Derecho de la Unión en España habrá que atender, previamente, a quien ostenta la competencia sobre la materia de que se trate. Eso es lo que pretende expresarse cuando se afirma que “la pertenencia de España a la Unión Europea (...) no altera las reglas constitucionales de distribución

⁹⁵ Ninguna relevancia tiene a estos efectos, a pesar de algunas interpretaciones doctrinales, el principio de subsidiariedad consagrado por los Tratados constitutivos. Es cierto que en el preámbulo del TUE se afirma la voluntad de crear una Unión “en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad”. A partir de aquí se ha querido ver una presunción en favor de la competencia de las entidades inferiores al Estado para la ejecución del Derecho de la Unión. Sin embargo, el verdadero contenido de este principio se encuentra en el art. 5.3 TUE, de conformidad con el cual “en virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”. De este modo, lo que el principio de subsidiariedad establece solo es un criterio para determinar cuándo debe ejercer la Unión Europea sus competencias no exclusivas. Es decir, “se trata, por tanto, de un principio que solo juega en las relaciones de la Unión con los Estados miembros, pero que no atiende al sistema constitucional de estos Estados para imponer la presencia o participación de estos Entes descentralizados [las Comunidades Autónomas] en el ámbito de la Unión, por considerar que se trata de un problema de Derecho interno”, Luis COSCULLUELA MONTANER, “El sistema de autonomías en el contexto de la Unión Europea”, en José Manuel DE BERNARDO y Santiago MUÑOZ MACHADO (dirs.), *El Estado-nación en dos encrucijadas históricas*, Iustel, 2006, p. 374.

de competencias”⁹⁶. A pesar de ello, y como habrá ocasión de ver, “la inocuidad del Derecho Comunitario no es absoluta y (...) la distinta forma en que la Comunidad Europea puede asignar a los Estados miembros los fondos destinados a las ayudas agrícolas genera una serie de «peculiaridades» (...) sobre la distribución de competencias en esta materia”⁹⁷.

De esta situación se deduce que resulta esencial, por tanto, identificar qué materias se encuentran afectadas por la recuperación de las ayudas agrícolas de la Unión, a fin de determinar a qué instancia, Estado o Comunidades Autónomas, corresponde su ejecución. A este respecto, las materias más directamente implicadas se reducen a dos: por un lado, la materia “agricultura y ganadería”⁹⁸; por otro lado, la materia “subvenciones”, dentro de la cual es necesario hacer muy importantes distinciones.

⁹⁶ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, cit., p. 464, resumiendo una continua doctrina constitucional y añadiendo, en atención al principio de efectividad, que “a la vez, esas reglas tampoco pueden erigirse en un obstáculo para la plena efectividad de aquel”. Entre las sentencias que integran esta doctrina constitucional pueden señalarse la STC 252/1988, de 20 de diciembre (intercambio de carne); la STC 76/1991, de 11 de abril (semillas y viveros); STC 115/1991, de 23 de mayo (semillas y viveros); la STC 236/1991, de 12 de diciembre (metrología); la STC 79/1992, de 28 de mayo (ayudas FEOGA); las STC 117/1992, de 16 de septiembre (ayudas FEOGA); la STC 172/1992, de 29 de octubre (residuos sólidos); la STC 80/1993, de 8 de marzo (libre prestación servicios); la STC 141/1993, de 22 de abril (legislación básica de contratos); la STC 165/1994, de 26 de mayo (oficina del Gobierno vasco en Bruselas); la STC 213/1994, de 14 de julio (ayudas FEOGA orientación); la STC 313/1994, de 24 de noviembre (industria); la STC 102/1992, de 26 de junio (medioambiente); la STC 112/1995, de 6 de julio (denominaciones de origen); la STC 67/1996, de 18 de abril (pienso para animales); la STC 146/1996, de 19 de septiembre (publicidad); la STC 147/1996, de 19 de septiembre (etiquetado productos alimenticios); la STC 197/1996, de 28 de noviembre (petróleo); la STC 148/1998 (pesca); la STC 21/1999 (montes y aprovechamientos forestales) o la STC 96/2002 (vacaciones fiscales), las primeras de ellas comentadas en Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., pp. 147-165.

⁹⁷ José Francisco ALENZA GARCÍA, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de subvenciones agrícolas. En particular, el régimen competencial de las ayudas procedentes del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola”, *Revista Jurídica de Navarra* n° 24 (julio-diciembre 1997), cit., p. 203.

⁹⁸ A pesar de su importancia creciente, no parece posible considerar como una verdadera materia objeto de reparto competencial al ámbito de actuación de los poderes públicos que se ha dado en llamar “desarrollo rural”. Es innegable la atención que ha generado en la doctrina (solo en el ámbito iusadministrativo deben señalarse la monografía pionera de Jesús LEGUINA VILLA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Acción administrativa y desarrollo rural*, Tecnos, Madrid, 1994, y más recientemente, la obra de Roberto O. BUSTILLO BOLADO y Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, Iustel, Madrid, 2005) y en el legislador, tanto autonómico (Ley 10/1998, de 8 de abril, de desarrollo rural del País Vasco; Ley 3/2000, de 19 de junio, de desarrollo rural de La Rioja; Ley 4/2000, de 13 de noviembre, de modernización y desarrollo agrario de Cantabria; Ley 4/1989, de 21 de julio, de ordenación agraria y desarrollo rural; Ley 4/2004, de 18 de mayo, de explotación agraria y desarrollo rural en Castilla-La Mancha), como estatal (Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, y Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley para el desarrollo sostenible del medio rural) y estatutario (cfr., art. 48.1 Estatuto de Autonomía Andalucía). Sin embargo, como tempranamente advirtiera Tomás PRIETO ÁLVAREZ, “¿Una futura ley de ordenación de la agricultura y el desarrollo rural? La cuestión competencial”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, n° 38 (enero-junio 2001), p. 21, la supuesta materia “desarrollo rural”, es en realidad “una pléyade de auténticas materias, agrupadas únicamente por su finalidad de atención al progreso del medio rural”, con lo que se viene a afirmar, de manera indirecta, que el desarrollo rural no es propiamente una materia, sino un fin, conclusión a la que también llegan Roberto O. BUSTILLO BOLADO y Eva M^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, cit., p. 269. Este fin, además, sería fácilmente identificable con el simple fomento del desarrollo económico y social del campo, entendido como un mandato impuesto a los poderes públicos, genérico y sin especificación de reparto competencial alguno, en la misma línea que el art. 9.2 CE o el más cercano 130 CE.

1. Competencias estatales y autonómicas en materia de agricultura

Entre los muchos logros que se pueden predicar de la Constitución española de 1978 no se cuenta, precisamente, el haber diseñado un sistema de distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas fácilmente inteligible⁹⁹. A ello se oponían muchos factores. De una parte, el sistema de construcción progresiva del Estado de las Autonomías, cuyo resultado final era, si se admite el retruécano, ciertamente incierto en 1978 y una de cuyas peculiaridades era la asunción, también progresiva y voluntaria, de competencias por parte de las Comunidades Autónomas. De otra parte, el método empleado en la descripción del reparto competencial: dos listados, los de los artículos 148.1 CE y 149.1. CE, en los que se enumeran múltiples materias, a veces contenidas las unas en las otras, a veces ligeramente solapadas, y en los que se mezclan, aunque no siempre, las competencias que se pueden ejercer sobre esas materias¹⁰⁰. Distintas fórmulas de atribución, una doble cláusula de cierre y, finalmente, la necesidad de interpretar conjuntamente todos los preceptos del texto constitucional, incluidos o no en los mencionados artículos. El resultado, como es conocido, es la existencia sobre ciertas materias de competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas, que en realidad no lo son, y las dificultades para determinar con un mínimo de precisión el verdadero reparto competencial existente sobre ellas. Esta situación parece poder ejemplificarse de manera paradigmática en relación con la materia agricultura.

La inclusión de la agricultura en el art. 148.1.7ª CE, esto es, entre las materias en las que todas las Comunidades Autónomas que se constituyeran podían asumir competencias, supuso que, desde un primer momento, pasara a engrosar el ámbito competencial autonómico con carácter de competencia exclusiva. Su atribución como competencia exclusiva se justificaba, además, por tratarse de una materia sobre la que se consideraba especialmente oportuna la asunción de competencias por parte de las nuevas Comunidades Autónomas. En este sentido, cabe recordar que el aumento de la intervención pública en la agricultura durante todo el siglo XX llevó a que, ya antes de 1978, aparecieran sujetos jurídicos distintos del Estado

⁹⁹ “Vago, impreciso, asistemático”, lo llama Tomás PRIETO ÁLVAREZ, “¿Una futura ley de ordenación de la agricultura y el desarrollo rural?...”, cit., p. 20, al abordar, precisamente, el reparto competencial en materia agrícola. No obstante, en un trabajo con la misma finalidad, Santiago MUÑOZ MACHADO, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura”, *Agricultura y Sociedad*, nº 21 (1981), p. 268, aun coincidiendo en lo anterior, considera que “tampoco es necesario ni justo exagerar en las críticas. Las Constituciones comparadas que diseñan modelos de estado similares (incluso algunas federales muy ilustres, como puede ser la norteamericana) no contienen muchas más precisiones que la nuestra, ni apuran más el detalle al fijar el instrumento técnico que se pone al servicio de la operatividad del sistema”.

¹⁰⁰ La explicación de la descoordinación entre ambos listados se encuentra en el proceso de génesis constitucional y, en concreto, en la existencia de un primer modelo basado en tres listas (competencias exclusivas del Estado, competencias exclusivas de las CCAA, competencias compartidas), que finalmente solo fue recogido a medias. Sobre todo ello, Luis COSCULLUELA MONTANER, “La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas”, *RAP* nº 89 (mayo-agosto 1979), pp. 7-12.

que participaban en el gobierno de la agricultura, dando lugar a un reparto de funciones en ocasiones complejo y no siempre coherente, y en el que tenían un papel destacado las Cámaras Agrarias y las Diputaciones provinciales¹⁰¹, lo que con especial acierto sintetizó COSCULLUELA MONTANER al referirse al “natural enraizamiento en el territorio regional” de las materias agricultura y ganadería¹⁰². A las CCAA les fueron atribuidos, además, otros títulos competenciales que también incidían en la intervención sobre el sector agrícola, como, por ejemplo, el desarrollo legislativo y ejecución en materia de montes y aprovechamientos forestales, obras públicas, aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos, todo lo cual parecía reforzar el carácter exclusivo de esta competencia¹⁰³.

Sin embargo, la atribución de esta competencia bajo el rótulo de exclusiva, lo que ha constituido pauta común en todos los Estatutos de Autonomía, no se compadece con la realidad, tratándose, como se ha dicho con cierta dureza, de un “nominalismo simplista”¹⁰⁴.

Para empezar, existen muchas otras materias conexas, cuando no solapadas, con la materia “agricultura y ganadería”, en las que el Estado goza de muy diversas competencias con distinto alcance. Cabe señalar, entre otras: la legislación mercantil (art. 149.1.6ª CE, a efectos de la empresa agraria y demás formas societarias de explotación del campo), la legislación civil (régimen de la propiedad, de sucesiones o las bases de las obligaciones contractuales, en el art. 149.1.8ª CE), el régimen aduanero y arancelario y todo lo relativo al comercio exterior (en el art.

¹⁰¹ En relación con estas últimas, recuerda Ramón MARTÍN MATEO, *Derecho público de la economía*, CEURA, Madrid, 1985, p. 126, que “tradicionalmente las Diputaciones venían realizando ya actividades importantes de desarrollo agrícola y ganadero: granjas de experimentación, mejora de las especies, escuelas de capacitación, etc.”. En reconocimiento de estas competencias, también Santiago MUÑOZ MACHADO, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura”, cit., p. 289, precavía de que “el proceso de transferencia de servicios a las Comunidades Autónomas [en materia agraria] no debe suponer una rebaja de las competencias tradicionales de las Diputaciones y Ayuntamientos”, situación que, sin embargo, acabó produciéndose.

¹⁰² Luis COSCULLUELA MONTANER, “La determinación constitucional de las competencias...”, p. 17.

¹⁰³ Luis POMED SÁNCHEZ, “La distribución de competencias sobre agricultura en el marco de la Unión Europea”, *RAP* n.º 148 (enero-abril 1999), cit., p. 162. Nada de esto cambia con los nuevos Estatutos de Autonomía. A partir de 2006, y siguiendo el ejemplo del reformado Estatuto de Autonomía catalán, comienzan a introducirse artículos redactados de forma que reflejen, expresamente, toda la doctrina constitucional delimitadora de la materia “agricultura y ganadería”. De este modo, se intentan enumerar, de manera exhaustiva, todos los contenidos propios de esta materia y que se sitúan en el ámbito competencial autonómico. Pero todo ello sin perjuicio de seguir manteniendo, con carácter general, la asunción expresa de la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería. Esto es, por un lado se asume la competencia exclusiva sobre la materia y, a continuación, se clarifica qué se incluye en dicha competencia exclusiva, en lo que se ha dado en llamar “los dos grandes pilares del nuevo marco estatutario en materia competencial: pormenorizar y blindar”, Manuel IZQUIERDO CARRASCO, “Marco general de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el nuevo Estatuto de autonomía”, en Miguel AGUDO ZAMORA (COORD.), *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, p. 122.

¹⁰⁴ José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, “Las administraciones públicas españolas ante la agricultura y la industria agroalimentaria: Administración del Estado, Administración Autonómica y Administración Local”, *Derecho Agrario y Alimentario*, n.º 9-10 (julio-diciembre 1987), p. 22.

149.1.10^a CE), la ordenación del crédito, la Banca y los Seguros (en cuanto a las especialidades propias del crédito agrícola, art. 149.1.11^a CE), bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16^a CE: sanidad animal y vegetal con efectos sobre la salud humana o sobre la sanidad exterior), la Seguridad Social (art. 149.1.17^a CE), el fomento y la coordinación de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15^a CE), materia medioambiental (art. 149.1.23^a CE), energética (art. 149.1.25^a CE), montes y aprovechamientos forestales así como competencias hidrológicas (art. 149.1.22^a CE).

Junto a ello, la propia letra del art. 148.1.7^a CE invita ya a la aclaración sobre el verdadero alcance de esta competencia autonómica. Señala este artículo que “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) 7^a La agricultura y la ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía”. Como es notorio, esta llamada a la “ordenación general de la economía”, en absoluto gratuita, obliga a buscar a quién corresponde la asunción de competencias sobre la materia “ordenación general de la economía”. Sin embargo, nada se encuentra con ese nombre. Lo más parecido que puede hallarse son las “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, en el art. 149.1.13^a CE, señalando, por tanto, como competente al Estado. El alcance de la competencia contenida en el art. 149.1.13^a CE, sobre la que volveremos más adelante, no es menos discutido, pero parece que debe ponerse en relación con ciertos preceptos constitucionales que, sin ser atributivos de competencias, ayudan a configurar adecuadamente el alcance de las competencias recogidas en el art. 149 CE y en los distintos Estatutos de Autonomía: las exigencias de la economía general a la que hace referencia el art. 38 CE, el principio de unidad del mercado nacional consagrado en el art. 139.2 CE o el mandato relativo a la equiparación del nivel de vida de todos los españoles contenido en el art. 130.1 CE¹⁰⁵.

Como resultado de todo ello, se ha afirmado la existencia de una competencia estatal para la determinación de la política económica nacional¹⁰⁶, lo cual, por

¹⁰⁵ En sentido contrario, esto es, entendiendo que tales artículos sí son, por sí mismos, atributivos de competencias en favor del Estado, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, “Las administraciones públicas españolas ante la agricultura...”, cit., p. 21, y, en los mismos términos, Tomás PRIETO ÁLVAREZ, “¿Una futura ley de ordenación de la agricultura y el desarrollo rural?...”, cit., p. 21.

¹⁰⁶ Entre las primeras y más autorizadas voces que así lo afirmaron debe señalarse la de Joaquín TORNOS MAS, quien en un pionero artículo de 1979 (“La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía”, REDA n.º 21, abril-junio 1979, pp. 230-231), ya indicaba que “las competencias exclusivas [de las CCAA], la autonomía política, es también posible dentro de unas directrices básicas estatales, limitando la esfera libre vinculación a la ordenación de intereses que no trascienden o alteren un modelo complejo e interdependiente como es el desarrollo económico estatal”, para concluir, en un trabajo posterior (“El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica”, REDA n.º 29, abril-junio 1981, pp. 320-321), que “por encima del conjunto de referencias concretas a materias de carácter económico que se contienen en las disposiciones relativas al reparto competencial, la Constitución ha reservado al Estado la determinación de la política económica. Esta observación, por lo demás, obliga a matizar la distribución competencial en todos los ámbitos materiales de carácter económico, pues aquellos aspectos que inciden en

cuanto ahora nos afecta, ha conllevado que el Tribunal Constitucional reconociera importantes facultades al Estado sobre la materia agricultura, llevando a parte de la doctrina a considerarla como una competencia compartida más¹⁰⁷. Y es cierto que, en buena medida, ciertas formas de intervención en la agricultura (y señaladamente la intervención en los precios y los mercados de los productos agrícolas, propias de lo que se conoce como “primer pilar de la PAC”), no podrían dejarse al libre arbitrio de cada Comunidad Autónoma, pues ello equivaldría a la quiebra del principio de unidad de mercado¹⁰⁸. Reténgase que fue este mismo razonamiento el que obligó a la creación de la PAC como única forma de establecer un verdadero mercado común europeo de los productos agrícolas entre los Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea.

Ahora bien, el reconocimiento de un núcleo de competencias estatales sobre la materia agricultura no puede llevar a considerar que en este ámbito rige el esquema de reparto bases-desarrollo. De este modo, frente a quienes han afirmado que corresponden al Estado “las bases o la regulación básica de la agricultura”¹⁰⁹, se ha precisado que, “más bien, lo que sucede es que el Estado dicta, en puridad, las ‘bases sobre la planificación de la actividad económica’, y las Comunidades Autónomas, por su parte, las normas relativas a ‘agricultura’ (...) en sentido propio. Lo único que ocurre es que la ordenación estatal se eri-

la determinación de la política económica no podrán quedar a la libre determinación de las Comunidades Autónomas. Por tanto, al realizarse la interpretación de los preceptos constitucionales y estatutarios en relación a las competencias económicas no deberá solo atenderse a la materia en concreto (agricultura, comercio, crédito, transportes, etc.), siendo preciso tener en cuenta *una reserva general de poderes en la esfera central, los cuales permitan al Estado dotarse de los medios necesarios para imponer una política a nivel general*” (cursiva añadida). Con mayor contundencia afirmará algo más adelante (p. 324): “la Constitución y los Estatutos de autonomía han reconocido al Estado la *competencia exclusiva en materia de política económica*” (cursiva añadida).

La misma idea se repetiría años más tarde, apoyándose ya en la doctrina constitucional generada por el Tribunal Constitucional, y, por cuanto a nosotros interesa, en relación con la materia “agricultura”, en Joaquín TORNOS MAS, “Políticas comunitarias y ejecución interna. La política agrícola, el FEOGA orientación y las competencias autonómicas”, en Alberto PÉREZ CALVO (COORD.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, Madrid, 1990, p. 186, donde se señala que “la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha creado un nuevo título material que da cobertura a la intervención estatal para definir a nivel normativo y ejecutar la política económica unitaria (...) como síntesis de varios preceptos constitucionales que, de hecho, reconocen la existencia de una política económica unitaria”.

¹⁰⁷ Entre otros, Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Agricultura”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Derecho Administrativo económico. Tomo II*, La Ley, Madrid, 1991, p. 295, afirma que “la agricultura se configura en el propio texto constitucional como una materia objeto de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. También Luis POMED SÁNCHEZ, “La distribución de competencias sobre agricultura...”, cit., p. 171, considera que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre la incidencia del art. 149.1.13ª CE en las competencias sobre agricultura de las CCAA permite afirmar que “el encuadramiento de la agricultura en la economía general ha venido a hacer de aquella prácticamente una competencia concurrente”.

¹⁰⁸ En este preciso sentido, Joaquín TORNOS MAS, “El proceso de distribución de las competencias económicas...”, cit., pp. 324-325, indica que “cuando se habla de [competencias autonómicas en materia de] agricultura no debe entenderse incluido en este concepto la fijación de precios agrícolas por campaña, en cuanto esta actividad supone una potestad directamente vinculada a la política económica”.

¹⁰⁹ José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Las administraciones públicas españolas ante la agricultura...”, cit., p. 22.

ge en ‘presupuesto de hecho’ y ‘marco general’ de la competencia autonómica, contribuyendo internamente a definir y delimitar los contornos de la propia materia autonómica”¹¹⁰. Esto es, la atribución como competencia exclusiva de la competencia sobre agricultura realizada en favor de las Comunidades Autónomas, a pesar de que no lo sea en sentido estricto¹¹¹, debe interpretarse en su literalidad y, correlativamente, la cláusula de cierre del art. 148.1.7ª CE no debe amparar interpretaciones que vayan más allá de su redacción, de modo que la ordenación general de la economía no serían más que los grandes criterios rectores de todo el sistema económico y desde luego nada parecido a la ordenación básica del sector¹¹².

¹¹⁰ Manuel Ángel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Competencias sobre agricultura, ganadería, pesca, acuicultura y marisqueo (Comentario al art 48)”, en Manuel REBOLLO PUIG y Santiago MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 440-441, de conformidad con Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “Agricultura. Régimen general”, en AAVV, *El Estado de las Autonomías*, vol. I., ed. Ceura-BCH-Consejo Económico y Social de Madrid, Madrid, 1996, p. 738, y con Luis COSCULLUELA MONTANER, “La determinación constitucional de las competencias...”, cit., pp. 17-18, quien por ello mismo considera que “quizá hubiera sido más correcto atribuir expresamente al Estado la titularidad de la ordenación de la economía agraria, como sector específico de la economía general”.

A la misma conclusión (la ausencia de competencias básicas del Estado sobre la materia agricultura) llevaría la comparación con el modo en que se atribuyen las competencias autonómicas en materia de “montes y aprovechamientos forestales”. Como razonan Roberto O. BUSTILLO BOLADO y Eva Mª MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, cit., p. 60, a partir de la simple comparación entre los arts. 148.1.7ª y 148.1.8ª, y atendiendo al art. 149.1.23ª CE, que reconoce al Estado la competencia sobre legislación básica sobre montes y aprovechamientos forestales, “se aprecia (...) con toda claridad, que el ámbito competencial de las CCAA sobre ‘agricultura y ganadería’ es más amplio que el que disponen sobre ‘montes y aprovechamientos forestales’ (...). En materia de montes y aprovechamientos forestales el Estado puede y debe hacer uso de una competencia para dictar directamente legislación básica en la materia, competencia de la que carece en el caso de la agricultura”.

¹¹¹ Como insiste Joaquín TORNOS MAS, “El proceso de distribución de las competencias económicas...”, cit., pp. 320 y 324, “la referencia a competencias exclusivas que se contiene en la Constitución y Estatutos no puede entenderse en sentido estricto”, sino que “debe entenderse siempre como relativa a competencias concurrentes”. De la misma opinión, Santiago MUÑOZ MACHADO, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura”, cit., p. 313, afirma que “en el campo de la agricultura (...) las Comunidades Autónomas solo disponen, en el plano legislativo, de competencias concurrentes”. En un trabajo posterior, y sin rechazar de plano esta afirmación, el mismo Joaquín TORNOS MAS, “Políticas comunitarias y ejecución interna...”, cit., p. 191, matizará, refiriéndose precisamente a la materia agrícola, que la relación entre las competencias estatal y autonómica “no es de concurrencia (bases/desarrollo), ni de compartición de una misma materia. La ordenación económica general actúa más bien como límite de la competencia autonómica (...) Es por esta razón que no estimo oportuno acudir en estos supuestos al juego bases-desarrollo, que debe reservarse para las competencias concurrentes”, todo ello en línea con lo que se expone a continuación en texto.

¹¹² De este modo, la ordenación general de la economía simplemente “contribuye internamente a definir y delimitar los contornos de la propia materia autonómica”, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “Colaboración administrativa e iniciativa social (Algunas manifestaciones de este problema en el campo de la agricultura)”, en Francisco SOSA WAGNER (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1.592.

Como principal consecuencia, “la Comunidad Autónoma puede actuar sus competencias sobre agricultura (...) sin necesidad de más requisitos que el título correspondiente, [mientras que] el Estado necesita justificar el ejercicio de su competencia en la salvaguarda del sistema económico y de la economía nacional”, Manuel Ángel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, “Competencias sobre agricultura...”, cit., p. 441, siguiendo también a Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “El desarrollo de las competencias autonómicas de Andalucía en materia de agricultura”, *Veinte años vigencia del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Desarrollo de las competencias autonómicas*, RAAP nº extraordinario, vol. II, pp. 437-438.

En todo caso, y a pesar de estas precisiones teóricas (no plenamente exentas de crítica¹¹³), lo cierto es que el Estado aprueba normativa muy cercana a la básica en materia agrícola, a la que en ocasiones incluso califica expresamente como tal, dejando a las Comunidades Autónomas su desarrollo legislativo y su ejecución, por lo que, en la práctica, el esquema que acaba aplicándose es el ya señalado de bases-desarrollo¹¹⁴. Ello no obstante, la propia competencia estatal sobre planificación económica puede implicar que, en ocasiones, corresponda a la Administración General del Estado desarrollar actuaciones de simple ejecución¹¹⁵.

¹¹³ En efecto, los grandes criterios rectores a los que pretende reducirse la expresión “de acuerdo con la ordenación general de la economía”, expresamente prevista para la agricultura y la ganadería, rigen, por definición, para todas las materias de contenido económico atribuidas a las Comunidades Autónomas, muchas de ellas incluidas en el mismo art. 148 CE (urbanismo, vivienda, pesca en aguas interiores, marisqueo, acuicultura, caza y pesca fluvial, artesanía, turismo...), sin que al constituyente le pareciera necesario incluir dicha precisión. En realidad, una interpretación excesivamente restrictiva de esta acotación la convertiría en superflua e inútil, pues bastaría con los art. 149.1.1ª y 13ª CE para que el Tribunal Constitucional hubiera podido reconocer las competencias que sobre esta materia ha reconocido en favor del Estado. De hecho, eso es precisamente lo que ha pasado con otras materias, como el turismo: el art. 148.1.18ª CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir la competencia sobre la “promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial”, sin mayor acotación, lo que no ha impedido que el Tribunal Constitucional reconociera al Estado competencias sobre esta materia. Consecuentemente, el hecho de que el art. 148.1.7ª CE incluya una acotación, que no era necesaria para reconocer el respeto a unos principios genéricos e incluso a unos poderes reguladores del Estado, hace pensar –obliga a pensar, más bien– que su contenido debe ir más allá, pues de lo contrario se vulneraría el principio de “efecto útil” de la norma constitucional. Es cierto que no se utilizan las expresiones “bases” o “básico”, pero no puede considerarse absolutamente irrazonable pensar que ese es el sentido que debe otorgarse a la expresión “de acuerdo con la ordenación general de la economía”.

¹¹⁴ No es infrecuente, además, que dicha normativa estatal venga contenida en normas de rango reglamentario, vulnerando la doctrina constitucional sobre el rango que debe ostentar la norma básica. Como sintetiza Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, cit., pp. 282-301, la doctrina del TC exige que las bases se contengan en norma con rango de ley (SSTC 1/1982, 32/1983 y 42/1983), ya sea Ley aprobada por las Cortes, Real Decreto-Legislativo (STC 382/1993, FJ 3) o Real Decreto-Ley. Se trata, en buena medida, de una exigencia del principio de seguridad jurídica (STC 69/1988, FJ 3). Sin embargo, el TC admite “excepciones justificadas” a esta regla, que han acabado siendo la norma, de modo que es posible que las bases se contengan en normas de rango reglamentario (SSTC 1/1982, 203/1993).

En relación con las subvenciones, y por cuanto nos afecta especialmente, cabe señalar los argumentos manejados por la STC 65/2010, de 18 de octubre, recaída en un conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno de Aragón respecto del Real Decreto 1229/2005, de 13 de octubre, por el que se regulan las subvenciones públicas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en las áreas de influencia socioeconómica de los Parques Nacionales: “«como excepción a dicho principio de ley formal, la referida doctrina admite que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de esta, complemento necesario para garantizar el fin a que responde la competencia estatal sobre las bases», condiciones que resulta claro que concurren en un Real Decreto cuyo objeto es la regulación de subvenciones públicas, por naturaleza coyunturales”.

¹¹⁵ En efecto, como advierte Santiago MUÑOZ MACHADO, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura”, cit., p. 287, “si el Estado es competente sobre «las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13ª), es evidente que estos poderes ni se agotan ni pueden agotarse en el ejercicio de funciones legislativas estrictas; la fijación de precios, las medidas sobre mercados y abastecimientos, el aseguramiento de la libre circulación de mercancías, etc., no tienen por qué contenerse siempre en leyes, sino que pueden estarlo en reglamentos (...) o en actos de ejecución”. Sin perjuicio de ello, el mismo autor considera, p. 308, que “el Estado debe reducir sus funciones de gestión directa de los servicios en el sector agrario al mínimo, a lo ineludible o indispensable, proyectando su acción ordinariamente a través de las funciones legislativas, reglamentarias, de planificación, coordinación, etc.”.

La traducción de este reparto constitucional al ámbito de la ejecución administrativa de la Política Agrícola Común implica que al Estado corresponderá, únicamente, y en su caso, la fijación de la normativa necesaria para garantizar una ejecución homogénea de las obligaciones de la Unión en todo el territorio nacional, sin poder agotar todo el margen de regulación dejado por la normativa de la Unión. El resto del desarrollo normativo, y muy especialmente lo relativo a la organización administrativa, corresponderá a las Comunidades Autónomas, que también serán las competentes, por regla general, para llevar a cabo la gestión y aplicación material de las obligaciones agrícolas de la Unión. Solo muy excepcionalmente, y en relación con situaciones que así lo justifiquen expresamente, es posible admitir que el Estado pueda agotar toda la regulación y asumir la gestión y aplicación material¹¹⁶. Así ocurriría, en relación con las subvenciones agrícolas de la Unión, con las causas citadas en la STS 95/1986, a saber: “si resultase imprescindible para asegurar su plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, siendo al tiempo un medio necesario para evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales o de los créditos que hayan de destinarse al sector”¹¹⁷.

2. Competencias estatales y autonómicas en materia de subvenciones públicas

Antes de abordar el estudio de la distribución de competencias sobre subvenciones, debe indicarse que existe el riesgo de que puedan mezclarse, como en ocasiones ocurre en algunas exposiciones doctrinales, hasta cuatro cuestiones distintas, todas ellas difusamente englobadas como una única materia: las subvenciones públicas. De este modo, deben distinguirse:

¹¹⁶ Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Agricultura”, cit., p. 299. En el mismo sentido, refiriéndose, en concreto, a la ejecución nacional de las medidas propias del “segundo pilar de la PAC”, Albert MASSOT I MARTÍ, “La aplicación de la nueva política de estructuras agrarias comunitarias en Cataluña”, *Aunomies* n° 6 (mayo 1987), p. 38.

¹¹⁷ En realidad, y a pesar de las quejas continuas en la doctrina relativas a la excesiva intervención del Estado en la ejecución de la Política Agrícola Común, y el fraude que ello supondría a la distribución de competencias en materia de agricultura prevista por el bloque de la constitucionalidad, lo cierto es que la mayor parte de las competencias transferidas a (y ejercidas por) la Unión Europea en materia agrícola son competencias que correspondería ejercer al Estado de conformidad con lo previsto en el art. 149.1.13ª CE (muy en especial, pero no solo, por cuanto afectan a la unidad del mercado). De este modo, no sería cierto que se haya producido un vaciamiento de competencias autonómicas en materia agrícola, pues “las competencias de las Comunidades Autónomas no llegan a ser, en realidad, alcanzadas por el traspaso competencial que opera el Tratado de Adhesión”, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Las administraciones públicas españolas ante la agricultura...”, cit., p. 23. También Joaquín TORNOS MAS, “Políticas comunitarias y ejecución interna...”, cit., p. 181, considera que “como quiera que la competencia ejercida por los órganos comunitarios es definir una política [agrícola] común, quien pierde a nivel interno su título competencial es el Estado”. En sentido parecido, Albert MASSOT I MARTÍ, “La aplicación de la nueva política de estructuras agrarias...”, cit., p. 34.

- En primer lugar, el régimen jurídico general y abstracto de la subvención: subvención entendida como una institución de Derecho público, equiparable a la concesión administrativa, a la autorización administrativa, al contrato administrativo, etc.
- En segundo lugar, la potestad de gasto mediante subvenciones, es decir, la decisión sobre destinar fondos a un determinado programa o línea de subvenciones.
- En tercer lugar, el régimen jurídico concreto de cada subvención particular (una beca al estudio, una ayuda para la celebración de un certamen cinematográfico, una ayuda para la construcción de buques, etc.).
- Finalmente, la gestión y ejecución de cada subvención particular (sustanciación del procedimiento de concesión, de control, de recuperación, de sanción, etc., de cualquiera de las ayudas particulares señaladas en el anterior punto).

En cada uno de esos supuestos encontramos problemas jurídicos distintos y una respuesta distinta, basada en criterios distintos, en el bloque de la constitucionalidad sobre el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas. Por ello resulta importante distinguir bien unos de otros y entender la realidad a la que hacen referencia. Por hacer un paralelismo con otra institución jurídica, con el fin de aclarar esta clasificación, cabría pensar en los tributos. En primer lugar, es posible distinguir el régimen jurídico general y abstracto del tributo (estructura del tributo, obligación tributaria, obligados tributarios, etc.). En segundo lugar, una cuestión distinta sería la decisión sobre qué manifestaciones de la riqueza o la capacidad contributiva deben ser gravadas (las rentas del trabajo, las rentas del patrimonio, el consumo, etc.). En tercer lugar, relacionado con lo anterior, aunque distinto de ello, encontraríamos el régimen jurídico concreto de un impuesto particular (el régimen jurídico del IRPF, el régimen jurídico del IS o del ISD, etc.); finalmente, al margen de todo lo anterior se situaría la cuestión de a quién corresponde la gestión y ejecución de dicho impuesto (órganos encargados de la liquidación, recaudación, inspección, control, recuperación, sanción, etc.).

Es decir, el régimen jurídico general de la subvención, entendida como institución jurídico-pública, abstracta y genérica, no debe confundirse ni con la decisión de destinar fondos a una materia concreta ni con el régimen jurídico de la subvención que, en concreto, permita que tales fondos lleguen a sus destinatarios. Estas dos últimas cuestiones tampoco deben confundirse entre sí.

De este modo, del régimen jurídico general de las subvenciones públicas habría venido a ocuparse la LGS, que ni crea subvenciones concretas ni regula el ejercicio

del poder de gasto de las Administraciones públicas, sino que se limita a establecer el régimen jurídico común y general de todas las subvenciones públicas¹¹⁸.

Por su parte, la atribución de la competencia para decidir sobre el destino de fondos a una determinada materia también tiene sus reglas propias. Y lo mismo ocurre con la competencia para el establecimiento de subvenciones concretas, la cual, cabe adelantar, corresponde a quien ostente la competencia sustantiva (sea el Estado, sea una Comunidad Autónoma, sea un Ente local). Cuestión distinta es que, en el ejercicio de esta competencia sustantiva (y, consecuentemente, en la creación y la regulación de las subvenciones concretas), deba respetarse el régimen jurídico establecido con carácter general para todas las subvenciones o que los fondos con los que se sufragará la subvención hayan sido aportados por otra instancia pública.

De ahí lo acertado de las críticas dirigidas a las minorías nacionalistas que se opusieron al proyecto de Ley General de Subvenciones confundiendo la finalidad de este proyecto (establecer un régimen jurídico general y abstracto para todas las subvenciones), con la doctrina constitucional relativa al poder de gasto del Estado (SSTC 13/1992 y ss., de las que nos ocuparemos más adelante) y con el reparto de competencias sobre el establecimiento de regímenes jurídicos de subvenciones concretas.

En efecto, toda la doctrina constitucional fijada en las SSTC 13/1992 y ss. resultaba inaplicable frente a la intención de aprobar una Ley General de Subvenciones, dado que “toda esta doctrina (...) se dicta a propósito de conflictos de competencia Estado - Comunidades Autónomas en los que se plantea la invasión mediante el ejercicio de la potestad subvencional de concretas materias amparadas por títulos competenciales autonómicos, caso diferente de la LGS”¹¹⁹. Esta doctrina no sirve para estudiar el reparto competencial realizado en la elaboración de la LGS porque en estas SSTC se discutía el régimen jurídico (normativo y de aplicación) de subvenciones concretas, aprobadas en ámbitos determinados, de modo que la discusión se centraba en las competencias desplegadas sobre tales ámbitos o materias (agricultura, vivienda, educación...), mientras que con la aprobación de la LGS lo que se discutía era otra cosa: el régimen jurídico general de las subvenciones.

¹¹⁸ Acertadamente, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pp. 80-83, distingue entre la potestad para establecer subvenciones y la potestad para aprobar las normas reguladoras de su gestión. En el primer ámbito, la distribución de competencias entre Estado y CCAA se hace depender de la distribución de competencias materiales (sin perjuicio de las correcciones introducidas en este ámbito por el Tribunal Constitucional sobre la base de la “soberanía financiera” del Estado), lo que no se ve afectado lo más mínimo por la aprobación de la LGS. En el segundo ámbito hay que distinguir la normativa básica (legal y reglamentaria), que corresponde en todo caso al Estado, y la normativa que, en cada caso concreto, viene a concretar el régimen jurídico de cada subvención, que será objeto de reparto de competencias entre Estado y CCAA de nuevo sobre la base de sus competencias materiales.

¹¹⁹ José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 39.

A. *Competencias sobre el régimen jurídico general de las subvenciones públicas*

De conformidad con lo expuesto hasta ahora, cabe afirmar que existe una materia o, quizá más modestamente, una submateria, que puede ser objeto de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas bajo la rúbrica de régimen jurídico general de las subvenciones públicas.

Quienes han rechazado su existencia lo han hecho movidos por una interpretación equivocada de la doctrina constitucional existente con anterioridad a la aprobación de la LGS sobre potestad de gasto y regulación y ejecución de subvenciones concretas, a la que acabamos de hacer referencia y sobre la que más adelante volveremos con mayor detenimiento.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional ha afirmado que la subvención no es título competencial ha querido decir que la decisión sobre destinar fondos a una concreta subvención no confiere competencias sobre el establecimiento de su régimen jurídico y su ejecución que no se tuvieran ya en virtud del reparto establecido por el bloque de la constitucionalidad. Es decir, la formulación exacta de la doctrina constitucional sería que “el establecimiento de una concreta subvención no genera un título competencial”. Ahora bien, como resulta evidente, lo anterior no niega que el régimen jurídico general de la subvención (como el régimen jurídico de los contratos o de las concesiones administrativas) sea, en sí mismo, una materia sobre la que se proyecten títulos competenciales. Desde este punto de vista, sí que podría afirmarse que la subvención es título competencial (afirmación, en todo caso, impropia, porque implicaría confundir materia y competencias sobre la materia) y, en consecuencia, no resultaría adecuado afirmar que “la subvención no es materia competencial”, que no existe “una competencia específica en materia de subvenciones” o que “no existe una competencia subvencional específica en el bloque de la constitucionalidad”¹²⁰.

En definitiva, cabe afirmar la existencia de una materia propia, el régimen jurídico general de la subvención. La cuestión, por tanto, radica en resolver a quién le corresponden las competencias sobre el régimen jurídico general de la subvención y qué tipo de competencias son estas, es decir, es necesario averiguar en qué preceptos constitucionales se produce el reconocimiento de competencias en favor del Estado y en que Estatutos se atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas sobre esta materia.

¹²⁰ LUIS POMED SÁNCHEZ, “La distribución de competencias sobre agricultura...”, cit., pp. 65, 109 y 114.

La resolución del problema no es fácil, aunque de la contemplación del ordenamiento jurídico ya se deduce que debe tratarse de una competencia compartida, pues tanto el Estado, a través de la LGS, como numerosas Comunidades Autónomas, han aprobado sus propias normativas generales reguladoras de la figura de la subvención. En efecto, en el bloque de la constitucionalidad no existe un reparto competencial claro sobre el régimen jurídico de la subvención, a diferencia de lo que ocurre con otras instituciones jurídicas muy cercanas como los contratos o las concesiones administrativas. A este respecto, el art. 149.1.18ª CE establece como competencia del Estado “la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”, pero guarda silencio respecto a las subvenciones. También guardan silencio a este respecto los distintos Estatutos de Autonomía, incluso aquellos que han sido más recientemente reformados¹²¹.

La Disposición Final 1ª LGS, sin embargo, sí ofrece una indicación expresa sobre la habilitación competencial del Estado para actuar sobre esta materia. De conformidad con esta disposición, la LGS “se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª, 14ª y 18ª de la Constitución”. A pesar de esta afirmación, el reconocimiento de competencias en favor del Estado realizado por cada uno de estos preceptos es muy distinto.

En primer lugar, el art. 149.1.13ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las “Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”. De la lectura de la Exposición de Motivos se deduce que la LGS considera aprobados bajo la cobertura de este precepto los arts. 8 (principios generales de las subvenciones), 18 (publicidad de las subvenciones concedidas) y 20 (información sobre la gestión de subvenciones). Sin embargo, como ha advertido Luis POMED, resulta discutible que el contenido de los artículos mencionados pueda reconducirse a este título competencial¹²², pues solo el art. 8 LGS cumpliría el requisito de tener una “incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general” (SSTC 21/1999, de 25 de febrero, FJ 5; 128/1999, de 1 de julio, FJ 7; 134/2001, de 11 de julio, FJ 9; 77/2004, de 29 de abril, FJ 4), mientras que los arts. 18 y 20 LGS son plasmaciones del principio de transparencia, que deben informar el actuar de

¹²¹ Así, el art. 45.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA), rubricado “Fomento”, establece que “en las materias de su competencia, corresponde a la Comunidad Autónoma el ejercicio de la actividad de fomento, a cuyos efectos podrá otorgar subvenciones con cargo a fondos propios, regulando o, en su caso, desarrollando los objetivos y requisitos de otorgamiento y gestionando su tramitación y concesión”. De este modo, se consagra estatutariamente la doctrina constitucional antes referida y relativa al reparto de competencias sobre la regulación y la ejecución de competencias concretas, pero nada se dice sobre la materia “régimen general de la subvención pública”.

Por su parte, el art. 47.2.3º EAA establece que “son competencias compartidas de la Comunidad Autónoma (...) los contratos y las concesiones administrativas”.

¹²² Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal de aplicación de la Ley”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 78.

las Administraciones públicas en el procedimiento de concesión de subvenciones y “siendo ello así, no parece que su ubicación competencial más adecuada sea el título sobre bases y coordinación de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) sino en el ámbito del art. 149.1.18 CE”¹²³.

En segundo lugar, el art. 149.1.14^a CE, reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre “Hacienda general y deuda del Estado”, lo que puede resultar comprensible si se atiende a que el régimen jurídico de la subvención, en cuanto modalidad de gasto, se vincula a la competencia sobre la Hacienda, el presupuesto y el gasto público. No en vano, la primera regulación general de la subvención de ámbito estatal se contuvo en el TRLGP, al igual que ocurrió, en sus respectivos ámbitos territoriales, con muchas de las leyes de Hacienda autonómicas¹²⁴. Ahora bien, este título competencial tiene importantes limitaciones, dado que, en tanto que actividad administrativa de contenido económico, la competencia sobre Hacienda general no debe ir más allá de lo estrictamente relacionado con el modo de aprobación y ejecución del gasto, del mismo modo que no tendría sentido que los contratos públicos, por el hecho de implicar una modalidad de gasto público, se regularan en la LGP, más allá de las cuestiones estrictamente presupuestarias.

Finalmente, el lugar normal y natural donde debe radicarse la materia “régimen jurídico general de la subvención pública” es el 149.1.18 CE^a, de conformidad con el cual son competencia del Estado “Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

El hecho de que en este precepto no se mencione expresamente la materia “régimen jurídico de la subvención” no implica que esta materia no exista con una cierta autonomía. La Constitución reconoce como materias autónomas o submaterias a muy diversas instituciones administrativas: no solo los ya mencionados contratos y concesiones, sino también la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial (art. 149.1.18^a CE). Y ello, con independencia de que tales materias, por su propia

¹²³ Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 79.

¹²⁴ Así lo recuerda también Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, cit., p. 35, quien sostiene, a partir de este dato, que las regulaciones estatales sobre subvenciones existentes con anterioridad a la aprobación de la LGS (TRLGP, Real Decreto 2225/1993, Reglamento de la IGAE) se apoyaban, precisamente, en la competencia sobre la Hacienda General del Estado contenida en el art. 149.1.14^a CE. De aquí se deduciría, paralelamente, que también las CCAA podrían regular sus subvenciones a partir de sus competencias en materia de organización de sus haciendas.

naturaleza, se encuentren íntimamente relacionadas con el régimen jurídico de las Administraciones públicas y, sobre todo, con el procedimiento administrativo común¹²⁵. Por ello cabe afirmar la existencia de muchas otras submaterias contenidas en este precepto de manera implícita: el régimen jurídico de las autorizaciones, la regulación general del Derecho Administrativo sancionador (cfr. arts. 129-138 LR-JPAC), el régimen jurídico del dominio público (cfr. art. 47.1.2ª EAA *in fine*) y el de los bienes patrimoniales, etc.

No se trata en tales casos, ni en el de la LGS, del establecimiento de procedimientos administrativos especiales en los que deban atenderse a las especialidades del sector o la materia en que se desarrollan (minas, aguas, ruido, medio ambiente, agricultura, industria...). Se trata de procedimientos administrativos generales, que posteriormente deberán ser concretados en cada materia, sector o ámbito de la realidad por parte de quien ostente las competencias sobre las mismas. Ello justifica, precisamente, su carácter básico, sobre el que volveremos ahora¹²⁶.

Y, todo ello, de conformidad con la interpretación constitucional sobre la competencia estatal relativa al “procedimiento administrativo común”, según la cual “este Tribunal no ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del

¹²⁵ En cualquier caso, y como ha destacado Joaquín TORNOS MAS, “Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor”, en Joaquín TORNOS MAS (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 38-45, *passim*, y en especial pp. 38 y 43, como resultado de la compleja redacción del art. 149.1.18ª CE, el Tribunal Constitucional no ha conseguido separar nítidamente las materias régimen jurídico y procedimiento administrativo común y, junto a ello, los títulos funcionales que correspondían a cada una (bases y competencia exclusiva) han terminado por identificarse.

¹²⁶ Santiago MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario...”, cit., nota 1 a p. 330, señala, precisamente, que “la pretensión fundamental del artículo 149.1.18ª de la Constitución, al exigir una regulación básica por parte del Estado de las principales materias que conforman la espina dorsal del derecho público interno (procedimiento y régimen jurídico de las Administraciones públicas, contratos, concesiones, expropiación, responsabilidad) fue específicamente la de mantener la unidad básica del derecho público en todo el territorio del Estado. Manifiestamente fue esta la pretensión de los constituyentes”. En sentido similar, el mismo Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. III*, cit., pp. 424 y 427-429. La unidad del Derecho público, como valor constitucional capaz de justificar esta interpretación del art. 149.1.18ª CE, podría verse reforzada, además, con su asociación al art. 149.1.1ª CE.

En contra, Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 93, quien considera que “la definición de la «estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración» como parte de la competencia sobre «procedimiento administrativo común» reclama en sí misma generalidad y estabilidad, lo que resulta radicalmente incompatible con la regulación de una «estructura general» procedimental en función de la potestad pública que se ejercite. De lo contrario, la decisión de convertir los procedimientos especiales *ratione materiae* en «procedimiento administrativo común» quedaría en manos de la libérrima decisión del legislador estatal, vaciándose con ello sustancialmente de contenido las competencias autonómicas en este ámbito”. Del mismo modo, Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, cit., p. 36, rechaza la idea de que el Estado pueda aprobar la legislación básica sobre actuaciones administrativas que no hayan sido “objeto de especial consideración constitucional, como los contratos y las concesiones administrativas”. Cabe preguntarse, sin embargo, si la redacción del art. 149.1.18ª CE no resulta, en buena medida, ejemplificativa, de modo que se refiere expresamente a los contratos y concesiones como podría hacerlo a otras instituciones. Así lo demostraría el hecho de que no hable de dominio público, o de entidades locales, sin que ello haya obstado a reconocer competencias básicas al Estado sobre estas materias.

procedimiento, entendido en sentido estricto, que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos); en esta competencia se han incluido también los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (STC 227/1988) (STC 50/1999, de 6 de abril, FJ 3)¹²⁷.

La calificación del “régimen jurídico general de la subvención pública” como una submateria dentro del art. 149.1.18ª CE, implica que el reparto competencial que se opera sobre ella resulte reconducible al esquema bases-desarrollo, lo que explica la aprobación de la LGS como ley parcialmente básica, al igual que ha ocurrido con sus normas de desarrollo¹²⁸. De hecho, a pesar de que la Disposición final primera de la LGS parezca vincular el carácter básico de sus artículos, indistintamente, a lo dispuesto “en el artículo 149.1.13ª, 14 y 18ª de la Constitución”, la basicidad de la Ley se desprende esencialmente del art. 148.1.18ª CE¹²⁹.

¹²⁷ En efecto, el régimen jurídico de la subvención implica varios procedimientos: procedimiento de concesión, procedimiento de control, procedimiento de reintegro, procedimiento sancionador. Ahora bien, junto a la regulación de estos procedimientos en sentido estricto se regulan numerosas “garantías generales de los particulares” en el seno de los mismos. Así, el contenido mínimo de las normas que establecen cada subvención (*prius* lógico al procedimiento de concesión), la fijación de las obligaciones de los beneficiarios y las potestades de la Administración (*prius* lógico del procedimiento de control), las causas de reintegro (*prius* lógico del procedimiento de reintegro), las infracciones que puedan cometerse y las sanciones que se puedan imponer (*prius* lógico del procedimiento sancionador), etc. Este es, precisamente, el criterio que permite afirmar que estamos ante un procedimiento administrativo común y, por tanto, competencia del Estado. Como explica FRANCISCO LÓPEZ MENDUO, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, RAP nº 129 (septiembre-diciembre 1992), pp. 73-74, “el criterio de lo que deba constituir lo «común» quizás no deba atender tanto al tipo de procedimiento (general-especial); o a qué poder público ostente la competencia sustantiva sobre una materia (...). Antes que nada, habrá de tenerse por común cualquier garantía *esencial*, donde quiera que esta se encuentre, o sea, referirse a aquellos supuestos necesarios para «*garantizar a los administrados un tratamiento común*», o en otras palabras, «*la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales*», expresiones del artículo 149.1.1º y 18º”.

¹²⁸ A este respecto, recuerda la Disposición final segunda LGS que “las normas que en desarrollo de esta Ley apruebe la Administración General del Estado tendrán carácter básico cuando constituyan el complemento necesario respecto a las normas que tengan atribuida tal naturaleza conforme a la disposición final primera”. El hecho de que se refiera a las normas aprobadas por la “Administración General del Estado” y no, estrictamente, por el Consejo de Ministros, parece abrir la puerta a normas reglamentarias aprobadas no solo por Real Decreto, sino por instrumentos normativos de rango inferior, como Órdenes ministeriales o Resoluciones.

¹²⁹ LUIS POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 86, explica, en concreto, por qué el art. 149.1.14ª CE no ofrece soporte competencial alguno para declarar básicos los preceptos de la LGS. Su aparición en la Disposición adicional 1ª LGS se debería, en realidad, a una deficiente técnica legislativa: en el Anteproyecto existían dos artículos separados, uno ofrecía las bases competenciales que justificaban la aprobación de la LGS (149.1.1ª y 14ª), mientras el otro justificaba el carácter básico de algunos de sus preceptos (149.1.13ª y 18ª). Ante las críticas vertidas por el Consejo de Estado en su Dictamen, el Gobierno optó por refundir ambos artículos en uno solo (la Disposición final 1ª) y eliminar la referencia al art. 149.1.1 CE. En consecuencia, la permanencia de la referencia al art. 149.1.14ª en la Disposición final 1ª “se explica únicamente por el afán de *agotar* la relación de posibles títulos competenciales que pudieran servir para legitimar constitucionalmente la adopción de una norma como la LGS”.

Este dato, unido a que 41 de los 69 artículos de la LGS, además de dos disposiciones adicionales, son (al menos parcialmente) básicos, ha dado lugar a la revisión crítica del carácter básico de muchos de ellos, bien negándolo (así ha ocurrido, muy especialmente, con el carácter básico del Título IV LGS, en el que se regula el régimen de infracciones y sanciones en materia de subvenciones)¹³⁰, bien reclamándolo (por ejemplo, en relación con el régimen de la prescripción del reintegro¹³¹ o con determinados preceptos que no han sido declarados básicos mientras otros íntimamente vinculados a ellos sí lo han sido, como las Disposiciones Adicionales 5ª y 10ª, no básicas, en relación con los arts. 2 y 4, básicos, o la Disposición Adicional 14ª, que no es básica, a pesar de que en su tercer párrafo se remite al art. 46 LGS, que sí lo es)¹³². Finalmente, también en relación con el alcance básico de la LGS se han criticado con especial dureza las Disposiciones Adicionales 21ª y 22ª LGS, conforme a las cuales no todos los preceptos básicos de la LGS vincularán a la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como a sus entidades locales. No solo se critica que la LGS haya olvidado indicar qué preceptos básicos, en concreto, son los que no les resultan de aplicación¹³³, sino que no se comprende cuál pueda ser la razón de estas excepciones¹³⁴.

¹³⁰ Tanto Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 96, como Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, cit., p. 37, han dudado de la naturaleza básica de estos preceptos, alegando el carácter en todo caso instrumental del régimen sancionador respecto del ejercicio de las competencias sobre materias sustantivas, lo que exigiría que el Estado gozara de competencias básicas sobre tales materias. Así, LÓPEZ RAMÓN estima que la doctrina constitucional contenida, entre otras, en las SSTC 156/1995, 17/1990, 48/1988 o 227/1988, “ha admitido que el Estado puede regular, por virtud de sus competencias básicas, los tipos de ilícitos administrativos, los criterios para la calificación de su gravedad y los límites máximos y mínimos de las correspondientes sanciones (...) pero no puede menos de constatar que tal reconocimiento únicamente se ha hecho dentro de las competencias reservadas al Estado sobre una materia”. Ahora bien, lo cierto es que aquí también se produce este reconocimiento dentro de una materia en la que el Estado tiene competencias básicas: el régimen jurídico general de la subvención. Debe observarse que las infracciones y sanciones de la LGS son infracciones, por así decir, “generales”, es decir, aplicables a cualquier tipo de subvención, con independencia de la materia en la que se establezca. Por ejemplo, la infracción grave consistente en “la obtención de una subvención falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o limitado” [art. 58.a) LGS], puede aplicarse a cualquier subvención, ya se haya establecido en materia de fomento de la industria automovilística, de promoción del teatro juvenil o de cooperación al desarrollo del pueblo saharauí.

¹³¹ Con acierto señala Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 99, que dicha regulación “se subsume sin excesivo esfuerzo argumental en la noción de «garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento»”.

¹³² Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 25.

¹³³ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 27.

¹³⁴ Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, cit., p. 38. Y definitivamente parece la crítica de Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 75: “la regulación de un régimen jurídico común sobre las subvenciones es algo ajeno tanto a la Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra como al Estatuto de Autonomía del País Vasco; en definitiva, el contenido de la Ley General de Subvenciones no afecta a las relaciones financieras entre la Comunidad Foral y el Estado. Por ello, la presencia de ambas disposiciones específicas (...) no está justificada, resultando aplicable el contenido de la LGS a las Comunidades de Navarra y País Vasco en las mismas condiciones en que resulta aplicable al resto de Comunidades Autónomas, a la luz del carácter básico de la mayoría de sus preceptos, tal y como señala la Disposición Adicional 1ª LGS”.

B. *El problema de la potestad de gasto y la atribución de competencias sobre subvenciones públicas*

Cuestión distinta de la distribución de competencias en relación con la materia “régimen jurídico general de las subvenciones públicas” y que, en principio, nada tiene que ver con ella, es la potestad de gasto y, en concreto, la competencia para destinar fondos públicos a la concesión de subvenciones en una materia o sector determinados. Esta potestad de gasto, en principio, tampoco guarda relación con el reparto de competencias en relación con el establecimiento y ejecución de subvenciones concretas. Sin embargo, las relaciones entre estos tres ámbitos no son todo lo claras que sería deseable.

Como punto de partida debe comenzar por distinguirse quién es el competente para establecer subvenciones y gestionarlas sobre una determinada materia (quien ostente competencias sobre dicha materia) y quién es el competente para destinar fondos a la concesión de subvenciones en una determinada materia (el Estado siempre y los demás entes solo en la medida en que tengan competencias sobre dicha materia). Esto es, debe distinguirse entre quién es competente para establecer y gestionar subvenciones, pongamos por caso, al establecimiento de jóvenes agricultores y quién es el competente para destinar fondos a la concesión de subvenciones al establecimiento de jóvenes agricultores. La distinción es una plasmación de la dualidad propia de la subvención, en tanto que es a la vez forma de actuación administrativa y forma de gasto.

En primer lugar, esto es, contemplando la subvención como una forma de actuación administrativa, no se plantean problemas competenciales graves. La competencia para el establecimiento y gestión de subvenciones corresponde a la instancia que ostente la competencia sobre la materia de que se trate, sin excepción: de este modo, y a título de mero ejemplo, quien sea competente en materia de artesanía será competente para conceder subvenciones a las tiendas de artesanía, igual que será competente para establecer un sistema de licencias de apertura de tiendas de artesanía. En este sentido, ya la STC 39/1982, de 30 de junio, estableció que la subvención no altera la distribución de competencias. Por eso ha podido afirmarse que “las subvenciones constituyen técnicas instrumentales para el ejercicio de competencias propias, ya sean del Estado o de las CCAA”¹³⁵ o, cabría añadir, de la Unión Europea.

En segundo lugar, es decir, considerando la subvención como una forma de gasto, la distribución competencial no sigue necesariamente este sistema lógico. En principio, el Tribunal Constitucional vincula la potestad de gasto a las materias

¹³⁵ Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., p. 654.

sobre las que efectivamente se tenga competencia. Es decir, en principio, “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” (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6º). De este modo, y por seguir con el mismo ejemplo, si se han atribuido competencias exclusivas a una Comunidad Autónoma en materia de agricultura, tal Comunidad será competente para destinar fondos para conceder subvenciones al establecimiento de jóvenes agricultores. Hasta aquí, por tanto, no existen diferencias respecto al plano “administrativo” ya expuesto. La novedad aparece con la introducción de un concepto propio del federalismo, la “soberanía financiera”, de conformidad con el cual el Estado (pero solo el Estado), aun sin tener competencia alguna sobre una determinada materia, puede destinar fondos a ella. De este modo, aun correspondiendo la competencia en materia de agricultura a las Comunidades Autónomas en exclusiva, el Estado podría decidir destinar fondos para la concesión de subvenciones al establecimiento de jóvenes agricultores. Así lo entendió la misma STC 13/1992, FJ 7º, al afirmar que “el poder de gasto del Estado (...), manifestación del ejercicio de la potestad legislativa atribuida a las Cortes Generales (arts. 66.2 y 134 CE) no se define por conexión con el reparto competencial de materias que la Constitución establece (arts. 148 y 149 CE), al contrario de lo que acontece con la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas que se vincula al desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la Constitución, le atribuyen los respectivos Estatutos y las Leyes (arts. 156.1 CE y art. 1.1 LOFCA). Por consiguiente, el Estado siempre podrá, en uso de soberanía financiera (de gasto, en este caso), asignar fondos públicos a unas finalidades u otras”¹³⁶.

Esta situación de excepción, que viene a quebrar la correspondencia lógica entre titularidad de competencias y potestad de gasto, ha sido duramente criticada por la doctrina. Así, y no sin razón, se ha afirmado que la distinción entre poder de gasto, programación-ejecución y reparto competencial resulta claramente contradictoria, pues, “si por algo se caracteriza la potestad de gasto es por su instrumentalidad respecto de una competencia material. El gasto debe acompañar necesariamente a la competencia, sea esta estatal o autonómica”¹³⁷. Ello sin contar con el ataque que

¹³⁶ Frente a esta situación, y como ya afirmaba esta sentencia, la exigencia de correlación entre potestad de gasto y competencias sobre una materia determinada se mantiene en relación con las Comunidades Autónomas, que “solo pueden ejercer válidamente su autonomía financiera de gasto en conexión con sus títulos competenciales”, Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 71, con referencia expresa a la STC 95/2001, de 5 de abril, FJ 3º.

¹³⁷ Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 380. Por su parte, Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. III*, cit., p. 385, niega la posibilidad de que el Estado pueda prever subvenciones a menos que disponga de alguna competencia en la materia, al entender que las contradictorias afirmaciones de la STC 13/1992 fueron superadas por la doctrina constitucional posterior (v. gr., STC 95/2001), en el sentido expresado de que “la potestad de gasto «no podrá aplicarse sino a actividades en relación con las que, por razón de la materia, se ostenten competencias»”.

esta doctrina constitucional supone a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, ya sea directa o indirectamente¹³⁸.

Sin embargo, la realidad es que este debate tiene mucho de bizantino. Por definición, esta doctrina de la soberanía financiera únicamente será de aplicación en aquellos casos en que el Estado no tenga competencia alguna sobre la materia a la que destina los fondos. Ahora bien, lo cierto es que esta situación ni se ha producido hasta la actualidad ni tiene visos de que se produzca en el futuro, dado que el Estado siempre ostenta (o, al menos, esgrime) algún título que, por lo demás, el Tribunal Constitucional se apresta a considerar suficiente. Eso explica que, a día de hoy, la posibilidad, expresamente aceptada por la STC 13/1992, de que el Estado destine fondos a actividades desarrolladas en materias sobre las que carece de toda competencia no ha conformado la *ratio decidendi* de sentencia constitucional alguna¹³⁹.

Ahora bien, aceptada esa anomalía de que el Estado pueda destinar fondos a la concesión de subvenciones en materias sobre las que no tenga competencia, queda por resolver si, simplemente por tomar esta decisión, el Estado adquiere competencias sobre dicha materia. Es decir, si además de poder destinar fondos para la concesión de subvenciones en materias sobre las que no tiene competencias, el Estado puede, en caso de actuar esta posibilidad, establecer por sí mismo el régimen jurídico aplicable a tales subvenciones (esto es, aprobar sus bases reguladoras) e incluso encargarse de su gestión. La respuesta a esta cuestión es, en principio, negativa, y así lo ha formulado desde antiguo el Tribunal Constitucional, en una expresión que ha hecho fortuna y que, sin embargo, y tal y como vimos más atrás, en ocasiones ha sido malinterpretada: “la subvención no es un concepto que delimite competencias (SSTC 39/1982 y 179/1985) ni el solo hecho de financiar puede erigirse en núcleo

¹³⁸ Pues, en efecto, “o bien ese gasto tendrá por finalidad el contribuir a la financiación condicionada de los propios servicios autonómicos –con lo que el condicionamiento o afectación propio y característico de toda subvención menoscabará su autonomía financiera, que, ante todo, exige la plena disponibilidad de los fondos necesarios y suficientes para poder ejercer sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión competencias propias–, o bien ese gasto estatal no vendrá sino a detraer indebidamente parte de los recursos presupuestarios que, en principio, podrían y deberían dotar con mayor amplitud los ingresos transferidos –participaciones– no condicionados a fin o destino previo alguno, que son los que permiten decidir, por razón de las competencias, si se llevan a cabo unos u otros programas o acciones de fomento e incentivo”, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, cit., p. 93.

¹³⁹ Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 72. En efecto, son muchos los títulos competenciales de que se ha valido el Estado a estos efectos: comercio exterior y fomento y coordinación de la investigación científica y técnica (STC 242/1999, de 21 de diciembre); fomento y coordinación de la investigación científica y técnica y bases del régimen minero y energético (STC 175/2003, de 30 de septiembre); bases del sistema educativo (SSTC 330/1993, de 12 de noviembre; 188/2001, de 20 de septiembre); cultura (STC 109/1996, de 13 de junio; STC 71/1992, de 10 de abril); legislación básica sobre protección del medio ambiente (STC 126/2002, de 23 de mayo) y, muy especialmente, las bases de la ordenación económica (149.1.13 CE) en relación con la materia agraria y ganadera (SSTC 95 y 96/1986, de 10 de julio; SSTC 213/1994, de 14 de julio; 70/1997, de 10 de abril; 128/1999, de 1 de julio; 95/2001, de 5 de abril), la vivienda (STC 152/1988, de 20 de junio; STC 59/1995, de 17 de marzo), la modernización del comercio interior (STC 77/2004, de 29 de abril); la cinematografía (STC 106/1987, de 25 de junio), el turismo (STC 88/1987, de 2 de junio) o las ferias comerciales de carácter internacional (STC 13/1988, de 4 de febrero).

que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que puede dar lugar la actividad de financiación (SSTC 39/1982, 144/1985, 179/1985 y 146/1986), al no ser la facultad de gasto público en manos del Estado título competencial autónomo (SSTC 179/1985, 145/1989) que puede desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que corresponden a las Comunidades Autónomas según la Constitución y los Estatutos de Autonomía (STC 95/1986)” (STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 4º).

De este modo, y como tendremos ocasión de ver en el epígrafe siguiente, las competencias para la determinación del régimen jurídico y la ejecución de las concretas subvenciones que se establezcan sobre una materia determinada vendrán fijadas por el régimen general de distribución de competencias existente en dicha materia: competencia exclusiva del Estado, legislación-ejecución, bases-desarrollo, competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, etc.

C. Competencias sobre el régimen jurídico de subvenciones concretas

Debemos ocuparnos ahora de determinar quién ostenta la competencia necesaria para establecer el régimen jurídico de cada subvención concreta. Aunque de manera algo inexacta, a lo que nos referimos en este epígrafe, por tanto, es al reparto de competencias en relación con el establecimiento de las “bases reguladoras” de las subvenciones, esto es, lo que el legislador llama las “normas reguladoras de las bases de concesión de las subvenciones” (art. 17.3 LGS). En realidad, sería posible plantear un tratamiento conjunto de esta cuestión y de las competencias sobre la gestión y ejecución de las subvenciones concretamente establecidas sobre una materia, de las que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente. No obstante, en la medida en que la doctrina emanada del Tribunal Constitucional les ha dispensado un trato específico y separado, actuaremos del mismo modo.

En efecto, el Tribunal Constitucional distingue expresamente y aborda por separado el establecimiento de las subvenciones y la gestión de las subvenciones. La STC 188/1989, de 16 de noviembre, FJ 6, por ejemplo, diferencia “de un lado, los preceptos que regulan las características o condiciones de las subvenciones y, de otro, los que determinan las competencias de ejecución y gestión de las mismas”. Dentro de los primeros, que son los que ahora nos ocupan, la misma sentencia incluye “aquellos preceptos que regulan los aspectos inherentes a la finalidad de promoción o fomento que persiguen las medidas arbitradas por el Gobierno (...) tales como la definición misma de las actividades subvencionadas, la forma y nivel o cuantía de las subvenciones y, en general, las condiciones esenciales para su otorgamiento”.

Pues bien, la determinación del régimen jurídico de las subvenciones concretas, lo que implica, fundamentalmente, la fijación de las bases reguladoras de cada subvención, corresponde, en principio, a la instancia política que ostente las competencias sobre la materia en la que se concedan las subvenciones. Esta afirmación, sin embargo, requiere dos importantes matizaciones.

En primer lugar, y con carácter general, todas las instancias políticas deben respetar las normas que, con rango de básicas, conforman el entramado medular del régimen jurídico general de las subvenciones públicas. Como ya hemos expuesto, la aprobación por parte del Estado de la LGS, con un contenido parcialmente básico, implicó el establecimiento de una serie de normas comunes a todas las subvenciones concedidas por los poderes públicos españoles. Asimismo, junto con estas normas incluidas en la LGS, debe señalarse la existencia de otras normas básicas, que también inciden sobre el régimen jurídico general de las subvenciones y que deberán ser igualmente respetadas. De este modo, forman parte del régimen jurídico general de las subvenciones numerosos preceptos de la Ley General Presupuestaria, algunos de los cuales hacen expresa referencia a la LGS¹⁴⁰, así como abundantes artículos de la LRJPAC, a la que la propia LGS se remite en diversas ocasiones.

No debe olvidarse, además, que el régimen jurídico general de las subvenciones públicas no se agota en la LGS. Por el contrario, dado que se trata, según vimos, de una materia (o submateria) sobre la que se proyectan competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, también estas últimas podrán entrar a regular las condiciones generales y comunes al régimen de las subvenciones públicas que se concedan en su ámbito competencial. Se trata, por lo demás, de una posibilidad efectivamente ejercida, como demuestra la existencia de leyes reguladoras de la subvención en distintas Comunidades Autónomas, pero ejercida con moderación, como se deduce de que, en aquellos ámbitos en los que la declaración de basicidad de la LGS ha sido más reducida, las regulaciones autonómicas, aun pudiendo, no han establecido soluciones muy distintas a las previstas en la LGS para la Administración General del Estado. Es el caso, precisamente, del reintegro, respecto de cuyo régimen jurídico solo tienen carácter básico los arts. 36, 37 y 40.1 LGS, a pesar de

¹⁴⁰ Sin perjuicio de las referencias a esta Ley en los § IV, VII y VIII de la Exposición de Motivos, resultan de aplicación en materia de subvenciones, entre otros, los artículos 15 LGP (prescripción de los derechos de la Hacienda Pública estatal), 82 LGP (operaciones de tesorería con la Unión Europea), 84 LGP (reintegro de ayudas y responsabilidad financiera derivados de la gestión de los fondos procedentes de la Unión Europea), 86 LGP ("subvenciones gestionadas", constitutivas en realidad de transferencias presupuestarias), 141 LGP (control de subvenciones y ayudas), 177 (hechos que pueden generar responsabilidad patrimonial) o la Disposición Adicional 1ª (colaboración entre la Intervención General de la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas y entidades locales, cfr. Disposición Adicional 1ª LGS).

lo cual las normas autonómicas no se han separado del resto de artículos del Título II de la LGS dedicados a él¹⁴¹.

En segundo lugar, en aquellas materias en las que existen competencias compartidas entre Estado y Comunidades Autónomas, el establecimiento del régimen jurídico de las subvenciones deberá estar acorde con dicho sistema de reparto. Las posibles situaciones fueron sistematizadas por la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ. 8º, del siguiente modo:

Por un lado, “cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si esta se califica de exclusiva (v. gr., la ordenación de la economía), o bien tiene competencias sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución”, el Estado podrá regular las “condiciones esenciales de otorgamiento [de la subvención] hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación”.

Por otro lado, “cuando el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución (...), el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios”.

Lo anterior quiere decir que, en los supuestos enunciados, corresponde al Estado establecer la totalidad o parte (la parte que considere básica) de las bases reguladoras de las subvenciones concretas¹⁴². Ahora bien, en aquellos ámbitos en los que al Estado solo le corresponde la fijación de la normativa básica, resulta imposible determinar *a priori* qué debe considerarse como básico. Se trata, en buena

¹⁴¹ No es descartable que en ello haya influido el que este Título II de la LGS haya recogido, en buena medida, las soluciones que se habían venido aportando jurisprudencialmente, “tanto en la determinación de las causas como en la regulación de procedimientos y en la delimitación del alcance del reintegro”, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 304. Así ha ocurrido, aunque con matices, con la distinción entre invalidez y reintegro, la correlativa distinción de procedimientos, la aplicación del principio de proporcionalidad o la obligación de cohonestar el procedimiento de control financiero y el procedimiento de reintegro.

¹⁴² En este caso, por cierto, mediante normas que con carácter general tendrán un rango inferior al rango legal, no solo porque el carácter habitualmente coyuntural de las subvenciones lo hagan aconsejable, sino porque el art. 17.1.2º LGS prevé que “las citadas bases se aprobarán por orden ministerial, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y previo informe de los servicios jurídicos y de la Intervención Delegada correspondiente (...)”.

medida, de una operación política de muy difícil control, tanto judicial como constitucional¹⁴³, a lo que se suma la más que generosa interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en relación con el alcance de ciertas competencias estatales, no ya básicas, sino incluso meramente incidentales¹⁴⁴.

La LGS ha intentado plasmar todas estas ideas con escasa fortuna, empleando una redacción que, de ser entendida en sus términos literales, habría que reputar inconstitucional¹⁴⁵. En realidad, todo parece deberse a una confusión de planos por parte del legislador, al no distinguir correctamente entre las competencias para fijar el régimen jurídico general de las subvenciones y las competencias para fijar el régimen jurídico de las subvenciones concretas, esto es, las bases reguladoras de cada subvención.

En principio, la LGS solo parece ocuparse de establecer su propia aplicación y alcance. Es decir, la aplicación del régimen jurídico general de todas las subvenciones que, no se olvide, constituye el contenido de esta Ley. Para ello, en principio, bastaría con ceñirse a señalar cuáles de sus artículos se consideran básicos, pues tales serán, cabalmente, los que resulten de aplicación a todas las Administraciones públicas. En casos de regulación plena del Estado, esto es, en los casos en que el Estado tenga la competencia exclusiva sobre la materia de que se trate, la LGS resultará de plena aplicación, con independencia de la Administración que se encargue de la ejecución material de las subvenciones así reguladas. Del mismo modo, en caso de materias en las que corresponda actuar a las Comunidades Autónomas,

¹⁴³ Como mucho, y siguiendo a José Francisco ALENZA GARCÍA, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas...”, cit., p. 199, puede señalarse que el Tribunal Constitucional considera incluido en el ámbito de lo básico “aquellos preceptos estatales que regulan los *aspectos inherentes a la finalidad* de promoción o fomento que persiguen las medidas arbitradas por el Gobierno (STC 188/1989, FJ 6º), tales como la definición misma de las actividades subvencionadas (o la determinación de la finalidad de las subvenciones), las condiciones esenciales y objetivas para su otorgamiento (o la identificación de los posibles beneficiarios); el régimen jurídico al que quedan sometidas las ayudas (según se trate de préstamos, subvenciones a fondo perdido, etc.) y el montante máximo de las subvenciones (SSTC 95/1986 y 188/1989)”.

¹⁴⁴ Muy crítico en este sentido, Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., pp. 656 y 657, denuncia que “en materia económica el TC ha dado al concepto de «bases» un alcance extraordinariamente expansivo”, hasta el punto de que “ha llegado a la anulación de las potestades estatutarias de desarrollo reglamentario e incluso de ejecución (subvenciones en materia de prensa) (...) La doctrina formulada por el Alto Tribunal en relación al art. 149.1.1 CE (...) excede de los límites de lo que debe ser una competencia sobre las bases”.

Asimismo, la jurisprudencia ordinaria también ha asumido con naturalidad el amplio margen reconocido al Estado para declarar la basicidad de las normas reguladoras de aquellas subvenciones que establezca en ámbitos materiales donde las Comunidades Autónomas tienen competencias normativas. A título de ejemplo, baste señalar la STS de 6 de febrero de 2007, Sección cuarta, Ar. 2549 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el Real Decreto 178/2005, de 18 de febrero, por el que se regula la concesión de ayudas para la renovación del parque nacional de tractores. De conformidad con su Disposición Final 2ª, el Real Decreto, de carácter muy minucioso y pormenorizado, gozaba de carácter básico, lo que fue impugnado por la Comunidad Autónoma del País Vasco solicitando su anulación por considerar extralimitadas las competencias del Estado en un ámbito (agricultura), en el que solo cuenta con un título competencial genérico (la ordenación general de la economía) frente a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, tras la oportuna remisión a la doctrina constitucional relativa al alcance de la competencia estatal del art. 149.1.13ª CE, la sentencia afirmó su carácter básico y su constitucionalidad.

¹⁴⁵ En el mismo sentido, Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 114.

estas tendrán la posibilidad de aplicar su propia normativa reguladora del régimen general de la subvención.

Sin embargo, en lugar de esto, el art. 3.4.a) LGS dispone que la LGS debe aplicarse (se entiende que íntegramente) a las subvenciones “establecidas en materias cuya regulación plena o básica corresponda al Estado y cuya gestión sea competencia total o parcial de otras Administraciones públicas”. No es incorrecto hacer depender la determinación de la aplicación de la LGS, en su parte no básica, de las competencias que en cada ámbito material corresponda al Estado¹⁴⁶, en el bien entendido de que resultaría aplicable en materias con competencia exclusiva del Estado o en materias con competencias de legislación, quedando la ejecución a las CCAA. No obstante, si se entendiera que la LGS resulta de aplicación íntegra a las CCAA en aquellas materias en las que el Estado solo tiene competencias básicas, tal y como parece desprenderse del art. 3.4 LGS, este precepto sería necesariamente inconstitucional.

De este modo, y para este segundo supuesto, esta previsión solo resultaría constitucional en la medida en que se entendiera referida a las normas básicas de la LGS. Es decir, debe entenderse que la aplicación de la LGS prevista en el art. 3.4 LGS para los casos en que el Estado tenga competencias básicas sobre la materia solo hace referencia a los preceptos básicos de la LGS¹⁴⁷. Sin embargo, y como resulta evidente, esta interpretación convierte esta parte del artículo en superfluo, “por cuanto los preceptos básicos de la LGS ya son siempre, y en cualquier caso, de aplicación directa, aun cuando se trate de subvenciones en materias en las que el Estado no ostente competencia alguna”¹⁴⁸.

D. Competencias sobre la gestión y ejecución de las subvenciones

Finalmente, es necesario ocuparse del reparto de competencias sobre las actividades relacionadas con la simple gestión y ejecución de las subvenciones. A este respecto, solo interesan dos cuestiones: qué actividades se entienden incluidas en la gestión

¹⁴⁶ En sentido contrario se ha manifestado María Jesús GARCÍA GARCÍA, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas...”, cit., pp. 2.553-2.554, que, tras constatar que “la competencia autonómica para dictar normas de desarrollo de su régimen jurídico queda preterida por el régimen competencial de la materia sobre la que recaiga la subvención”, estima que “se trata de un exceso competencial por parte del legislador que confunde el título competencial sobre un determinado sector de actividad con las posibilidades de desarrollo de su régimen jurídico previstas en la Constitución para las Comunidades Autónomas”.

¹⁴⁷ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 27. En el mismo sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 78, quien estima, en consecuencia, que la aplicación total de la LGS por parte de las CCAA solo se produce en aquellas subvenciones concedidas en materias en que el Estado tiene toda la legislación y a las CCAA solo les corresponde la ejecución.

¹⁴⁸ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 28.

de las subvenciones y cómo se determina la instancia competente para llevarlas a cabo. Pero no debe creerse que se trata, sin embargo, de una cuestión menor. Por el contrario, han sido precisamente las competencias de gestión y ejecución las que, en mayor número de ocasiones, han generado conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas¹⁴⁹.

Respecto a la primera cuestión, existe una amplia doctrina constitucional que se ha encargado de delimitar qué se considera competencias de gestión. De este modo, se incluyen entre ellas la concesión o denegación de las subvenciones (STC 188/1989), el control del gasto y el pago de las subvenciones (STC 201/1988), el control y vigilancia acerca del efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por los beneficiarios de los auxilios (SSTC 95/1986, y 91/1992) y la potestad sancionadora por incumplimiento de la normativa aplicable –lo que incluye la incoación, tramitación y resolución de los expedientes sancionadores– (STC 91/1992)¹⁵⁰. Recogiendo y completando lo anterior, la cardinal STC 79/1992, de 28 de mayo, también señalaba entre las actuaciones que se encuentran dentro de la actividad de gestión la “recepción de solicitudes y su verificación, [la] tramitación y resolución de los expedientes y pago de los importes concedidos, así como la inspección y control del cumplimiento por parte de los beneficiarios de las actuaciones subvencionables”¹⁵¹.

En relación con la atribución de estas competencias, la regla general vuelve a ser la de atenerse a la distribución existente en la materia en la que se incardine la subvención. De este modo, en caso de competencia exclusiva correspondiente al Estado o una Comunidad Autónoma, serán cada uno de ellos quienes ostenten las competencias de gestión de la subvención. Asimismo, en caso de competencia compartida (existencia de un título competencial genérico de intervención del Estado o articulación a través de los esquemas bases-desarrollo o legislación-ejecución), la regla general será que la gestión corresponda, en todo caso, a las CCAA¹⁵². Solo excepcionalmente cabe reservar a la Administración General del Estado la gestión

¹⁴⁹ Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., p. 645, indica, a este respecto, que “en los contenciosos planteados por las CCAA al Estado, subyace no tanto plantear el conflicto en base al origen presupuestario de la subvención y su conveniencia o idoneidad (que curiosamente no se discute en ningún caso), sino que el problema se presenta para dirimir quién hará efectiva la ayuda (pago material) o (...) la administración y gestión de la subvención”.

¹⁵⁰ José Francisco ALENZA GARCÍA, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas...”, cit., p. 200.

¹⁵¹ En el mismo sentido, vid., las SSTC 70/1997, de 10 de abril; 190/2000, de 13 de julio; 98/2001, de 5 de abril; o 126/2002, de 23 de mayo. Salvador MORA BUENO, “Los sujetos de la relación jurídica subvencional...”, cit., p. 121.

¹⁵² Gloria PALACIO Y DE MONTEMAYOR, “Las subvenciones y ayudas públicas...”, cit., p. 363. José PASCUAL GARCÍA y José Carlos PASCUAL ECHALECU, *Las ayudas de la Unión Europea. Perspectivas financieras 2007-2013*, 2ª ed., BOE, Madrid, 2008, pp. 22-23.

de las subvenciones, para lo que deben concurrir tres circunstancias que la doctrina considera cumulativas, y no alternativas¹⁵³:

- Asegurar la plena efectividad dentro de la ordenación básica del sector.
- Garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute en todo el territorio nacional.
- Evitar que se sobrepase la cuantía global asignada.

Además, y como matizó la STC 79/1992, de 28 de mayo, “la procedencia de esta gestión centralizada debe aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate”. El ejemplo prototípico a estos efectos vendrá constituido por ciertas ayudas de la Unión, aunque es posible también encontrar ejemplos relativos a subvenciones estrictamente nacionales. En el marco concreto de la PAC no serán, de hecho, infrecuentes aquellas ayudas en que la normativa de la Unión asigne al Reino de España una cantidad de euros máxima y global para atender las solicitudes que, en relación con un tipo concreto de subvención agrícola, puedan presentarse¹⁵⁴. No obstante, frente a esta situación también cabe la posibilidad de que tales partidas se territorialicen, asignando en el ámbito interno una cantidad concreta a cada Comunidad Autónoma y permitiendo, de este modo, que sus respectivas Administraciones asuman las tareas de gestión. Esta práctica de la territorialización de las subvenciones, sin embargo, y aun a pesar de existir una doctrina constitucional claramente favorable a ella, parece ser asumida muy lentamente por la Administración General del Estado¹⁵⁵.

3. El régimen jurídico aplicable a las ayudas agrícolas de la Unión Europea en España

Completada la exposición sobre el modo en que se distribuyen las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en las principales materias a las que afectan

¹⁵³ Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., p. 661. Como señala este mismo autor, el argumento esgrimido por el Estado para justificar esta excepción se basa en “el peligro de que los recursos presupuestados para el objeto de la subvención, al ser administrados por una pluralidad de entes autonómicos con posibles competencias en la materia, se corra el riesgo de sobrepasar los límites cuantitativos de aquellos recursos”, p. 667.

¹⁵⁴ José Francisco ALENZA GARCÍA, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas...”, cit., p. 211.

¹⁵⁵ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “La concesión y el control de las subvenciones en la Unión Europea: la gestión por la Comisión Europea y por las autoridades españolas (la experiencia española)”, *Revista Española de Control Externo*, vol. VI, nº 17 (mayo 2004), cit., p. 183, refiriéndose, precisamente, a ayudas procedentes de fondos de la Unión. Dicha situación explica, asimismo, una nueva previsión competencial incluida en algunos Estatutos de Autonomía, conforme a la cual “la Comunidad Autónoma participa, en los términos que fije el Estado, en la determinación del carácter no territorializable de las subvenciones estatales y comunitarias y en su gestión y tramitación” (cfr. art. 45.3 Estatuto de Autonomía para Andalucía).

las ayudas agrícolas de la Unión (agricultura y régimen jurídico de las subvenciones), estamos ya en disposición, de conformidad con el plan trazado, de determinar a quién corresponde su ejecución. Es decir, a quién corresponde la fijación de su régimen jurídico y su gestión.

En relación con el régimen jurídico aplicable a las ayudas agrícolas de la Unión en España, y como no podía ser de otro modo, deben tenerse en cuenta, en primer lugar, las normas de la Unión reguladoras de cada subvención. Como ya señalamos, la ejecución del Derecho de la Unión debe guiarse, en primer lugar, por lo establecido en las normas aprobadas por las Instituciones de la Unión, y solo en defecto de normas comunes será posible (y obligado) acudir a las normas nacionales. En consecuencia, el régimen jurídico de cada una de las ayudas agrícolas de la Unión que se conceden en España encuentra su punto de arranque en la normativa generalmente aprobada por el Consejo y desarrollada por la Comisión.

No obstante, y en la medida en que esta regulación se presenta generalmente incompleta, deberá ser colmada con las normas de Derecho nacional. Normas que, en virtud del principio de autonomía, serán determinadas por quien designe el sistema de reparto de competencias consagrado en el ordenamiento jurídico nacional¹⁵⁶. De este modo, y sobre la base de todo lo expuesto en los epígrafes anteriores, dentro de las normas de Derecho interno debemos distinguir dos pares de conceptos que dibujan cuatro tipos de normas distintas: normas que establecen el régimen jurídico general de la subvención frente a normas reguladoras de subvenciones concretas (esencialmente, bases reguladoras de la subvención) y normas estatales frente a normas autonómicas. A partir de este diseño básico, cabe indicar que las normas nacionales que integrarán el régimen jurídico de cada subvención será el siguiente:

En primer lugar, resultará aplicable a todas las subvenciones agrícolas de la Unión la parte básica de la LGS y las demás normas básicas que integran el régimen jurídico general de las subvenciones. En el bien entendido que tales normas respeten los principios de equivalencia y efectividad. Por lo habitual este régimen se completará (en caso de haberla) con la norma general reguladora de las subvenciones aprobada en cada Comunidad Autónoma. Solo cuando, excepcionalmente, corresponda al Estado la regulación y ejecución de la subvención concreta de que se trate (sobre la

¹⁵⁶ En realidad, la existencia de normas nacionales que permitieran la aplicación de la Política Agrícola Común en España se produjo antes incluso de la entrada de España en las Comunidades Europeas. Según indica Jaime LAMO DE ESPINOSA, "Transformación y modernización de la agricultura española: 1978-2003", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n° 2 y 3 (2004), pp. 4 y 7, y Ministro de Agricultura durante la transición, "ya en los años 1978-1982 los gobiernos de entonces adoptamos un considerable número de disposiciones, legislativas unas y de inferior rango otras, para adaptar nuestros sistemas de producción, ayudas, compensaciones, normas, etc., a las Directivas y Reglamentos europeos, de tal forma que el 'choque' fuera menos difícil y estuviéramos ya preparados para asumir sin riesgos ni traumas la incorporación a la CEE" (p. 4). Como resultado, "la Política Agraria Nacional se había ido aproximando a la PAC, tanto en los mecanismos de regularización y precios como en algunas políticas estructurales" (p. 7).

base del art. 149.1.13^a CE), será también de aplicación la LGS en su parte no básica (de nuevo respetando los principios de equivalencia y efectividad). Al igual que ocurrirá, con carácter supletorio (art. 149.3 CE) en el caso de que la Comunidad Autónoma, aun siendo competente para la regulación y ejecución de la subvención, carezca de una normativa general reguladora de subvenciones.

En segundo lugar, al margen del régimen jurídico general de las subvenciones, la concreción para cada subvención agrícola de la Unión de su régimen jurídico particular (objeto, sujetos, requisitos, cuantías, plazos, etc.) corresponderá, por regla general, a las Comunidades Autónomas, en la medida en que son ellas las que ostentan la competencia exclusiva sobre la materia agricultura. A pesar de esta regla general, el Estado podría participar en la determinación de cada uno de estos regímenes jurídicos particulares (bases reguladoras), si entendiera que cuenta con una habilitación para ello en el art. 149.1.13^a CE.

Las limitaciones a la actuación del Estado son, al menos en teoría, muy restrictivas. Por un lado, solo podrá dictar normas que desarrollen o complementen a las normas de la Unión “cuando tengan carácter básico o de coordinación en el sector de que se trate”, debiendo dejar margen suficiente a las Comunidades Autónomas, para que también ellas puedan aprobar su propia normativa de desarrollo respecto a las normas de la Unión¹⁵⁷. Aun más, en muchas ocasiones el núcleo de lo básico habrá sido fijado por las propias normas de la Unión, por lo que difícilmente tendrá cabida la actuación estatal, so pena de eliminar toda posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan ejercer las competencias normativas que legítimamente les corresponden en materia agraria¹⁵⁸. ¿Cuándo estará, por tanto, legitimado el Estado para dictar normativa básica que desarrolle la normativa de la Unión en materia de subvenciones agrícolas? Como ya indicamos, la determinación de lo básico es una decisión en última instancia política y, por ello mismo, difícilmente fiscalizable en su totalidad. Sin perjuicio de ello, existen ciertos criterios expresamente aceptados por el Tribunal Constitucional (francamente generoso a este respecto con el Estado) que pueden ofrecer una cierta orientación. Un primer criterio es “la asignación por la Comunidad Europea de un montante global de primas, fijo y general para todo el Estado”, en tal caso, “está justificada la regulación mediante una norma de carácter básico de los criterios para la distribución de las ayudas”. También “cuando la normativa comunitaria permita la

¹⁵⁷ José PASCUAL GARCÍA y José Carlos PASCUAL ECHALECU, *Las ayudas de la Unión Europea...*, cit., p. 22.

¹⁵⁸ Señala a este respecto José Francisco ALENZA GARCÍA, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas...”, cit., p. 204, que, en estos supuestos, y “teniendo en cuenta que lo básico siempre debe dejar un margen de desarrollo a la normativa autonómica, difícilmente va a quedar un margen de desarrollo suficiente cuando los Reglamentos comunitarios son implementados por una normativa básica. De manera que los reglamentos sustituyen el papel reservado por la Constitución a la legislación básica o principal, siendo este un escalón que ya no es preciso interponer antes de que aparezca la legislación regional de desarrollo”.

constitución de una reserva con los derechos de prima que hubiesen quedado vacantes de ese montante global por el cese en la actividad de determinados productores”, la regulación de dicha reserva puede ser legislación básica (STC 29/1994)¹⁵⁹.

En relación, finalmente, con la ejecución, esta corresponderá, en todo caso, a las Comunidades Autónomas, salvo que excepcionalmente se atribuya al Estado en los casos y condiciones antes vistos. Además, aunque el ámbito normativo que se haya dejado a las CCAA tras la normativa comunitaria y la normativa básica sea muy estrecho, en la regulación de los aspectos procedimentales y de organización propios de la actividad de mera gestión y ejecución siempre quedará un “reducto” para la normativa autonómica.

En resumen, la normativa nacional que complete el régimen jurídico concreto de cada subvención agrícola de la Unión corresponderá, por regla general, a las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de ello, esta normativa autonómica tendrá que respetar, en todo caso, la parte básica de la LGS y, en caso de que existieran, las normas que, con carácter básico, hubiera aprobado el Estado para regular estas concretas subvenciones. Finalmente, cabe la posibilidad de que el Estado haya agotado toda la regulación, dejando a las Comunidades Autónomas la simple ejecución o, en ocasiones, ni siquiera ello, asumiendo directamente la Administración General del Estado la gestión de las subvenciones.

Este esquema, sin embargo, no ha sido siempre respetado. Por el contrario, la participación de las Comunidades Autónomas en la determinación del régimen jurídico de las subvenciones agrícolas de la Unión aplicadas en España, así como en su gestión y ejecución, ha sido lento y complejo¹⁶⁰.

¹⁵⁹ José Francisco ALENZA GARCÍA, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas...”, cit., p. 205.

¹⁶⁰ En su detallado trabajo Albert MASSOT MARTÍ, “Hacia un nuevo modelo de aplicación de la política de precios y mercados agrarios...”, cit., pp. 45-74, *in totum*, expone de manera especialmente pormenorizada el proceso de evolución que llevó desde una ejecución de la PAC absolutamente centralizada en el Ministerio de Agricultura a la situación actual, en la que la Administración General del Estado tiende a retener únicamente las competencias de protección en frontera y ciertos programas de reestructuración social de ámbito estatal. Esta evolución se dividiría en dos grandes fases, una primera desde 1986 hasta 1995 y una segunda desde entonces hasta la actualidad.

En la primera fase, la ejecución de la política de precios y mercados fue atribuida a un único ente, el Servicio Nacional de Productos Agrarios (SENPA), organismo autónomo adscrito al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, instituido por el Decreto-Ley 17/1971, como entidad ejecutiva de otro organismo autónomo, el FORPPA (Fondo de Ordenación y Regulación de Producciones y Precios Agrarios). En los Presupuestos Generales del Estado se consignaban en las partidas de este fondo los créditos que debían transferirse desde el FEOGA-Garantía, y este organismo era el único encargado de toda la aplicación de la política de precios y mercados (concesión de ayudas a la producción, ayudas al almacenamiento, compras públicas de excedentes, fijación y distribución de cuotas de producción, etc.). Las primeras excepciones a este sistema de gestión centralizado comenzaron a surgir a partir de ciertas líneas de ayudas directas fácilmente regionalizables (producción de aceite de oliva, lúpulo, algodón, ganado vacuno y ovino, cultivos herbáceos, ayudas al consumo de leche en las escuelas), que pasaron a ser tramitadas por las Administraciones autonómicas dejando el pago final a la AGE. El modelo alcanzaría su máxima descentralización a mediados de los años noventa, al

Asimismo, el esquema sobre el reparto de competencias en la ejecución de las ayudas agrícolas de la Unión en España también ha intentado ser objeto de consolidación legislativa, si bien la Ley no se refiere en exclusiva a las ayudas agrícolas de la Unión sino, más ampliamente, a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea. En efecto, el legislador español ha decidido que sea la LGS la que establezca el sistema de fuentes aplicables a las subvenciones financiadas con fondos de la Unión, lo que se desprende tanto de la existencia del art. 6 LGS como de la dicción del art. 84 LGP, conforme al cual, “el reintegro de ayudas y la responsabilidad financiera derivados de la gestión de los fondos procedentes de la Unión Europea se someterá a lo previsto en la Ley General de Subvenciones y en la normativa comunitaria”.

De conformidad con el art. 6 LGS:

- “1. Las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se registrarán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquellas.
2. Los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en esta Ley tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea”.

El art. 6 LGS intenta aclarar, por tanto, el régimen jurídico aplicable a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión. Esto merece, a su vez, una acla-

calor de la doctrina constitucional sobre las competencias autonómicas en materia de ayudas e intervenciones en los mercados agrarios. Así, en el transcurso del año 1995 se materializó el traspaso a diversas CCAA de las funciones y servicios del SENPA para la gestión de las ayudas directas de la PAC, incluyendo todos los medios humanos, materiales y financieros de que disponían sus Jefaturas Provinciales, con la consecuente reestructuración orgánica del MAPA (refundición del SENPA y el FORPPA en el FEGA).

En esta segunda fase, el Estado retuvo las competencias sobre ciertas medidas, como las ligadas a la gestión aduanera (restituciones a la exportación, gestión de contingentes arancelarios, recaudación de derechos aduaneros y eventuales tasas impuestas a la exportación), las medidas de intervención o regulación interna de los mercados que, en principio, no pueden ser regionalizables, por respeto a los principios de unidad, solidaridad e igualdad, pero que sí pueden ser objeto de encomienda de gestión (intervenciones con libramiento y almacenamiento de los productos, medidas de arranque, compras y ventas derivadas del régimen de intervención, ayudas a la mantequilla o nata para la repostería, seguimiento y recaudación de las tasas lecheras, detección de explotaciones y superficies agrícolas), la gestión de los mecanismos cuantitativos de control de la oferta, o cuotas (de producción, derechos de garantía, superficies o excedentes), que en la medida que tengan carácter nacional desembocan en el establecimiento de criterios nacionales para su distribución y, finalmente, aquellas ayudas directas que exigen una resolución centralizada por fijarse por parte de la Unión una cantidad global por Estado (indemnizaciones por abandono de la producción lechera o por retirada de tierras), en las que las administraciones autonómicas se encargan de la tramitación y la AGE de la resolución y pago. El resto de intervenciones, que son la mayoría, consistentes en ayudas directas, son regionalizables por naturaleza en todas sus fases de tramitación, resolución y pago, por lo que su regulación y ejecución nacional corresponden en exclusiva a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la potestad del Estado de fijar las bases generales de las ayudas y de garantizar su coordinación. Toda esta evolución permite descubrir la existencia de un importante entramado de formas de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas, capaz de superar la situación de confrontación y conflicto tan lúcidamente expuesta por Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, “Colaboración administrativa e iniciativa social (Algunas manifestaciones de este problema en el campo de la agricultura)”, cit., pp. 1.581-1.591.

ración: en realidad, la primera autoridad competente para determinar el régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión es la propia Unión Europea. En consecuencia, debe tenerse en cuenta que lo dispuesto en el art. 6.1 LGS es correcto, pero no porque lo diga el legislador español, sino porque coincide con lo establecido por el Derecho de la Unión¹⁶¹. En efecto, de acuerdo con el principio de primacía, las normas de la Unión son de aplicación preferente a las normas nacionales. En consecuencia, ante la existencia de normas de la Unión reguladoras de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea, estas resultarán en todo caso de aplicación. Igualmente, también por imperativo del Derecho de la Unión, y no porque así lo establezca el art. 6.1 LGS, corresponde a las autoridades nacionales la aprobación de todas las disposiciones que sean necesarias para dar aplicación a las normas de la Unión¹⁶².

Por su parte, el art. 6.2 LGS plantea un nuevo problema de inconstitucionalidad en caso de que sea interpretado al pie de la letra¹⁶³. En efecto, a pesar de su tenor literal, los procedimientos de concesión y de control de las subvenciones regulados en la LGS (en sus apartados no básicos) solo tienen carácter supletorio respecto de las normas de la Unión en caso de que la subvención concreta que tales normas de la Unión regulan se vincule a una materia en la que el Estado tenga plenas competencias legislativas. De otro modo, “las normas estatales no básicas solo se aplicarán en defecto de normación autonómica de desarrollo”¹⁶⁴. En efecto, el legislador estatal no tiene competencia alguna para decidir el régimen de aplicación del Derecho de

¹⁶¹ Con sorna ha manifestado algún autor que “probablemente el mayor avance de la Ley General de Subvenciones en materia de gestión de fondos europeos haya sido consagrar una obviada declaración la supletoriedad del Derecho español respecto del Derecho comunitario sobre fondos europeos”, David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, cit., p. 123.

Otro ejemplo de esta inversión de los papeles por parte del legislador español se encuentra en el art. 38.3 LGS, que establece que “el destino de los reintegros de los fondos de la Unión Europea tendrá el tratamiento que en su caso determine la normativa comunitaria”. En realidad, aunque la LGS no hiciera previsión alguna, el destino de los fondos de la Unión seguiría siendo el que marcará la normativa de la Unión, en simple aplicación del principio de primacía. Por ello, debe rechazarse el intento de Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 342, de conceder a este artículo una justificación basada en el ordenamiento nacional. Su punto de partida se encontraría en que el art. 27 LGP señala que los ingresos de derecho público (entre los que se incluiría el reintegro) se destinarán a satisfacer el conjunto de las obligaciones públicas, salvo que por ley se afecten a otra finalidad. A partir de aquí, y “haciendo uso de esa previsión, la LGS introduce esta especial afectación, remitiendo en la determinación del destino de los reintegros de los fondos de la Unión Europea a lo dispuesto en la normativa comunitaria”. El razonamiento, según hemos indicado, pierde de vista la primacía del Derecho de la Unión, que podrá disponer el destino de los fondos resultado de un reintegro de subvenciones de la Unión haya o no haya previsión expresa al respecto en la normativa presupuestaria de los Estados miembros.

¹⁶² Por su parte, el art. 7.1 RGS repite con distinta formulación (tampoco plenamente afortunada) el art. 6 LGS: “A los efectos previstos en el artículo 6 de la Ley General de Subvenciones, las subvenciones concedidas por cualquiera de las Administraciones públicas definidas en el artículo 3 de la Ley que hayan sido financiadas total o parcialmente con cargo a fondos de la Unión Europea se regularán por la normativa comunitaria y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquellas. Además, resultarán de aplicación supletoria los procedimientos de concesión y control previstos en la citada Ley”.

¹⁶³ Luis POMED SÁNCHEZ, “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal...”, cit., p. 123.

¹⁶⁴ José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 61, quien aconseja, para salvar la constitucionalidad del precepto, realizar una lectura conjunta del art. 6.2. y la Disposición final 1ª LGS.

la Unión en España. Dicho régimen de aplicación, esto es, la determinación de los órganos, las normas y los procedimientos que deben seguirse en cada caso para aplicar el Derecho de la Unión, debe determinarse de acuerdo con lo establecido en el bloque de la constitucionalidad. Cuestión distinta es que el ordenamiento español prevea distintos mecanismos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de España y, entre ellos, la supletoriedad del Derecho estatal (art. 149.3 CE). Es en este sentido en el que debe interpretarse el art. 6.2 LGS¹⁶⁵.

4. En especial, el régimen jurídico aplicable a su recuperación

Pocas especialidades cabe indicar en relación con la ejecución nacional de las obligaciones de recuperación de ayudas agrícolas de la Unión. La determinación tanto de su régimen jurídico como de los órganos encargados de llevarla a cabo discurre de manera paralela a lo indicado, con carácter general, en relación con la ejecución nacional de las ayudas agrícolas de la Unión.

En primer lugar, las autoridades nacionales deberán aplicar las normas de la Unión y, solo cuando no existan tales normas comunes, la ejecución de las obligaciones de recuperación se articulará mediante normas nacionales, siempre con los límites del principio de efectividad y el principio de equivalencia. Así ha tenido ocasión de indicarlo, expresamente, el TJCE, afirmando que “los litigios relativos a la recuperación de las cantidades pagadas indebidamente según el Derecho comunitario deben ser zanjadas, a falta de disposiciones comunitarias, por los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo a su Derecho nacional, sin perjuicio de los límites impuestos por el Derecho comunitario, en el sentido de que las modalidades previstas por el Derecho nacional no pueden hacer prácticamente imposible o excesivamente difícil la recuperación de las ayudas pagadas indebidamente y que la legislación nacional debe aplicarse de manera no discriminatoria en relación con los procedimientos encaminados a zanjar los litigios nacionales del mismo tipo”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Por eso mismo se ha señalado que “en determinados supuestos, ese carácter supletorio de la LGS puede llegar a ser de segundo grado en todas aquellas disposiciones que no sean básicas. Todo dependerá, en efecto, de a quien corresponda el otorgamiento y gestión de tales subvenciones, ya que si, por ejemplo, la competencia corresponde a las comunidades autónomas y estas se han dotado de una normativa propia dentro del marco previsto por la disposición final 1^a.1 de la LGS, la aplicable supletoriamente deberá ser dicha normativa autonómica y sólo en su defecto lo será la estatal”, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales...”, cit., p. 28.

¹⁶⁶ STJCE de 15 de enero de 2009, *Bayerische Hypotheken-und Vereinsbank*, as. C-281/07, ap. 24, con remisión expresa a la STJCE de 19 de septiembre de 2002, *Huber*, as. C-336/00, ap. 55 y jurisprudencia allí citada. En el mismo sentido, la STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 19. Esta última, a su vez, remite a: STJCE de 5 de marzo de 1980, *Ferwerda*, as. 265/78; 12 de junio de 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft*, as. ac. 119/79 y 126/79; de 6 de mayo de 1982, *Fromme*, as. 54/81, y de 6 de mayo de 1982, *BayWa*, as. ac. 146, 192 y 193/81. Un pronunciamiento idéntico se encuentra en la STJCE de 12 de mayo de 1998, *Steff-Houlberg Export*, C-366/95, ap. 15, con remisión a dos SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroek*, ap. 12 y *Van Schijndel y Van Veen*, ap. 17. También la STJCE de 16 de

En la medida en que el Derecho de la Unión ha prestado poca atención a la regulación de la recuperación de las ayudas agrícolas indebidamente abonadas, el principio de autonomía cuenta con un amplio margen de desarrollo en este ámbito. Cada Estado miembro y, en el caso de España (y dejando a salvo la normativa básica estatal), cada Comunidad Autónoma, podrá establecer las normas que estime oportunas para regular los órganos, las reglas y los procedimientos aplicables a la recuperación de ayudas agrícolas de la Unión indebidamente concedidas. De este modo, nada se opondría, por ejemplo, a que las ayudas fueran recuperadas siguiendo mecanismos de Derecho privado, al menos si ello no impidiera la recuperación y si las ayudas nacionales se recuperaran igual (lo que implicaría un nivel de protección equivalente)¹⁶⁷. Sin embargo, lo normal será que opten, simplemente, por aplicar las mismas normas que resultan aplicables a la recuperación de subvenciones nacionales.

Es cierto que la ejecución del Derecho de la Unión por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas nacionales implicará una inevitable diversidad en la aplicación del Derecho de la Unión. No obstante, se trata de una situación implícitamente querida por el legislador de la Unión y expresamente aceptada por el TJCE. Asimismo, los efectos adversos y no deseados (incluso a pesar de los límites que suponen los principios de equivalencia y efectividad) que esta situación puede provocar, corresponde resolverlos a las Instituciones de la Unión¹⁶⁸.

Respecto al principio de efectividad, su aplicación a la recuperación de ayudas agrícolas de la Unión implica, según la jurisprudencia de la Unión, que “la aplicación del Derecho nacional no debe menoscabar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario”, lo cual “sucederá, especialmente, si dicha aplicación hiciera práctica-

julio de 1998, *Oelmühle*, as. C-298/86, ap. 24. También en la STJCE de 21 de junio de 2007, *ROM-projecten*, as. C-158/06, ap. 23.

¹⁶⁷ Esta posibilidad no es una mera especulación, sino que fue expresamente aceptada en la STJCE de 19 de septiembre de 2002, *Huber*, as. C-336/00, aps. 62 y 63, indicando que “en principio, nada se opone a que la República de Austria aplique los programas nacionales de ayudas contempladas en el artículo 3, apartado 1 [del Reglamento nº 2078/1992] mediante actos de Derecho privado, tal como contratos. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la utilización de tales actos no afecta al alcance ni a la eficacia del Derecho comunitario, entendiéndose, en particular, que la utilización de dichos actos debe permitir la recuperación de ayudas cofinanciadas, indebidamente pagadas, en idénticas condiciones que la de las ayudas exclusivamente nacionales del mismo tipo”, aps. 62 y 63.

¹⁶⁸ Así se admite desde la clásica STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, aps. 21 y 23, en la que se indicó que “es cierto que esta remisión al Derecho nacional puede tener como consecuencia que los requisitos para la reclamación de ayudas indebidamente pagadas difieran, en cierta medida, de un Estado miembro a otro. Sin embargo, el alcance de estas diferencias, que por otra parte son inevitables en el estado actual de evolución del Derecho comunitario, se ve reducido por los límites que el Tribunal de Justicia ha señalado, en las sentencias antes mencionadas, a la aplicación del Derecho nacional [principios de equivalencia y efectividad]. (...) Por otra parte, si resultara que las disparidades entre las legislaciones nacionales pueden poner en peligro la igualdad de trato entre los operadores económicos de los distintos Estados miembros o dar lugar a distorsiones o perjudicar el funcionamiento del mercado común, son las Instituciones comunitarias competentes quienes deben dictar las disposiciones necesarias para poner remedio a estas disparidades”.

mente imposible la recuperación de cantidades concedidas de modo irregular”¹⁶⁹. Debe indicarse, sin embargo, que han sido muchas las ocasiones en las que se ha sometido al TJCE la cuestión de determinar si es posible, y en qué grado, que las autoridades nacionales tengan en cuenta ciertos límites, previstos en los ordenamientos nacionales, al ejercicio de la potestad de reintegro de subvenciones. A raíz de estas cuestiones, existe una rica jurisprudencia de la Unión que acepta la posibilidad de que los ordenamientos nacionales puedan tener en cuenta los principios de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, enriquecimiento injusto, paso del tiempo o mala fe de la Administración¹⁷⁰. Su exposición, sin embargo, se realizará en el capítulo dedicado, propiamente, al análisis del reintegro de subvenciones.

Finalmente, en cuanto al principio de equivalencia, lo más destacable es que la jurisprudencia de la Unión, yendo más allá de lo que suele implicar este principio, parece considerar que la normativa nacional aplicable a la recuperación de las ayudas de la Unión no puede ser ni más laxa ni más severa que la aplicable a la recuperación de ayudas nacionales¹⁷¹.

De conformidad con todo lo anterior, el régimen jurídico concreto aplicable a la recuperación de cada subvención agrícola de la Unión vendrá constituido, en primer lugar, por la norma de la Unión reguladora de la subvención y, en segundo lugar, por la normativa (estatal, autonómica o ambas) de desarrollo de dicha subvención, así como por la LGS en sus apartados básicos y, según los casos, también en sus apartados no básicos o la norma autonómica equivalente.

Para el caso de las subvenciones agrícolas de la Unión cuya recuperación corresponda a la Administración General del Estado, debe destacarse, además, la previsión contenida en el art. 7.2 RGS, a través del cual se da respuesta a un aparente olvido del legislador al redactar la LGS. En efecto, según vimos, el art. 6.2 LGS solo prevé la aplicación supletoria de la LGS a las subvenciones financiadas con cargo a fon-

¹⁶⁹ STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 22.

¹⁷⁰ Entre los primeros pronunciamientos, deben señalarse la STJCE de 5 de marzo de 1980, *Ferwerda*, as. 265/78; la STJCE de 12 de junio de 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft BALM*, as. ac. 119 y 126/79; la STJCE de 6 de mayo de 1982, *Fromme*, as. 54/81; la STJCE de 6 de mayo de 1982, *Bay Wa*, as. ac. 146 y 192-193/81; y, muy especialmente, la STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82.

¹⁷¹ En realidad, no se entiende por qué la normativa nacional aplicable a la protección de los intereses financieros de la Unión no puede ser más severa que la prevista para la protección de los intereses nacionales, sin embargo, así parece desprenderse de la STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 23, la STJCE de 19 de mayo de 1998, *Jensen*, as. C-132/95, ap. 51, y, antes, *Fromme*, ap. 7: “En segundo lugar, la aplicación del Derecho nacional debe realizarse de manera no discriminatoria en relación con los procedimientos que tienen por objeto resolver litigios del mismo tipo, pero puramente nacionales (...) las obligaciones impuestas por la legislación nacional a las empresas a las que se hayan concedido irregularmente beneficios económicos fundados en el Derecho comunitario no deben ser más estrictas que las impuestas a las empresas que hayan recibido irregularmente beneficios similares fundados en el Derecho nacional, siempre que ambos grupos de beneficiarios se encuentren en situaciones comparables y que, por consiguiente, no pueda justificarse de forma objetiva un trato desigual”.

dos de la Unión Europea, en relación con “los procedimientos de concesión y de control”. De este modo, parecen dejarse fuera el régimen del reintegro y el régimen sancionador¹⁷². Frente a esta eventualidad, muy criticada por la doctrina¹⁷³, el art. 7.2 RGS, que goza de carácter básico, dispone que “el régimen de reintegros e infracciones y sanciones administrativas establecido en la Ley General de Subvenciones será asimismo de aplicación a las subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos de la Unión Europea, cuando así proceda de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria”. Es decir, también el Título II y el Título IV LGS serán de aplicación a las ayudas de la Unión.

Finalmente, en relación con los sujetos encargados de las actividades de inspección, control, reintegro y sanción respecto de las subvenciones agrícolas de la Unión, debe partirse, una vez más, de la atribución de estas potestades a las Comunidades Autónomas, en tanto que titulares de la competencia exclusiva en materia de agricultura¹⁷⁴. Junto a ello, y como ya hemos indicado en relación con el resto del régimen jurídico de las subvenciones agrícolas de la Unión, no puede descartarse que, en determinadas ocasiones, la gestión de la subvención corresponda a la Administración General del Estado y, con ella, las potestades de control, recuperación y sanción.

¹⁷² Con un alcance más amplio, y referido también al ámbito de la Administración General del Estado, el art. 2.4 Real Decreto 2225/1993, establecía la aplicación supletoria de todo su articulado “a los procedimientos de concesión de ayudas y subvenciones establecidas en normas comunitarias europeas o en normas nacionales de desarrollo o transposición de aquellas”. De hecho, la jurisprudencia extendió el ámbito de aplicación supletorio de este Real Decreto incluso a las subvenciones de la Unión gestionadas por las Comunidades Autónomas. Así lo afirma, por ejemplo, la STS de 12 de mayo de 2009, Sección cuarta, Ar. 255390 (ponente: PICO LORENZO), en relación con una decisión de reintegro de una subvención concedida para la construcción de un buque de transporte pesquero.

¹⁷³ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 173 a pp. 521-522, en contra de una interpretación demasiado literal del art. 6.2 LGS, ya sostenía la aplicación de las normas de reintegro y sanción de la LGS a las ayudas financiadas con fondos de la Unión sobre tres argumentos distintos: porque de la Exposición de Motivos LGS parece desprenderse que toda la LGS se aplica supletoriamente a las subvenciones de la Unión, porque esta era la solución del art. 81.2.b) TRLGP, al que la LGS sustituyó y porque resulta ser la solución más adecuada al art. 280.2 TCE y al art. 2.4 Reglamento n° 2988/1995, en tanto que concreción específica del principio de equivalencia.

¹⁷⁴ En efecto, del principio conforme al cual la gestión de las subvenciones corresponde por regla general a las CCAA con competencias en la materia se deduce que “junto a la gestión, en sentido amplio (...) corresponderá también a las CCAA con competencias en la materia, la vigilancia y control relativo al efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por los beneficiarios de las subvenciones, que se concretan en la potestad disciplinaria y de sanción, sin perjuicio del deber de información al Estado, *ex post*, en cumplimiento del principio constitucional de cooperación”, Joan-Sebastià PINIELLA I SORLI, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, cit., p. 662. En concreto, la STC 95/1986, de 10 de julio, FJ 5°, afirmó que “Las operaciones de control y vigilancia concernientes al efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por los beneficiarios de los auxilios concedidos (...) corresponden también dentro de su territorio a la Generalidad de Cataluña”.

CAPÍTULO TERCERO.

LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS AGRÍCOLAS DE LA UNIÓN: PLAN DE TRABAJO

I. INTRODUCCIÓN

En los próximos capítulos serán objeto de estudio los mecanismos administrativos existentes en el ordenamiento jurídico español para recuperar las ayudas agrícolas de la Unión. Dicho estudio, en realidad, y de conformidad con lo que hemos venido indicando, se identifica con el estudio de los mecanismos existentes para recuperar las ayudas nacionales. Esto es, el ordenamiento jurídico español no prevé reglas especiales para proceder a la recuperación de las ayudas agrícolas de la Unión, sino que resultan de aplicación, en virtud del principio de autonomía procedimental e institucional, los mismos instrumentos que ya existen para proceder a la recuperación de las ayudas nacionales.

En definitiva, el estudio de la recuperación de las ayudas agrícolas de la Unión por parte de los poderes públicos españoles resulta reconducible al estudio del reintegro de subvenciones. Eso sí, sin perder de vista en ningún momento que la aplicación de la normativa interna no puede conducir ni a conceder a los intereses financieros de la Unión una protección inferior a la que reciben los intereses financieros nacionales (principio de equivalencia), ni a que resulte prácticamente imposible el cumplimiento de las normas de la Unión (principio de efectividad).

Una vez realizada la identificación entre recuperación de ayudas agrícolas de la Unión y reintegro de subvenciones, procede realizar ciertas consideraciones sobre nuestro objeto de estudio y trazar el plan de trabajo que seguiremos para su análisis. Ello supone, cabe adelantarle ya, una correcta acotación del concepto de “reintegro” y una primera clasificación de las causas que dan lugar al mismo.

II. UNA PRECISIÓN TERMINOLÓGICA SOBRE EL TÉRMINO “REINTEGRO”

El término “reintegro”, entendido en un sentido amplio, equivale a “devolución” o, por emplear expresiones más utilizadas en el Derecho de la Unión, “recuperación” o “reembolso”. En consecuencia, la expresión “reintegro de subvenciones” significa, también en un sentido amplio, devolución, recuperación o reembolso de subvenciones.

Se trata de una primera acepción meramente material y casi etimológica. En efecto, “reintegro”, en tanto que acción de reintegrar, significa restituir, volver a poner algo en su sitio, colocarlo, integrarlo *de nuevo* en su lugar (de ahí la partícula *re-*). Así considerado, el reintegro se configura como una cuestión meramente material: la entrega de algo, por parte de quien lo recibió, a quien previamente se lo había entregado, sin determinar, en principio, el motivo de dicha devolución¹.

En el ordenamiento español se encuentran numerosos ejemplos del empleo del término “reintegro” en este sentido², y la propia LGS utiliza el término “reintegro”, en esta primera acepción, para designar conjuntamente a todas las causas que dan lugar a la recuperación de la subvención reguladas en su texto. De este modo, el Título II LGS, denominado “Del reintegro de subvenciones”, y su Capítulo I, titulado “Del reintegro”, entran a regular tanto las causas de invalidez de la resolución de concesión de la subvención como otras causas que dan lugar a su devolución.

Asimismo, y dado que en este sentido primigenio el reintegro se identifica, sin más, con una mera devolución, ni siquiera tiene por qué tratarse, forzosamente, de una devolución de dinero. Así, y como es conocido, en relación con las potestades de que goza la Administración pública en la gestión de su patrimonio es frecuente hablar del “reintegro posesorio”, identificado con el *interdictum proprium* o recuperación de oficio de los bienes de la Administración, actualmente regulado en los arts. 41.1.c) y 55 a 57 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, aunque la Ley no use propiamente el término reintegro.

¹ Ello explica que algún autor, tras señalar que el reintegro es solo un “efecto”, una consecuencia material de una causa jurídica previa (por ejemplo, la revocación de la subvención), haya denunciado que la LGS regule dicho efecto, es decir, el reintegro, y no sus causas. En este sentido, José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 49, señala que “en la LGS no se regula con un epígrafe propio la revocación [que, para este autor, sería la causa de dicha devolución], sino que en el Título II, Capítulos I y II, se acude a su efecto, es decir, el reintegro de la subvención”.

² Así, y entre otros muchos ejemplos, el término reintegro es empleado en la legislación de Clases Pasivas del Estado, tanto en los arts. 16.1 y 64 del Texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, como en el Real Decreto 1134/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento de reintegro de percepciones indebidas y otras normas en materia de clases pasivas. Una sintética exposición de este Real Decreto en José FRANCISCO BLASCO LAHOZ, *El régimen de clases pasivas del Estado*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 88-92.

Sin embargo, junto a este concepto amplio de reintegro, debe repararse en la existencia de un concepto de reintegro en un sentido mucho más restringido. En efecto, en sentido jurídico estricto, el término “reintegro” se identifica con un conjunto de causas concretas, recogidas en el art. 37 LGS, que dan lugar a la devolución de la subvención a través de un específico procedimiento administrativo. El art. 37 LGS pretende así consagrar una categoría jurídica específica, el reintegro, reconocida por la doctrina y la jurisprudencia y con importantes precedentes legislativos, muchos de cuyos rasgos y características, sin embargo, no han sido aún debidamente concretados³.

En principio, y como se ha indicado, dentro de este concepto “restringido” de reintegro o “reintegro en sentido estricto” pretenden englobarse algunas, pero no todas, de las causas que pueden dar lugar a la devolución de las cantidades dinerarias percibidas por los beneficiarios de una subvención: las “causas de reintegro en sentido estricto” previstas en el art. 37 LGS. Para tales causas se prevé, además, un procedimiento específico de devolución: el “procedimiento de reintegro”. En consecuencia, y en principio, parecería lógico presumir una cierta homogeneidad entre dichas causas. En concreto, la doctrina ha querido ver su fundamento común en que todas son consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario. Y es probable que así debiera ser en aras de la claridad y coherencia del ordenamiento. No obstante, y según se verá, ello no siempre es así y no todas las causas de reintegro responden a incumplimientos de sus obligaciones por parte del beneficiario. En realidad no existe, cabe adelantarlo ya, un fundamento único a todas las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS.

Esto es lo que ha propiciado que las definiciones del reintegro en sentido estricto, más allá de afirmar que da lugar a la devolución de una subvención, se hayan desarrollado, preferentemente, por oposición a otras figuras, y no por indicación de los elementos esenciales que le son propios. En particular, el reintegro en sentido estricto ha sido definido por oposición a la invalidez del acto de concesión de la subvención (regulado en el art. 36 LGS) y a las sanciones administrativas que,

³ Son muchos los autores que distinguen entre reintegro en sentido amplio y reintegro “en sentido estricto o propio”, vinculando este a “las características y circunstancias que concurren en las subvenciones”. Así, Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 112, quien algo más adelante, en p. 118, insiste en que “la LGS ha introducido una regulación diferenciada que, con toda propiedad, permite hablar del reintegro de subvenciones en sentido estricto”. Aun más, considera que la acuñación de un “concepto estricto de reintegro” se trata de un acierto del legislador de la LGS, dado que durante mucho tiempo se intentó reconducir todo supuesto de recuperación de subvenciones a las causas de invalidez, por lo que “la oportunidad de dejar sentada de manera ordenada la procedencia de las técnicas propias del procedimiento revisor venía aconsejada por la propia jurisprudencia en la materia, la cual había tenido que aclarar esta distinción que hoy pudiera parecer obvia, pero que ha merecido el análisis detenido de la jurisprudencia en ausencia de regulación expresa, de simple remisión o de mención específica de ningún tipo”. No todo el mérito es, sin embargo, del legislador de la LGS, dado que el reintegro en sentido estricto ya había sido consagrado normativamente antes de la LGS, en el art. 81.9 TRLGP.

eventualmente, pueden imponerse a los beneficiarios de subvenciones (arts. 59 y ss. LGS)⁴.

En definitiva, es necesario distinguir dos conceptos de reintegro de subvenciones. Por un lado, el “reintegro en sentido amplio”, con el que se expresa la devolución de una subvención por cualquiera de las múltiples causas que la pueden hacer posible, incluidas las previstas en el art. 37 LGS⁵. Por otro lado, el “reintegro en sentido estricto”, entendido como la devolución de subvenciones originada, exclusivamente, por las causas previstas en el art. 37 LGS, y tramitada según el procedimiento previsto en los sucesivos artículos de la misma Ley.

Ahora bien, una vez realizada la distinción entre “reintegro en sentido amplio” y “reintegro en sentido estricto”, aun hay que precisar que las causas que pueden dar lugar al primero de ellos (esto es, las causas de devolución de una subvención) son numerosas y variadas y en ningún caso reconducibles únicamente a los dos supuestos que prevé la LGS: las causas de invalidez de la resolución de concesión (art. 36 LGS) y las causas de “reintegro en sentido estricto” (art. 37 LGS). En realidad, según veremos, y tal y como ya ha tenido ocasión de señalar la doctrina, existen otras muchas causas que pueden dar lugar a la devolución de la subvención, a pe-

⁴ En este sentido, y dentro del ámbito normativo, el § IV de la Exposición de Motivos de la Ley de subvenciones de Cantabria, señala que “el Título II aborda el régimen jurídico de la invalidez, la revocación y el reintegro de subvenciones, estableciendo sus causas”, de donde solo cabe deducir que invalidez, revocación y reintegro son conceptos jurídicos distintos, pero nada más. Y lo mismo ocurre en el § IV de la Exposición de Motivos de la Ley de subvenciones de Galicia, donde también se distingue entre “el régimen jurídico de la invalidez, la revocación y el reintegro”. Algo un tanto sorprendente, la verdad, si se atiende a que el articulado de esta Ley repite, punto por punto el de la LGS, en la que no se menciona en momento alguno la posibilidad de revocación.

En la doctrina, y como ha resumido Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 300-302, solo existe consenso en relación con lo que no es el reintegro: ni una sanción ni una revisión de actos declarativos de derechos. A partir de aquí, las opiniones se dividen entre aquellos autores que consideran que el reintegro es consecuencia de una revocación (DÍAZ LEMA, PASCUAL GARCÍA, GARCÉS SANAGUSTÍN, apoyados por varias normas autonómicas que califican el reintegro como revocación: art. 99 Real Decreto Legislativo 9/1994, de Cataluña; art. 37 Ley 5/2002, de Illes Balears; art. 53 Ley 7/1997, del País Vasco), quienes estiman que el reintegro no afecta a la validez, sino a la eficacia *ex nunc* (FERNÁNDEZ FARRERES) y quienes, finalmente, estiman que es el resultado de la extinción de la relación jurídica subvencional (MEDINA GUIJARRO, CARRETERO PÉREZ Y ARRANZ SANZ). Ante esta situación, concluye afirmando que, “en la medida en que ambas posturas coinciden en diferenciar los supuestos que afectan a la validez de la resolución de concesión de los que son causa de reintegro, así como los procedimientos a seguir para su constatación, el debate sobre la naturaleza jurídica del reintegro se queda en una cuestión puramente terminológica”, p. 302. No parece, sin embargo, que pueda compartirse esta postura de quitar toda importancia a la naturaleza jurídica del reintegro, dado que su correcta comprensión ayuda, como habremos de ver, a una adecuada ordenación del sistema de recuperación de ayudas. Ello, a su vez, resulta esencial para determinar qué régimen jurídico debe aplicarse en cada caso.

⁵ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 79, señala que la expresión *causa de reintegro* “en un sentido amplio podría referirse a cualquier acción u omisión o efecto que motive la devolución de las cantidades obtenidas en concepto de subvención por entender que el cobro de la misma fue indebido. En un sentido mucho más estricto, causas de reintegro serían únicamente las reguladas en el artículo 37 LGS”, remitiéndose a José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, BOE, Madrid, 1999, pp. 307 y ss. De este modo, y siguiendo al mismo autor, el reintegro en sentido amplio puede ser causado por una pluralidad de factores: “la invalidez del acto de concesión de la subvención, la existencia de causas de reintegro *ad hoc* basadas en el incumplimiento de las obligaciones o finalidades anejas a la subvención, la existencia de errores materiales, la propia iniciativa del perceptor o la existencia de infracciones contables cometidas por los gestores públicos”, p. 80.

sar de no estar contempladas en la LGS o de estar presentes en ella de forma casi “clandestina”⁶.

Un estudio integral del reintegro de las subvenciones agrícolas de la Unión debe tener en cuenta, necesariamente, todas las causas que puedan ocasionarlo. En consecuencia, y de conformidad con la distinción terminológica indicada, debe asumir como objeto de estudio el concepto de “reintegro en sentido amplio”.

Asumiendo estas premisas, la exposición del régimen del reintegro de las subvenciones agrícolas de la Unión que realizaremos partirá de enumerar, en primer lugar, todas las causas que pueden dar lugar al mismo, pasando, a continuación, al estudio individualizado de cada una de ellas.

III.

LA RELACIÓN CONTINUADA EN EL TIEMPO CREADA POR LA CONCESIÓN DE SUBVENCIÓN COMO CRITERIO DE CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS QUE PUEDEN DAR LUGAR A SU DEVOLUCIÓN

Si “reintegro” se equipara a “devolución” o “reembolso”, puede concluirse que el reintegro solo cabe lógicamente en el seno de una relación ya establecida con la Administración, en la cual ya se ha producido una entrega por parte de esta al beneficiario. Según se expuso en el capítulo primero, la subvención tiende además a configurarse, aunque no siempre sea así, como una relación continuada en el tiempo, en la cual, además, la actividad del beneficiario tiene una relevancia fundamental para que se vayan desplegando todos los efectos propios de dicha relación.

Como ya se adelantó, la subvención, en sentido estricto, hace depender el derecho de cobro del beneficiario del cumplimiento de un determinado deber que se le im-

⁶ A pesar de ello, esta *summa divisio* operada por la LGS supone un importante paso adelante para distinguir (con las peculiaridades que en su momento se indicarán), al menos, los dos principales grupos de causas que dan lugar a la recuperación de las subvenciones. En efecto, a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina venían distinguiendo desde hace años entre causas de invalidez y causas de reintegro en sentido estricto, con el fin de atribuir a cada una de ellas un régimen jurídico y un procedimiento administrativo específicos, el legislador y la Administración no siempre han distinguido convenientemente entre ambas.

Sirva como ejemplo de lo dicho el régimen jurídico establecido por el Real Decreto 2298/1983, de 28 de julio, por el que se regula el sistema de becas y otras ayudas al estudio de carácter personalizado y la Orden de 7 de junio de 1990, por la que se determinan los requisitos académicos, económicos y procedimentales para la obtención de becas y ayudas al estudio. De conformidad con el art. 10.1 de la Orden: “las adjudicaciones de becas o ayudas al estudio serán revocadas, total o parcialmente, se haya o no abonado su importe, en caso de descubrirse que en su concesión concurrió ocultación o falseamiento de datos o que existe incompatibilidad con otros beneficios de esta clase procedentes de personas físicas o jurídicas. También serán revocadas en el caso de probarse que su importe no ha sido destinado a la finalidad para la que fueron concedidas o en el caso de haberse concedido a alumnos que no reúnan alguno o algunos de los requisitos establecidos”.

pone. Sin perjuicio de esto, se admitía la existencia de adelantos en el pago de la subvención. En consecuencia, y por definición, la subvención establece una relación entre Administración concedente y administrado beneficiario que se prolonga en el tiempo. Al menos en tanto este último no cumple con el comportamiento que se espera de él.

Asimismo, también vimos que las primas, aun concediendo la ayuda al administrado en atención a un hecho ya realizado, y por consiguiente cierto, podían exigir determinados comportamientos para el futuro por parte de aquel, cuyo incumplimiento podría dar lugar a la pérdida de la ayuda. Por lo tanto, también en estos supuestos se establecería una relación entre Administración y administrado cuya duración se dilata, al menos, hasta el cumplimiento definitivo de los deberes impuestos al beneficiario: la relación jurídica subvencional.

Solo en un supuesto la subvención se configuraría como un acto instantáneo y su concesión no daría lugar al nacimiento de una relación jurídica subvencional: aquel en que se concediera en atención a unos hechos ya realizados (prima) y no se exigiera comportamiento alguno de cara al futuro por parte del beneficiario. No obstante, también en estos casos debe reconocerse, como ya indicamos, que el acto de concesión de la prima puede venir configurado como un acto provisional, necesitado de confirmación (por ejemplo, mediante una actuación de comprobación por parte de la Administración concedente). También en estos casos, por consiguiente, encontraremos una relación continuada en el tiempo.

En consecuencia, deben distinguirse dos momentos. En el primero, se concede la subvención y, generalmente, se establece (se crea) una relación jurídica entre Administración y administrado. En el segundo momento, que se prolonga en el tiempo, se despliegan los derechos y deberes propios de la relación jurídica que, en su caso, se ha creado, de modo que la efectividad de los derechos y deberes de una de las partes se vinculan al comportamiento de la otra, y viceversa. La clave a este respecto se encuentra en aceptar, como algo distinto del instrumento jurídico por el que se crea, la existencia de una relación jurídica subvencional⁷.

⁷ Como se ha afirmado, “cualquiera que sea la postura que adoptemos acerca de la naturaleza jurídica de las subvenciones, es lo cierto que en todas ellas (...) como reconoce la STS de 22 de septiembre de 1995, Ar. 6735, subyace siempre el *sustrato* o *la sustancia contractual*, que exige cierto comportamiento recíproco tanto por parte de la Administración que subvenciona como por la persona o entidad subvencionada”, Javier MEDINA GUIJARRO, “Competencias y procedimientos para el reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 1, nº 1 (enero de 1999), p. 151, y ya antes “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, *Auditoría Pública*, nº 11, octubre 1997, p. 33. Esto es, dentro del instituto de la subvención deben distinguirse dos ámbitos: el instrumento de concesión y la relación subvencional, siendo el segundo consecuencia del primero.

A partir de estas dos posibles situaciones, la clasificación de las causas que pueden dar lugar a la devolución de una subvención puede realizarse según tales causas vayan referidas:

- a) Al acto de concesión de la subvención y por el que, en su caso, se crea la relación jurídica subvencional.
- b) Al desarrollo de la relación jurídica subvencional eventualmente creada.
- c) A elementos ajenos al acto de concesión de la subvención y a la relación eventualmente establecida.

Esta división, propia de los actos que generan relaciones continuadas en el tiempo, permite aclarar algo: en principio, el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de la Administración y el administrado genera efectos *dentro de* la relación jurídica subvencional, pero no afecta al acto de creación de la misma. En sentido contrario, sin embargo, no ocurre igual: cualquier modificación del acto creador de la relación (del acto por que se establece la relación), acabará afectando, muy probablemente, a los derechos y deberes desplegados (real o potencialmente) *dentro de* la relación subvencional. Ello explica que circunstancias distintas, que afectan al acto creador de la relación o a los derechos y deberes generados en el seno de la misma, puedan tener una misma consecuencia: la devolución de la subvención⁸.

⁸ Una temprana construcción doctrinal que, al menos parcialmente, apuntaba ya a la necesidad de distinguir en un sentido parecido al que he propuesto en texto, se encuentra en el breve artículo de Javier MEDINA GUIJARRO, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, cit., pp. 32-34, cuyos argumentos son posteriormente retomados y desarrollados por el mismo autor en “Competencias y procedimientos para el reintegro de subvenciones...”, cit., pp. 143-161.

MEDINA GUIJARRO parte de la idea de que el reintegro puede ser consecuencia de dos causas distintas. A la primera de estas causas la denomina “revocación de la subvención”. La segunda la identifica como “resolución de la relación jurídica subvencional”. Dentro de la “revocación de la subvención” el autor incluye “cualquier vicio que afectase a la validez o a la exactitud del acto de concesión de la subvención”. La referencia a la “exactitud” del acto parece identificarse con su oportunidad, dado que más adelante el autor señala que la revocación del acto de concesión “tendrá lugar por apreciarse vicios de legalidad e incluso de oportunidad” (p. 33). En segundo lugar, respecto a la “resolución de la relación jurídica subvencional”, solo la concibe como resultado de un incumplimiento del beneficiario, indicando que “aquí, el reintegro es la consecuencia de la resolución por incumplimiento culpable del beneficiario de las obligaciones que derivan de la relación jurídica que liga a la Administración concedente con el receptor” (p. 33).

El planteamiento del autor hasta este punto es acertado, si bien incompleto. Como se señalará en texto algo más adelante, existen otras circunstancias que pueden dar lugar a la resolución de la relación jurídica subvencional distintas del incumplimiento culpable del beneficiario, empezando, desde luego, por el cumplimiento no culpable. Asimismo, y como ya he indicado, existen también causas de devolución de la subvención resultado de causas ajenas al acto de otorgamiento y a la relación jurídica subvencional.

Aún más tempranamente, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...”, cit., p. 259, al hilo del comentario a una STS de 27 de mayo de 1977 (Ar. 3229), sobre devolución de una subvención, considera posible realizar un “planteamiento dogmático limpio de la *eliminación* del acto: revisión, anulación (vía de recurso), revocación, caducidad (cumplimiento o incumplimiento de cláusulas accesorias) y rectificación de errores materiales”. Aunque también algo incompleto, debe destacarse la fina intuición del autor y la aspiración a construir un sistema cerrado, capaz de explicar toda causa de devolución de las subvenciones (para el autor, ventajosas afectadas, en sentido amplio).

A ello, como ya se ha indicado, debe añadirse una tercera posibilidad: que la devolución de la subvención venga determinada por causas ajenas tanto al acto de concesión de la subvención, como a la relación subvencional⁹.

No seguimos, por tanto, la división más habitual entre causas de invalidez y de ineficacia, que sirve de base a la *summa divisio* realizada por la LGS entre causas de invalidez y causas de reintegro, porque, a pesar de ser útil para buena parte de las causas que dan lugar a la devolución de la subvención, puede inducir a equívocos. Por un lado, porque también las causas de invalidez, en última instancia, son casos de ineficacia, en tanto que propician que un acto administrativo no produzca sus efectos normales¹⁰. Por otro lado, porque simplifica excesivamente las causas de devolución de la subvención, haciendo pasar por iguales supuestos muy distintos entre sí.

De hecho, es probable que esta división simplificadora entre causas de invalidez y causas de eficacia se encuentre en el origen de que el legislador no se haya ocupado con igual cuidado de cada uno de los tipos de causas que pueden dar lugar a la devolución de la subvención. Esto es, no todas las causas que pueden dar lugar al reintegro en sentido amplio se encuentran expresamente recogidas en una norma, no ya con rango de ley, sino incluso meramente reglamentaria, y esta situación, aunque no parece haber preocupado mucho ni a la doctrina ni a los tribunales, no resulta del todo deseable¹¹.

⁹ Existen otras propuestas de explicación o sistematización de las causas que dan lugar a la devolución de la subvención, pero considero que los criterios en que se basan son equívocos, por lo que sus resultados no son plenamente satisfactorios. Por ejemplo, Alberto VERA FERNÁNDEZ-SANZ, “Las subvenciones otorgadas por las Corporaciones locales”, *REVL* n.º 129 (mayo-junio 1963), pp. 384-385, parte de distinguir entre causas de “extinción de efectos” y causas de “nulidad y anulabilidad”. Las segundas se identifican con las causas de invalidez previstas con carácter general para todos los actos administrativos. Respecto a las causas de “extinción de efectos”, que no define, realiza, inspirándose en VILLAR PALASI, una división entre:

- Causas dependientes de la voluntad del beneficiario, dentro de las que incluye el incumplimiento total o parcial, destinar la subvención a finalidad distinta de la prevista en la norma, el falseamiento de las condiciones que motivaron el otorgamiento y la renuncia del beneficiario. En estos casos, salvo, quizás, el último, considera que corresponde a la Administración concedente revocar la subvención. Revocación en sentido muy amplio, entendida como declaración de extinción de los efectos, p. 384.
- Causas independientes de la voluntad del beneficiario, entre las que sitúa la imposibilidad sobrevenida por causas subjetivas (pérdida de capacidad), la imposibilidad sobrevenida por causas objetivas y la revocación por decisión de la Administración, lo cual puede hacer “no solo, como es natural, en cualquiera de los casos de incumplimiento por parte del beneficiario, sino también en cualquier caso”, según se deduciría del art. 26 RSCL, admitiendo, por tanto, la libre revocabilidad de las subvenciones. Consciente de que esta última afirmación inutiliza el resto de la construcción, el propio autor alude, sin entrar a aclararlo, a la posibilidad de que esta libre revocación tenga ciertos límites, p. 385.

¹⁰ No es infrecuente contraponer la invalidez a la ineficacia, no obstante, se trata de una contraposición que puede resultar engañosa. Como indicaba Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, *RAP* n.º 1 (enero-abril 1950), p. 149, también en las causas de invalidez “nos movemos dentro de la ineficacia del acto administrativo, es decir, dentro de los casos en que un acto administrativo no produce sus efectos normales”. Lo que ocurre es que, como una especialidad “dentro de la ineficacia, la doctrina ha señalado la invalidez, que es la ineficacia fundada en que el acto no reúne las condiciones requeridas por la ley”.

¹¹ Como excepción, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 407, critica la sistematización del Título II LGS, en el que se tratan conjuntamente la revisión de oficio y el reintegro “en

IV.

CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS AL ACTO DE CONCESIÓN Y, EN SU CASO, DE CREACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA SUBVENCIONAL

Toda relación jurídica subvencional se crea, necesariamente, a través de un instrumento jurídico. Dicho instrumento será generalmente un acto administrativo, pero caben, según vimos en el capítulo primero, otras opciones, y señaladamente el establecimiento de una relación jurídica subvencional a través de un convenio.

La devolución de la subvención puede venir determinada por la desaparición, modificación o corrección del acto o instrumento jurídico por el que la subvención fue concedida. En tales casos, se trata de circunstancias ajenas a los derechos y obligaciones, deberes y facultades nacidos y desarrollados al amparo de dicho acto jurídico, así como a las conductas amparadas en ellos o incluso contrarias a los mismos. Es decir, se trata de circunstancias ajenas a la relación subvencional y, por tanto, al comportamiento de la Administración concedente y del administrado beneficiario en el seno de dicha relación.

Lo anterior, sin embargo y como veremos, no obsta a que la Administración, sobre todo al adoptar una decisión encaminada a modificar el instrumento de concesión de la subvención, pudiera haber tenido en cuenta el comportamiento del beneficiario y las circunstancias en que se hubiera venido desarrollando la relación jurídica subvencional.

Dentro de este grupo de causas debe prestarse especial atención a las que determinan la desaparición misma del instrumento de creación. La eliminación del acto jurídico de creación de la relación jurídica subvencional se produce, por norma general, por causas originadas *fuera de la relación* establecida con el beneficiario y, en principio, absolutamente al margen del comportamiento de este. Es decir, “la autotutela administrativa no es una reacción a un ilícito. El esquema seguido es evidentemente unilateral y une la acción administrativa en su primer ejercicio con la eventual adopción de un *contrarius actus*”¹².

sentido estricto o propiamente dicho” por tres motivos: “1º) porque ambas figuras tienen poco en común más allá de la simple devolución de lo percibido; 2º) porque la obligación de devolver la subvención no es nada más que la consecuencia de la pérdida del derecho a la subvención; y 3º) porque hay otras figuras que también dan origen a esa devolución y, sin embargo, no son abordadas en esta parte de la Ley”.

Siguiéndole en este punto, también Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 83, considera que ya que la LGS decidió mezclar en un mismo título causas de devolución tan extrañas entre sí como las causas de invalidez y las causas de reintegro en sentido estricto, también debía haber incluido las demás causas de devolución, como la renuncia, el error material, etc.

¹² Martina SINISI, “Il «potere» di revoca”, *Diritto Amministrativo*, n° 3/2007, p. 657. Lo contrario, es decir, el ejercicio de poderes de autotutela conferidos por el ordenamiento como reacción ante un ilícito de otro sujeto,

La desaparición del acto jurídico (resolución administrativa o convenio) por el que se concedió la subvención puede venir determinada por motivos de legalidad o por motivos de oportunidad. En el primer caso, la desaparición del acto se denomina anulación. En el segundo caso, revocación. Asimismo, tanto la anulación como la revocación pueden producirse por motivos originarios o sobrevenidos. Es decir, por motivos que ya estaban presentes en el momento de creación del acto jurídico o por motivos que no aparecieron hasta un momento posterior. En el caso de la anulación, ello permite distinguir entre invalidez originaria e invalidez sobrevenida. En el caso de la revocación, también es posible distinguir entre revocación en sentido estricto, cuando las causas son originarias, y abrogación, cuando se trata de causas sobrevenidas.

En ambos casos, debe insistirse en que la actuación de la Administración puede dirigirse tanto contra un acto como contra un convenio o acto consensual. Es cierto que estas actuaciones, en tanto que manifestación del ejercicio del poder público, se caracterizan generalmente por su ejercicio unilateral, pero “ni siquiera la utilización de modos consensuales sirve para privar a la Administración pública –que no actúa vinculada al derecho privado– del poder conexo al ejercicio de sus funciones”¹³.

Sin llegar a determinar la desaparición del acto de creación, es posible, sin embargo, que se produzca una modificación del mismo que dé lugar a una devolución de la subvención, y asimismo, también una corrección de los errores que pudiera contener el acto de creación podría tener las mismas consecuencias.

En consecuencia, el primer grupo de causas de reintegro en sentido amplio que estudiaremos viene formado por los supuestos de anulación, revocación, modificación y rectificación de errores del acto de concesión de la subvención.

V. CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS A LA RELACIÓN SUBVENCIONAL

Un segundo grupo de causas que pueden dar lugar a la devolución de la subvención son aquellas que no afectan al acto por el que fue concedida, sino que, más bien,

sería lo característico de la autotutela civil, que se caracteriza “por ser una clara reacción a un comportamiento injusto de la contraparte”, un “remedio al desequilibrio contractual debido a un defecto funcional del sinalagma (resolución) o un defecto genético del mismo (rescisión)”, o, incluso, a un eventual incumplimiento de la contraparte, (excepción por incumplimiento). Conviene retener esta idea, pues permite negar, como veremos, que la caducidad de la subvención pueda ser una forma de revocación, como proponen algunos autores, dado que la caducidad se caracteriza, precisamente, por ser una reacción a un determinado comportamiento del administrado.

¹³ Martina SINISI, “Il «potere» di revoca”, cit., p. 637.

surgen en y se refieren a la relación creada por dicho acto. En estos casos, la devolución es una obligación surgida en el seno de dicha relación, como uno más de los derechos y obligaciones que componen la misma.

Por tal motivo, estas causas se vinculan a determinados comportamientos de las partes, producidos dentro de la relación subvencional, como una manifestación más de los lazos establecidos entre ambas, o con hechos objetivos, ajenos al comportamiento de las partes, producidos con posterioridad a la creación de la relación y capaces de alterar, por sí mismos, sus derechos y obligaciones, pero no el acto de concesión de la subvención.

Sin perjuicio de lo inexacto que pueda resultar esta calificación, según señalamos más arriba, es aquí donde puede afirmarse que se trata de causas que afectan a la eficacia, en la medida en que tienden a hacer desaparecer los efectos producidos por el acto de concesión de la subvención, pero no el acto mismo. Así puede afirmarse entendiendo por eficacia “la idoneidad del acto perfecto para la producción de los efectos jurídicos que le son propios” y por efecto, “toda modificación que se opera en el mundo jurídico, conforme al Derecho, susceptible de ser hecha valer”¹⁴. En este sentido, no es infrecuente hablar de la “extinción” del acto, lo que no significa su eliminación, sino la total cesación de sus efectos¹⁵.

En este segundo grupo deben incluirse, y así serán estudiados, la renuncia a la subvención por parte del beneficiario, la declaración de caducidad de la subvención o, más propiamente, la declaración de caducidad de los derechos del beneficiario¹⁶ y el cumplimiento de términos o condiciones objetivas y resolutorias. En particular, y como tendremos ocasión de ver, es posible identificar la declaración de caducidad con el “reintegro en sentido estricto” regulado en los arts. 37 y siguientes LGS.

¹⁴ José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 721.

¹⁵ Así, a título de ejemplo, y refiriéndose al reintegro de subvenciones, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “Régimen jurídico de las subvenciones estatales...”, cit., p. 245, señala que “la posibilidad que asiste a la Administración pública otorgante de la subvención de exigir su reintegro, implica su propia extinción”. En el mismo sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento. Los incentivos económicos. Estudio especial de las subvenciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Carperi, Madrid, 1995, p. 106, considera que la renuncia y el incumplimiento de las condiciones de la subvención constituyen “causas de extinción” de la misma. Y lo reitera, esta vez refiriéndose exclusivamente a la renuncia, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento...”, cit., p. 320, de forma aún más precisa, pues se refiere a la renuncia “como forma de extinción *de los beneficios* de la subvención” (cursiva añadida). Por su parte, también José María GIMENO FELIÚ, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad...”, cit., p. 177, considera que el incumplimiento de la carga por el beneficiario da lugar a la “extinción” de la subvención.

¹⁶ La declaración de caducidad afecta a las *relaciones administrativas*, no a los actos administrativos de los que estas traen causa, matiz terminológico que suele pasar desapercibido. Como excepción, un correcto uso de los términos se encuentra ya en el título del artículo de Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza da rapporti amministrativi”, en *Studi in Onore di Gaetano Zingali*, vol. II-Diritto pubblico, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 83-118.

**VI.
CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN AJENAS
AL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN Y A LA
RELACIÓN SUBVENCIONAL**

Es posible, en última instancia, encontrar algunas causas de devolución de la subvención que se producen por hechos ajenos a la propia subvención, tanto a su acto de creación como a los efectos y relaciones surgidos en su seno.

A esta categoría correspondería, fundamentalmente, la imposición de una sanción cuyo contenido fuera, precisamente, la devolución de la subvención.

Asimismo, aunque con muchas reservas, quizá cabría incluir también aquí el pago de indemnizaciones a la Administración por los daños y perjuicios que la comisión de una infracción contable le hubiera podido causar. Y, en el mismo sentido, lo mismo cabría decir respecto del pago de una indemnización por los daños y perjuicios que la comisión de un delito o una infracción administrativa en materia de subvenciones hubiera podido causar. El estudio de estas posibles vías de recuperación de las subvenciones agrícolas de la Unión queda, sin embargo, excluido del presente trabajo.

CAPÍTULO CUARTO.

CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS AL ACTO DE CONCESIÓN Y DE CREACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA SUBVENCIONAL

I. LA ANULACIÓN DEL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN

1. La normativa reguladora de la anulación del acto de concesión de subvenciones, en especial, el art. 36 de la Ley General de Subvenciones

La anulación del acto jurídico por el que se concede una subvención implica la desaparición de dicho acto del mundo jurídico por causas de legalidad. Se habla, a estos efectos, de la invalidez del acto, con lo que se pretende indicar que el acto fue creado en contravención de alguna norma del ordenamiento jurídico.

La LGS ha previsto, de manera expresa, la posibilidad de que el reintegro de la subvención pueda deberse a la anulación del acto jurídico por el que la subvención fue concedida. Tal eventualidad se encuentra regulada en el art. 36 LGS que, en realidad, opera una remisión a las normas generales reguladoras de la materia: los arts. 62, 63, 102 y siguientes LRJPAC¹. De este modo, y como determina el art.

¹ Por eso se ha calificado esta remisión como “superflua”, reconociéndole únicamente un “valor aclaratorio o de simple recordatorio”, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 412. En el mismo sentido, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 306. Por ello mismo, resulta también parcialmente holgante la declaración de este art. 36 LGS como básico, dado que gozaba ya de manera implícita del carácter de básico en tanto que su contenido coincide con el de otras normas del ordenamiento que tienen este carácter. Solo la previsión contenida en su quinto apartado resulta realmente novedosa, como tendremos ocasión de comprobar.

36.4 LGS, “la declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas”.

Sin llegar a afirmarse de modo expreso, el legislador asume que la resolución de concesión de la subvención constituye un acto favorable (así se deduciría del hecho de que su posible anulación se remita a los arts. 62 y 63 en conexión con los arts. 102 y 103 LRJPAC, sin tener en cuenta la posibilidad de anulación de los actos ilegales desfavorables contemplada en el art. 105.1 LRJPAC) y, consecuentemente, una vez adoptado por la Administración deviene indisponible para esta². Resulta oportuno señalar, sin embargo, que el acto de otorgamiento de una subvención no siempre implica un acto favorable “puro”. En efecto, la resolución de concesión supone indudablemente un acto favorable para su destinatario. Ahora bien, es igual de indudable el carácter desfavorable del mismo acto para los solicitantes que vieron rechazada su solicitud o para el resto de beneficiarios en el caso de que el dinero disponible se repartiera a prorrata entre todos ellos. A pesar de esta situación, que simplemente pone de relieve, una vez más, lo difuminada que se encuentra en ocasiones la frontera entre actos favorables y desfavorables³, debe considerarse acertada la opción del legislador

² De este modo, se rechaza formalmente el criticado art. 26.1.2º RSCL, conforme al cual las Corporaciones locales pueden revocar o reducir “en cualquier momento” las subvenciones que concedan.

La mejor doctrina ya había defendido esta postura. Así, Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, cit., pp. 443-444 y 479, señaló tempranamente que “hay que afirmar, de modo categórico, que la Administración ha contraído una obligación, o, por lo menos, un deber jurídico que no puede eludir (...) la precariedad no existe. Los beneficios concedidos constituyen un derecho subjetivo que el beneficiario podrá defender en vía judicial”.

Y, en el mismo sentido, afirmaba Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 447 que “una vez otorgada [la subvención] hay que reconocer, pues, que la Administración contrae una obligación cuyo cumplimiento no puede eludir (...) El otorgamiento aceptado de la subvención constituye un efectivo y auténtico derecho subjetivo del subvencionado”.

³ Como señala Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos”, *REDA*, nº 91 (julio-septiembre 1996), pp. 427 y 428, “la diferencia no debe referirse a los actos, sino a sus efectos. Más que hablar en bloque de actos de gravamen y actos favorables, debemos acudir a un examen microscópico de cada fase de sus efectos. En definitiva, hay que atender al momento concreto y a la situación determinada más que al acto en sí mismo”. En efecto, es equivocado afirmar que ciertos actos, *per se*, son siempre favorables, como las subvenciones o siempre desfavorables, como las sanciones. En relación a estas últimas, Patrick AUVRET, “La notion de droit acquis en Droit administratif français”, *Revue de droit public*, nº 1, 1985 (janvier-février), cit., p. 77, señala cómo “es falso pretender que los actos disciplinarios no hacen adquirir derecho favorable alguno. Las decisiones disciplinarias firmes otorgan el derecho a no ser sancionado más severamente por la misma falta”.

También es equivocado identificar todo acto favorable para el interesado con un acto desfavorable para el interés público y, viceversa, todo acto favorable para el interés público con un acto desfavorable para el interesado, en realidad, “dicha dicotomía parte de un planteamiento que parece responder a la idea de que lo que beneficia al interesado perjudica al interés público y viceversa. Esto no es necesariamente así”, vid., Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos”, cit., p. 422. En efecto, existen actos favorables para el interesado que también favorecen el interés público, como la concesión de una explotación de servicio público o, por cuanto a nosotros nos interesa, la concesión de una subvención. En realidad, cualquier acto de disposición patrimonial por parte de la Administración será doblemente favorable porque, por definición, tendrá que servir para satisfacer un interés general. En idéntico sentido, y refiriéndose a las concesiones demaniales, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad en las concesiones de dominio público marítimo-terrestre”, *REDA* nº 63 (julio-septiembre 1989), p. 399, destaca que “aunque al peticionario de la concesión le mueva, al solicitarla, su propio beneficio, no desconoce que la Administración únicamente le permitirá la utilización del dominio público solicitado si dicho aprovechamiento redundará en beneficio de la colectividad”.

de considerarlo favorable a efectos de sustraerlo de la libre anulación por parte de la Administración. En efecto, los actos triangulares, favorables para unos administrados y desfavorables para otros, deben considerarse, en todo caso, favorables⁴.

Siguiendo el esquema general de la invalidez consagrado en el ordenamiento español, el punto de partida es la validez del acto de concesión de la subvención. La presunción de validez consagrada en el art. 57.1 LRJPAC obliga a entender que la resolución de concesión es válida y a actuar en consecuencia. Alcanza aquí toda su virtualidad la diferencia entre acto ilegal y acto inválido: a pesar de que un acto sea contrario al ordenamiento y, consecuentemente, ilegal, esta circunstancia no lo convierte automáticamente en inválido. Por el contrario, se presumirá válido hasta que sea expresamente declarado lo contrario. Ello implica, por ejemplo, que si se descubriera la invalidez de la resolución de concesión antes de pagar la subvención, la Administración no podría negarse (una vez cumplidas sus obligaciones por parte del beneficiario) a pagarla. De lo contrario, el beneficiario podría interponer el recurso por omisión del art. 29 LJCA⁵.

Siguiendo la distinción habitual en nuestro ordenamiento, el art. 36 LGS distingue entre causas de nulidad y causas de anulabilidad de la resolución de concesión de la subvención. Ambos tipos de causas implican supuestos de vulneración de las normas del ordenamiento, pero solo las más graves de tales vulneraciones son sancionadas con la nulidad. La nulidad es, por tanto, la excepción, y por tal motivo las causas de nulidad deben encontrarse expresamente previstas y tasadas en la Ley.

A este respecto, el art. 36.1.a) LGS se remite, en bloque, a las causas de nulidad previstas, con carácter general, en el art. 62.1 LRJPAC. Este último artículo prevé cinco casos de nulidad de pleno derecho específicos y añade, como cláusula de cierre, “cualquier otro que se establezca expresamente en una norma con rango legal”. En consecuencia, las resoluciones de concesión de subvenciones serán nulas de pleno

El mismo Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA señala algunos criterios útiles para resolver en casos de duda, como recabar la opinión del administrado afectado. En última instancia, considera que “cuando surjan dudas razonables acerca del carácter favorable o desfavorable de un acto administrativo, evidentes razones de prudencia exigen considerarlo como favorable”.

⁴ En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en su Dictamen 2082/1995, de 28 de septiembre, existiendo muchos otros ejemplos aparte de los apuntados en texto en relación con el acto de concesión de la subvención. Así, y entre otros muchos, el recogido por la STSJ de Madrid, de 28 de septiembre de 2005, Ar. 913 de 2006 (ponente: Juan Miguel MASSIGOGUE BENEJUI), recaída en un proceso seguido para la declaración de caducidad de un procedimiento administrativo de deslinde de una vía pecuaria, en la que se afirma que “los procedimientos de deslinde efectivamente normalmente [sic] no producen efectos favorables a los interesados, es decir, a los que tienen terrenos afectados por la delimitación del deslinde. Ahora bien (...) la deslinde comporta un acto favorable para los ciudadanos en general, pues permite un uso común general de los terrenos que reúnen las características físicas a las que la Ley de Costas anuda el carácter de bienes de dominio público marítimo terrestre, por lo que no se trata de un acto no susceptible de producir actos favorables”.

⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 2 a p. 408. En puridad, no sería realmente necesaria la declaración de invalidez para negar el pago. Bastaría con iniciar el correspondiente procedimiento de revisión de oficio y, a continuación, proceder a la suspensión de los efectos del acto (art. 104 LRJPAC).

derecho en los cinco casos previstos en el art. 62.1 LRJPAC y en “cualquier otro que se establezca en una norma con rango legal”. El temor a una cierta opacidad resultado de esta doble remisión (de la LGS a la LRJPAC y de la LRJPAC a la norma legal en cuestión) podría ser la causa que movió al legislador a destacar en el art. 36.1.b) LGS uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en una ley distinta a la LRJPAC, la carencia o insuficiencia de crédito consagrada en el art. 46 LGE, sobre lo que volveremos después.

El art. 36.2 LGS, por su parte, señala como causas de anulabilidad de la resolución de concesión de la subvención “las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, de las reglas contenidas en esta Ley”, de conformidad con lo establecido en el art. 63 LRJPAC. La remisión al art. 63 LRJPAC supone dejar fuera de las causas de anulabilidad los defectos de forma que no causen indefensión y la realización de actuaciones fuera del tiempo establecido para ello cuando la anulabilidad no venga impuesta por la naturaleza del término o plazo.

En relación con el procedimiento que deba seguirse en cada caso, cuando la resolución de concesión de la subvención se encuentre viciada de nulidad, será necesario seguir el procedimiento para su declaración previsto en el art. 102 LRJPAC, dando lugar a la llamada “revisión de oficio” de la propia Administración. Cuando el vicio sea de anulabilidad, el procedimiento aplicable será el establecido en el art. 103 LRJPAC, lo que determinará la declaración de lesividad del acto por la propia Administración, en un plazo máximo de cuatro años, y su posterior impugnación ante los órganos de lo contencioso-administrativo. Así lo recuerda, para ambos supuestos, el art. 36.3 LGS, que se limita a remitirse en bloque a esta regulación. De hecho, no parece que resulte de aplicación ni siquiera la medida cautelar consistente en la suspensión o retención de pagos prevista en el art. 35 LGS por ir expresamente referida al reintegro. En su lugar, deberá acudirse, con los mismos efectos, al art. 104 LRJPAC⁶.

Por ello mismo resulta especialmente llamativo que la LGS sí entre a regular el órgano competente para acordar la revisión de oficio o la declaración de invalidez. En particular, y según el art. 36.3 LGS, se trata del órgano concedente de la subvención, lo que no siempre coincidirá con las reglas generales establecidas en las normas reguladoras de las distintas Administraciones⁷.

⁶ Luis Alfonso MARTINEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 92-93.

⁷ Así lo denuncia Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 416, que considera que “es probable que la LGS no pretendiera realmente alterar las reglas generales sobre competencia para la revisión de oficio y que no esté justificada tal alteración que, pese a todo, parece consagrarse inequívocamente”.

2. Especialidades en relación con las causas de nulidad de pleno Derecho de la resolución de concesión de la subvención. En concreto, la ausencia de crédito

Las causas de nulidad de pleno Derecho previstas en el art. 62.1 LRJPAC no presentan, en general, una singularidad especial en relación con la resolución de concesión de subvenciones. Si acaso, quizá merezca una mínima atención, por su relación con otras causas de devolución de la subvención, la causa de nulidad prevista en el art. 62.1.f) LRJPAC. De conformidad con este artículo, son nulos de pleno derecho “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”. Ello significa, en relación con las subvenciones, la posibilidad de anular la resolución de concesión de la subvención cuando se constata que el beneficiario no cumple aquellos requisitos a los que se anudaba dicha concesión. En consecuencia, esta causa de nulidad debe relacionarse con las exigencias previstas en los arts. 11 y 13 LGS para obtener la condición de beneficiario, que encuentran en esta sanción de nulidad un respaldo esencial⁸. No obstante, a la luz de la restrictiva interpretación de esta causa de nulidad realizada por la jurisprudencia, no está nada claro que todos esos requisitos puedan considerarse “requisitos esenciales” y, consiguientemente, ser aptos para producir la nulidad de pleno derecho anudada al art. 62.1.f) LRJPAC.

Asimismo, la peculiaridad de esta causa de nulidad en relación con las subvenciones se encuentra en que el legislador la ha situado en un terreno fronterizo con la institución del reintegro. Ya la anterior regulación de la subvención hacía referencia a la circunstancia descrita en el art. 62.1.f) LRJPAC configurándola como causa de reintegro en el art. 81.9.f) TRLGP (“obtener la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello”), tal y como pusieron de manifiesto algunos autores⁹. Sin perjuicio de lo que diremos después, cabe adelantar que, actualmente, el art. 37.1.a) LGS también prevé esta misma circunstancia como causa de reintegro, si bien exigiendo, además, que la actuación del beneficiario haya consistido en algún tipo de falseamiento u ocultación. De este modo, el supuesto de hecho del que parte el art. 62.1.f) LRJPAC resulta ahora mucho más amplio que el del art. 37.1.a) LGS. Sobre todo ello volveremos en el capítulo séptimo.

⁸ En efecto, se ha señalado que algunas de las prohibiciones previstas en el art. 13 LGS son meros recordatorios de prohibiciones establecidas en otras normas (letras a, d y h), sin embargo, su previsión no está exenta de efectos, “pues dará lugar a que la obtención de la subvención contra la prohibición legal arrastre la sanción de nulidad, aun cuando esta no esté prevista en las normas a las que se hace la remisión, de conformidad con el art. 36 LGS en relación con los artículos 62 y 63 LRJPAC”, José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 82.

⁹ Vid., Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 300 y 309; Javier MEDINA GUIJARRO, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, cit., p. 34.

Por otro lado, resulta oportuno indicar que, de conformidad con la “cláusula de cierre” del art. 62.1.g) LRJPAC, existen otros casos de nulidad de pleno derecho al margen de la LRJPAC. Probablemente, el supuesto de nulidad de pleno derecho más relevante en relación con las subvenciones sea el previsto en el propio art. 36.1.b) LGS, como plasmación concreta del art. 46 LGP, y de él nos ocuparemos a continuación. Sin embargo, existen junto a él otros casos, debiendo señalarse la doble previsión de nulidad establecida, expresamente para las subvenciones concedidas por las Corporaciones locales, en los arts. 27.1 y 27.2 RSCL¹⁰:

- “1. Serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad.
- “2. Dicha nulidad alcanzará a los acuerdos de subvenciones destinadas a finalidades que las Corporaciones puedan cumplir por sí mismas con igual eficacia y sin mayor gasto que el representado por la propia subvención”.

El primer supuesto, previsto también en otras normas del ordenamiento¹¹, implica consagrar como causa de nulidad radical un incumplimiento flagrante y directo de la Constitución. En efecto, tal y como señalamos en el capítulo primero, toda concesión de una subvención debe orientarse necesariamente a la satisfacción de un interés general por mandato constitucional (art. 103.1 CE), dado que implica una forma de actuación de la Administración y esta, en virtud del carácter vicarial que le es propio, solo encuentra la justificación de sus actuaciones y de su propia existencia en la satisfacción de los intereses generales. Respecto al art. 27.2 RSCL, probablemente hoy carente de sentido, debe ponerse en relación con el concepto de subvención manejado por el RSCL en tanto que forma de prestación de servicios públicos o, más propiamente, como mera previsión de pagos en el seno de una concesión de servicios. En consecuencia, la correcta interpretación del artículo debe hacerse en el marco de los modos de gestión de los servicios públicos locales, como una preferencia de los modos de gestión directa sobre los modos de gestión indirecta¹².

Al margen de estos supuestos, y como hemos indicado, el art. 36.1.b) LGS recoge, expresamente, el supuesto de nulidad de pleno derecho de los actos con contenido

¹⁰ Debe indicarse, sin embargo, que existe una pequeña dificultad que debe salvarse: el rango reglamentario de la norma en que se contienen estas dos causas de nulidad. En efecto, el art. 62.1.g) LRJPAC exige norma de rango legal para la creación de nuevas causas de nulidad al margen de la LRJPAC. Ello supone, como mínimo, una congelación de rango para el futuro, pero, además, no es descartable que se hubiera producido una derogación implícita de las causas de nulidad del art. 27 RSCL.

¹¹ En concreto, también el art. 119.2 del Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña, de 13 de junio de 1995, recogía este mismo mandato, declarando nulos de pleno derecho los acuerdos de subvenciones que obedecieran a mera liberalidad.

¹² Fernando ALBI, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, cit., p. 475, considera, sin embargo, que no debe entenderse como una preferencia del servicio público sobre el fomento sino como “una preocupación de orden práctico, para el logro de más adecuados resultados”, es decir, como una plasmación del criterio de eficiencia o economía en la prestación de servicios. En este sentido, señala que “siempre nos ha parecido, por ejemplo, que resultaba absurdo ayudar a diez distintas escuelas, cuando con lo gastado se podría crear un centro docente mejor”.

económico aprobados sin el crédito necesario, actualmente contenido en el art. 46 LGP (antiguo art. 60 TRLGP, que es al que se refiere expresamente el art. 36 LGS). Esta causa de nulidad de pleno derecho encuentra un cierto fundamento en el art. 133.4 CE, es decir, en el principio de legalidad presupuestaria. En efecto, el presupuesto, base de la actividad administrativa con repercusión financiera es, asimismo, el principal límite a dicha actuación, dado que “el presupuesto representa para la Administración, a la vez, el límite de su actividad y la atribución del poder financiero del gasto”¹³. Quizá por eso la LGS ha prestado una especial atención a la exigencia de que las subvenciones se concedan contando con el crédito suficiente para ello, puesto que se refiere a esta situación tanto en el mencionado art. 36.2 LGS, como en los arts. 9, 22 y 23 LGS, entroncando, en última instancia, con el principio de estabilidad presupuestaria, consagrado en el art. 8.1 LGS y mencionado en la Exposición de motivos¹⁴.

Sin perjuicio de la existencia de importantes discrepancias, la doctrina ha entendido mayoritariamente que el actual art. 46 LGP, al igual que su predecesor inmediato, el art. 60 TRLGP, y tal y como expresamente manifiesta el art. 36.2 LGS, impone la nulidad, y no la simple inexigibilidad de la obligación pública creada con la resolución de concesión de la subvención, en caso de ausencia de crédito¹⁵. Esta nu-

¹³ José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 69. Precisamente esta vinculación al presupuesto justifica la existencia de previsiones de nulidad similares a la del art. 36.2 LGS en la legislación de contratos. Y también la vinculación al presupuesto justifica que, ya antes de la Constitución, se recogiera una exigencia similar a la del art. 36.2 LGS en relación con las subvenciones concedidas en el ámbito local. En particular, incluso bajo la legislación anterior a la LRBR se establecía que como obligación previa a la concesión de cualquier ayuda o subvención era necesario “previamente la consignación en presupuesto de la cantidad en que se cifra la ayuda o auxilio, sin cuyo requisito el acuerdo será nulo, según dispone el artículo 709 LRL, correspondiendo al Interventor la obligación de advertir por escrito la nulidad”, vid., Alberto VERA FERNÁNDEZ-SANZ, “Las subvenciones otorgadas por las Corporaciones locales”, cit., p. 382.

¹⁴ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 311.

¹⁵ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, pp. 455-456. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 183, quien afirma que “la Administración, al obligarse frente a terceros no lo hace solo en determinados aspectos, sino de forma plena. Si se obliga a hacer efectiva una subvención se obliga a realizar un gasto y, por tanto, a afectar a ello el crédito preciso y desarrollar los actos necesarios para su empleo. Si no existe crédito que afectar, sencillamente no debe obligarse, es decir, no debe otorgar la subvención”.

Realizando una sutil distinción entre la obligación pública y el título jurídico de creación de dicha obligación, MARTÍNEZ GINER considera que el art. 36.2 LGS no determina propiamente la nulidad de la obligación, sino de su mismo título jurídico de creación, “es decir, que la cobertura presupuestaria no afecta a la validez de las obligaciones públicas sino que en este caso afecta a la validez del título jurídico que es fuente de las obligaciones públicas; en este caso esa fuente es la propia subvención que se entiende que fue nula desde el comienzo y por lo tanto las obligaciones nunca llegaron a nacer”, vid., Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 52 y 91-92.

En sentido contrario a lo expuesto por estos autores, ha sido Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 526 y 534, quien ha sostenido, a la vista de las numerosas excepciones que acaban reconociéndose a la pretendida nulidad absoluta proclamada por estos artículos, que resultaría más conveniente considerar el principio de legalidad presupuestaria como una condición de exigibilidad y no de validez. De esta forma, “la contratación de la obligación será perfecta cuando disponga de la correspondiente cobertura presupuestaria, y será irregular, pero no inválida, cuando carezca de ella”. La principal virtud de esta solución sería, además, lograr una solución de equilibrio que no hace caer la responsabilidad del incumplimiento del principio de legalidad presupuestaria sobre el acreedor, esto es, el beneficiario. En la misma línea se ha manifestado,

alidad cedería, sin embargo, cuando el derecho subjetivo al cobro de la subvención surgiera directamente de una norma con rango de ley¹⁶. En este caso, en efecto, la insuficiencia de crédito solo afectaría a la exigibilidad de dicho cobro, de conformidad con lo establecido en el art. 21 LGP, pero no a la validez de la obligación¹⁷. Esta inexistencia temporal podrá ser resuelta, sin embargo, por muy distintas vías¹⁸.

En estos supuestos en que el derecho es creado directamente por la Ley, además, es posible aceptar la legitimación de la Administración para dictar actos administrativos de concesión de subvenciones al margen también de la existencia de crédito y ello porque la Administración solo estaría dictando actos declarativos, y no constitutivos. También en estos casos en los que se dicta un acto administrativo, lo único que originará la falta de crédito será la inexistencia temporal de la obligación¹⁹.

Debe reconocerse, sin embargo, que en muchos de los supuestos en los que deba aplicarse la causa de invalidez prevista en el art. 36.2 LGS, por ejemplo por haberse aprobado unas bases reguladoras sin contar con la cobertura presupuestaria necesaria y haberse dictado resoluciones de concesión con base en aquellas, podrán generarse situaciones injustas en relación con los beneficiarios de tales subvenciones. En tales supuestos, la solución no parece que pueda pasar por reconocer la validez

aludiendo a la especial aplicación que los principios de protección de la confianza o el enriquecimiento injusto tendrán en este ámbito, JAVIER GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., pp. 127-129.

¹⁶ Y ello, siempre y cuando la propia ley no estableciera límites cuantitativos a la creación de los derechos subjetivos que ella misma crea. En este sentido debe interpretarse la extensa serie jurisprudencial recaída sobre el caso navarro de las ayudas al empleo previstas en una norma foral con rango de ley (entre otras, STS de 30 de noviembre de 1994, Ar. 8992, ponente: RUIZ-JARABO FERRÁN), que negaron la existencia de un derecho subjetivo en la medida en que la propia ley sustantiva limitaba la concesión de las subvenciones a las disponibilidades presupuestarias.

¹⁷ Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 530-532. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 164. Tales derechos subjetivos reconocidos por las leyes pueden concederse nominativamente en la ley o genéricamente a todos los que se hallen en el supuesto de hecho previsto en la norma. Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos previstos en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. La misma idea la repite en José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 69. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 459. Pablo ARELLANO PARDO, "Título II. Del reintegro de subvenciones", cit., p. 312, quien resume en el siguiente esquema las consecuencias de la falta de cobertura presupuestaria según el origen de la subvención: "1. Si nace de un acto administrativo, será nulo por aplicación del artículo 36 LGS. 2. Si nace de una disposición reglamentaria, será nulo por aplicación del artículo 46 de la LGP. 3. Si nace de una norma con rango de ley, el derecho a la subvención será válido, aunque no exigible (artículo 21 de la LGP)".

¹⁸ A mero título de ejemplo, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 515 y ss., señala la posibilidad de habilitar un suplemento de crédito o un crédito extraordinario para los gastos que no puedan demorarse, la concesión de anticipos de Tesorería para gastos inaplazables aun sin crédito presupuestario, la posibilidad de asumir gastos plurianuales, condicionando los presupuestos de años siguientes, la existencia de créditos ampliables y, sobre todo, la posibilidad de aplicar créditos del ejercicio en vigor a gastos de ejercicios anteriores válidamente asumidos. Respecto a los límites existentes en materia de transferencias y otras modificaciones de créditos en materia de subvenciones, vid., José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pp. 179-180.

¹⁹ En sentido contrario, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 182, considera que se trataría de un supuesto de imposibilidad material, por lo que en caso de que se llegara a dictar el acto de concesión este estaría viciado de nulidad por contenido imposible, de conformidad con el art. 62.1.c) LRJPAC.

de tales obligaciones, sino por recurrir a la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios concretos que se hayan generado, los cuales ni siquiera tendrán por qué coincidir con el importe de las subvenciones inválidas. En efecto, es evidente que la Administración tendrá que responder de los daños que haya ocasionado al particular. Pero eso no significa conceder la subvención: cuando la Administración tiene que hacer frente a daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos no se recurre a la figura de la subvención, sino a la figura de la responsabilidad patrimonial. De hecho, incluso existe la posibilidad, expresamente prevista en el art. 102.4 LRJPAC, de fijar dicha indemnización en el propio procedimiento de revisión²⁰.

3. Efectos de la declaración de invalidez de las subvenciones y posibles límites a la misma

La anulación de un acto de concesión de subvenciones implica su eliminación del mundo jurídico y con él, en principio, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, de todos los efectos que hubiera podido producir. Es irrelevante que la anulación se haya producido por motivos de nulidad de pleno derecho o de simple anulabilidad. El fundamento de la eliminación en ambos casos es el mismo: un acto contrario al ordenamiento jurídico no puede existir ni debe generar efectos jurídicos.

A estos efectos, resulta especialmente importante dejar claro que no es cierta la doctrina que postula que la anulabilidad únicamente produce efectos *ex nunc*, es decir, desde que es declarada. Admitir lo contrario, en especial en el ámbito de la subvención, tendría efectos ciertamente perversos, en tanto que supondría que las subvenciones ya pagadas no podrían recuperarse nunca, limitándose a evitar el pago de aquellas subvenciones que aún no se hubieran abonado²¹.

²⁰ A esta solución apunta Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 456 y 457. Mucho más explícito, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pp. 188 y 189, incluso rechaza la práctica legislativa basada en la convalidación *ex lege* de tales obligaciones y critica los pronunciamientos jurisprudenciales que han optado por negar la invalidez resultante de la vulneración de la legalidad presupuestaria, como la STS de 9 de febrero de 1988, Ar 1284 (ponente: FUENTES LOJO).

²¹ En este sentido, por ejemplo, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985, pp. 256-257, planteaba que si la anulación se debía a “vicios formales ajenos al beneficiario” los efectos solo debían producirse para el futuro; solo si se debía al beneficiario (datos falsos u ocultos, delito), debían declararse tales efectos *ex tunc*. En realidad, esta solución llevaría en ocasiones, como señalamos en texto, a la imposibilidad de anular *de facto* cuando la subvención ya se hubiese abonado. Por el contrario, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 417, advierte de las “consecuencias nefastas” que esta doctrina podría tener, y recuerda, haciendo un importante acopio jurisprudencial y bibliográfico, que “esta doctrina no tiene fundamento alguno en ningún caso, pues tanto la nulidad de pleno derecho como la anulabilidad han de producir la aniquilación de los efectos propios del acto inválido”. Existe, además, jurisprudencia que ha declarado, contundentemente, cómo la declaración de invalidez en caso de anulabilidad genera efectos *ex tunc*, argumentando convincentemente esta opción, que es consecuencia, por lo demás, de la más evidente de las lógicas jurídicas. Especialmente significativa a este respecto, por cuanto realiza una notoria recopilación de la doctrina del Tribunal Supremo, resulta la STSJ de Navarra, de 7 de abril de 2005, Ar. 934 de 2006 (ponente: PUEYO CALLEJA), que afirma que

En principio, en caso de que una resolución de concesión de una subvención se declare inválida ello determinará la devolución de las cantidades recibidas. Se trata, como ha señalado algún autor, de una consecuencia inexorable: “cualquiera que sean la razón y la forma que justifican la revocación en cada caso, el reintegro es la consecuencia necesaria de la anulación del acto de otorgamiento, de forma que, una vez que desaparece del mundo jurídico, el reintegro es su consecuencia inexorable”²².

Ahora bien, cuestión distinta es que las propias reglas que rigen la anulación de la resolución de concesión de la subvención puedan ser limitadas en su aplicación, hasta el punto de hacerlas inaplicables en ciertos casos. Es decir, no se trata de una atemperación de los efectos de la invalidez, sino de la negativa misma a que pueda declararse dicha invalidez. El artículo de referencia a este respecto es el art. 106 LRJPAC, que prevé que “las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

La LGS, según estudiaremos más adelante, únicamente exonera a la Administración de la obligación de declarar (al menos en principio) la invalidez de la concesión de la subvención (“No procederá la revisión de oficio del acto de concesión...”) en el art. 36.5 LGS, anudando dicha consecuencia al hecho de que concurra alguna de

“los efectos de la anulabilidad (como los de la nulidad absoluta) se producen *ex tunc* y en cualquier caso (así lo señala la STS 20-3-1990, Ponente Excmo. Sr. DELGADO BARRIO y otras 20-3-1980, STS 26-9-1988, 28-11-1989) la anulabilidad de un acto administrativo determina que no pueden mantenerse las consecuencias perjudiciales para el administrado que se hayan producido con anterioridad a la resolución anulatoria. Así pues a este último respecto debe señalarse y matizarse como doctrina general en la materia que los efectos de la invalidez del acto nulo y del anulable se producen *ex tunc*: en derecho privado, cuando el acto es anulable, el efecto de la invalidez del acto se producen *ex nunc*, es decir, desde el momento de su invalidación (o desde el momento en que esta se solicita judicialmente, en virtud de la *perpetuatio jurisdictionis*). Por el contrario, cuando el acto es nulo de pleno derecho, el efecto de la nulidad se remonta al momento en que el acto se produjo –*ex tunc*–. En el derecho administrativo, sin embargo, la regla general es la de la eficacia *ex tunc* de la anulación en todo caso, incluso si se trata de anulabilidad. Así ha venido a declararlo el Tribunal Supremo. La razón de esta importante particularidad está, una vez más, en las peculiares características que impone a la actuación administrativa el principio de sujeción al imperio de la Ley. La infracción de esta por la Administración –que actúa por mandato constitucional con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho– debe ser corregida por razones de interés público desde el momento en que se produjo, como corolario lógico a la tutela de los derechos e intereses legítimos que exige el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento, además de la anulación del acto, solicite. Este pleno reconocimiento comporta implícitamente el que los efectos de la anulación han de remontarse al momento de la producción del acto administrativo, pues en otro caso el carácter pleno de dicho restablecimiento podría ser imposible”.

En otros ordenamientos, también se parte de que la revisión de oficio de un acto administrativo, ya sea por motivos de nulidad o anulabilidad, da lugar a la extinción de sus efectos con carácter retroactivo, es decir, con efectos *ex tunc*. Así ocurre, por ejemplo, en el Derecho italiano, donde, como indica MARTINA SINISI, “La «doverosità» dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari” [comentario a la Sentencia de 28 de septiembre de 2007 del Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, sez.II], *Il Foro Amministrativo-TAR*, vol. VI, octubre 2007, nº 10, p. 3.269, “la revisión de oficio goza de la ventaja de la *retroactividad* de sus efectos, a diferencia de la potestad de revocación”.

²² JAVIER MEDINA GUJJARRO, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, cit., p. 33.

las causas de reintegro recogidas en el art. 37 LGS. A pesar de ello, y aunque nada se diga expresamente al respecto, debe sostenerse también la improcedencia de declarar la invalidez de la resolución cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el art. 106 LRJPAC²³.

El contenido de este artículo es complejo, en ocasiones un tanto enigmático, y, en última instancia, parece resolverse en una ponderación de los intereses en conflicto en cada supuesto concreto²⁴. En particular, supone uno de los principales ámbitos de juego del principio de protección de la confianza legítima, aunque otras circunstancias, como el transcurso de un plazo de tiempo excesivo o la existencia de una sentencia firme confirmando el acto que se pretende anular, también encuentran cobijo en la genérica formulación del art. 106 LRJPAC²⁵.

²³ Cuestión especialmente interesante es la de determinar si los límites del art. 106 LRJPAC deben entenderse referidos solo a la revisión del art. 102 LRJPAC o también a la del art. 103 LRJPAC. En principio, parece darse por sentado que dichos límites se refieren exclusivamente a la revisión vía art. 102 LRJPAC, al considerarse que el plazo de 4 años previsto para la anulabilidad es incluso más restrictivo que las previsiones del art. 106 LRJPAC. Sin embargo, y como ya he sostenido en anteriores ocasiones, cabe apuntar, por una parte, que el art. 106 LRJPAC se titula, genéricamente, “Límites de la revisión” y, de su tenor literal (que habla de “Las facultades de revisión...”) parece deducirse que se refiere a más de un tipo de revisión. Esto podría llevar a sostener, tal vez, que los límites de la equidad y la buena fe (y de confianza legítima), también pueden ser utilizados en caso de anulabilidad. Como consecuencia, podrían darse casos en que, aún no habiendo transcurrido los cuatro años que el precepto señala, el ordenamiento no permitiera proceder a su revisión. Vid., Antonio BUENO ARMILLO, “La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia: nuevas soluciones en la reciente Ley General de Subvenciones”, en Juan Ignacio FONT GALÁN y Manuel PINO ABAD (coords.), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 310.

²⁴ En este sentido, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 314, interpreta el art. 106 LRJPAC indicando que “cuando pese a haberse infringido el ordenamiento jurídico mediante la adopción de una resolución de concesión ilegal, de la anulación de la misma hayan de derivarse efectos más perjudiciales que los que se desprenderán del mantenimiento de la resolución viciada, no podrá procederse a su revisión”.

²⁵ Junto al límite genérico del art. 106 LRJPAC, debe tenerse en cuenta el límite temporal de cuatro años fijado en relación con la revisión de los actos anulables (art. 103 LRJPAC) con miras a declarar su lesividad e impugnarlos ante los órganos de lo contencioso-administrativo. En relación con las subvenciones, José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit. p. 179, considera que el derecho de la Administración a declarar nula de pleno derecho una resolución de concesión también debería ser de cuatro años a contar desde que se dictó.

Por su parte, el intento de anulación de un acto que hubiera sido antes confirmado por sentencia firme es un supuesto ciertamente raro, pero posible, como demuestra la STC 12/1989, de 25 de enero, que se ocupó de uno de ellos. Vid., el comentario a esta sentencia en José Luis TORTUERO PLAZA, “Sentencia 12/1989, de 25 de enero. La intangibilidad de lo reconocido en pensión firme. A propósito de pensión SOVI, con consideraciones sobre la naturaleza de esta”, en Manuel ALONSO OLEA (dir.) *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Vol. VII. 1989, Civitas, Madrid, 1990, pp. 53-59.

Los hechos de la sentencia, vinculados precisamente a la revisión de actos de concesión de prestaciones dinerarias, eran los siguientes. Mediante sentencia de la Magistratura del Trabajo nº 4 de Valencia se reconoció el derecho a una pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) en favor de una administrada que, sin embargo, ya tenía reconocida otra pensión de viudedad por la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Municipal (MUNPAL). Después de que la sentencia hubiese adquirido firmeza, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, presentó ante la Magistratura de Trabajo demanda de anulación de la pensión SOVI, demanda a la que la Magistratura accedió. La STC 12/1989, de 25 de enero, anuló esta segunda sentencia por considerar que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantizadora de la intangibilidad de los derechos reconocidos en sentencia firme.

Señala la sentencia que “el derecho a la tutela judicial efectiva incluye no solo el derecho a la ejecución de las resoluciones firmes, sino también el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también, si la cosa juzgada material fuese desconocida, vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso”. En consecuencia, no puede utilizarse un procedimiento de carácter ordinario para dejar sin efecto lo reconocido en sentencia firme tras descubrir

Asimismo, debe indicarse que la solución a la situación de injusticia que se crearía con la declaración de invalidez puede ser evitada por otras vías distintas a la de impedir tal declaración. En concreto, y como señalamos expresamente más arriba al referirnos a la causa de invalidez del art. 36.1.b) LGS, puede aceptarse la declaración de invalidez y, en su caso, indemnizar al beneficiario de la subvención por los daños y perjuicios que dicha declaración le haya podido generar²⁶.

En este sentido, resulta criticable la torpeza del legislador al eliminar toda referencia a esta posibilidad, cuando originariamente se preveía en el anteproyecto de ley, al haber malinterpretado una sugerencia del Consejo de Estado²⁷. A pesar de ello, y como no podía ser de otro modo, la posibilidad de que la declaración de invalidez de la resolución de concesión de la subvención pueda generar la responsabilidad patrimonial de la Administración permanece en vigor, aun cuando sea por simple aplicación del régimen general de la revisión de oficio²⁸.

4. La prevalencia del reintegro sobre la declaración de invalidez

Conforme al art. 36.5 LGS, en los casos en que sea posible tanto declarar el reintegro como la revisión de oficio del acto de concesión de la subvención, esta última “no

que dicha decisión no se ajustaba a la legalidad. Únicamente cabría un proceso extraordinario, como el de revisión. Otra solución “vulneraría el derecho fundamental del justiciable, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme”.

Como se señala en el FJ 6, lo que se pretendía no era “revisar actos de la propia entidad gestora, sino modificar lo resuelto en una decisión judicial que había adquirido firmeza”. Sin embargo, como indica José Luis TORTUERO PLAZA, “Sentencia 12/1989, de 25 de enero...”, cit., p. 54, “el artículo 24 de la Constitución reconoce implícitamente el derecho a que las resoluciones firmes se cumplan, e impide su revisión o modificación fuera de los cauces expresamente previstos por el ordenamiento”.

²⁶ A esta solución, cuando menos, debe reconocérsele su mayor respeto al principio de legalidad. Lo cual resulta especialmente visible en ciertos casos extremos. Por ejemplo, cuando el acto de concesión de la subvención constituye un delito o es el resultado de un delito, puede parecer excesivo mantenerlo en el mundo jurídico en lugar de eliminarlo e indemnizar, en su caso, a los damnificados. En estos casos, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 255, considera que el acto así dictado deberá ser declarado nulo, sin que resulten atendibles la ponderación de intereses de tercero y la equidad o justicia en el caso concreto (por ejemplo, en el caso de terceros afectados porque la declaración de vivienda de protección oficial se hizo bajo soborno), si bien “la vía de solución está posiblemente en la responsabilidad de la Administración y en las indemnizaciones”.

²⁷ En efecto, el Consejo de Estado criticó el último inciso del art. 36.4 del Anteproyecto de LGS, que establecía la posibilidad de cobrar intereses de demora en caso de declaración de invalidez del acto de concesión de la subvención, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de la Administración. La crítica del Consejo de Estado se dirigía, exclusivamente, al cobro de intereses de demora en estos supuestos, no al reconocimiento de que la anulación de una subvención pudiera generar responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, el Gobierno suprimió todo el inciso, acabando así con toda referencia a la responsabilidad patrimonial.

²⁸ Así venía entendiéndose desde hace tiempo por la doctrina. Vid., en este sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., p. 320, quien extiende esta posibilidad a cualquier causa de invalidez a partir del estudio que realiza del art. 128.4 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995, en el que se preveía expresamente la posible responsabilidad patrimonial de la Administración para el supuesto de nulidad por carecer de cobertura presupuestaria. En el mismo sentido, y más recientemente, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 427.

procederá”. Una interpretación literal de este precepto, como veremos a continuación, produce resultados indeseables para los intereses generales y, posiblemente, no deseados por el legislador. Por ello, es conveniente dejar claro que lo único que el legislador podía pretender plausiblemente con esta previsión del art. 36.5 LGS es imponer la obligación de tramitar prioritariamente el reintegro cuando concurren, simultáneamente, una causa de reintegro y otra de invalidez.

Algún autor ha entendido que la aplicación de este artículo únicamente va referida al supuesto del art. 37.1.a) LGS, en su relación con el art. 62.1.f) LRJPAC, al que hacíamos referencia más atrás²⁹. Sin embargo, y sin perjuicio de que este sea, posiblemente, el ejemplo más evidente, lo cierto es que el art. 36.5 LGS realiza una declaración genérica³⁰. En consecuencia, la concurrencia de cualquier causa de reintegro dará lugar a que se tramite el procedimiento de reintegro con preferencia sobre la tramitación del procedimiento de declaración de invalidez³¹.

La justificación parece encontrarse en una aplicación concreta del principio de buena fe o lealtad, que, como suele señalar la jurisprudencia de la Unión, debe regir la relación jurídica subvencional. En efecto, sería contrario a la buena fe que un administrado que ha incumplido las obligaciones que recaen sobre él en tanto que beneficiario de una subvención, y, por lo tanto, incurso en una causa de reintegro, pudiera obligar a la Administración a tramitar un procedimiento de revisión de oficio antes que un procedimiento de reintegro³².

²⁹ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 311, estima que “sólo cuando exista un comportamiento positivo de falseamiento u ocultación imputable al beneficiario se obviará el más garantista cauce de revisión de oficio para seguir directamente el procedimiento de reintegro”.

³⁰ Así, también concurrirán una causa de invalidez y una causa de reintegro en el caso de subvenciones constitutivas de ayudas de Estado, que hayan sido concedidas sin informar a la Comisión Europea o sin esperar a su declaración de compatibilidad con el mercado interior por parte de esta, y que posteriormente sean objeto de una Declaración de recuperación, lo que supondría la concurrencia de la causa de reintegro prevista en el art. 37.1.h) LGS. Del mismo modo, en el supuesto de nulidad radical por contenido imposible [art. 62.1.c) LRJPAC] a raíz de que la actividad a la que se vincula la subvención sea irrealizable, también concurrirá, necesariamente, una causa de reintegro: el incumplimiento de la actividad [art. 37.1.b) LGS].

³¹ En puridad, el art. 36.5 LGS se refiere únicamente a la “revisión de oficio”. Parece oportuno, sin embargo, entender que la expresión se utiliza en el sentido amplio de “declaración de invalidez por parte de la Administración”, tal y como acontece, por ejemplo, en el Capítulo I del Título VII de la LRJPAC, donde bajo el nombre de “Revisión de oficio” se cobijan no solo la revisión de oficio en sentido estricto, sino el procedimiento de declaración de lesividad, la revocación de actos desfavorables e incluso la rectificación de errores.

³² Por eso mismo, no se entiende muy bien la previsión, en los artículos reguladores del procedimiento de control financiero de que, en caso de que se descubran indicios de la presencia de alguna causa de invalidez, deba suspenderse dicho procedimiento. Esta previsión solo puede explicarse a partir del reconocimiento de “una *vis attrattiva* de los procedimientos de revisión de oficio frente al procedimiento de declaración de reintegro”, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 259. Es decir, justamente lo contrario de lo establecido en el art. 36.5 LGS, cuyo objetivo es, precisamente, primar al procedimiento de reintegro sobre el de revisión de oficio.

En este mismo sentido, cabe señalar cómo con anterioridad a esta previsión, el Dictamen del Consejo de Estado nº 55.280, de 18 de octubre de 1990, y las SSTs de 6 de junio de 1989 y 6 de marzo de 1998, adoptados en relación con la recuperación de ciertas ayudas al estudio, establecieron que, en caso de concurrencia de causa de invalidez y de causa de reintegro, debía acudir a la vía de la revisión de oficio, aunque se hubiera constatado que el beneficiario no cumplía los requisitos necesarios. Frente a esta solución, la doctrina había

Sin duda alguna, el autor que con mayor detenimiento ha estudiado este artículo ha sido REBOLLO PUIG, quien lo ha calificado de “extravagancia” del legislador y quien, en un intento de limitar al máximo su ámbito de aplicación, considera que, como mucho, este artículo “solo limita las posibilidades de revisión de oficio de las subvenciones, pero no las de otros medios de impugnación de las subvenciones inválidas”, por ejemplo, un recurso contencioso-administrativo o la acción de nulidad del art. 102 LRJPAC³³. Lo minucioso del análisis de esta autor obliga a seguirle en su planteamiento y analizar una por una las “objeciones e incertidumbres” que este artículo plantea:

La primera de las objeciones que este artículo generaría se encuentra en que “la solución del art. 36.5 LGS comporta una excepción a la regla de que la Administración tiene, ya no solo la posibilidad, sino hasta el deber de revisar de oficio sus actos nulos: aquí no solo no tiene ese deber sino que tiene vedada esa posibilidad”³⁴. En efecto, la expulsión del ordenamiento de actos nulos o viciados de anulabilidad es una exigencia del principio constitucional de legalidad. Por lo tanto, de aceptar sin más el art. 36.5 LGS, se estaría asumiendo una excepción a un deber de la Administración, al menos respecto a los actos nulos de pleno derecho, pues “en la medida en que se trata de vicios de ‘orden público’, la Administración *necesariamente debe* actuar la potestad revisora y proceder a declarar la invalidez y consiguiente ineficacia de los actos nulos de pleno derecho”³⁵. Sin embargo, cabría sostener que la Administración podría (debería) proceder a la revisión de oficio tras la declaración del reintegro. Es cierto que la dicción del artículo es terminante (“no procederá la revisión de oficio del acto...”), pero quizá sea posible una interpretación conforme con las reglas generales de la LRJPAC. Cuestión distinta es si este modo de proceder aportaría algún valor añadido, lo que parece mucho más dudoso, o si resulta conforme al principio de economía procesal, lo que parece claramente descartado.

En segundo lugar, “el art. 36.5 supone dar plenos efectos jurídicos a los actos administrativos inválidos”, y es que, en efecto, “no se comprende cómo es posible que la Ley decida dar plenos efectos a las subvenciones nulas, aunque sea para

entendido que, “ante la existencia de un procedimiento específico de verificación y control, conocido por el solicitante de la beca y ayuda al estudio, pued[e] mantenerse su prevalencia con respecto a los establecidos con carácter general”, José Luis GIL IBÁÑEZ, “El régimen de las becas y ayudas al estudio”, en *Aspectos administrativos del Derecho a la educación. Especial consideración de las Universidades públicas*, CGPJ, Madrid, 2001, p. 247, con lo que parecía pretenderse una aplicación del principio *volenti non fit iniuria*.

³³ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 421 y 423, quien señala que “resultaría inadmisibles y casi contrario a la tutela efectiva negar a un sujeto interesado una acción de nulidad por el hecho de que concurra una causa de reintegro”.

³⁴ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 423.

³⁵ Ángeles DE PALMA DEL TESO, “La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen”, en *RAP* nº 159 (septiembre-diciembre 2002), p. 402, cursiva añadida.

pedir el reintegro”³⁶. La cuestión, sin embargo, quizá pueda plantearse en términos menos dramáticos. En realidad, el art. 36.5 LGS no concede plenos efectos jurídicos a actos administrativos inválidos, porque dichos actos administrativos no son inválidos, al menos en tanto que no se declare que lo son. Antes al contrario, tales actos “se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten” (art. 57.1 LRJPAC). Lo que el art. 36.5 LGS supone es una elección legislativa ante la disyuntiva de cómo actuar cuando existen indicios de que en una misma subvención podrían concurrir, simultáneamente, causas de reintegro en sentido estricto y causas de invalidez. Obsérvese que el art. 36.5 LGS no declara que no proceda la declaración de invalidez o la anulación de la resolución de concesión, en el sentido del art. 106 LRJPAC. Lo que establece es que no procede la revisión de oficio, esto es, el procedimiento que da lugar a dicha declaración³⁷.

En tercer lugar, el art. 36.5 LGS plantea importantes dudas en relación con su concreto ámbito de aplicación y, muy en particular, respecto al supuesto del reintegro parcial y respecto a los supuestos de prescripción del reintegro³⁸.

En efecto, debe responderse a la duda de cómo actuar cuando, en aplicación del art. 36.5 LGS, se procede a tramitar un procedimiento de reintegro en lugar de un procedimiento de revisión de oficio y, a su finalización, se determina que únicamente procede el reintegro parcial. En este caso, y dado que la resolución de concesión de la subvención seguiría aquejada de invalidez, parece razonable pensar que, tras la tramitación del procedimiento de reintegro, debería, en todo caso, procederse a la declaración de invalidez. Frente a esta posibilidad, REBOLLO sostiene que también sería “perfectamente posible que, en las ocasiones en que de antemano pueda verse que concurre una causa de reintegro parcial y una causa de nulidad total, se acuda directamente a los procedimientos de los arts. 102 ó 103 LRJPAC”. Es necesario coincidir con este autor, si bien debe advertirse que no siempre será posible determinar *a priori* si se producirá un reintegro parcial, sobre todo si no existe algún informe de control previo, y que en ese caso “no procede sino aplicar el artículo 36.5 LGS”³⁹.

³⁶ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 424.

³⁷ De este modo, no es la LGS la que da plenos efectos a un acto nulo. Es la presunción de validez del art. 57.1 LRJPAC la que lo hace, pues, aun suponiendo que una resolución de concesión de subvención concreta fuera nula de pleno derecho, seguiría desplegando todos sus efectos hasta que dicha presunción no fuera destruida. Por eso no existe contradicción con los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que REBOLLO PUIG cita y que sostienen que el reintegro supone que el acto de concesión de la subvención “despliega todos sus efectos, entre ellos, precisamente, el del reintegro o devolución” por incumplimiento de las obligaciones a que quedaba sometido el beneficiario (STS de 22 de julio de 2002, Ar. 8811, entre otras). Por el contrario, estos pronunciamientos vienen a confirmar lo sostenido en texto: que el reintegro procede porque la resolución de concesión de la subvención, hasta que no se indique lo contrario, es válida y despliega todos sus efectos, y es el caso que no solo no se ha destruido dicha presunción, sino que, además, el legislador relega el procedimiento encaminado a destruirla a un lugar de inferioridad frente a otros procedimientos.

³⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 425-426.

³⁹ LUIS ALFONSO MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 100.

Asimismo, se plantea también la duda de cómo actuar en aquellos supuestos en que haya prescrito la acción de reintegro, lo que impedirá su declaración. De nuevo a juicio de Manuel REBOLLO, en tales supuestos será no solo posible, sino incluso obligado, proceder a la revisión de oficio, pues lo contrario “convertiría una regla que pretende ser perjudicial para los beneficiarios incursos en causa de reintegro en una regla beneficiosa que, pasados los plazos del art. 39 LGS, los pondría al abrigo hasta de las consecuencias de la nulidad de pleno derecho”. A esta afirmación cabría incluso añadir que, de hecho, y como habrá ocasión de exponer en un capítulo posterior, en determinados casos la declaración de nulidad será absolutamente necesaria. En concreto, en aquellos supuestos en que la Comisión declare la incompatibilidad con el mercado interior de una ayuda de Estado ilegal y la correlativa obligación de recuperarla, cuando ya hubiesen transcurrido los cuatro años de plazo previstos para el reintegro. En la medida en que el Reino de España no podrá negarse a dar cumplimiento a dicha obligación de la Unión, una de las posibilidades que se le ofrecerían podría ser sostener que aún es posible su declaración de nulidad.

En consecuencia, la interpretación más favorable a la actuación de la Administración –es decir, más favorable para la protección de los intereses generales– pasaría por reconocerle dos ventajas frente al régimen general de anulación de actos: en primer lugar, la posibilidad –la obligación, según el art. 36.5 LGS– de acudir a un procedimiento más flexible que el de revisión de oficio para recuperar el dinero de la subvención; en segundo lugar, y en caso de que hayan pasado los plazos para acudir a este procedimiento de reintegro, la posibilidad –la obligación, en realidad– de recurrir a la revisión de oficio⁴⁰.

5. En concreto, la anulación por invalidez sobrevenida

La invalidez sobrevenida de los actos administrativos es una cuestión ciertamente compleja y no siempre bien delimitada. A ello contribuye, en buena medida, la inexistencia de una normativa reguladora sobre la cuestión. En efecto, la LRJPAC solo parece ocuparse de la invalidez originaria, debiendo buscarse los supuestos

⁴⁰ Cuestión distinta sería que, en aplicación del régimen propio de la revisión de oficio, y en particular del art. 106 LRJPAC, pudiera negarse la procedencia de la declaración de invalidez de la resolución de concesión tras haber intentado, infructuosamente, proceder a su reintegro. En este sentido, no sería complicado integrar la interpretación del art. 106 LRJPAC con el lapso de tiempo previsto para proceder al reintegro. Es decir, el transcurso de los cuatro años de que dispone la Administración para reconocer o liquidar el reintegro podría identificarse con la llamada al “tiempo transcurrido” que el art. 106 LRJPAC señala como límite a las facultades de revisión. Podría entenderse que el legislador, al señalar la procedencia del procedimiento de reintegro (y no de revisión de oficio) para casos de concurrencia de ambos tipos de causas, ha asumido dicho procedimiento de reintegro íntegramente y sin excepciones, incluyendo, como contrapartida a su mayor expeditividad, el plazo de cuatro años de prescripción. De este modo, el intento por parte de la Administración de incoar un procedimiento de revisión de oficio, una vez prescrita la acción de reintegro por el paso de los cuatro años señalados en el art. 39.1 LGS, podría estimarse “contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

concretos de invalidez sobrevenida en la normativa sectorial. Junto a ello, el segundo motivo de confusión en torno a la figura de la invalidez sobrevenida se encuentra en su imperfecta delimitación respecto a otros institutos y, muy especialmente, respecto a la revocación. A pesar de ello, parece necesario reconocer la existencia y el uso, por parte del ordenamiento, de la figura de la invalidez sobrevenida, lo que exige tenerla en cuenta también a efectos de nuestro estudio.

Siguiendo al profesor CANO CAMPOS, entendemos que “un acto incurre en invalidez sobrevenida cuando resulta contrario a Derecho por causas o circunstancias que aparecen en un momento posterior a su formación y a partir de dicho momento –y no antes– el acto deviene inválido y se producen las consecuencias propias de la invalidez”⁴¹. Las “causas o circunstancias” que pueden provocar esta invalidez sobrevenida pueden derivar bien de un cambio normativo⁴² o bien de la pérdida de los requisitos objetivos de validez exigidos al acto tras su otorgamiento. Respecto a la desaparición de estos requisitos objetivos exigidos para la validez del acto tras su perfección, lo esencial, por supuesto, es que el ordenamiento exija que la concurrencia de tales requisitos deba producirse en el momento constitutivo del acto y, además, mantenerse a lo largo de toda la vida del acto⁴³. Siguiendo de nuevo a CANO CAMPOS, parece posible identificar tales requisitos objetivos de validez con los elementos del acto y, por cuanto puede afectar a

⁴¹ Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 227. El autor insiste en destacar que no se trata solo de la aparición de hechos o circunstancias inexistentes en el momento de adopción del acto, sino también de circunstancias que solo determinan la invalidez a partir del momento en que hacen su aparición. En efecto, si tales circunstancias dieran lugar a la producción de la invalidez con efectos retroactivos hasta el nacimiento del acto no habría diferencias prácticas con la invalidez originaria y, en consecuencia, no estaría justificada la construcción de la invalidez sobrevenida. En sentido parecido, el mismo autor ha definido la invalidez sobrevenida en Tomás CANO CAMPOS, “La revocación de las autorizaciones en el ámbito económico por razones de ilegalidad sobrevenida”, en Luis COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid, 2003, cit., p. 833, indicando que “la invalidez sobrevenida puede ser definida como la situación en que se encuentran los actos administrativos cuando el Derecho no tutela la situación jurídica creada por ellos a partir de un momento posterior a su formación y por virtud de circunstancias sobrevenidas que hacen que el mismo deje de adecuarse a su esquema normativo. Es decir, un acto incurre en invalidez sobrevenida cuando resulta contrario a Derecho por causas o circunstancias que aparecen en un momento posterior a su formación y a partir de dicho momento afectan a su validez, produciéndose a partir de entonces las consecuencias propias de toda invalidez”.

⁴² Respecto a la posibilidad de que se produzca un cambio normativo que determine la invalidez sobrevenida, este puede venir provocado por dos situaciones. En primer lugar, por la aprobación de nuevas normas (en su caso retroactivas) cuyo resultado sea provocar la invalidez del acto a partir de un momento posterior al de su adopción. En segundo lugar, la declaración de invalidez de las normas que sirvieron de base al acto cuando tal declaración, como será normal, se produzca con posterioridad a la adopción del acto. Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 242. En aplicación del art. 102.4 LRJPAC *in fine*, que admite que a pesar de la declaración de nulidad de una disposición “subsistan los actos firmes dictados en aplicación de la misma”, Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT, “Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia”, *REDA* n.º 14 (julio-septiembre 1977), p. 398, considera que la subsistencia de los actos dictados en aplicación de una norma reglamentaria que posteriormente es revisada por la Administración y declarada nula no afecta a la irretroactividad de dicha revisión. Tales actos, simplemente, “hay que valorarlos en Derecho como si tal Reglamento no hubiese existido. Y a la luz del Ordenamiento resultante se llegará a la conclusión de que tales actos (...) son nulos de pleno derecho, anulables o incluso plenamente válidos”.

⁴³ Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 242.

la invalidez sobrevenida, a los llamados elementos objetivos del acto: el presupuesto de hecho, la causa y el contenido.

En primer lugar, si se produjera la desaparición del objeto sobre el que recae el acto o el contenido posible de este, tal desaparición supondría una causa de nulidad sobrevenida, al dar lugar a un acto de contenido imposible. En el ejemplo clásico en nuestra doctrina, así ocurriría en el caso de agotamiento de una mina sobre la que se había constituido una concesión. El agotamiento de la mina supondría que la concesión quedaría sin objeto (una concesión sobre la nada), dando lugar a su invalidez sobrevenida⁴⁴. La misma situación se produciría en caso de que la actividad cuya realización justificaba el pago de la subvención hubiera devenido imposible. También en este caso la solución pasaría por reconocer la invalidez sobrevenida del acto, al haberse convertido en un acto de contenido imposible⁴⁵.

En segundo lugar, la invalidez sobrevenida podría venir determinada por la desaparición del presupuesto de hecho exigido por la norma para que la Administración pueda adoptar el acto de que se trate⁴⁶. Evidentemente, y como acabamos de indicar, para que la desaparición del presupuesto de hecho pueda determinar la invalidez sobrevenida del acto es imprescindible que su mantenimiento viniera exigido durante un periodo posterior a su formación, lo que ocurre con frecuencia en los actos de tracto sucesivo⁴⁷.

⁴⁴ Resulta discutible, por tanto, la afirmación de parte de la doctrina que identifica esta situación con el advenimiento de una causa de caducidad. En este sentido, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1988, p. 102, afirma que “la concesión de dominio público caduca cuando desaparece el objeto sobre el que recae la utilización privativa y exclusiva del concesionario, es decir, cuando dejan de existir los bienes de dominio público que la Administración otorgó al concesionario”. Así también lo cree Jaime RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1993, p. 96. Por su parte, José Luis VILLAR PALASÍ, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP* n° 1 (enero-abril 1950), p. 114, califica este supuesto como una forma de “extinción *ex re ipsa*”, pero no indica la naturaleza jurídica de dicha extinción, esto es, no aclara si entiende que se produce un supuesto de invalidez sobrevenida, de caducidad o de otro tipo. Como tendremos ocasión de comprobar en un capítulo posterior, la caducidad se produce como resultado del incumplimiento de alguna de las obligaciones que recaen sobre el beneficiario de la ventaja concedida por la Administración, lo que, indudablemente, no ocurriría en este supuesto.

⁴⁵ En este supuesto, sin embargo, y como ya indicamos más arriba, concurriría también, inevitablemente, la causa de reintegro prevista en el art. 37.1.b) LGS.

⁴⁶ Este presupuesto, que puede ser objetivable, pero que también puede requerir una operación valorativa por parte de la Administración a raíz del uso de conceptos jurídicos indeterminados por parte del legislador, se identifica con “el supuesto de hecho previsto por la norma atributiva de la potestad para que la Administración pueda dictar el acto administrativo (...), si dicho supuesto no se cumple en la realidad, la potestad legalmente configurada en función del mismo no ha podido ser utilizada correctamente y el acto dictado no será válido o conforme a Derecho”, Tomás CANO CAMPOS, “La revocación de las autorizaciones...”, cit., p. 835.

⁴⁷ Un ejemplo prototípico de invalidez sobrevenida por esta causa se encuentra en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social, bajo el nombre de “revisión de oficio”. De conformidad con el art. 144.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), esta “revisión de oficio”, implica la revisión de los actos declarativos de derechos dictados por las Entidades gestoras o los servicios comunes, en perjuicio de sus beneficiarios.

Con carácter general, se tratará de una revisión de la invalidez laboral de los trabajadores (tanto de su grado como de su misma existencia o persistencia). Por ello mismo, esta revisión de oficio implicará, normalmente, una

Por ejemplo, un presupuesto de hecho puede consistir en que el administrado debiera reunir determinadas características, sin las cuales la Administración no podría establecer la relación jurídica de que se trate con él. En relación con las subvenciones, los solicitantes que pretendan ser beneficiarios de las mismas deben cumplir unos requisitos negativos, establecidos con carácter general en el art. 13.2 LGS, y unos requisitos positivos, establecidos en las bases reguladoras de cada subvención y que podrán ser variadísimos (ser pymes, jóvenes que no alcanzan determinada edad o administrados que sobrepasen una edad avanzada, administrados con un nivel de renta bajo, etc.).

El problema surge cuando la exigencia de tales características se extiende no solo al momento de concesión de la subvención, sino a todo el periodo que dure la relación jurídica subvencional. Es en tales supuestos, que deberían venir expresamente previstos por la norma, cuando cabría entender que se produciría un caso de invalidez sobrevenida⁴⁸. Respecto a los primeros es probable que solo se trate de requisitos necesarios para poder llegar a ser beneficiario, de modo que una vez dictado el acto de concesión ya no se exige su mantenimiento como requisito de validez de este⁴⁹.

constatación de que se ha producido una nulidad sobrevenida, pues “la revisión de oficio de las incapacidades opera no en virtud de lesión alguna ni de error de derecho ni de hecho en que la resolución que las reconoció haya podido incurrir, sino en un cambio de las circunstancias de hecho (agravación o mejoría) determinantes de la situación de incapacidad”. Es decir, “la revisión de las incapacidades permanentes (...) no implica que en el acto de reconocimiento (...) se haya incurrido en ningún error, de hecho ni de derecho, ni que aquel adolezca de vicio alguno, ni siquiera que de ningún modo haya sido lesivo para la Seguridad Social ni para los intereses públicos que esta administra. La revisión de oficio opera en virtud de cambios en el tiempo de circunstancias de hecho, ocurridas las cuales, si *no* se revisara la incapacidad, sería precisamente cuando el acto primitivo devendría lesivo, aparte de ilegal en cuanto violador de los preceptos que definen las incapacidades y sus grados”. Vid., Manuel ALONSO OLEA, “De nuevo sobre la revocación de los actos administrativos (ahora sobre los actos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social)”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 594-595.

⁴⁸ Si no expresamente previstos, al menos sí es necesario que dicha exigencia se deduzca con claridad de la norma reguladora. En este sentido, y aunque algo antigua, resulta de interés el supuesto enjuiciado por la STS de 6 de julio de 1990, Sección octava, Ar. 5840 (ponente: SANZ BAYÓN), relativo a unas subvenciones concedidas en el ámbito agrícola. En los hechos, el SENPA acordó, mediante resolución de 21 de noviembre de 1983, la concesión de una subvención a un administrado para la realización de obras de construcción e instalación de dos naves adosadas y otra para el centro de Selección de cereales y otros granos de Almazán (Soria). El 6 de marzo de 1984, y debido a otros hechos no relacionados con la subvención, la Jefatura provincial del SENPA de Soria libró certificación de descubierto contra el mismo beneficiario por no haberle abonado determinada cantidad en concepto de multa. Como consecuencia, el SENPA dictó resolución de 29 de noviembre de 1984 acordando la revocación de la concesión de la subvención, al considerar que había devenido nula de pleno derecho, dado que la legislación de contratos (entre los que sitúa a la subvención) prohibía a la Administración contratar con aquellas personas que se hallaran incursas en procedimiento de apremio como deudoras del Estado o de sus organismos autónomos. Sin pronunciarse sobre el carácter contractual o no de la subvención, que se limita a asumir sin más, la sentencia estima que “la más elemental exégesis de dicho precepto [el art. 9.2 de la Ley 5/1973, de Contratos del Estado] conduce a que tal exigencia de no estar incurrido en procedimiento de apremio ha de ir referida inexorablemente al lapso temporal anterior o simultáneo a la perfección de la relación contractual, porque una vez perfeccionada la figura contractual pactada, es claro que esta ha nacido a la vida jurídica con plenos efectos para la exigibilidad de los derechos y obligaciones consensuadas. La posterior concurrencia de dicha causa de incapacidad generadora de la nulidad del contrato, tiene pues que ser hecha valer como causa de resolución o rescisión del mismo”, en consecuencia, y en la medida en que esta circunstancia no se preveía como causa de rescisión del contrato, anula la resolución administrativa impugnada.

⁴⁹ Ayudaría a sostener esta visión una interpretación *a contrario* del art. 34.5 LGS, que establece que “No podrá realizarse el pago de la subvención en tanto el beneficiario no se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social o sea deudor por resolución de procedencia de reintegro”.

Respecto a los segundos, sin embargo, no resulta posible dar una solución válida con carácter general, dependiendo del caso concreto⁵⁰.

Debe advertirse que estas situaciones pueden confundirse con la existencia de causas de caducidad-reintegro. Así ocurrirá cuando la desaparición de uno de estos presupuestos de hecho sea el resultado de la conducta del beneficiario de la subvención. Por cuestiones sistemáticas, sin embargo, nos ocuparemos de esta cuestión en el capítulo sexto.

En tercer lugar, y finalmente, otro de los posibles elementos requeridos para la validez del acto que podría desaparecer, dando lugar a su invalidez sobrevenida, es la causa del acto. La causa se identifica con “la adecuación o congruencia efectiva del contenido del acto a los fines propios de la potestad que con él se ejercita”⁵¹, lo que se desprende del art. 53.2 LRJPAC, conforme al cual “el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y *adecuado a los fines* de aquellos”.

La causa del acto, por su propia naturaleza, es uno de los requisitos cuya permanencia puede exigirse después de dictado el acto. De ahí que sea susceptible de causar la invalidez sobrevenida de este último. Aunque ya hicimos alguna referencia a ello en el capítulo primero, es importante destacar que toda resolución de concesión de una subvención se orienta, necesariamente, a la satisfacción de un interés general. Ha de servir a dicha finalidad instrumental, pues solo para eso se permite a la Administración ejercer la potestad de conceder subvenciones. De ahí que, en caso contrario, pueda afirmarse que la resolución de concesión carece de causa.

Si el art. 34.5 LGS establece estas consecuencias solo para dos de las ocho causas de exclusión del art. 13.2 LGS [en concreto, las contenidas en las letras e) y g)], debe entenderse que, para las seis restantes, no se debe extraer ninguna consecuencia más allá de la prevista en el mencionado art. 13.2 LGS, esto es, no poder obtener la condición de beneficiario (o entidad colaboradora).

⁵⁰ Por ejemplo, para ser beneficiario de ayudas a las Asociaciones y Federaciones de exportadores es requisito previo para estas el haber sido reconocidas como entidades colaboradoras de la Secretaría de Estado de Turismo y Comercio. La resolución de reconocimiento como entidad colaboradora puede ser revocada si se incumplen los requisitos objetivos que rigen este reconocimiento. En dicho caso “el Secretario General acordará, en atención a las circunstancias que concurran, si procede la devolución total o parcial de las cantidades percibidas más los intereses de demora correspondientes o solamente la anulación de los abonos pendientes”. Orden ITC/3690/2005, de 22 de noviembre, por la que se regula el régimen de colaboración entre la Administración General del Estado y las Asociaciones y Federaciones de Exportadores (BOE de 29 de noviembre).

⁵¹ Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 294, quien añade que, “a diferencia de lo que acontece con los poderes privados, en los que la regulación de los objetivos o fines a alcanzar con los mismos se hace de forma negativa (se concede el poder siempre y cuando no se aproveche para lograr un cierto estado de cosas que se reputa inaceptable y por ello prohibido), en las potestades públicas la caracterización de tales fines es de carácter positivo: se concede el poder para que, mediante sus actos de ejercicio, se obtengan ciertos estados de cosas positivamente determinados, que, por imperativo constitucional, ha de responder siempre a un fin público o de interés general (art. 103 CE)”.

Respecto a los efectos de la invalidez sobrevenida, durante el periodo de validez del acto “lo normal es que el acto haya sido eficaz, es decir, haya producido los efectos propios de su contenido. Pero ello no es absolutamente necesario”. En consecuencia, “la ilegalidad sobrevenida tiene efectos *ex nunc*, o, más exactamente, opera desde que aparece el hecho sobrevenido determinante de dicha invalidez”⁵².

¿Qué es lo que ocurre jurídicamente? Partiendo de la base de que la invalidez sobrevenida afecta a actos que han originado el establecimiento de una relación entre Administración y administrado (por débiles que sean sus lazos), su principal efecto no es atacar a alguno de los derechos o deberes establecidos en el seno de la relación, sino a la relación misma: al acto que da base y justificación a la existencia de esta relación entre Administración y administrado. Por eso no es de caducidad de lo que hablamos, sino de invalidez.

Asimismo, y con carácter general, parece que la invalidez sobrevenida no debe dar lugar a indemnización. Ni en caso de cambio sobrevenido de las circunstancias ni en caso de aprobación de una nueva normativa. No obstante, es posible que en ambas situaciones haya que atender al grado de responsabilidad de la Administración encargada de declarar la invalidez sobrevenida en que se produjeran las nuevas circunstancias o las nuevas normas.

En efecto, si una licencia urbanística deviene inválida porque el Ayuntamiento aprueba un nuevo PGOU, probablemente nos encontremos ante un caso de cambio en los criterios de apreciación de la Administración y, por lo tanto, una forma de revocación, y no ante un caso de invalidez sobrevenida, por lo que procederá la indemnización a los afectados. El caso cambia totalmente si las licencias devienen inválidas por la aprobación de una normativa procedente de otra Administración o del legislador autonómico o estatal. Del mismo modo debe procederse según si la pérdida de los requisitos objetivos de validez de la que se deriva la invalidez sobrevenida es causada o no por la propia Administración que declara la invalidez⁵³.

En última instancia, es necesario reconocer que la construcción de la invalidez sobrevenida se encuentra aun incompleta entre nosotros. De este modo, no se ha podido

⁵² Tomás CANO CAMPOS, “La revocación de las autorizaciones...”, cit., p. 833.

⁵³ Por ejemplo, en el conocido caso de las carteleras de Zaragoza, el Ayuntamiento se vio obligado a revocar las licencias concedidas a una empresa anunciadora para colocar carteleras en el centro de la ciudad a raíz de que este fuera declarado BIC por la Administración autonómica. En este caso, no podía exigirse al Ayuntamiento de la ciudad, en modo alguno, el pago de una indemnización, pues no se entendería que el Ayuntamiento de Zaragoza, que se limitaba a aplicar una normativa estatal a consecuencia de una situación creada por un acto autonómico, se hubiera visto obligado a indemnizar por ello al interesado. CARLOS NAVARRO DEL CACHO, “Sobre la indemnizabilidad de la revocación de las autorizaciones de funcionamiento. El caso de las carteleras de Zaragoza (STSJ Aragón, 296/93, de 3 de julio)”, *Revista aragonesa de Administración pública* n° 3 (diciembre 1993), cit., p. 306.

afirmar con rotundidad cuál es el procedimiento que debe seguirse para hacer valer esta invalidez sobrevenida, si puede ser declarada por la Administración o únicamente por los tribunales contencioso-administrativos, qué plazos existen para ello, desde cuándo deben contarse o si influye en todo ello el hecho de que la invalidez sobrevenida implique una nulidad de pleno Derecho o la anulabilidad del acto. Contestar a estas preguntas, sin embargo, excedería con mucho los objetivos del presente trabajo.

II.

LA REVOCACIÓN DEL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN

1. El concepto de revocación

La segunda forma de eliminar el instrumento por el cual se concedió la subvención es su revocación. Los contornos de esta figura han sido tradicionalmente difusos, así como la terminología empleada por doctrina y jurisprudencia⁵⁴. No obstante, parece posible afirmar que existen fundamentalmente dos conceptos de revocación. En primer lugar, un concepto restringido, muy extendido en la doctrina española, que se identifica con la retirada por la Administración de sus propios actos por motivos de oportunidad, entendiendo por tal un cambio de criterios subjetivos que resulta incompatible con una resolución administrativa previa. Este primer concepto existe también en otros ordenamientos jurídicos, como el italiano y el alemán y, tal vez, aunque de forma más difusa, en el francés⁵⁵.

⁵⁴ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, cit., p. 149, achaca esta imprecisión terminológica en el ámbito administrativo, a su vez, a la existencia de “una gran imprecisión al emplear los términos que distinguen los distintos supuestos de ineficacia e invalidez del negocio jurídico”. Es decir, se trataría de un problema ya existente en Derecho privado que, posteriormente, se habría contagiado al Derecho público. M^a Jesús MONTORO CHINER, “La revocación de los actos administrativos en la Ley 30/1992”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n^o 17 (enero-marzo 1994), pp. 11-12, por su parte, se queja también de la equívocidad del término, señalando que “la expresión revocación se utiliza en algunos casos en su sentido estricto, como eliminación de acto válido, en otros como expresión de sanción por incumplimiento de las condiciones de un acto, o como sinónimo de caducidad; sin distinguir tampoco cuando el término viene a referirse a actividades autorizadas en ejercicio de derechos preexistentes, o actividades sobre el dominio o el servicio público”.

⁵⁵ En Italia la doctrina ha afirmado tajantemente que “la revocación interviene sobre la base de un juicio de oportunidad, más que sobre una valoración de la legalidad o ilegalidad del acto”. Y así, de hecho, lo consagra ahora el art. 21. *quinques* de la Ley 240/1990, dando cobertura jurídica a un estado de opinión dominante de hecho en la doctrina y la práctica jurídica. Hasta la inclusión de este artículo, la potestad revocatoria solo encontraba justificación en una amplia interpretación de los principios generales del Derecho. Martina SINISI, “Il «potere» di revoca”, cit., pp. 633 y 641.

Por su parte, aunque de manera marginal, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés reconoce la posibilidad de eliminar actos creadores de derechos y plenamente válidos en el caso de que se produzca un cambio de circunstancias. En este sentido, Patrick AUVRET, “La notion de droit acquis...”, cit., p. 98, señala el *arrêt URSSAF des Alpes Maritimes*, de 8 de enero de 1971, y el *arrêt Ministre de la Santé c. Conseil régional de l’Ile-de-France de l’Ordre des pharmaciens*, de 21 de junio de 1982.

En segundo lugar, otro nutrido grupo doctrinal postula un concepto algo más amplio de revocación, que designaría la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario, con independencia de que obedezca a motivos de legalidad o de oportunidad. En realidad, es el propio legislador quien propicia este segundo concepto, especialmente amplio, de revocación, que pasaría a constituir una categoría general, dentro de la cual habría que volver a distinguir entre revocación por motivos de oportunidad y revocación por motivos de legalidad.

Este segundo concepto de revocación puede llegar a ampliarse hasta el extremo de abarcar incluso situaciones en las que ni siquiera se elimina acto alguno, sino simplemente sus efectos o la relación jurídica por él establecida. Ello explica que existan algunos autores que se refieran a la “revocación de subvenciones” como el acto de la Administración, dictado como reacción frente al incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario y que da lugar a la devolución de las cantidades percibidas⁵⁶. Como tendremos ocasión de ver, esto supone confundir la revocación con la declaración de caducidad, pero de ello nos ocuparemos en el capítulo sexto.

En cualquier caso, desde un estricto punto de vista doctrinal parece ser mayoritaria la primera de estas posturas, es decir, la posición que define la revocación como el acto por el que se produce la retirada definitiva del mundo jurídico, por parte de la Administración, de un acto previo por motivos de oportunidad⁵⁷. Su éxito se debe,

⁵⁶ Por ejemplo, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 80, identifica la división realizada por la LGS entre las causas de invalidez (art. 36 LGS) y las causas de reintegro (art. 37), con una “distinción entre la invalidez de la subvención frente a la revocación de la subvención por incumplimiento”. Sin embargo, hablar de “revocación por incumplimiento” tal vez sea utilizar el término “revocación” en un sentido amplísimo, vaciándolo de sustancia jurídica propia.

Ello quizá lleva a resultados indeseados y a una cierta confusión terminológica. Por ejemplo, este mismo autor, a pesar de afirmar repetidamente que el reintegro en sentido estricto implica “la resolución de la relación subvencional mediante revocación” (por ejemplo, en p. 102), considera que la revocación, con carácter general, “consiste en la retirada del ámbito jurídico de un concreto acto administrativo por motivos de oportunidad, tal y como se define en el artículo 105 LRJPAC. No obstante, en nuestro caso, la revocación se lleva a cabo por motivos de legalidad y de acuerdo con las causas recogidas en el art. 37 LGS”, pp. 102-103. Es decir, afirma que se trata de una revocación pero considera que no lo es por motivos de oportunidad, sino de legalidad, y tasados.

⁵⁷ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, cit., pp. 150-151, revela que este concepto de revocación se debió originariamente a Guido ZANOBINI, quien afirmaría que “la anulación se hace por motivos de legitimidad y por órgano distinto al que dictó el acto, mientras que la revocación se hace por motivos de oportunidad y por el propio órgano administrativo que dictó el acto” (*Curso di diritto amministrativo*, I, 5ª ed., 1947, p. 252). La teoría de ZANOBINI, basada en un doble criterio, objetivo y subjetivo, sería luego introducida en España por GARRIDO FALLA. Solo en un momento posterior se abandonaría el criterio subjetivo.

José Manuel SALA ARQUER, *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, p. 27, ofrece la definición “canónica” de revocación en nuestra doctrina, describiéndola como “la extinción por la Administración de un acto administrativo válido, por razones de interés público, en los casos en que la Ley lo permite”. También en sentido parecido Ramón MARTÍN MATEO, “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”, *RAP* n° 56 (mayo-agosto 1968), p. 97, ha definido la revocación como “aquel acto contrario de la Administración por el que deja sin efecto un acto legítimo anterior, sea este de base bilateral o unilateral (...) [en virtud de] criterios de nueva apreciación del interés público al alterarse las circunstancias que motivaron el acto inicial determinando la extinción de la relación jurídica por él originada”.

probablemente, a que constituye una figura contrapuesta y complementaria a la revisión de oficio o anulación, identificada con la eliminación de los actos administrativos por motivos de legalidad. En el fondo de esta contraposición se encontraría la idea de que los actos administrativos no solo deben ser conformes con el ordenamiento jurídico, sino también con la justicia. Esto es, no solo deben respetar las normas, sino también los intereses públicos⁵⁸. Esta segunda exigencia sería, cabalmente, la que permitiría eliminar un acto solo por ser contrario al interés público.

Frente a esta construcción, el concepto amplio de revocación no parece ser una herramienta de especial utilidad jurídica. En efecto, de poco vale configurar un concepto amplio de revocación si, posteriormente, deben hacerse dentro del mismo diversas distinciones y clasificaciones que respondan a los diferentes regímenes jurídicos configurados por nuestro ordenamiento⁵⁹.

2. Distinción entre revocación y anulación

De lo hasta ahora expuesto, cabe deducir que la revocación coincidiría con la anulación en que, en ambos casos, se trata de técnicas encaminadas a hacer desaparecer un acto del mundo jurídico. No obstante, la revocación se caracterizaría, en principio, por dos elementos que permitirían distinguirla de la anulación:

- En primer lugar, la revocación es decidida, en todo caso, por la propia Administración, a diferencia de la anulación, que solo en ocasiones excepcionales (casos de nulidad de pleno derecho) será acordada por la Administración, correspondiendo su declaración, con carácter general, a los jueces de lo contencioso-administrativo.

Finalmente, y por no seguir con la lista, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 251, considera, refiriéndose expresamente a las subvenciones, que la anulación debe entenderse como “revisión o eliminación de los actos administrativos por su ilegalidad (...) reservando el término revocación para la eliminación por la Administración de actos por razones de oportunidad”.

⁵⁸ En este sentido, Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos”, cit., p. 423, concluye, en consecuencia, que la presunción de legalidad de los actos administrativos puede interpretarse en un sentido amplio “como adecuación del acto, no solamente al ordenamiento jurídico en sentido estricto, sino también al interés público”. Por usar la terminología del art. 106 CE: la adecuación de la actuación administrativa a la legalidad y a los fines que la justifican.

⁵⁹ Como señala Tomás CANO CAMPOS, “La revocación de las autorizaciones...”, cit., p. 826, que se encuentra entre los defensores de este concepto extenso de revocación, la preferencia por este concepto se debe a la falta de acuerdo en la doctrina y a que es un concepto “sobre todo, más acorde con los datos normativos actuales”. No obstante, se ve precisado a añadir: “sin que ello suponga ignorar (...) que la retirada del acto obedece en unas ocasiones a motivos de legalidad y en otras a motivos de oportunidad y que ello comporta unas consecuencias importantes en orden a sus límites en función del tipo de actos que se pretenda revocar (favorables o de gravamen), al distinto procedimiento a seguir en uno y otro caso (...) o los efectos derivados del ejercicio de dicha potestad (*ex tunc* o *ex nunc*)”.

- En segundo lugar, los motivos que permiten acordar la revocación de un acto son motivos de oportunidad, expresión algo equívoca con la que se pretende destacar la oposición a los motivos de legalidad que fundamentan la anulación. Esto es, la revocación se dirige principalmente a actos válidos, en tanto que conformes con las normas del ordenamiento, mientras que la anulación se dirigiría a actos ilegales o inválidos, en tanto que contrarios a las mismas. La anulación tiene como finalidad asegurar la legalidad, mientras la revocación pretende garantizar la justicia. La anulación se dirige contra actos ilegales, mientras la revocación se dirige contra actos legales, aunque inoportunos.

En efecto, desde el punto de vista de la Administración, la eliminación de un acto por motivos de oportunidad sería, además, una obligación dimanante del principio de buena administración: la Administración no solo debe velar porque sus actos sean conformes con el ordenamiento jurídico sino también porque, además, sean respetuosos con los intereses públicos⁶⁰.

Ello justifica que el elemento esencial de la revocación sea lo que se denomina “elemento subjetivo”, es decir, un cambio en la voluntad del sujeto creador del acto, que se identifica con “una nueva apreciación del interés público, distinta de la que dio lugar al acto revocado”⁶¹. Este sería el elemento esencial y característico de la revocación y el que permitiría diferenciarlo tanto de la anulación como del reintegro en sentido estricto.

Se ha criticado esta distinción entre motivos de legalidad y de oportunidad, argumentando que, “en definitiva, la inadecuación de un acto administrativo al fin para el que fue dictado (...) constituye en última instancia una cuestión de legalidad”⁶². Pero esta crítica, sin embargo, debe matizarse, por no ajustarse a todos los casos de revocación. En efecto, como tendremos ocasión de ver, la revocación puede dirigirse a un acto administrativo que se adecue perfectamente al fin para el que fue dictado, pero que se considere inconveniente para la satisfacción de otros intereses generales.

⁶⁰ En este sentido, José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 42, relaciona, con base en un STS de 24 de octubre de 1959, revocación y deber de buena administración, en el sentido de acertar en el juicio de oportunidad, afirmando que “el control de la buena administración queda atribuido al ámbito de la revocación”. Cita, asimismo, un interesantísimo Dictamen del Consejo de Estado, de 9 de diciembre de 1965, expediente 34.306, en el que se distinguen la desviación de poder y la falta de oportunidad (o falta de buena administración): la primera exige, no sólo que no se haya acertado en el ejercicio de una potestad discrecional, sino que dicho ejercicio no persiguiera una finalidad lícita.

⁶¹ José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 25. El mismo autor también exige, sin embargo, la concurrencia de un elemento objetivo, que supone que “la revocación opera sobre un acto válido con el fin de lograr unos efectos más justos”, y de un elemento formal, que se identifica con una previa habilitación legal (pp. 22-23).

⁶² René Javier SANTAMARÍA ARINAS, “La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos”, *RAP*, nº 151 (enero-abril 2000), p. 463.

Así mismo, en el caso de la revocación, solo la Administración puede apreciar si el acto es contrario o no a los intereses públicos. Por el contrario, y con todas las matizaciones que se quiera, las causas de invalidez se deducen de la mera contradicción entre acto y norma, sin necesidad de valoración o apreciación alguna, lo que permite su impugnación por terceros interesados.

A pesar de todo, debe aceptarse, sin embargo, que ambas figuras se confunden en ocasiones. Por un lado, y como se ha indicado, porque también la anulación puede ser acordada por la Administración. Por otro lado, porque el legislador parece contemplar expresamente la posibilidad de que la revocación también pueda producirse por motivos de legalidad, y no solo de oportunidad, siempre que se trate de actos desfavorables o de gravamen (art. 105.1 LRJPAC).

3. Normas reguladoras de la revocación

A diferencia de lo que acontece con el régimen de la invalidez de los actos administrativos, no existe una normativa general reguladora de la potestad revocatoria de las Administraciones públicas⁶³. Lo más parecido, a estos efectos, a una regulación general es la regulación de la revocación de las licencias municipales contenida en el art. 16 RSCL y a la cual, en atención a su claridad y a la falta de nada mejor, se ha concedido de manera tácita el status de principios generales del ordenamiento⁶⁴, convirtiéndose en fuente constante de inspiración para el legislador⁶⁵.

No deja de ser sorprendente, y así ha sido destacado en numerosas ocasiones, que fuera una norma de rango reglamentario la que estableciera una excepción a la regla general de irrevocabilidad de actos favorables. Especialmente ante el silencio de la antigua LPA de 1958 y de la actual LRJPAC. Sin embargo, “ello no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia estimase vigente tal singularidad del régimen local en base a que se trataba de revocación por razones de oportunidad, que, como ya se

⁶³ En el proyecto de ley de lo que posteriormente sería la LPA de 1958, se incluía un artículo 116 donde se establecía que “la Administración podrá dejar sin efecto sus propios actos declarativos de derechos, previa indemnización determinada con arreglo al procedimiento de expropiación forzosa”, posteriormente suprimido (“olvidado”, dice José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 6 de la “Introducción”) por el legislador.

⁶⁴ En contra, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La extinción de la autorización de farmacia”, RAP n° 37 (enero -abril 1962), pp. 149-150, quien, refiriéndose a la posibilidad de revocar autorizaciones de farmacia por modificación de las circunstancias que justificaron su otorgamiento, negaba la aplicación del art. 16 RSCL, argumentando que “como en la esfera de lo estatal no existe en nuestro Ordenamiento jurídico precepto análogo, ha de estarse a los principios generales. Y, en aplicación de los mismos, resulta inadmisibles privar de efectos a aquellos actos que reconocieron un derecho subjetivo (...) a no ser en los supuestos ya señalados de nulidad absoluta o de infracción manifiesta de leyes”.

⁶⁵ En efecto, como ya detectara M^a Jesús MONTORO CHINER, “La revocación de los actos administrativos...”, cit., p. 15, “hay que resaltar la atracción de los legisladores por reflejar en legislación posterior el contenido del art. 16 RSCL o parte de sus reglas”, ejemplo de lo cual pueden ser el art. 63.a) Ley de Aguas de 1985, los arts. 58 y 77, Ley de Costas, el art. 238 TR Ley del Suelo de 1992, además de otras normas reglamentarias.

ha dicho, no se contemplaba directa ni expresamente en la LPA de 1958 [ni en la LRJPAC]⁶⁶.

A tan magra regulación general debe añadirse el art. 105.1 LRJPAC, que prevé, con generosidad aparentemente extraordinaria, la posibilidad de que las Administraciones públicas puedan “revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables”. No obstante, dicha revocación requerirá, en todo caso, de una causa que la justifique, pudiendo ser tanto por motivos de legalidad como de oportunidad⁶⁷. Así lo confirma el hecho de que el legislador emplee conscientemente el término “revocación”, mientras que en los arts. 102 y 103 hablan de “anulación” o “declaración de nulidad”⁶⁸.

De este modo, el legislador ha establecido una regulación distinta de la revocación de los actos favorables y de la revocación de los actos desfavorables. Mientras que los actos desfavorables ven reguladas todas las posibilidades de su expulsión del mundo jurídico (revocación por motivos de legalidad y de oportunidad), los actos favorables solo ven cubierta la regulación de su revocación por motivos de legalidad (arts. 102 y 103 LRJPAC).

4. La admisibilidad de la revocación de subvenciones

Abordada la cuestión del concepto, la admisibilidad, la regulación y las causas de la revocación, procede comprobar si resulta aplicable al acto de concesión de subvenciones. A estos efectos, debe comenzarse por señalar que, a diferencia de lo que vimos que acontecía con la anulación, la LGS no prevé expresamente la posibilidad de revocación de la resolución de concesión de subvención. No es de extrañar, toda vez que tampoco existe en el ordenamiento administrativo español una regulación general y completa de la revocación, equiparable a la de la anula-

⁶⁶ M^a Jesús MONTORO CHINER, “La revocación de los actos administrativos...”, cit., p. 17.

⁶⁷ Íñigo SANZ RUBIALES, “Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad”, *RAP* n^o 148 (enero-abril 1999), p. 361, también considera posible ampararse en el art. 105.1 LRJPAC para revocar actos “ilegales e inoportunos, sin necesidad de utilizar la revisión de oficio”. Otros autores, como M^a Jesús MONTORO CHINER, “La revocación de los actos administrativos...”, cit., p. 29, consideran, por el contrario, que el art. 105.1 solo “opera sobre actos válidos, o con invalidez no enmarcable en el art. 103 de la propia Ley, y por razones no de estricta legalidad”.

⁶⁸ Vid. Ernesto GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, “Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos”, cit., p. 425. Radicalmente en contra de esta interpretación se manifiesta René Javier SANTAMARÍA ARINAS, “La reforma del artículo 105.1 LPC...”, cit., pp. 456 y 457, que considera, siguiendo a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, que “el artículo 105.1 LPC solo permite revisar y revocar actos desfavorables puros por motivos de ilegalidad”. El rechazo a aceptar los motivos de oportunidad como causas de la revocación de los actos desfavorables se fundamentaría en que “conforme a las exigencias del principio de legalidad en la actuación administrativa, una potestad revocatoria con semejante contenido debería estar expresamente reconocida en una norma con rango de ley”. El argumento no deja de ser extraño, toda vez que la LRJPAC no parece que sea una orden ministerial.

ción, y a la que la legislación sectorial pueda remitirse. En consecuencia, deben ser las normas sectoriales las que regulen, para cada ámbito determinado, los casos en que puede proceder la revocación de actos administrativos, extremo que no ha sido previsto en la LGS. Precisamente esta situación ha llevado a algunos autores a negar la posibilidad de que las subvenciones puedan ser objeto de revocación⁶⁹. La realidad, sin embargo, es que nada obsta a que las resoluciones de concesión de subvención, en tanto que actos administrativos, puedan ser objeto de revocación dentro de los límites y de conformidad con las reglas que marca el ordenamiento jurídico.

Los primeros tratadistas que se ocuparon de la figura de la subvención afirmaban, como rasgo propio y característico de la misma, su carácter discrecional, entendido, por lo demás, en un sentido bastante amplio. La afirmación de esta amplia discrecionalidad tenía como consecuencia la aceptación de la libre revocabilidad de las subvenciones. Se ha señalado, en este sentido, que “tradicionalmente ha estado muy extendida la idea del carácter discrecional y, por tanto, precario de la subvención, en cuanto que su otorgamiento emanaría de facultades libérrimas de la Administración, lo que conllevaría, a su vez, que el acto de su otorgamiento fuera de carácter voluntario y, por ello, libremente revocable en cualquier momento”⁷⁰.

Esta afirmación resultaba especialmente cierta en relación con el ámbito local, donde el art. 26.2º RSCL establece en relación a las subvenciones locales que “la Corporación podrá revocarlas o reducir las en cualquier momento, salvo cláusula en contrario”, lo que permitió que numerosos autores asumieran, abiertamente, la libre revocabilidad de las subvenciones⁷¹. De modo un tanto más confuso el art. 81.6.a).5º TRLGP también preveía que en las bases reguladoras se podía establecer “la posibilidad, en los casos en que expresamente se prevean, de revisión de subvenciones concedidas”, aunque su sentido parecía más bien vincularse a la posible modificación de la resolución de concesión de la subvención, y no a su revocación⁷².

⁶⁹ José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 49, afirma, tras señalar cómo la LGS establece un conjunto de causas de invalidez (art. 36 LGS) y otro de causas de reintegro en sentido estricto (art. 37 LGS) que el resultado es “un cuadro en el que la libre rescisión no tiene cabida”.

⁷⁰ María Asunción ERICE ECHEGARAY, “Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas...”, cit., p. 184. En el mismo sentido, cita a Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 309, quien sostiene que, salvo en determinados casos (subvenciones concedidas sobre base contractual o disposición legal), “la Administración puede revocar o reducir la subvención en cualquier momento”.

⁷¹ Alberto VERA FERNÁNDEZ-SANZ, “Las subvenciones otorgadas por las Corporaciones locales”, cit., pp. 384-385.

⁷² Refiriéndose expresamente a este artículo, María Asunción ERICE ECHEGARAY, “Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas...”, cit., p. 184, señala que “esta previsión (...) cuyo alcance y verdadero sentido nos es desconocido, entendemos que no puede significar que el legislador esté pensando en que los actos ya dictados de concesión de subvenciones pueden ser revisados por otras vías distintas que las previstas, a tal efecto, por el ordenamiento jurídico”.

No obstante, esta libre revocabilidad de alcance general, consecuencia de una pretendida discrecionalidad (de límites tan amplios como desconocidos) en la concesión de subvenciones, se encuentra hoy completamente refutada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En efecto, desde hace más de dos décadas se niega la discrecionalidad de la Administración en la concesión de subvenciones. Y, del mismo modo, la consideración de la resolución de concesión de la subvención como un acto administrativo favorable lleva, forzosamente, a negar la libre disponibilidad de la Administración sobre el mismo⁷³.

En todo caso, la consecuencia final es clara: en materia de subvenciones, y frente a lo que pudo mantenerse en algún momento, no cabe la libre revocación basada en la simple voluntad de la Administración concedente. Ahora bien, que no quepa la libre revocación de las subvenciones (en rigor, de la resolución de concesión de las subvenciones), no implica que la revocación no quepa en absoluto, ni siquiera dentro de los estrechos márgenes permitidos por nuestro ordenamiento. De este modo, fijado el marco regulador de la revocación en el ordenamiento administrativo español, procede analizar si cabe la revocación de la resolución de concesión de subvenciones como una de las formas que den origen a su devolución. Para ello, y siguiendo el criterio que parece elegir el legislador español, resulta oportuno distinguir los casos en que la revocación sea de un acto favorable o de un acto desfavorable.

En principio, cabría pensar que la subvención es, por definición, un acto administrativo favorable, por lo que en ningún caso le sería de aplicación la previsión incluida en el art. 105.1 LRJPAC. Pero debe recordarse, como ya hemos señalado, que el carácter favorable o desfavorable de los actos no es materia que se preste a apriorismos, debiendo atenderse, más bien, al análisis de cada caso concreto.

Por ejemplo, es posible imaginar el supuesto de una resolución de concesión de una subvención que sea revocada por un acto posterior por el que se concede una cuantía mayor o por el que se sustituyen completamente, suavizándolas, las

⁷³ Cabe señalar, entre las más antiguas, a la STS de 5 de julio de 1984, Ar. 3864 (ponente: RUIZ SÁNCHEZ), que, negando expresamente la libre revocabilidad, afirma que “[un acto por el que se concede una ayuda o subvención] no puede ser desconocido por acto unilateral ulterior afirmando que la cualidad de ‘graciable’ atribuida por la norma (...) a la concesión de ayudas, puede en cualquier momento, pronunciada la voluntad concesional, ser modificada, alterada e incluso suprimida, porque ello sería contrario a la estabilidad de las relaciones jurídicas (...) [Tales actos] no pueden ser desconocidos por voluntad unilateral, porque con ello no solo se ofende a la persona o personas a quienes se atribuye, sino al cuerpo social”, sentencia recogida también por María Asunción ERICE ECHegaray, “Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas...”, cit., p. 185. En la doctrina, y entre otros muchos, Vitelio TENA PIAZUELO, “Parte Quinta. Administración y Economía”, en José BERMEJO VERA (dir.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, 1994, p. 721, señalaba que “la discrecionalidad administrativa es rescindible tanto en el otorgamiento como en la elección del beneficiario de la subvención”, añadiendo “no así en su revocabilidad, puesto que se trata de un acto declarativo de derechos, beneficioso, ampliatorio de la esfera jurídica del particular, por lo que la eventual revocación o revisión del acto administrativo por la cual se otorga la subvención solo será posible mediante los procedimientos previstos en los artículos 102 y 103 de la LAP”.

obligaciones del beneficiario. No cabe negar, por tanto, esta posibilidad, que deviene más o menos plausible dependiendo del margen de apreciación discrecional dejado, en cada caso, a los Estados miembros en la gestión de las subvenciones agrícolas de la Unión.

Resuelta esta primera cuestión, que parece ciertamente marginal, queda por resolver si es posible la revocación de subvenciones cuando ello suponga la eliminación de un acto favorable. A este respecto debe recordarse, como ya se ha indicado, que no existe norma alguna, ni de carácter general ni de carácter sectorial, que autorice expresamente a la Administración a revocar sus resoluciones de concesión de subvenciones. Quizá por ello, la doctrina se ha mostrado especialmente cauta antes de adoptar una postura definitiva a este respecto⁷⁴. Sin embargo, y de conformidad con lo que hemos venido exponiendo, la potestad de revocación debe considerarse un poder implícito a la Administración, en la medida en que resulta imprescindible para adecuar en cada momento sus actos a las exigencias del interés público. De este modo, debe aceptarse la posibilidad de que la Administración pueda revocar sus resoluciones de concesión de subvención, según los principios generales que regulan esta institución, cuando se produzca una modificación de la apreciación del interés público por parte de la Administración que así lo justifique y siempre en el respeto al principio de responsabilidad patrimonial.

Por ejemplo, si la Administración concediese subvenciones a la producción de un determinado producto y, sorpresivamente, se produjera una superproducción del mismo o una oferta masiva de importaciones procedentes de terceros países, que amenazase con derrumbar los precios y dejar en la ruina a buena parte de los agricultores, debería aceptarse la posibilidad de que pudieran revocarse las subvenciones concedidas. Dicha revocación debería llevar aparejada la indemnización tanto del valor del derecho extinguido como de los daños y perjuicios ocasionados⁷⁵. A pesar de ello,

⁷⁴ Ejemplo de ello son las sucesivas manifestaciones de signo contrario de nuestro mayor especialista sobre la figura de la subvención, Germán FERNÁNDEZ FARRERES. Así, si en un primer momento, parece aceptar la posibilidad de la revocación por motivos de oportunidad, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 449, posteriormente niega de forma rotunda esta posibilidad, afirmando que “otorgada la ayuda económica con arreglo a una serie de requisitos y encaminada a la consecución de un fin determinado (...) la Administración otorgante no puede con posterioridad, y en base a meras razones de oportunidad, dejar sin efecto la ayuda o reducirla”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español”, *RAP* n° 113 (mayo-agosto 1987), p. 51. Y volverá, de nuevo, a negarla, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad administrativa de fomento...”, cit., apoyándose esta vez en la STS de 5 de julio de 1984, Ar. 3864 (ponente: RUIZ SÁNCHEZ), antes citada. No obstante, en un trabajo casi coetáneo a este último, estima posible que pueda producirse una revocación por motivos de oportunidad o de cambio de criterio. Únicamente exige que dicho supuesto “debe considerarse siempre referido a un momento anterior al del cumplimiento de la carga por el beneficiario, pues si esta carga se hubiere ya cumplido la revocación no ha de ser posible o, en todo caso, habría de dar lugar a la correspondiente indemnización en la misma cuantía de la subvención otorgada y posteriormente revocada”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., p. 319.

⁷⁵ Así lo precisa Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo...*, cit., p. 389, de conformidad con la naturaleza expropiatoria que tradicionalmente se ha reconocido a esta institución (de “matiz

y en la medida en que los agricultores habrían quedado liberados de la obligación de cultivar el producto excedentario, la revocación habría servido para salvaguardar el interés general, dado que se conseguiría disminuir (o, al menos, no aumentar) la oferta y, consecuentemente, evitar un hundimiento aun mayor de los precios. Es decir, no es cierto, como se ha afirmado en ocasiones, que “los efectos pretendidos con la revocación solo se alcanzan privando al particular del apoyo financiero concedido en su día, cosa que no sucedería si luego se le restituye por vía de indemnización”⁷⁶.

III. LA MODIFICACIÓN DEL ACTO DE CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN

1. Concepto y justificación de la modificación de los actos administrativos y, en particular, de la resolución de concesión de subvenciones

Respecto a la posibilidad de modificación de la resolución de concesión de subvenciones debe partirse de la base de que “en principio, la concesión es inalterable”⁷⁷. Sin embargo, lo cierto es que la modificación de la subvención, en particular, y de los actos administrativos, en general, es posible, en ocasiones incluso recomendable y en todo caso se encuentra aceptada por el ordenamiento español.

La modificación encuentra su fundamento en el principio de conservación de los actos administrativos. De este modo, frente a la invalidez parcial del acto o frente a un cambio de valoración que podría dar lugar a su eliminación, se opta por su mantenimiento, modificando únicamente aquellas partes del acto que se hayan visto afectadas por la nueva situación⁷⁸.

expropiatorio” prefieren hablar Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., p. 671).

⁷⁶ José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit. p. 177, que sigue en este punto a GONZÁLEZ BERENGUER, “La ineficacia de los actos administrativos declaratorios de derechos”, *REVL*, nº 157, 1968. Y, en el mismo sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 449.

⁷⁷ Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 431. Como señala José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 308, la concesión de subvenciones implica un acto declarativo de derechos, por lo que “en principio, no sería posible la revisión, la modificación ni la revocación posterior de las subvenciones concedidas” (cfr., sin embargo, con lo que dice este mismo autor en p. 120, en la que acepta la posibilidad de revocar y modificar la convocatoria de subvenciones, “por su carácter de invitación”).

⁷⁸ Señala en este sentido Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., pp. 342-343, que “la modificación del acto supone en tales casos la emanación de un nuevo acto administrativo, ahora ya ajustado a Derecho. La peculiaridad de la modificación reside, como en la prórroga de los plazos (la renovación de un permiso o licencia, por ejemplo), en la simplificación del procedimiento administrativo que ello implica, pues la emanación del nuevo acto modificando al anterior tiene lugar normalmente al margen del procedimiento exigido para su adopción. Se aprovechan, podría decirse, todos los elementos del acto anterior, salvo su contenido, que es el que se modifica”.

De este modo, y según sostiene tradicionalmente la doctrina, la figura de la modificación no parece más que una versión reducida de los institutos de la revocación y la anulación⁷⁹. En efecto, la modificación supone alterar el acto de concesión de la subvención, pero manteniendo la existencia de este. A partir de ahí, podría distinguirse entre modificaciones por motivos de legalidad, lo que nos llevaría a la anulación parcial, y modificaciones por motivos de oportunidad, que se confundirían con una revocación parcial.

Esta identificación implicaría que en la modificación deban respetarse unas garantías equivalentes a las existentes en la declaración de invalidez y en la revocación, respectivamente⁸⁰. Ahora bien, no debe perderse de vista que la modificación, generalmente, no supondrá la sustitución de un acto favorable por otro desfavorable sino de un acto favorable por otro igualmente favorable, lo que parece permitir esquivar la necesidad de recurrir a los procedimientos de revisión de oficio de actos favorables⁸¹. De no ser así, esto es, en caso de sustituir un acto favorable por otro desfavorable, sí serían aplicables los procedimientos propios de la revisión de oficio.

⁷⁹ Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 342. En el mismo sentido, José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 127, afirma que, “en los actos, modificación y revocación se contemplan tradicionalmente por la doctrina como dos supuestos similares, que solo se distinguen cuantitativamente; la modificación no pone fin a la existencia del acto, pero varía su contenido, por lo que no es más que una revocación *parcial*”. Haciendo concreta referencia a las subvenciones, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 87, distingue entre modificación parcial y total de la resolución de concesión. La modificación total equivaldría a la eliminación del acto, que identifica con la declaración de nulidad y con la devolución total de la subvención. La modificación parcial correspondería a la modificación, cuyo resultado sería el reintegro parcial.

⁸⁰ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II. Acto y procedimiento*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 291, señalan, en este sentido, que “[en la legislación sectorial: art. 77 Ley de costas, art. 63 Ley de aguas] la revocación parcial recibe la denominación de modificación o revisión”. Y consideran de aplicación las mismas reglas sobre indemnización que las existentes respecto a la revocación: si hay cambio de circunstancias objetivas no hay derecho a indemnización, si hay cambio de apreciación del interés público sí lo hay.

⁸¹ En este sentido, la jurisprudencia ha podido afirmar que la modificación de la resolución de concesión de una subvención no equivale a una revocación de un acto previo declarativo de derechos. Así lo manifiesta la STS de 4 de noviembre de 2005, Sección tercera, Ar. 7565 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), dictada en relación con el reintegro de una subvención concedida por la Comunidad Autónoma del País Vasco a la entidad *Pilkington Interclass, S.A.* La subvención, inicialmente concedida mediante resolución de 21 de julio de 1992, fue modificada por sucesivos acuerdos del Consejo de Gobierno para evitar, ante el incumplimiento por parte de la beneficiaria, la declaración de reintegro. A cambio de cada modificación o prórroga, sin embargo, se imponían nuevas condiciones a la beneficiaria. Por ello, frente a la resolución de reintegro finalmente acordada, la beneficiaria argumenta que las sucesivas modificaciones supusieron actos de revocación de actos previos declarativos de derechos, por lo que debían reputarse nulas y negar todo efecto a su incumplimiento. La sentencia, por el contrario, sostiene que “desde el punto de vista del contenido jurídico del acto, nada obligaba a la Administración a conceder la prórroga del plazo de cumplimiento de las condiciones impuestas, reiteradamente incumplidas por la empresa que se beneficiaba de los fondos públicos. De modo que, habiendo podido sin más declarar ya en 1997 el incumplimiento de aquellas y la obligación de reintegrar dichos fondos públicos, la Administración no revocaba ningún derecho, antes bien mostraba una actitud benevolente y favorable a la empresa beneficiaria al concederle una obligada prórroga para el cumplimiento del proyecto (...) No tratándose de la revocación de un acto previo declarativo de derechos, tampoco puede admitirse que para su emisión se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto al efecto”.

En puridad, la sentencia no niega que la modificación de la resolución de concesión no suponga una revisión de un acto previo. Lo que niega es que se trate de la revisión de un acto previo declarativo de derechos, en la medida en que el nuevo acto es también favorable al beneficiario.

Así ocurriría, por ejemplo, en caso de que se intentasen imponer al beneficiario obligaciones no previstas en el momento de la concesión de la subvención, de modo que su situación final fuera más gravosa que la inicial⁸².

Sin embargo, la verdadera utilidad de la modificación de la resolución de concesión de subvenciones parece encontrarse en que puede llegar a ser una alternativa a la declaración de reintegro, actuando como una “depuración con efectos retroactivos” de los incumplimientos del beneficiario⁸³. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

En este sentido, debe advertirse del riesgo de que la modificación sirva para burlar el principio de concurrencia competitiva, dado que de conocerse desde un primer momento que las obligaciones del beneficiario serían menores que las anunciadas, el número de solicitantes habría sido previsiblemente mayor.

2. Causas de modificación del acto de concesión de la subvención

Al estudiar la modificación de la resolución de concesión de la subvención prevista en la LGS, la doctrina ha tendido a centrarse en un único supuesto: la obtención de ayudas, públicas o privadas, destinadas a la actividad subvencionada, en un montante superior al de su coste. Sin embargo, la posibilidad de recurrir a la modificación de la subvención es, sin duda alguna, mucho más amplia.

De hecho, el precepto que en primer lugar regula esta posibilidad, el art. 19.4 LGS establece que “toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, y en todo caso la obtención concurrente de otras aportaciones fuera de

⁸² La Administración, por tanto, no puede exigir al beneficiario obligaciones que no estuvieran previstas en la normativa reguladora de la ayuda al momento de su concesión. Así lo confirma la STSJ de Asturias de 7 de octubre de 2005, Sección segunda, Ar. 20 de 2006 (ponente: GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY). En el supuesto enjuiciado, un particular solicitó una ayuda para plantar una hectárea con roble albar, tejo y acebo en el Concejo de Caso, ayuda que le fue concedida por resolución de 10 de octubre de 1994, en aplicación del Programa de Fomento Forestal de 1993. Con fecha de 16 de noviembre de 2000 se le notificó plazo para reponer las marras, de conformidad con las nuevas exigencias introducidas en el Programa de Fomento Forestal en 1995. Ante el incumplimiento de este requerimiento, la Administración dictó resolución de reintegro, que es anulado por la sentencia, al considerar que “si bien es cierto que nos encontramos ante una actividad administrativa de fomento, mediante la que se intenta alcanzar unos objetivos de interés público concediendo determinadas ventajas a los sujetos fomentados, dicha actividad crea una relación jurídica con la Administración quedando vinculada por unas condiciones de inexcusable cumplimiento, debiendo de ser estas las que se encontraban vigentes en el momento de concesión de las mismas”.

⁸³ Así lo reconoce la STS de 22 de abril de 2009, Sección tercera, Ar. 205849 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), haciendo suyas las palabras del Abogado del Estado, en relación con un supuesto de reintegro de 495.544.420 pesetas concedidas como incentivo regional a la entidad *Campofrío, S.A.* En el supuesto de hecho, y ante las dificultades para cumplir las obligaciones asumidas, *Campofrío, S.A.* solicitó una modificación de tales condiciones, lo que fue acordado después de expirado el plazo de vigencia de los beneficios, es decir, después del plazo originariamente concedido para su cumplimiento y, por tanto, cuando ya se habían incumplido las obligaciones y, consiguientemente, incurrido en causa de reintegro. La sentencia considera que la actuación de la Administración supuso depurar “con efectos retroactivos, por la vía de la modificación de condiciones, un conjunto de hechos que en sí mismos comportaban un incumplimiento de las condiciones inicialmente establecidas”.

los casos permitidos en las normas reguladoras, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la subvención”⁸⁴. Es decir, las circunstancias que pueden justificar la modificación de la resolución de concesión pueden ser otras completamente distintas a la mera sobrefinanciación. De hecho, también el art. 17.3.1) LGS prevé, entre los contenidos de las bases reguladoras de las subvenciones, las “circunstancias que, como consecuencia de la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, podrán dar lugar a la modificación de la resolución”.

En realidad, la dicción de ambos artículos parece conducir, casi inexorablemente, hacia una situación de invalidez sobrevenida (que se presume parcial), al ligar la modificación a un cambio de circunstancias, esto es, a razones objetivas, y no a un cambio en las motivaciones que llevaron a la Administración a conceder la subvención, a una nueva valoración de su oportunidad o una nueva apreciación del interés público concurrente⁸⁵. Y, en efecto, es posible que el advenimiento de una invalidez sobrevenida, si bien parcial, pueda dar lugar a la modificación del acto de concesión de la subvención. Así, la doctrina admite que la Administración concedente pueda acordar modificaciones “para adecuar el objeto de la subvención cuya ejecución devino imposible”⁸⁶.

Como resulta evidente, estas modificaciones exceden del ámbito de la relación jurídica subvencional, dirigiéndose a su mismo acto de creación. Suponen, por tanto, una anulación parcial (por ejemplo, derogando parte de las obligaciones establecidas en el acto de concesión de la subvención).

Desde esta perspectiva, parece que la modificación debe ser el resultado de un cambio sobrevenido. No obstante, lo cierto es que nada se opondría a que la modificación pudiera ser el resultado del descubrimiento tardío de algún vicio originario que, sin embargo, no alcanzase a causar la invalidez total del acto⁸⁷.

⁸⁴ Se trata de la misma previsión que se recogía, con anterioridad, en el art. 81.8 TRLGP, que establecía que “toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, y en todo caso la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión. Esta circunstancia se deberá hacer constar en las correspondientes normas reguladoras de las subvenciones (...)”. La misma previsión, también con anterioridad a la LGS, se contenía en el art. 128.2 del Reglamento de obras, actividades y servicios de Cataluña, que debía vincularse al art. 124 del mismo texto, en el que se preveía que las bases reguladoras incluyesen “los supuestos de revisión de las subvenciones”. Vid., Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “La actividad de fomento en el Reglamento de obras...”, cit., p. 319.

⁸⁵ Así parece entenderlo José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 113, quien sostiene, en relación con el art. 17.3.1) LGS, que “pueden existir razones objetivas basadas en un cambio en las condiciones tenidas en cuenta en la concesión, y nunca en la discrecionalidad administrativa, que justifiquen una modificación de la resolución”.

⁸⁶ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 322.

⁸⁷ En este sentido, José Luis VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 93, en relación con el vicio de obrepción, estimaba que “la sanción por obrepción se traduce en el ejercicio de la potestad de

Así lo ha entendido también la jurisprudencia, obligando a la Administración a modificar una resolución de concesión de subvención cuando el solicitante, cumpliendo todos los requisitos para ser beneficiario de una subvención y habiendo presentado toda la documentación requerida para ello, se equivocó en su solicitud al indicar la modalidad concreta de subvención que le correspondía, lo que dio lugar a su concesión, pero a la denegación del pago⁸⁸.

Junto a estas posibles causas de modificación de la resolución de concesión, por supuesto, debe tenerse en cuenta la obtención de una sobrefinanciación en relación con el coste de la actividad objeto de subvención, dado que dicha circunstancia es la única concretamente configurada como causa de modificación por el propio legislador. Asimismo, debe señalarse que reviste una especial importancia a los efectos de nuestro estudio, dado que, necesariamente, dará lugar a una devolución.

Con carácter general, las subvenciones públicas no pueden producir un enriquecimiento en sus beneficiarios más allá de contribuir a la realización de la concreta actividad a la que están afectas. Es lo que se conoce como principio de no rentabilidad, consagrado en el art. 19.3 LGS, conforme al cual, “el importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada”.

Esta circunstancia se configura como un verdadero requisito de validez de la resolución de concesión de las subvenciones. Requisito que, además, se mantiene a lo largo de toda la vida de la subvención. Esto es, una subvención concedida para la realización de una actividad que ya se encuentra plenamente financiada, resulta suficientemente contraria al ordenamiento jurídico como para considerarla una causa de invalidez. Evidentemente, también aquí podremos encontrarnos con una causa de invalidez originaria (si en el momento de concesión de la subvención ya se produjo la sobrefinanciación) o sobrevenida (si la sobrefinanciación solo se produjo

anular o *reformular* el acto administrativo emitido bajo condiciones de error de hecho” (cursiva añadida). Esto es, el descubrimiento de que el beneficiario no cumplía con los requisitos para recibir la subvención también puede dar lugar a su modificación.

⁸⁸ En este sentido se pronunció la SAN de 11 de marzo de 2003, Sección 8ª, Ar. 218475 de 2006 (ponente: MARTÍN VALERO). En el supuesto de hecho, un administrado solicitó una ayuda prevista como compensación por su abandono de la actividad de transportista. La solicitud se presentó por la modalidad de “renuncia”, cuando en realidad se había producido una “transmisión”. La Administración, tras conceder la subvención (en rigor, una prima), descubrió la equivocación y denegó el pago, al considerar la concesión incorrecta. Como reacción, el beneficiario solicitó la modificación del acto de concesión de la subvención, posibilidad prevista en las normas reguladoras aplicables al caso. La sentencia, según hemos adelantado, señaló que “las cuantías de las ayudas son diferentes en cada caso. Ahora bien, tanto las condiciones que han de cumplir los beneficiarios (...), como las circunstancias que hay que acreditar (...) y los documentos que tienen que presentar (...) son idénticos en ambos casos”, por lo que resuelve que la solicitud de modificación “debería haber sido admitida” por parte de la Administración concedente.

en un momento posterior, bien por recibir nuevos ingresos, bien por disminuir el coste de la actividad).

En realidad, y como tendremos ocasión de comprobar, caben distintas reacciones frente a esta situación. En primer lugar, cabe la renuncia voluntaria por parte del beneficiario sobre el exceso del pago obtenido. En segundo lugar, cabe dirigir un procedimiento de reintegro contra el beneficiario (art. 37.3 LGS). Pero, en tercer lugar, una posible solución a esta situación, defendida desde hace tiempo por parte de la doctrina, pasaría por la modificación de la subvención otorgada, ajustando su cuantía a la nueva situación⁸⁹. Se trataría, en realidad, de una revisión de oficio parcial que, por mor del art. 36.5 LGS, quedaría, sin embargo, relegada frente a la vía del reintegro del art. 37.3 LGS.

De conformidad con esta última solución, si la subvención aún no se hubiera pagado, se evitaría el abono de una cantidad superior a la necesaria para sufragar los costes de la actividad financiada. Asimismo, para el caso de que la subvención hubiera sido ya pagada en su integridad, el beneficiario debería devolver el exceso percibido sobre el coste total de la actividad⁹⁰.

3. En concreto, la modificación por motivos de mera oportunidad o de equidad

Sin embargo, y a pesar de la dicción literal del art. 19.4 LGS, lo cierto es que en ocasiones se prevé el recurso a la modificación de la resolución de concesión de la subvención por simple motivos de oportunidad o incluso por razones de equidad. Esto es, no siempre se exige un cambio en las condiciones objetivas, sino que una nueva ponderación de intereses o un resultado que se reputa materialmente injusto pueden determinar que la Administración concedente, incluso frente a un incumplimiento de las obligaciones del beneficiario, proceda a modificar el acto, en lugar de a declarar la caducidad.

El caso prototípico a estos efectos se encuentra en la concesión de prórrogas. Es decir, en la ampliación del plazo inicialmente concedido al beneficiario para cumplir

⁸⁹ Mercedes LAFUENTE BENACHES, “Régimen jurídico de las subvenciones estatales...”, cit., p. 245.

⁹⁰ En efecto, la prohibición de enriquecimiento del subvencionado por encima de los costes de la actividad implicaría “una relación coste-subsidación que daría lugar a la modificación de la ayuda para readaptarla a ese equilibrio, procediendo el reintegro del exceso”, Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 431. En el mismo sentido, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 87.

sus obligaciones⁹¹. En puridad, la concesión de la prórroga supone cambiar uno de los elementos fijados en el acto de concesión y reguladores de la relación jurídica subvencional. Supone, por lo tanto, una verdadera modificación de la resolución de concesión.

La doctrina suele indicar ciertas situaciones “objetivas” que justificarían e incluso podrían hacer recomendable esta modificación. Entre ellas, destaca la concurrencia de una situación de fuerza mayor⁹², aunque no es la única de estas posibles causas⁹³. En estos supuestos parece latir la idea de que resultaría injusto y, por tanto, contrario a la equidad, no tomar medidas que pudieran ayudar al beneficiario a llevar a buen puerto la actividad que justifica la concesión de la subvención.

Junto a ellos, sin embargo, también se admite que podría justificar la modificación de la resolución la simple necesidad de satisfacer los intereses públicos que se persiguen, precisamente, con la concesión de la subvención. Esto es, como hemos repetido, toda concesión de subvención, por mandato constitucional, persigue la satisfacción de ciertos intereses generales, satisfacción que, en principio, se consigue mediatamente, a través de un determinado comportamiento del beneficiario. En consecuencia, la Administración concedente puede considerar que la consecución de tales intereses merece y justifica el cambio de las condiciones originariamente impuestas al beneficiario y, consecuentemente, la modificación de la resolución de concesión.

Lo más interesante a estos efectos, sin embargo, es que dicha modificación puede producirse tanto con anterioridad como con posterioridad al incumplimiento. Sin perjuicio de las dudas que genera el primer supuesto, parece conveniente fijarse en el segundo, esto es, en la modificación de la resolución de concesión una vez que ya se ha producido el incumplimiento, pues es entonces cuando encontramos la

⁹¹ Además, y como resulta evidente, la prórroga en la realización de una actividad sustantiva llevará aparejado, como consecuencia necesaria, la prórroga para su justificación, vid., Agustín MURILLO CERRATO, “Distinción entre «justificación» y «cuenta justificativa»...”, cit., p. 873.

⁹² Con carácter general, y en relación con el régimen de la acción concertada, Javier SALAS HERNÁNDEZ, “El régimen de acción concertada”, cit., p. 458, señaló como causa de modificación del acta de concierto la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor. De este modo, tras aclarar que “es a las propias empresas a las que va a corresponder la carga de la prueba” de la concurrencia de fuerza mayor, consideraba que “la consecuencia de la aceptación por la Administración de la existencia de fuerza mayor será el correspondiente aplazamiento temporal del logro de los objetivos y obligaciones señalados en el acta de concierto”. Parece que también Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 430, admite que, en caso de concurrencia de fuerza mayor, podría proceder el otorgamiento de una prórroga.

⁹³ En particular, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 271, indicaba, refiriéndose a las “subvenciones a la economía”, que algunas normas (acción concertada, polos de desarrollo, Reglamento de Viviendas de protección oficial, industrias preferentes) preveían la posibilidad de conceder prórrogas en tres casos: fuerza mayor, riesgo imprevisible, demora por parte de la Administración. Son figuras conocidas en el contrato administrativo y “una antigua jurisprudencia del TS considera la demora de la Administración como un supuesto de fuerza mayor”. Se trata de “causas extrañas a la voluntad del obligado que deben exonerarle de las consecuencias del incumplimiento”.

situación de “depuración con efectos retroactivos” que indicábamos antes. Esto es, una verdadera alternativa a la declaración de reintegro.

4. Efectos de la modificación de la resolución de concesión

En realidad, y como ya ocurría en relación con la anterior regulación, el alcance de las posibles modificaciones no se precisa en la Ley. No obstante, parece poder afirmarse que los efectos que pueda producir la modificación de la resolución de concesión de la subvención vendrán determinados por dos factores. En primer lugar, por las causas que motivaron la modificación. En segundo lugar, por el momento al que van referidos los efectos de dicha modificación.

En caso de vicios de validez parcial sobrevenidos o incluso originarios pero descubiertos tardíamente, lo normal será que se genere la obligación de devolver parte de la subvención⁹⁴. Sin embargo, deberá atenderse a cada caso concreto para comprobar hasta qué punto afecta la modificación a la cantidad de dinero en que consista la subvención.

En efecto, la principal consecuencia de una nulidad parcial del acto de concesión de la subvención es que ello podría dar lugar a que el beneficiario no devolviera la totalidad de la suma percibida, sino solo una parte⁹⁵. De este modo, en el caso de obtención de una sobrefinanciación, la devolución estará en función de la cantidad obtenida de más. Igualmente, en caso de reducción de las obligaciones a las que se sometió la concesión de la subvención, por ejemplo por imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo parte de ellas, la cantidad que debiera percibirse también podría verse reducida. Sin embargo, no siempre será posible establecer una correlación directa entre el grado de invalidez y la cantidad que deba devolverse.

Si la modificación se produce antes del pago de la subvención, simplemente se producirá una disminución en el montante de la misma a que se tiene derecho. Si se produjera una vez abonada la cantidad originariamente prevista, el beneficiario deberá devolver la cantidad obtenida de más⁹⁶.

⁹⁴ Ahora bien, junto a la devolución parcial de la subvención, la modificación del acto de concesión por invalidez parcial puede tener otros efectos distintos. Incluso opuestos. Por ejemplo, podría dar lugar a un aumento en la dotación de la subvención, dado que nada impide que la modificación sea para mejor. Por ejemplo, reparto de la subvención a la que hubiera renunciado uno de los beneficiarios entre los demás que siguen adelante con el cumplimiento de sus obligaciones.

⁹⁵ Javier MEDINA GUJARRO, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, cit., p. 33.

⁹⁶ Cantidad que deberá verse incrementada, al menos, por el interés legal del dinero durante el tiempo en que estuvo en posesión del dinero, sin que quepa descartar que resulte de aplicación un tipo más gravoso, de conformidad con el art. 38.4 LGS.

En última instancia, deben señalarse algunos límites a la modificación de la resolución de concesión. En concreto, no parece que una simple modificación pueda dar lugar a la total extinción de la relación jurídica subvencional y, en consecuencia, a la completa devolución de la subvención⁹⁷. Por el contrario, la modificación de la resolución de concesión “por su propia naturaleza, solo podrá dar lugar a un reintegro parcial”⁹⁸. La devolución total como consecuencia de una modificación de la resolución de concesión no parece admisible ni tan siquiera en relación con la obtención de la sobrefinanciación: si esta implica la devolución total de la subvención, deberá entenderse que se ha producido una causa de invalidez sobrevenida total, y no solo parcial. En tal caso no procedería la modificación, sino una verdadera declaración de invalidez.

En segundo lugar, cabe que la modificación no se deba a ninguna causa de invalidez parcial, originaria o sobrevenida, sino a motivos de equidad o de simple oportunidad. En estos casos se situaría, precisamente, la posibilidad de concesión de prórrogas, lo que se opera mediante la sustitución del plazo originalmente previsto en el acto de concesión por un nuevo plazo. Pero también es posible un cambio más profundo de las obligaciones del beneficiario.

Cuando estas modificaciones tengan como resultado precipitar la devolución de la subvención, resultarán, generalmente, inadmisibles, dado que supondrían una forma de revocación de actos favorables prohibidos por nuestro ordenamiento. Ahora bien, lo normal será que pretendan justamente lo contrario: facilitar al beneficiario que cumpla las obligaciones que ha asumido con el fin de evitar proceder al reintegro de las ayudas ya concedidas.

Para hablar propiamente de modificación, esta debe producirse antes de que tenga lugar el incumplimiento de las obligaciones del beneficiario⁹⁹. En este caso, su admisión, aunque no exenta de dudas, parece más fácil¹⁰⁰. De hecho, de una lectura

⁹⁷ Así parece admitirlo, sin embargo, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “Régimen jurídico de las subvenciones estatales...”, cit., p. 245, quien considera que el alcance de la modificación “posiblemente vaya desde la extinción de la subvención hasta su revisión o como señala el artículo 26.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, desde su «revocabilidad» hasta su «reducción»”.

⁹⁸ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 316.

⁹⁹ En este sentido, se ha sostenido que, en puridad, “existe modificación cuando tiene lugar una variación o cambio en las condiciones de la concesión, propuesta por la Administración o solicitada por el administrado, sin que se hayan producido alguna de las causas que determinan su caducidad”, vid., Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 162.

¹⁰⁰ Por ejemplo, respecto a la ampliación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones (materiales o formales) en relación con las subvenciones, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 298, entiende que, ante el mutismo de la LGS, resulta posible la modificación de la resolución de concesión, al menos en relación con el plazo de justificación. Así sería de conformidad con el art. 49 LRJPAC y siempre que se respeten los límites en él marcados: que el nuevo plazo no exceda de la mitad del plazo originario y que no se perjudiquen derechos de tercero. A pesar de estar de acuerdo con la admisión de la ampliación del plazo, no parece, sin

a *contrario* del art. 86 RGS parece desprenderse que el beneficiario tiene, en todo caso, el derecho a solicitar de la Administración una modificación de la resolución de concesión. Sin embargo, también existen referencias a la modificación de la resolución de concesión con posterioridad a dicho incumplimiento. En realidad, es aquí donde podría esconderse el riesgo de que la modificación del acto de concesión de la subvención suponga una “depuración con efectos retroactivos” del incumplimiento, al que ya nos hemos referido.

En efecto, parece reconocerse que la Administración, al menos en ocasiones, puede escoger la vía de la modificación de condiciones en lugar de la del reintegro ante un incumplimiento de las condiciones del beneficiario.

Esta depuración puede consistir, simplemente, en conceder un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, una vez superado el plazo originario y, por tanto, estando ya incursos en caducidad. Así se acepta expresamente en relación con las concesiones demaniales¹⁰¹, a través del llamado expediente de “rehabilitación”. Es decir, en determinados casos, y a pesar de que el concesionario haya incurrido en caducidad por incumplimiento de plazos (e incluso de otras obligaciones), en lugar de dictar la caducidad de la concesión se le permite seguir con la misma, dado que así lo exigen los intereses generales, sin perjuicio de ponerle alguna carga suplementaria, como una fianza¹⁰².

En realidad, algo muy parecido a esta posibilidad ha sido consagrado expresamente en relación con las subvenciones, si bien solo en determinados supuestos, por parte del RGS. En efecto, los arts. 31.3.a) y 70.3 RGS prevén que, con posterioridad a que el beneficiario haya incumplido la obligación de adoptar las medidas de difusión de la concesión de la subvención o la obligación de justificar el destino dado a la subvención dentro del plazo fijado para ello, la Administración podrá requerirle para que, en el plazo de quince días, dé cumplimiento a dichas obligaciones. Sin embargo, no parece posible afirmar que estas previsiones impliquen sendos supuestos de modificación de la resolución de concesión, dado que, en tanto que previstas normativamente, más bien forman parte del régimen general de todas las subvenciones

embargo, que el razonamiento resulte admisible. En efecto, el art. 49 LRJPAC va referido al cumplimiento de trámites en el seno de un *procedimiento*, lo que no coincide exactamente con el supuesto que ahora tratamos.

¹⁰¹ Como señala Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 401, “la Administración únicamente podrá declarar no caducada la concesión si, pese a haberse producido el hecho determinante de la declaración de caducidad, cabe demostrar todavía la existencia de un interés público distinto al afectado por la causa de caducidad, que justifique la continuidad de la concesión administrativa”.

¹⁰² En este sentido, también el art. 80.3 Ley de Costas obliga al interesado a realizar un depósito previo para la suspensión de la ejecución de la caducidad. En contra de esta práctica, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 401, aunque por razones contradictorias con el resto de sus posturas, dado que considera que se trata de “una regla poco lógica al permitir que se perpetúe una situación que, en principio, es contraria al interés público”.

y suponen actos reglados, no siendo el resultado de una decisión adoptada por la Administración por motivos de oportunidad.

¿Cuándo podrá la Administración actuar así? Esto es, ¿cuándo podrá proceder a la modificación de la resolución de concesión para intentar una subsanación retroactiva del incumplimiento del beneficiario? Desde luego, cuando así venga previsto en la normativa reguladora de la subvención. En caso contrario, únicamente cuando dicha modificación no sea contraria a los intereses generales o a los derechos e intereses legítimos de terceros¹⁰³. En este sentido parece apuntar el oscuro art. 86.1 RGS, al que volveremos a continuación.

Quizá la regulación más acabada en relación con la posibilidad de modificar la resolución de concesión de una subvención sea la prevista en la normativa reguladora de los incentivos económicos regionales, relativamente contrastada, además, por numerosos pronunciamientos judiciales.

En concreto, es el art. 34.5 del Reglamento de Incentivos Económicos Regionales (RIER), Real Decreto 1535/1987, el que permite al Ministerio de Economía incoar un procedimiento de modificación del proyecto inicial “cuando se acredite que el incumplimiento no resulte de gran entidad, no sea imputable a la empresa beneficiaria o circunstancias de interés público así lo aconsejen”. Sin duda, el recurso a esta institución en estas subvenciones viene facilitado por el hecho de que se trata de ayudas concedidas sin emplear el régimen de concesión en concurrencia competitiva¹⁰⁴.

¹⁰³ En efecto, podría haber terceros interesados en que la Administración procediera al reintegro. Piénsese en terceros competidores, o en aquellos otros solicitantes de la misma subvención que vieron sus proyectos rechazados en el procedimiento de concurrencia competitiva, por asumir su competidor mayores compromisos u obligaciones que, sin embargo, una vez incumplidos, le son perdonados. Ello sin perjuicio de la posible actuación de la IGAE, a través de los sistemas de reparos previstos en la LGS, que podría forzar a la Administración concedente a proceder al reintegro.

¹⁰⁴ Asimismo, la modificación de la resolución de concesión es una posibilidad, pero no una obligación de la Administración. En relación con el mencionado art. 34.5 RIER, la STS de 8 de noviembre de 2007, Sección tercera, Ar. 8182 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), dictada en relación con el reintegro de un incentivo económico regional concedido a *Parque Isla Mágica, S.A.*, citando jurisprudencia anterior (STS de 11 de julio de 2006, Ar. 4972), afirma que este artículo comporta “una posibilidad para la Administración, y en ningún caso una actuación debida. Las tres circunstancias habilitantes contempladas en la norma permiten que la Administración opte por incoar un procedimiento de modificación del proyecto inicial, pero en modo alguno le fuerzan a ello”. En consecuencia, la sentencia razona que “el control de la discrecionalidad administrativa en este género de decisiones es ciertamente posible, pero el éxito de las pretensiones dirigidas a tal fin requiere algo más que la mera invocación de la norma y del genérico «interés público» o de ciertos precedentes más o menos próximos. Difícilmente podríamos, sobre esta mera base, imponer a la Administración el deber de modificar la resolución concesional originaria y mucho menos determinar cuál debiera ser «el contenido discrecional de los actos anulados» (art. 71.2 LJCA)”.

Asimismo, esta modificación no puede consistir, sin más, en una eliminación de las obligaciones incumplidas. Antes al contrario, el beneficiario debe cumplir las obligaciones aun pendientes y asumir otras nuevas, para lo cual, precisamente, podría recibir nuevas ayudas. Así lo entiende la misma sentencia, a cuyo juicio, el incumplimiento de la obligación de creación y mantenimiento de un determinado número de puestos de trabajo, hechos que motivaron el reintegro, constituyen un hecho “que no tiene ya posible subsanación. La «modificación» de las condiciones que interesa a *posteriori* la sociedad recurrente no podría afectar, por

5. Procedimiento de modificación

En principio, ni la LGS ni el RGS regulan expresamente el procedimiento de modificación de la resolución de concesión.

Sin embargo, de una lectura atenta del art. 86.1 RGS se deduce que este puede iniciarse bien de oficio, bien a solicitud de interesado. En este último caso, proponiendo una modificación que debe ser expresamente autorizada por la Administración¹⁰⁵.

De conformidad con este artículo, “cuando el beneficiario de la subvención ponga de manifiesto en la justificación que se han producido alteraciones de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la misma, que no alteren esencialmente la naturaleza u objetivos de la subvención, que hubieran podido dar lugar a la modificación de la resolución conforme a lo establecido en el apartado 3.1) del artículo 17 de la Ley General de Subvenciones, habiéndose omitido el trámite de autorización administrativa previa para su aprobación, el órgano concedente de la subvención podrá aceptar la justificación presentada, siempre y cuando tal aceptación no suponga dañar derechos de tercero”.

La dicción del artículo es ciertamente oscura. En su interpretación literal parece distinguir entre la aprobación de la modificación y la autorización de la Adminis-

definición, a aquellos puestos de trabajo que no se crearon cuando debieron serlo conforme a la resolución individual de concesión. Se convertiría, pues, pura y simplemente, en la aquiescencia administrativa ante el incumplimiento declarado, sin posibilidad de «compensar» los efectos negativos de este. En consecuencia, para que la modificación prevista en el artículo 34.5 del Reglamento de ejecución de la Ley 50/1985, pudiera tener virtualidad se requeriría, en este caso, que los cambios incorporados (lógicamente a la baja) en cuanto a los compromisos laborales asumidos se tradujeran, correlativamente, en disminución de la subvención misma. Conclusión esta que, en términos económicos, vendría prácticamente a coincidir con el reintegro proporcional de la cantidad de subvención que corresponde al incumplimiento parcial”.

La modificación, finalmente, no supone una subvención nueva, sino, como su nombre indica, una serie de cambios operados sobre la subvención originaria. Por ello mismo, y tal y como afirma la STS de 24 de junio de 2008, Sección tercera, Ar. 4292 (ponente: ESPÍN TEMPLADO), en relación con la recalificación de un proyecto al que se concedió una subvención en el marco de la Gran Área de Expansión Industrial de Castilla y León, la modificación de la resolución no afecta a las garantías prestadas por el beneficiario.

¹⁰⁵ Se descarta así la posibilidad de que la modificación de la resolución pudiera producirse por silencio administrativo positivo, frente a lo que parecía desprenderse, aunque en ningún momento se afirmase abiertamente, de la STS de 23 de noviembre de 2007, Sección tercera, Ar. 8863 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), recaída en relación con el reintegro de una subvención concedida a *Golf Cáceres, S.A.*, para un proyecto de hotel con restaurante, en el marco de la normativa sobre incentivos regionales. En un momento determinado, la entidad beneficiaria comunicó a la Junta de Extremadura (colaboradora de la AGE en la gestión de la subvención) una solicitud de aprobación de modificación del proyecto originario, solicitud que no fue trasladada a la AGE, única competente para aceptarla o rechazarla. Ante la inactividad de la Administración, la beneficiaria consideró que se había producido el silencio positivo y, en consecuencia, la aprobación de la modificación. La sentencia no niega de plano esta posibilidad, sino que se limita a señalar que la beneficiaria actuó negligentemente al no dirigir la solicitud al órgano competente para resolverla y que “por otra parte, iniciado el procedimiento de concesión antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, sería aplicable la legislación anterior, conforme a la Disposición Transitoria Segunda 1, y en dicha legislación la regla general era la de silencio negativo -art. 94 LPA”.

tración, con carácter previo, para poder proceder a dicha aprobación. De ser este el sentido del artículo, no se llega a comprender qué quiere decir. En efecto, la Administración no puede concederse una autorización a sí misma para proceder a la modificación. Simplemente modificará la resolución de concesión o rechazará dicha modificación, sin más.

En todo caso, y por cuanto ahora interesa, admite (implícitamente) un derecho general del beneficiario a solicitar una modificación, con el correlativo poder de la Administración de proceder a ella, y consagra (explícitamente) la posibilidad de que dicha modificación se produzca *a posteriori*, esto es, asumiendo que el comportamiento del beneficiario, aun no ajustándose al originalmente previsto, y, por tanto, implicando un incumplimiento de sus obligaciones, podría haber sido causa de una modificación que actúa ahora como forma de subsanación retroactiva. En todo caso, ello implicará que recae sobre el beneficiario incumplidor y solicitante de la modificación “la carga de justificar las razones que la apoyaban”¹⁰⁶. Resulta difícil afirmar, con carácter general, que el beneficiario, además de este derecho a solicitar la modificación, tiene también el derecho a obtenerla e incluso a exigirla, llegado el caso, ante los tribunales. No obstante, nada se opone a que la normativa reguladora de cada subvención así pueda preverlo.

Por lo demás, y como ya quedó dicho, cuando la modificación suponga una declaración de invalidez parcial en perjuicio del administrado, la Administración deberá, en principio, seguir el mismo procedimiento y respetar las mismas garantías que si se tratara de una declaración de invalidez total¹⁰⁷, lo que incluye, muy especialmente, la posible aplicación de límites como el principio de protección de la confianza¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Así lo manifiesta la STS de 23 de junio de 2000, Sección tercera, Ar. 5561 (ponente: ESCUSOL BARRA), dictada en relación con la negativa de la Administración a conceder una prórroga a la entidad *Herbrei, S.L.*, para el cumplimiento de las condiciones a que se sometió para la percepción de una ayuda concedida en el marco de la normativa sobre incentivos económicos regionales, precisamente por no justificar la procedencia de la misma.

¹⁰⁷ Esta regla, sin embargo, puede conocer excepciones, no siendo la menor de ellas la aplicación del principio *volenti non fit iniuria*. Así lo reconoce la STS de 15 de diciembre de 2003, Sección 4ª, Ar. 327 de 2004 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), en relación con una resolución por la que se concedió una subvención menor a la que se había concedido en una resolución anterior, a raíz de la rectificación de la norma comunitaria de base. La adopción de la segunda resolución, por la que se invalidaba parcialmente la primera, se realizó sin seguir procedimiento de revisión alguno, pero fue expresamente aceptada por el beneficiario. Señala la sentencia que “el ordenamiento jurídico impide que la Administración, con el pretexto de rectificar errores materiales, revoque actos declarativos de derechos al margen de la revisión de oficio, y excluye que la Administración convalide un acto nulo de pleno derecho, pero no prohíbe que el beneficiario de una subvención renuncie al inicial montante de esta aceptando sin reserva otra de inferior cuantía por el mismo concepto”.

¹⁰⁸ En efecto, como señala Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 117, en la medida en que las circunstancias que puedan dar lugar a la modificación no siempre se originarán en el ámbito de responsabilidad del particular, “aquí puede entrar en juego el principio de protección de la confianza impidiendo la alteración de la subvención ya concedida y empleada por el beneficiario”.

IV.

LA RECTIFICACIÓN DE ERRORES DEL ACTO DE
CONCESIÓN DE LA SUBVENCIÓN

1. Los distintos tipos de errores administrativos: error material, error de hecho, error de derecho

No son pocos los autores que sitúan la rectificación de errores entre las causas que pueden dar lugar a la devolución de las subvenciones y, por tanto, entre las causas de reintegro en sentido amplio. Así se posicionan, por ejemplo, REBOLLO PUIG, MARTÍNEZ GINER o PASCUAL GARCÍA. No obstante, esta postura debe ser revisada con atención pues, atendiendo a la teoría general relativa a la rectificación de errores por parte de la Administración, no resulta claro que ello sea posible. O, para ser exactos, sí resulta posible, pero solo en relación con un tipo concreto de errores: los errores materiales, siempre y cuando se derive de ellos un derecho de pago en favor de persona equivocada o en cuantía superior a la correspondiente.

En efecto, la Administración, en su actuar, puede ser objeto de muchos errores, pero ni todos los errores son iguales ni todos deben obtener la misma respuesta por parte de la Administración. Para una correcta exposición de esta cuestión, en la que seguimos las clarificadoras aportaciones de Joana SOCÍAS CAMACHO¹⁰⁹, la clasificación de los errores debe partir del objeto sobre el que estos recaen. De este modo, es posible distinguir según los errores recaigan sobre ciertos hechos o circunstancias de la realidad (error de hecho), sobre las normas que resulten aplicables o el modo de aplicarlas (error de derecho) o sobre la exteriorización de un acto anterior (error material).

En primer lugar, el error material supone una errónea exteriorización de la voluntad de la Administración. Para su adecuada comprensión es necesario acudir a la distinción, propia del Derecho privado, entre error propio y error obstativo o impropio¹¹⁰. El error propio supone un vicio de la voluntad, y se asocia a una voluntad formada de manera viciosa a partir de un conocimiento equivocado de la realidad o una creencia o representación mental equivocadas. El error es obstativo o impropio cuando la voluntad se ha formado correctamente pero se produce una equivocación en su manifestación externa.

¹⁰⁹ Joana SOCÍAS CAMACHO, "Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección", *RAP* n° 157 (enero-abril 2002).

¹¹⁰ Joana SOCÍAS CAMACHO, "Error material, error de hecho y error de derecho...", cit., pp. 163-164. No debe olvidarse, como señala José Luis MEILÁN GIL, "Delimitación conceptual del error material y de cuenta", *RAP* n° 55 (enero-abril 1968), pp. 151 y 152, que "sus primeras y continuadas reelaboraciones pertenecen al ámbito del Derecho privado, de donde pasarán al Derecho administrativo", si bien la "Ley de los grandes números" implica que "la multiplicación de los actos administrativos o de los administrados garantizan un número inevitable de equivocaciones", mucho mayor en el ámbito administrativo que en el civil. Vid., asimismo, el art. 1266 CC.

Es a este segundo tipo de errores, es decir, al error obstativo o impropio, al que debe asociarse el concepto administrativista de error material. De ahí la afirmación de que este error suponga, sencillamente, un error en la declaración de su voluntad por parte de la Administración. Esto es, “son actos cuya declaración jurídica en sí misma considerada es perfectamente válida. Lo que ocurre, sin embargo, es que se produce una anomalía en la exteriorización de esa declaración jurídica, que provoca desarmonía entre la declaración y su manifestación externa. Es decir, se trata de errores que no afectan a la auténtica voluntad administrativa, que es racional e indiscutiblemente deducible de sus precedentes documentales y que solo inciden en la exteriorización de la declaración de voluntad”. Por lo tanto, el error “tergiversa la exteriorización de la voluntad, pero no la auténtica declaración, que no solamente existe, sino que es plenamente conforme con el Ordenamiento jurídico”¹¹¹.

En consecuencia, dentro del concepto de error material pueden incluirse tanto los errores materiales en sentido estricto (como los errores mecanográficos o los defectos en la composición tipográfica¹¹²) como los supuestos de errores aritméticos (errores numéricos, de cuenta, de medida o de cantidad¹¹³). De este modo, el error puede haberse producido en la notificación de la resolución de concesión de la subvención, alterando, por ejemplo, el nombre del beneficiario o la cuantía que le correspondía.

En segundo lugar, el error de hecho deriva del concepto civilista, antes señalado, de error propio. El error de hecho supone, por tanto, un vicio en la formación de la voluntad dado que esta se apoya en datos o circunstancias que no se ajustan a la realidad ni a los hechos. Esto es, se trata de una equivocación en la comprobación, valoración o apreciación de un hecho.

En el ámbito administrativo, la Administración, antes de ejercer las potestades que le son atribuidas por el ordenamiento, debe comprobar la situación fáctica que este le señala como presupuesto para dicho ejercicio. El error de hecho implica que la

¹¹¹ Joana SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho y error de derecho...”, cit., p. 167. Entre la repetida jurisprudencia que señala los requisitos necesarios para admitir que un error es error material puede señalarse, entre otras muchas iguales, la STS de 23 de diciembre de 1992, Ar. 322 (ponente: ROUANET MOSCARDÓ).

¹¹² En materia de corrección de erratas, vid., el art. 26 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, sobre Ordenación del diario oficial “Boletín Oficial del Estado”. En este sentido, Luis MARTÍN REBOLLO, en su *Legislación Administrativa*, da noticia de una curiosa rectificación de errores, aparecida en BOE 22 de octubre de 1997: la de la partitura de una de las versiones del himno nacional.

¹¹³ Joana SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho y error de derecho...”, cit., pp. 166-167. En concreto, y de acuerdo con José Luis MEILÁN GIL, “Delimitación conceptual del error...”, pp. 156 y 165, “el error de cuenta consiste en meras equivocaciones en las operaciones aritméticas, permaneciendo inalterados los datos”, de modo que “para que exista error aritmético es preciso que haya meras equivocaciones de ese tipo, pero permaneciendo fijos los sumandos o los factores”.

La posibilidad de corregir los simples errores aritméticos no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se haya generado responsabilidad patrimonial. En este sentido, en relación con un error judicial de este carácter, se manifiesta la STS de 13 de febrero de 2004, Ar. 3658 de 2005 (ponente: RODRÍGUEZ ARRIBAS).

Administración comete un fallo al comprobar el presupuesto de hecho. En efecto, cuando la apreciación y valoración de la situación fáctica coinciden con la realidad, el acto producido por la Administración será, en principio, válido y plenamente coherente con el ordenamiento. Pero “puede ocurrir que cuando se aprecia y valora la situación fáctica, esta apreciación no coincida con la realidad; si así sucede, la Administración, al manifestar su voluntad, dictará un acto cuyo contenido no podrá ser nunca congruente con la realidad”¹¹⁴. Esto es, la formación de la voluntad de la Administración habrá sido defectuosa, lo que implicará la contravención de las normas que regulan dicho proceso de formación y, en consecuencia, la vulneración del ordenamiento jurídico y la invalidez del acto¹¹⁵.

No son difíciles de encontrar los ejemplos de errores de hecho. Así, en el caso específico de las ayudas o subvenciones, se producirán cuando la Administración realice una apreciación indebida de los datos o documentos que le hayan sido aportados, concediéndolas a personas o en cantidades que no corresponden.

El error de derecho, finalmente, es el que comete el aplicador del Derecho al interpretar incorrectamente la norma jurídica que pretende aplicar. Como consecuencia, el acto dictado también resultará contrario al ordenamiento jurídico, dando lugar a su ilegalidad. Se trata, por tanto, de un error producido por una actividad intelectual resultado de una aplicación indebida de una norma o una equivocada interpretación. Esto es, “hay error de derecho siempre que se realice una operación de calificación jurídica; equivale a aplicación de una norma”, pues, por definición, “el *error iuris* lleva consigo calificación jurídica, interpretación de las normas”¹¹⁶.

De conformidad con estos criterios, resulta posible, por tanto, distinguir error de hecho y error de derecho. Por ejemplo, en el específico campo de las prestaciones sociales por invalidez, propias de la Seguridad Social, y frente a la identificación del “error de diagnóstico” como error de hecho, se entiende por error de derecho “el error en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas (...) reguladoras de las

¹¹⁴ Joana SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho y error de derecho...”, cit., p. 177.

¹¹⁵ La distinción entre error material y error de hecho, permite distinguir entre la rectificación de errores prevista en el art. 105.2 LRJPAC y el recurso extraordinario de revisión por causa de error de hecho del art. 118.1 LRJPAC.

En efecto, como señala Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia”, REDA nº 90 (abril-junio 1996), p. 304, “el «error de hecho» en el recurso de revisión del artículo 118 LAP debe afectar a la resolución, esto es, debe provocar una resolución ilegal, mientras que el error del artículo 105.2 LAP es un simple error (...) en la manifestación de la voluntad administrativa, que no incide en el contenido, que no altera la declaración jurídica contenida en la resolución y que no exige, lógicamente, la anulación –parcial o total– del acto erróneo”. En el mismo sentido, Joana SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho y error de derecho...”, cit., p. 160, indica que “la potestad (extraordinaria) de revisión que permite llevar a cabo el artículo 118 debe utilizarse cuando se trate de una inexacta representación de una situación fáctica, es decir, un error de hecho, lo que quiere decir que este supuesto no se refiere a un simple error en la exteriorización del acto, sino a una resolución ilegal (...) cuya revisión en todo caso aspirará a su anulación”.

¹¹⁶ José Luis MEILÁN GIL, “Delimitación conceptual del error...”, pp. 159 y 186.

prestaciones”¹¹⁷. No obstante, “es perfectamente posible que el error de hecho lleve al error de derecho; [dado que] un error sobre la percepción de la realidad puede conllevar una calificación jurídica inadecuada”¹¹⁸.

2. La rectificación de errores administrativos solo alcanza al error material

La reacción que puede adoptar la Administración frente a cada uno de los tres tipos de errores indicados es distinta.

En primer lugar, frente a los errores materiales procederá el mecanismo de la rectificación, con el fin de adecuar el acto, válidamente formado, y la manifestación externa del mismo, que es donde se ha producido el error¹¹⁹.

En lo que atañe al ordenamiento jurídico español, se ha señalado que esta potestad rectificadora tiene dos fundamentos: un fundamento formal o legal, situado en el art. 105.2 LRJPAC, y un fundamento material que es “la necesidad de adecuación entre la voluntad de la Administración y su manifestación externa, para lo cual la Administración debe poder rectificar los errores de hecho de que adolezca su resolución”¹²⁰. En efecto, parece evidente que la Administración debe asegurar, en todo momento, una correspondencia exacta entre los actos que adopta en su fuero interno y su expresión externa, no solo porque así lo permita una norma, como ocurre en el caso español, sino como exigencia mínima e insoslayable del principio que impide ir contra los propios actos y del principio de conservación de los actos. Esta misma situación explicaría, por lo demás, que la rectificación pueda (y deba) producirse, en cualquier momento, incluso en vía de recurso administrativo¹²¹. Cuestión distinta es si alguna de las manifestaciones concretas de este tipo de errores, como el pago de lo indebido, del que nos ocuparemos después, pueda contar con un plazo de tiempo limitado para proceder a su corrección.

¹¹⁷ Manuel ALONSO OLEA, “De nuevo sobre la revocación...”, cit., p. 590.

¹¹⁸ Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit., p. 314, quien pone como ejemplo las licencias concedidas por error: “una licencia dictada con error de hecho no cumple el fin de constatar la adecuación entre la actividad del particular y la norma: por ello el error de hecho se convierte en motivo de anulación”.

¹¹⁹ En efecto, cuando la Administración “constate errores materiales (...) deberá proceder a su rectificación con la intención de adecuar la manifestación externa de la declaración a la verdadera voluntad”, vid., Joana SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho y error de derecho...”, cit., p. 167. Esta misma afirmación es la que le permite negar que la rectificación de errores sea una excepción al principio que prohíbe ir contra los propios actos, dado que con ella “no se ataca la firmeza del acto, en el sentido de que no se vuelve sobre el contenido de la declaración de voluntad, que en todo momento debe subsistir y permanecer” (p. 183).

¹²⁰ Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit., p. 304.

¹²¹ Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit., p. 318.

Lo importante, en todo caso, es retener que el mecanismo de la rectificación de errores solo puede resultar de aplicación a los supuestos de errores materiales, dado que la rectificación de errores no implica eliminación alguna de actos previos ilegales, sino una simple potestad de corregir los fallos de la Administración en el proceso de exteriorizar sus propios actos¹²².

La solución parece plenamente lógica, por cuanto no existen motivos para atacar la validez del acto administrativo originalmente adoptado por la Administración. No obstante, no debe caerse en la ingenuidad de creer que la separación entre acto originalmente adoptado y acto finalmente emitido, notificado o publicado, es siempre todo lo clara que sería deseable. En consecuencia, y tal y como exige la jurisprudencia, no debe haber ninguna duda acerca del error material: este tiene que ser evidente, comprobable con la mera consulta del expediente o, según una jurisprudencia aún más exigente, deducible del mismo acto¹²³. De otro modo, el error no podrá ser simplemente rectificado, debiendo, en su caso, ser anulado¹²⁴.

¹²² Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., p. 276. Joana SOCÍAS CAMACHO, "Error material, error de hecho y error de derecho...", cit., pp. 195-196. Como indica Íñigo SANZ RUBIALES, "La rectificación de errores...", cit. pp. 301-302, "cuando la Administración vuelve sobre el acto, para corregir los errores materiales, aritméticos o de hecho de que adolezca, no revisa el proceso de formación de la voluntad, sobre el que no hay ninguna sospecha; revisa, únicamente, los datos fácticos con los que opera la resolución administrativa y los compara con los que se han manifestado externamente".

Así, la STS de 20 de enero de 1998, Ar. 1239 (ponente: PECES MORATE), estimó la procedencia de la rectificación de un error material consistente en que a un administrado "no apto" se le notificara como "apto" en una prueba para la obtención del carné de conducir, dado que debía distinguirse entre el acto originario y el acto de notificación, siendo posible la rectificación del error material producido en este último. En sentido parecido, la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de marzo de 2002, Ar. 215304 (ponente: MANZANA LAGUARDA), acepta la rectificación material de un Tribunal que se equivocó al publicar en el tablón de anuncios el nombre del opositor que había superado un ejercicio. La sentencia consideró que fue un simple error de transcripción del acta del Tribunal que examinaba y dado que el único acto administrativo válido era dicha acta y que dicha acta no contenía error, no procedía la anulación de actuaciones.

¹²³ A este respecto, recuerda José Luis MEILÁN GIL, "Delimitación conceptual del error...", p. 156, que "el error de cuenta y el material han de constar inequívocamente en la documentación que consta en el expediente, pudiendo, además, ser advertido tanto por la Administración como por el interesado". Y, en varias ocasiones más, insiste sobre esta cuestión: "se ha subrayado como nota característica del error material (...) su carácter de máxima evidencia, su constancia inequívoca. El error material se comprueba; el error *iuris* se aprecia" (p. 161); "el *error material* (...) exige una constancia inequívoca, una apariencia manifiesta. Para descubrirlo es suficiente una mera labor de comprobación" (p. 186); "la comprobación correspondiente al error material se obtiene sin salir del mismo expediente" (pp. 186-187).

¹²⁴ Otros ordenamientos jurídicos también son plenamente conscientes de esta situación, por lo que aceptan la irrelevancia de los errores materiales producidos en un acto siempre y cuando no quepan dudas sobre su verdadero contenido e intención. Es el caso, por ejemplo, del ordenamiento canónico, donde el canon 66 (antiguo canon 47) del Código de Derecho Canónico establece que "El rescripto no es inválido cuando hay error en el nombre de la persona a quien se otorga o que lo concede, del lugar en que mora, o del asunto de que se trata, con tal de que, a juicio del Ordinarario, no quepa dudar sobre la identidad del sujeto y objeto". De este modo, cuando se produce un error en el rescripto "la legislación canónica se contenta para la validez de los rescriptos con que no haya error sustancial (...) El simple error acerca de los *nombres* de personas, lugares o cosas es accidental y no tiene por qué impedir el valor del rescripto (...) Los *errores accidentales* pueden corregirse con facilidad cuando sea conveniente". Marcelino CABREROS DE ANTA, "Los rescriptos", en Marcelino CABREROS DE ANTA, Arturo ALONSO LOBO y Sabino ALONSO MORÁN, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, t. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963, p. 228.

En segundo lugar, los errores de hecho y de derecho, en la medida en que han dado lugar a la producción de actos administrativos contrarios al ordenamiento, esto es, inválidos, no pueden ser objeto de rectificación, sino de anulación. En efecto, cuando el error es la base misma del acto dictado por la Administración, de modo que, corregido el error, el acto no puede subsistir, procede la revisión de oficio¹²⁵.

Esta solución, además, ha sido expresamente confirmada por alguna norma, como es el caso del art. 16.2 RSCL, que dispone que “podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente”. No se contempla la posibilidad de su rectificación, sino únicamente de su anulación, que, por otro lado, y de conformidad con el art. 16.3 RSCL, comportará “el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren”.

La misma solución se contempla en el ordenamiento social en relación con el “error de diagnóstico” en la determinación de la invalidez laboral de un trabajador. En tales supuestos, el acto por el que se declara la invalidez laboral no puede ser rectificado, sino únicamente revisado de oficio. Esto es, el error de diagnóstico, en la medida en que constituye un error de hecho, exige la revisión del acto en el que se declara la invalidez laboral¹²⁶.

También lo ha entendido así la jurisprudencia, por ejemplo, en relación con los errores de hecho cometidos por la Administración tributaria en la determinación de cuotas o deudas tributarias, valor de bases imponibles, aplicación o no de beneficios fiscales, imposición de multas o sanciones. En tales casos no se admite la rectificación realizada por la propia Administración, ni siquiera en vía de recurso administrativo¹²⁷.

¹²⁵ Así ocurre, en palabras de SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 57, cuando “la declaración de derechos estaba ligada a él de tal modo que no es posible hallar otra voluntad administrativa *oculta* o *auténtica*, origen de la verdadera declaración de derechos, que sustituye a la *exteriorización errónea*”. Sin embargo, algún pronunciamiento judicial parece aceptar la posibilidad de rectificar los errores de hecho. Por ejemplo, la STS de 9 de mayo de 2005, Ar. 4289 (ponente: LUCAS MURILLO DE LA CUEVA), admitió una corrección de error material consistente en calificar de nacionalidad norteamericana una película británica.

¹²⁶ Manuel ALONSO OLEA, “De nuevo sobre la revocación...”, cit., p. 595, señala que “siendo evidentemente el de diagnóstico un error de hecho, cabe la revocación por contrario imperio”, lo que debe entenderse en el sentido de que, por excepción, la declaración de invalidez pueda ser directamente revocada por las Entidades gestoras o los servicios comunes que lo hayan dictado, en aplicación del art. 144.2 LPL, en lugar de tener que acudir a los tribunales para que procedan a su anulación.

¹²⁷ En este último caso, además, porque vendría prohibido por el principio de *non reformatio in peius*. A este respecto, Víctor Rafael RIVAS CARRERAS, “La *reformatio in peius* administrativa en la jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1991, p. 95, señala cómo el TEAC venía sosteniendo la posibilidad de que en vía de recurso administrativo se corrigiesen los valores erróneos, de modo que los nuevos valores reformados pudieran incluso superar la cuantía de los fijados inicialmente. No obstante, el TS negó terminantemente esta posibilidad en una amplia serie de sentencias. Entre otras, las SSTS de 5 de noviembre de 1985, 3 de octubre de 1986, 17 de julio de 1987, 30 de septiembre de 1987, 30 de abril de 1988, 31 de enero, 9 de octubre y 13 de marzo de 1989, 1 de marzo de 1990.

Como mucho, y a lo sumo, los actos dictados como resultado de un error de hecho o de derecho podrían ser objeto de subsanación. Y ello siempre y cuando el error hubiera recaído sobre alguno de sus elementos accidentales y no esenciales. Ahora bien, esta posible subsanación del acto no tiene nada que ver con la rectificación de errores materiales, pues “mientras la potestad de rectificación está reservada a pequeños defectos en la exteriorización del acto que en absoluto afectan a la validez del mismo, la de subsanación, por el contrario, en principio está destinada a corregir aquellas infracciones del ordenamiento jurídico que afectan al propio acto (...) pero que por su absoluta falta de gravedad no llegan a producir la invalidez del acto”¹²⁸.

Además, en el caso de errores de hecho, esto es, de una equivocada apreciación de los presupuestos de hecho concurrentes en el caso, no será del todo extraño que dicho error dé lugar al vicio de nulidad de pleno derecho contenido en el art. 62.1.f) LRJPAC. Así, en el caso de que se hubieran abonado determinado número de años de servicio, siendo errónea la declaración del interesado, la actuación de la Administración se encontraría claramente viciada por un error de hecho¹²⁹.

En conclusión, los errores que se pueden corregir “no son los errores de hecho que proceden de una indebida comprensión de la realidad por un aplicador del Derecho ni tampoco los errores de Derecho, que suponen una inadecuada aplicación del ordenamiento: en ambos casos se trata de vicios de anulabilidad del acto administrativo (...) Se trata de simples errores materiales (...) deben ser ostensibles, manifiestos, indiscutibles y susceptibles de rectificación sin que se vea afectado el acto”¹³⁰.

3. Procedimiento de rectificación de errores administrativos y límites a su declaración

En principio, el ejercicio de la potestad rectificatoria resulta obligatorio para la Administración. Eso implica que los administrados que soliciten la corrección de un error tienen un verdadero derecho a que la Administración ejercite dicha potestad. En este sentido, el art. 105 LRJPAC ha establecido una auténtica “acción rectificatoria” en favor de los administrados que se asemeja mucho a un recurso administrativo¹³¹. Esto supone una puerta permanentemente abierta para la impugnación judicial.

¹²⁸ Joana SOCÍAS CAMACHO, “Error material, error de hecho y error de derecho...”, cit., p. 204.

¹²⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, cit., p. 154.

¹³⁰ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., p. 303. En el mismo sentido, Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit., p. 315.

¹³¹ No obstante, y evidentemente, no son equiparables, pues “además de que la finalidad de uno y otro procedimiento de revisión es distinta (...) una diferencia determinante del procedimiento rectificatorio con

Ahora bien, la obligación de la Administración debe entenderse referida únicamente a la incoación y tramitación del expediente de rectificación, no a la rectificación misma. En efecto, como tendremos ocasión de indicar a continuación, pueden concurrir circunstancias que se opongan a la rectificación del acto.

Respecto al procedimiento que deba seguir la Administración, no parece que sea necesario “un procedimiento con todas las garantías establecidas en el Título VI de la Ley 30/1992”, bastando, probablemente, “un procedimiento especial, sumario, que permita realizar la rectificación una vez percibido el error en la exteriorización del acto”¹³². En dicho procedimiento, sin embargo, sí parece irrenunciable la evacuación del trámite de audiencia.

No obstante, y como adelantábamos, pueden existir límites a la rectificación de errores administrativos. En primer lugar, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto a la recuperación del pago de lo indebido, parece que no existe límite temporal alguno para proceder a la rectificación de errores. Así lo indicábamos más atrás. Se rompe así con el límite máximo de cuatro años que se preveía con anterioridad en el art. 37 LPA y que había sido duramente criticado por la doctrina¹³³.

Ahora bien, aunque la rectificación pueda realizarse en todo momento, tanto a iniciativa de la Administración como del administrado, lo cierto es que la rectificación de errores materiales está sometida a ciertos límites. En especial, a los impuestos por el principio de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. En efecto, en determinados casos, la rectificación de errores puede producir un perjuicio a los administrados que, confiando legítimamente en que el acto que les ha sido notificado es correcto, desarrollan una determinada actuación que, posteriormente, se demuestra desprovista de todo respaldo jurídico.

Así ocurriría, por ejemplo, con un administrado a quien, por error, se le notifica la concesión de una subvención que en realidad le ha sido denegada, de modo que, confiando en la corrección del acto notificado, despliega la actividad por la que cree que recibirá la cantidad de dinero en que la subvención consiste. Si la

respecto a los recursos es que aquel puede instarse «en cualquier momento», sin plazos preclusivos”, vid., Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit., p. 303. Pero, junto a lo anterior, y sobre todo, el objeto de la rectificación es mucho más modesto que el objeto de un recurso administrativo: este último puede fundarse “en cualquier de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63” de la LRJPAC (art. 107.1 LRJPAC), mientras que la rectificación solo puede pretender de la Administración que adecue el acto expresado al acto originariamente adoptado.

¹³² Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit., p. 317.

¹³³ En este sentido, Manuel CLAVERO ARÉVALO, “La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos”, en *Revista de Estudios de la Vida Local* n° 102 (noviembre-diciembre 1958), p. 840, señalaba que “limitar a cuatro años el plazo de rectificación de los errores materiales resulta un límite muy riguroso, ya que a veces tales errores materiales pueden operar a muy largo tiempo de aquel en que se adoptó el acuerdo”. Ese mismo límite, sin embargo, sí tenía sentido para la corrección de errores de hecho, por los motivos ya indicados en texto.

Administración, posteriormente, pretendiera corregir el acto de notificación, el administrado podría argumentar, probablemente con éxito, la imposibilidad de que dicha rectificación pudiera llevarse a cabo por vulneración del principio de protección de la confianza.

Para que se produzca una situación digna de protección serán necesarios, sin embargo, varios requisitos: una actuación positiva de los poderes públicos induciendo razonablemente a creer en la estabilidad de una situación y una correlativa actuación del administrado, adoptando una conducta, sobre la apariencia de legalidad del acto, que de otro modo no habría adoptado.

Todo lo anterior se deduce para el ordenamiento español, como no podía ser de otro modo, del art. 106 LRJPAC. Debe indicarse, finalmente, que, en sentido inverso a los límites hasta ahora indicados, la jurisprudencia se muestra mucho más favorable a admitir la rectificación de errores, aun cuando no esté claro si se trata de verdaderos errores materiales, si afectan a actos desfavorables para el administrado y su modificación les resulta favorable¹³⁴. En última instancia, y en caso de admitir la rectificación, el administrado perjudicado siempre tendría la posibilidad de solicitar una indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración.

4. Los errores materiales en el pago de subvenciones: el reintegro del pago de lo indebido

Los errores administrativos a los que hemos hecho referencia en los epígrafes anteriores pueden tener como consecuencia la producción de un error en el pago de una subvención. Esto es, la realización del pago de una subvención a persona distinta o en cantidad mayor a la que le correspondía. En este caso, la cuestión se reconduce al régimen del pago de lo indebido. No existe una regulación específica de la corrección de errores en la LGS, por lo que la incidencia de esta figura en esta materia debe reconducirse a las normas que regulan esta figura con carácter general. A este respecto, son dos los artículos que deben tenerse en cuenta: el art. 105.2 LRJPAC, al que nos venimos refiriendo, y su traducción al ámbito presupuestario, es decir, el art. 77 LGP¹³⁵.

¹³⁴ En efecto, “el propio Tribunal Supremo admite sin ambages la rectificación de errores de hecho que afectan netamente al contenido del acto, cuando estos errores suponen un perjuicio injustificado para el administrado”, vid., Íñigo SANZ RUBIALES, “La rectificación de errores...”, cit. 315.

¹³⁵ En realidad, y como resulta evidente, el régimen del pago de lo indebido regulado en el art. 77 LGP, que se remonta, al menos, al art. 88 del Reglamento de Ordenación de Pagos aprobado por el Real Decreto de 24 de mayo de 1891, y que actualmente se encuentra, además, desarrollado en la Orden EHA/4077/2005, de 26 de diciembre, sobre reintegro de pagos indebidos, desborda y excede el ámbito estricto de las subvenciones, resultando aplicable a muchísimos otros supuestos. En este mismo sentido, vid., Luis Alfonso MARTÍNEZ

En efecto, el art. 77 LGP, que se ocupa de la regulación del “pago de lo indebido y demás reintegros”¹³⁶, aclara, en primer lugar, que un pago indebido se deriva de un error material, de modo que se puede disponer de inmediato la *restitución* de las cantidades indebidamente pagadas. Como hemos indicado, sería el caso del pago de una subvención en cuantía superior a la debida¹³⁷ o a persona distinta del beneficiario¹³⁸.

Por el contrario, cuando los actos deban ser objeto de revisión por motivos distintos al mero error material, será necesario seguir los procedimientos previstos en los arts. 102 y siguientes LRJPAC o “los procedimientos específicos de reintegro establecidos en las normas reguladoras de los distintos ingresos”, inciso este último que podría identificarse, por ejemplo, con el régimen del reintegro de subvenciones por concurrencia de alguna de las causas del art. 37.1 LGS.

El art. 77.2 LGP y el art. 2.1 Orden EHA/4077/2005, de 26 de diciembre, prevén que el órgano encargado de disponer la devolución de las cantidades será aquel que hubiera cometido el error que originó el pago indebido. En efecto, el error se puede producir en más de una fase y, por tanto, puede haberlo cometido más de un órgano. Así, puede haberse producido en fase de reconocimiento de la obligación y propuesta de pago (órgano concedente) o en fase de pago (tesorería). De ahí que resulte competente para la rectificación el órgano que padeció el error¹³⁹.

En principio, y de conformidad con el art. 77.3 LGP, el beneficiario del pago indebido deberá devolver tanto la cantidad indebidamente percibida como los intereses de demora previstos en el art. 17 LGP (equivalente al interés legal fijado en la Ley de Presupuestos para cada ejercicio), cuyo devengo se entiende producido desde el momento en que se produjo el pago hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro.

GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 144. Aun así, y en la medida en que puede afectar a las subvenciones, queda justificado que sea objeto de nuestra atención.

¹³⁶ El hecho de que este procedimiento de devolución del pago de lo indebido reciba también el nombre de reintegro, no debe llevar a confundirlo con el reintegro en sentido estricto regulado en el art. 37 LGS y del que nos ocuparemos en un capítulo posterior.

¹³⁷ En este sentido, por ejemplo, la STJS de Extremadura de 19 de mayo de 2005, Sección 1ª (ponente: MÉNDEZ CANSECO), acepta la exigencia del reintegro de las cantidades indebidamente pagadas a un administrado en concepto de subvención. En concreto, el beneficiario solicitó una ayuda agroambiental para una superficie de 5,98 hectáreas. Sin embargo, la Administración autonómica, por error, concedió la ayuda correspondiente a una superficie de 62,28 hectáreas. Una vez detectado el error, procedió a exigir el reintegro alegando un error material o aritmético. La sentencia acepta que se trata de un error por exceso en el pago, referido a “una cantidad basada en una superficie nunca solicitada”, afirmando que “el nuevo acto no entraña una auténtica calificación jurídica de los hechos determinantes del abono inicial ni ningún juicio valorativo, sino una simple y elemental equívocación de operaciones aritméticas”.

¹³⁸ Un caso así es el contemplado en la STSJ de Murcia de 27 de diciembre de 1999, Sección 1ª, Ar. 50453 de 2000 (ponente: SÁNCHEZ DE LA VEGA), en la que se aceptó expresamente la corrección de error por parte de la Administración concedente de una prima por el abandono definitivo de un cultivo de viñedo. En concreto, la Administración abonó el pago a un solo administrado cuando, en realidad, la subvención se había concedido a los dos copropietarios de la finca.

¹³⁹ JOSÉ PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 345.

Nada se contempla respecto a la posibilidad de que sea el beneficiario quien se dé cuenta del pago erróneo y decida devolver *motu proprio* la cantidad indebidamente recibida. Por ello, en el caso concreto de las subvenciones se ha postulado la posible aplicación del art. 90 RGS, regulador de la devolución de la subvención a iniciativa del perceptor¹⁴⁰. Esta posibilidad, sin embargo, debe rechazarse, en la medida en que la devolución prevista en el art. 90 RGS, que en realidad supone una renuncia, nada tiene que ver con la devolución del pago de lo indebido del art. 77 LGP¹⁴¹.

Del mismo modo, nada se contempla tampoco expresamente respecto al plazo del que dispone la Administración para recuperar el pago de lo indebido. No obstante, el art. 77 LGP establece que “la efectividad de los ingresos por reintegro *se someterá a lo establecido en el Capítulo II del Título I de esta Ley*”. De este modo, y dado que dentro del Capítulo II del Título I de esta Ley se encuentra el art. 15 LGP, regulador de la prescripción de los créditos públicos, debe entenderse que resulta aplicable el plazo de cuatro años previsto en dicho artículo¹⁴². El *dies a quo* parece que debe situarse en el momento en que se produjo el error, por lo que variará en cada supuesto. Por ejemplo, en ocasiones se situará en el momento en que se dictó el acto erróneo, en otras en el momento en que se produjo el pago, etc.

De este modo, a pesar de que la recuperación del pago de lo indebido prevista en el art. 77 LGP suponga un ejemplo de corrección de errores materiales, se separa del régimen general que para estos parece prever el art. 105.2 LRJPAC que, más bien, sugiere la idea de que las Administraciones gozan de una acción imprescriptible para proceder a la rectificación de tales actos: “las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar *en cualquier momento*, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

¹⁴⁰ José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 189.

¹⁴¹ Ello sin perjuicio de que daría lugar a un resultado injusto, en la medida en que dicho artículo establece que el tipo de interés aplicable para el cálculo de los intereses de demora debe verse incrementado en el 25% previsto en el art. 38 LGS. En efecto, el incremento en un 25% de los intereses generados por la subvención durante el tiempo que estuvo en poder del beneficiario solo tiene sentido en tanto que medida disuasoria para evitar comportamientos fraudulentos. De otro modo, un beneficiario, aun sabiendo que no cumplirá el proyecto al que se encuentra afecta la subvención, podría solicitarla, recibir el pago anticipado de la misma, utilizar para los fines que estimara oportuno el dinero recibido y, posteriormente, y siempre antes de que acabara el plazo fijado para el cumplimiento, proceder a su renuncia y devolución. Esta, y no otra, es la justificación del incremento del 25% en los intereses que debe abonar el beneficiario que renuncia a la subvención. Sobre ello volveremos en el capítulo siguiente. Ahora bien, nada de esto concurre en el supuesto de pago de lo indebido, en el que no puede existir ánimo defraudatorio en el beneficiario, toda vez que el pago indebido ha sido resultado de una actuación errónea de la Administración. Además, cualquier otra interpretación conduciría al absurdo, pues se estaría incentivando al beneficiario a que, en lugar de devolver voluntariamente y sin requerimiento previo la subvención, esperase tranquilamente a que la Administración tramitase el procedimiento de pago de lo indebido, en el que los intereses exigidos serían inferiores.

¹⁴² En el mismo sentido se manifiesta Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 147.

CAPÍTULO QUINTO. CAUSAS DE DEVOLUCIÓN DE LA SUBVENCIÓN REFERIDAS A LA RELACIÓN SUBVENCIONAL

I. LA RENUNCIA A LA SUBVENCIÓN Y LA MUERTE DEL BENEFICIARIO

1. Introducción: la renuncia como forma de resolver la relación jurídica subvencional

De conformidad con la regla general contenida en el art. 90.1 LRJPAC, en aquellos casos en los que no esté prohibido, los administrados pueden renunciar a sus derechos. De este modo, si un derecho público subjetivo supone una posición de poder sobre la Administración, traducida en la posibilidad de exigir de la misma determinados comportamientos, la renuncia de un tal derecho supone, en consecuencia, la renuncia a dicho poder.

Se trata de una aplicación del principio de libre renunciabilidad de los derechos, consagrado con carácter general en el art. 4 CC y ya recogido con anterioridad, para el ámbito administrativo, en el art. 96 LPA.

De este modo, y en principio, parece que nada impediría que los beneficiarios de una subvención renunciaran a la misma, dado que ni el ordenamiento español ni el ordenamiento de la Unión lo prohíben. Así lo ha venido entendiendo, casi unánimemente, la doctrina, quien además la distingue del incumplimiento como causa

de reintegro. Es decir, a pesar de producir unos mismos resultados, no cabría equiparar conceptualmente la renuncia y la declaración de caducidad¹.

Aunque alguna norma autonómica ya preveía esta posibilidad², la LGS no despejó completamente la duda de si se admitía la renuncia a la subvención, si bien parte de la doctrina consideró que se encontraba aceptada implícitamente en varios artículos

¹ En este preciso sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 438, admite la posibilidad de renunciar a la subvención, indicando que “la renuncia no es un supuesto de incumplimiento”. Esta renuncia no conllevaría más que la pérdida del derecho al cobro y el deber de reintegrar lo ya percibido. Asimismo, no tendría más límites que los del art. 6.1 CC y vendría, también, a refrendar que la subvención no tiene carácter contractual. En trabajos posteriores, como en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “De nuevo sobre la subvención...”, cit., p. 46, volvería a aceptar expresamente la posibilidad de la renuncia, destacando, precisamente, que su existencia era una muestra de la dificultad de encajar el “modo” en la cláusula subvencional, dado que el beneficiario podría en todo caso devolver el beneficio y quedar así liberado del cumplimiento de sus obligaciones, sin que la Administración pudiera exigirle su ejecución.

En sentido parecido, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., en nota a p. 162, señala que la renuncia del beneficiario a la subvención, devolviéndola, no genera ningún tipo de responsabilidad, a diferencia de lo que acontece con el contrato. El mismo autor indica que “como norma general, toda la normativa de subvenciones admite la renuncia del beneficiario como forma de extinción de sus efectos” (p. 243), refiriéndose a las ayudas a la economía concedidas con carácter afectado (concepto amplio de subvención). De hecho, dado el concepto de subvención del que parte, considera que la renuncia constituye una manifestación más del derecho a la libertad de empresa: el operador económico decide, en todo momento, si le interesa o no lo que la Administración le ofrece, (p. 245). Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 430, se limita a aceptar el reintegro espontáneo, pero parece vincularlo, necesariamente, al incumplimiento del beneficiario. Desde su perspectiva, en la que dicho incumplimiento produciría automáticamente el reintegro y haría nacer el derecho de crédito en la Administración concedente, el resultado es el mismo. También Agustín MURILLO CERRATO, “Distinción entre «justificación» y «cuenta justificativa»...”, cit., p. 868, afirma que “la existencia de obligaciones derivadas de la aceptación no impedirá la renuncia, la cual será admisible con los límites del artículo 6.2 del Código Civil”. Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 430, afirma abiertamente la posibilidad de renunciar a la subvención, “en virtud del artículo 96 de la Ley de Procedimiento Administrativo”. Javier SALAS HERNÁNDEZ, “El régimen de acción concertada”, cit., p. 458, refiriéndose al régimen de la acción concertada, aceptaba también la posibilidad de renunciar a las ventajas afectadas por parte de las empresas beneficiarias. José Luis VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 96, acepta también expresamente la posibilidad de la renuncia a la subvención, que califica como forma de “extinción voluntaria”. Si bien puntualiza que, en el caso de las subvenciones que se conceden por obligaciones que no son impuestas por propia voluntad del beneficiario, sino en el ejercicio del poder de policía, “la subvención cumple el papel de una indemnización indirecta, que es, desde luego, renunciable, pero no así en lo que atañe a la carga impuesta”, lo que debe ponerse en relación con las subvenciones para el cumplimiento de un deber que estudiamos en el capítulo primero. José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas...”, cit., p. 763, acepta el derecho del beneficiario a renunciar, en general, a las ayudas afectadas, “salvo cláusula expresa en contrario o perjuicio de tercero”. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pp. 139-140, también acepta el derecho a la renuncia, vinculándolo al art. 6.2 CC y a los límites previstos en tal artículo.

De este modo, solo Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 48, ha negado la posibilidad de renunciar a la subvención, al entender que “siendo la subvención una donación administrativa *cum modo*, no existe posibilidad de rechazarla, porque el subvencionado no puede liberarse de la obligación que respecto a ellas libremente contrajo al aceptar”. El argumento es lógico desde la perspectiva adoptada por el autor, que, según vimos, configuraba la subvención como una donación modal *ob causam futuram*. De este modo, al considerarla un verdadero contrato, es lógico que estime que el modo es una verdadera obligación, exigible e incluso susceptible de ejecución forzosa. Sin embargo, debe hacerse constar que, a pesar de esto, el autor sostiene posteriormente, en el mismo trabajo, que “la renuncia del subvencionado a los beneficios concedidos” es una de las formas de extinción de la subvención, p. 111, lo que, sencillamente, no tiene más explicación que asumir que el mismo autor era consciente de que su tesis no se compadecía con la realidad.

² Era el caso del art. 128.3 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995, que admitía la renuncia a la subvención “como forma de extinción de los beneficios de la subvención”.

de esta norma y, en concreto, en los arts. 14.1.i), 39.3.c) y 63.1 LGS³. Ahora aparece expresamente aceptada en el art. 90 RGS, que, sin embargo, no tiene carácter básico.

La renuncia, en principio, no supone afectación alguna al acto de concesión de la subvención, que fue válidamente adoptado y desplegó sus efectos con normalidad. La renuncia sería, más bien, el ejercicio de uno de los derechos desplegados en el seno de la relación creada por el acto de concesión de la subvención⁴.

Esta última afirmación permite equiparar, en atención a los efectos que producen, la renuncia del administrado a la declaración de caducidad por parte de la Administración.

En efecto, en ambos casos se trata de una decisión, tendente a agotar los efectos de la relación jurídica establecida entre Administración y administrado y adoptada para defender los intereses de cada parte. La Administración, en defensa de los intereses generales. El administrado, en defensa de sus propios intereses.

No obstante, declaración de caducidad y renuncia no deben equipararse hasta el punto de reconducirlas a una categoría jurídica única, como hacen algunos autores⁵. En efecto, “el Ordenamiento jurídico otorga exclusivamente a la Administración y no al concesionario el ejercicio de la potestad de declarar caducada la concesión de dominio público”⁶. Y es esta posición de superioridad, justificada en la protección de los intereses públicos, la que permite a la Administración intervenir en muchas más ocasiones que el beneficiario para poner fin a la relación jurídica establecida entre ambos.

Ahora bien, lo anterior no significa que el ordenamiento jurídico deje al administrado desprovisto de mecanismos para liberarse, si así lo desea, de los lazos que le unen a la Administración. Tal sería, precisamente, la finalidad de la renuncia. En consecuencia, renuncia y declaración de caducidad deben contemplarse como instru-

³ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., nota 289 a p. 148. La argumentación se vería, además, refrendada por el art. 308.4 CP.

⁴ Debe recordarse, en el caso normal de subvención concedida mediante acto administrativo, que no es el administrado quien crea, quien emite la resolución de concesión de la subvención. Esta es adoptada por la Administración (con independencia de que, para ello, haya sido necesaria la concurrencia de múltiples requisitos y, entre ellos, el consentimiento del interesado). En consecuencia, sería extraño que el administrado, que no es el creador del acto, pudiera determinar, por su mera voluntad, la desaparición del mismo.

⁵ Para Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 96, es posible afirmar que, “con carácter general, las dos manifestaciones más claras de incumplimiento de obligaciones esenciales son: la falta de ejercicio del derecho concedido y la renuncia a la concesión”.

⁶ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 94, que explica que “la razón se encuentra en la misión de la Administración pública de velar por la consecución de los fines públicos”, misión que, evidentemente, no corresponde al particular, que solo vela por sus propios intereses. Y es lógico que sea así: “la atención de la finalidad pública coloca a la Administración en una situación de superioridad jurídica durante la vida del contrato de concesión, pues a ella corresponde garantizar y velar por la obtención de la finalidad pública pretendida al contratar” (p. 95).

mentos jurídicos distintos, ideados por el ordenamiento para satisfacer necesidades distintas y puestas a disposición de sujetos distintos. Las afirmaciones en el sentido de que la renuncia pueda ser una de las causas de la caducidad solo pueden aceptarse en relación con la necesidad de que la Administración declare, formalmente, la aceptación de la renuncia presentada por el administrado o el comienzo de los efectos de una renuncia tácita. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

En todo caso, debe insistirse en que la renuncia a la subvención no es solo aceptar la renuncia de un derecho, sino aceptar el fin de una relación jurídica establecida entre Administración y beneficiario⁷. El derecho al cobro de una subvención no es solo un derecho del administrado, sino también un elemento esencial de una relación jurídica subvencional, en la que se inserta y en la que encuentra su sentido. Por tanto, y en principio, la desaparición de esta relación implica que el beneficiario pierde las ventajas que la Administración se había comprometido a entregarle y se libera, a cambio, de las obligaciones cuyo cumplimiento había asumido; pero, del mismo modo, la Administración recupera el control de los fondos cuya concesión estaba prevista y puede volver a disponer de ellos para otros fines.

Por ello, parece un error conceptual confundir la renuncia a la subvención con el reintegro voluntario de la misma, dado que sería confundir una única causa con una de sus posibles consecuencias. Este es, precisamente, el defecto que se detecta en el art. 90 RGS, significativamente titulado “devolución a iniciativa del perceptor” y que se centra únicamente en la devolución del dinero que pudiera haber percibido el beneficiario, sin contar con que pudieran existir otras posibles consecuencias.

En efecto, como habrá ocasión de comprobar, la renuncia a la subvención podría dar lugar, según el momento en que se produzca y las circunstancias que lo rodeen, a más de una consecuencia.

2. El procedimiento de renuncia

Con carácter general, y de conformidad con el art. 91 LRJPAC, la renuncia podrá hacerse “por cualquier medio que permita su constancia”. Del artículo parece des-

⁷ Por ello mismo nos estamos ocupando, estrictamente, de supuestos de renuncia producidos en los casos en que la subvención ya haya sido concedida (haya o no sido pagada). Es decir, cuando se ha establecido una verdadera relación jurídica subvencional. Quedan fuera de nuestro punto de mira, por consiguiente, los supuestos de desistimiento referidos a solicitudes de subvenciones, sin perjuicio del interés que también presentan, por ejemplo, en relación con el momento en que se presenten y los efectos que puedan producir. En este sentido, vid., por ejemplo, la STSJ de Aragón de 2 de junio de 2003, Sección 3ª, Ar. 2004/46190 (ponente: ZUBIRI DE SALINAS), en relación con el desistimiento de una solicitud presentada para la obtención de primas en el marco de la OCM de la carne bovina, después de haber sido descubierta la falsedad de los datos en ella contenida.

prenderse que la renuncia solo podrá ser expresa⁸, eliminando así la posibilidad de una renuncia tácita o implícita⁹.

La renuncia, de conformidad con el art. 91.2 LRJPAC, debe ser aceptada de plano por la Administración. Sin embargo, la posible existencia de derechos de terceros y, especialmente, de algún interés general en juego, permiten rechazar que este artículo, previsto en principio para los derechos ejercitados en un procedimiento administrativo, sea aplicable en todo caso a cualquier tipo de ventaja administrativa¹⁰.

El art. 90 RGS no aclara la situación, haciendo una remisión a las normas reguladoras de cada subvención: “en la convocatoria se deberán dar publicidad de los medios disponibles para que el beneficiario pueda efectuar esta devolución”. No obstante, de su propio contenido se deduce que el acto de renuncia a la subvención implicará, como mínimo, la formulación de la voluntad de devolver las cantidades

⁸ Respecto a las subvenciones de la Unión concedidas en régimen de ejecución directa, la jurisprudencia ha exigido también la constancia efectiva de la renuncia. Se trataría, además, de una manifestación más de la obligación de “información y lealtad” que debe regir la relación jurídica subvencional en todo momento. Así, en la STPI de 18 de enero de 2005, *Entorn*, as. T-141/01, dictada en relación con el reintegro de una ayuda concedida para la realización de un proyecto experimental en materia agrícola por la entidad *Entorn, S.L.*, en colaboración con terceros, se rechaza la alegación de la entidad mercantil de que su administrador había solicitado a uno de los terceros implicados en la realización del proyecto que presentara la renuncia de la entidad, lo que nunca llegó a hacer. El TPI señala que “la afirmación que figura en la demanda, según la cual el administrador solicitó al Sr. B que informase al funcionario responsable de la Comisión de la renuncia del demandante a la ejecución del proyecto, suponiendo que sea exacta, no basta para considerar que el demandante renunció válidamente a la ayuda. En efecto, ningún elemento de los autos confirma que el Sr. B haya informado efectivamente a la Comisión de la intención de la demandante de abandonar el proyecto. Pues bien, el beneficiario de una ayuda comunitaria no puede liberarse de la obligación de información y de lealtad que tiene frente a la Comisión recurriendo a los servicios de un tercero y no a sus propios medios. Por consiguiente, el eventual incumplimiento del Sr. B a la hora de ejecutar las instrucciones del administrador de la demandante es imputable a esta última”, a p. 70.

⁹ En sentido contrario se han manifestado algunos autores, en relación con ciertas concesiones demaniales, al entender que no es absolutamente impensable que la renuncia se produzca mediante un “abandono tácito” del que quede constancia por *facta concludentia*. Así lo entiende José Luis VILLAR PALASÍ, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, cit., nota 65 a pie de página 115. El mismo José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 751, señala, en relación con las concesiones administrativas, que “la falta de pago del canon concesional provoca, asimismo, la caducidad (...) entendiéndose que el impago implica la renuncia implícita”. Así lo entendió también, en relación con las concesiones de agua, la STS de 13 de enero de 1926, citada por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 155. Y, en este mismo sentido, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 124, identifica como un caso de renuncia la circunstancia que se produce “cuando, pese a no haber sido aceptada la renuncia por la Administración, el concesionario persiste en su propósito de abdicar del derecho de goce y uso del dominio público”.

A mi juicio, los citados autores presentan un razonamiento equivocado, dado que los ejemplos que plantean no suponen, en puridad, casos de renuncia por hechos concluyentes: se trata, más bien, de incumplimientos de obligaciones esenciales que, en su caso, darán lugar a una caducidad casi automática, pero que deberá ser expresamente dictada tras la tramitación del correspondiente procedimiento. Por eso mismo, y como la propia LAFUENTE BENACHES señala, el Consejo de Estado distingue entre renuncia como derecho y renuncia como abandono, estableciendo que, en este último caso, la Administración debe declarar la caducidad, con todas las consecuencias que ello acarrea.

¹⁰ Con carácter general, deben resultar aplicables los límites generales del art. 6.2 CC: interés, orden público, perjuicio de terceros. A modo de ejemplo, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 250, señala, refiriéndose al específico ámbito de la vivienda de protección oficial (beneficiarias de subvención en sentido amplio), y dado que con frecuencia habrá terceros interesados, que la renuncia a los beneficios (“descalificación voluntaria”) podrá no ser aceptada por la Administración.

percibidas y la solicitud para que se calculen los intereses “de demora” previstos en el art. 38 LGS.

De la conjunción de ambos artículos, el art. 91.1 LRJPAC y el art. 90 RGS, parece deducirse que la renuncia deberá producirse por escrito dirigido al órgano concedente de la subvención (en tanto que también es el competente para su control, pago y eventual reintegro), expresando la voluntad de devolver las cantidades percibidas juntamente con los intereses generados¹¹.

3. Efectos de la renuncia

Según el momento en que se produzca, las consecuencias que puede generar la renuncia pueden ser muy diversas. Los dos elementos que deben tenerse en cuenta son si se ha recibido o no la subvención y si se ha comenzado o no a cumplir la obligación de que se trata. A partir de aquí, es factible dibujar distintas posibilidades:

- Si no se ha recibido ningún pago y no se ha comenzado el cumplimiento de las obligaciones, la renuncia implica la pérdida del derecho al cobro y a recibir cualquier tipo de adelanto previsto en la normativa reguladora, así como la liberación de realizar las actividades objeto de subvención y las obligaciones conexas.
- Si no se ha recibido ningún pago pero se ha comenzado o incluso culminado el cumplimiento de las obligaciones, la renuncia implica la pérdida del derecho a recibir cualquier pago que se hubiera generado en favor del beneficiario, aunque, en puridad, ya no se estaría renunciando a la subvención, sino a un verdadero crédito, cierto, líquido y exigible contra la Administración concedente¹².
- Si se ha recibido algún pago y no se ha comenzado el cumplimiento de la obligación, la renuncia implicará la devolución de aquel, junto con el pago de los intereses que se hubieran generado hasta dicho momento¹³.
- Si se ha recibido algún pago y se ha comenzado el cumplimiento de la obligación, la renuncia parece determinar la devolución de todo lo percibido junto con los intereses generados; en el caso de que el pago se hubiese realizado de manera fraccionada, a medida que se producía el cumplimiento parcial, la renuncia quizá podría entenderse referida a lo que quedaba por percibir, aunque ello solo en el

¹¹ Una solución similar era la propugnada por José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., en nota a p. 245, construida a partir del art. 18 del Reglamento de Industrias preferentes, para la renuncia a los beneficios económicos a la economía que él engloba, genéricamente, bajo el nombre de “subvenciones”.

¹² El supuesto, aunque raro, podrá darse, por ejemplo, cuando se conceda al beneficiario una nueva subvención por la misma actividad y ambas subvenciones resulten incompatibles entre sí o, siendo compatibles, su montante total supere el coste de la actividad subvencionada.

¹³ Debe retenerse que el art. 34.4 LGS admite, con carácter general, que las bases reguladoras pueden prever la concesión de “pagos anticipados que supondrán entregas de fondos con carácter previo a la justificación, como financiación necesaria para poder llevar a cabo las actuaciones inherentes a la subvención”.

caso de que no se tratase de obras o actividades que no podían dejarse inacabadas, lo que conduce al supuesto de la renuncia parcial, del que nos ocuparemos más adelante. De este modo, parece razonable establecer un régimen jurídico distinto dependiendo de si los pagos a cuenta se han realizado a título de “pagos anticipados” o de “pagos fraccionados”.

En los dos últimos supuestos, como regla general, los intereses generados deberían incrementarse en el 25% previsto en el art. 38 LGS: de este modo, se compensaría la ventaja financiera que se derivaría del beneficio injustificado del pago anticipado, incluyendo un leve elemento disuasorio. En este sentido, el art. 90.3º RGS establece, expresamente, que “cuando se produzca la devolución voluntaria, la Administración calculará los intereses de demora de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la Ley General de Subvenciones y hasta el momento en que se produjo la devolución efectiva por parte del beneficiario”.

Ahora bien, si la renuncia se produce antes de que se realice el pago y, a pesar de ello, la Administración concedente, por error, procede a abonarlo, resultaría injusto obligar al pago de los intereses previstos en el art. 37.1 LGS. En su lugar, debería aplicarse el régimen general de la devolución de los pagos indebidos, al que hicimos referencia en el capítulo anterior.

La solución es plenamente lógica si se piensa que la relación jurídica subvencional había quedado liquidada con la renuncia presentada por el beneficiario. En consecuencia, no cabe entender el pago realizado por la Administración más que como un pago indebido, sin conexión alguna con una relación jurídica subvencional que ya no existe. Esta es, por lo demás, la solución expresamente consagrada por la jurisprudencia de la Unión¹⁴.

¹⁴ Así se desprende de la STJCE de 21 de marzo de 2000, *Nordfleisch*, as. C-217/98. En el supuesto enjuiciado, la entidad *LFZ Nordfleisch AG* sometió al régimen de almacén de depósito alrededor de 70 toneladas de carne de vacuno con objeto de percibir por anticipado una restitución a la exportación y, tras la aceptación por parte de las autoridades aduaneras de las características y condiciones de la restitución a la exportación, presentó la solicitud de pago por anticipado que, sin embargo, retiró pocos días después por su intención de reintroducir las mercancías en el territorio aduanero. A pesar de la retirada de las solicitudes de pago, que equivalía a la renuncia a la subvención (prima, en este caso), la Administración alemana, por error, abonó a *Nordfleisch* las cantidades correspondientes a la restitución a la exportación. Advertida de su error, la Administración dictó resolución de reintegro de las cantidades pagadas, incrementándolas en un 20%, según preveía la normativa de la Unión para los casos en que la restitución abonada fuera superior a la que correspondiera a la vista de la exportación realmente realizada. El TJCE estimó, en contra de la Administración alemana, que el recargo del 20% (de naturaleza probablemente sancionadora) “no es aplicable a la situación de un exportador que, tras haber presentado a las autoridades nacionales competentes una solicitud de pago anticipado de una restitución a la exportación para una mercancía sometida al régimen aduanero de almacén de depósito (...) retira su solicitud con objeto de volver a introducir la citada mercancía en el territorio aduanero de la Comunidad, pero que recibe, no obstante, el pago por anticipado de la restitución a la exportación inicialmente solicitado” (ap. 43). “En tales circunstancias (...), el exportador solamente ha de reembolsar el importe percibido en concepto de pago anticipado a la exportación, con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables en materia de devolución de lo indebidamente pagado”.

Finalizados todos los anteriores trámites, el resultado final será la liberación del beneficiario de las obligaciones contraídas con la Administración al aceptar la subvención. En consecuencia, no cabrá dirigir un procedimiento de reintegro contra ella. A estos efectos, la “carta de pago acreditativa del ingreso en el Tesoro Público (Caja de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera o Cajas de las Delegaciones del Ministerio de Economía y Hacienda) constituirá documento liberatorio y justificativo de la finalidad dada a los fondos”¹⁵.

Ahora bien, la liberación de sus obligaciones no implica que le quede vedado realizar aquellas actividades para las que solicitó la subvención. Esto es, la titularidad del ejercicio de la actividad subvencionada sigue correspondiendo al beneficiario, de modo que “la renuncia a la financiación pública no supone que se renuncie a la titularidad de la actividad”¹⁶. Este será, por lo demás, el supuesto normal en el caso de que un administrado haya solicitado varias subvenciones para la financiación de un mismo proyecto y, concedida la primera y cubierto el coste de toda la actividad, le sea concedida una segunda subvención. Su actuación deberá ser, necesariamente, renunciar a alguna de tales subvenciones, pero ello no impedirá que siga adelante con el desarrollo del proyecto.

Además de las consecuencias concretas que la renuncia puede tener en la relación jurídica subvencional, también puede tener relevancia a otros efectos. Por un lado, podría considerarse como causa de exclusión de solicitantes de una subvención el haber renunciado antes a otra. En efecto, una cosa es que la realización de la actividad que legitima el pago de la subvención sea voluntario para el administrado y otra cosa muy distinta que la Administración pueda fiarse de quien fue elegido para realizar una determinada actividad con la que se pretendían satisfacer determinados intereses públicos, y por la que, en su caso, incluso llegó a recibir fondos públicos (privando a otro administrado de tal ayuda para el mismo fin) y luego no la realizó porque no quiso¹⁷. Por otro lado, la renuncia podría tener consecuencias en relación con la responsabilidad sancionadora y penal en que, eventualmente, pudiera haber incurrido el beneficiario.

¹⁵ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 345.

¹⁶ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 140.

¹⁷ En este sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., nota 48 en página 438, no descarta que a la renuncia se anuden otras consecuencias, como la prohibición de contratar en el futuro con la Administración o ser beneficiario de subvenciones, así como la posibilidad de que la Administración dirija contra él una acción de responsabilidad patrimonial. La posibilidad de que se genere el derecho a una indemnización por daños y perjuicios en favor de la Administración es especialmente interesante, porque parece apuntar a la posibilidad de que, a pesar de la renuncia, el interesado pudiera haber incurrido en responsabilidad contable. Sin embargo, su articulación sería realmente complicada. En efecto, ¿cómo deducir dicha responsabilidad de la falta de justificación, única infracción contable relevante a efectos de subvenciones, si no existe obligación de justificación alguna?

Así, entre los efectos de la renuncia deben incluirse la excusa absolutoria prevista en el art. 63.1 LGS. Para que esta pueda apreciarse, basta con que la devolución tenga lugar en cualquier momento anterior a la terminación del procedimiento de reintegro. De este modo, se trataría de una exigencia menos rigurosa que la contenida en el art. 308 CP en relación con el delito de fraude de subvenciones, que exige que la devolución, para tener efectos exculpantes, tenga lugar antes de cualquier inicio de investigación (y sin perjuicio de que el cálculo de los intereses que deben reintegrarse también es más gravoso). No obstante, en materia penal siempre sería posible acudir a la atenuante del art. 21.5 CP (arrepentimiento por reparación del daño o disminución de los efectos)¹⁸.

Asimismo, PASCUAL GARCÍA estima que el reintegro voluntario previsto en el art. 63.1 LGS también constituiría una causa de extinción de la sanción, aunque no venga expresamente prevista en el art. 68 LGS¹⁹.

4. ¿Cabe la renuncia parcial?

Una última cuestión relativa a la renuncia, y que ya ha sido apuntada algo más arriba, es si cabe la renuncia parcial a la subvención. En principio, parece que podría aceptarse argumentando que quien puede lo más puede lo menos, de modo que quien puede renunciar a todo el derecho, puede renunciar a parte de él. Pero existen algunos elementos dudosos que deben tenerse en cuenta. En primer lugar, el beneficiario se estaría atribuyendo el derecho a decidir cuánto ha incumplido y cuánto debe reintegrar en consecuencia. No es seguro que el ejercicio de este poder de decisión le corresponda a él, ni siquiera en caso de “pagos fraccionados”, dado que estos estarán sujetos, con carácter general, a una liquidación final que corresponderá realizar, en todo caso, a la Administración concedente.

Además, debe tenerse en cuenta la regulación del reintegro parcial del art. 37.2 LGS. Como tendremos ocasión de comprobar en el capítulo séptimo, el reintegro parcial no es, en absoluto, automático, de modo que a un incumplimiento del 50% le corresponda en todo caso un reintegro del 50%, sino que requiere la confluencia de los dos elementos enunciados en el art. 37.2 LGS: un cumplimiento que se aproxime de modo significativo al cumplimiento total (luego a un incumplimiento del 50% le correspondería, en todo caso, un reintegro del 100%) y una actuación inequívocamente tendente a cumplir las obligaciones asumidas.

¹⁸ Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO, “El régimen de infracciones y sanciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 612-616. Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 149-150.

¹⁹ José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 247.

Es aquí donde se encuentran las principales dificultades para aceptar la renuncia parcial. En efecto, el primer requisito implica que la renuncia parcial debe ir referida a una mínima parte de la subvención (esto es, solo cabría renunciar a todo o renunciar a una parte minúscula). El segundo requisito implica que la renuncia parcial no puede ser resultado de una decisión libre y espontánea del beneficiario, sino que este perseguía el cumplimiento total pero no lo ha logrado por causas ajenas a su voluntad.

Solo bajo estas condiciones cabría aceptar la renuncia parcial. De otro modo, se estaría dando carta blanca a los beneficiario de subvenciones para decidir el grado de cumplimiento de sus obligaciones, quedando en la tranquilidad de que bastará con devolver el tanto proporcional al incumplimiento para quedarse con el resto de la subvención.

Caso completamente distinto sería el de sobrefinanciación por confluencia de mayores ingresos de los necesarios o por una reducción sobre los costes inicialmente previstos. En tal caso, evidentemente, sí que cabrá la renuncia parcial, únicamente referida al exceso de financiación obtenido. En este sentido se expresa, por lo demás, el art. 34 RGS, que consagra un complejo sistema del que nos ocuparemos más adelante, pero del que cabe adelantar ya que establece que “cuando se produzca exceso de las subvenciones percibidas de distintas Entidades públicas respecto del coste del proyecto o actividad (...), el beneficiario deberá reintegrar el exceso junto con los correspondientes intereses de demora, uniendo las cartas de pago a la correspondiente justificación. El reintegro del exceso se hará a favor de las Entidades concedentes en proporción a las subvenciones concedidas por cada una de ellas”.

Como resulta evidente, el art. 34 RGS acepta la posibilidad de una renuncia parcial. O, para ser exactos, de múltiples renunciaciones parciales, dado que, al consagrar la regla de la devolución del exceso de financiación a prorrata entre todas las Entidades concedentes, obliga al beneficiario a renunciar parcialmente a todas ellas.

Finalmente, y a pesar de todas las trabas enunciadas, no debe descartarse que la devolución parcial pueda tener algunos efectos beneficiosos para el administrado, aunque no estén relacionados con el reintegro. Por ejemplo, podría suponer una excusa absolutoria parcial y, consecuentemente, por razón de la cuantía defraudada, podría convertir el ilícito penal en administrativo²⁰.

²⁰ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 301-302, siguiendo a Luis RODRÍGUEZ RAMOS, “Defraudación y malversación de subvenciones”, en *Auditoria Pública*, nº 11, octubre 1997, pp. 28-31.

5. La muerte del beneficiario

Una situación distinta, aunque con ciertas semejanzas con la renuncia a la subvención por parte del beneficiario, es la producida por la muerte de este. En efecto, ¿supone la muerte del beneficiario la extinción de la subvención? O, planteado en otros términos, ¿es transmisible *mortis causa* la situación jurídica del beneficiario de una subvención?

En realidad, no parece posible dar una respuesta unívoca. Esta dependerá de las circunstancias del caso. Para empezar, debe distinguirse entre muerte de persona física y extinción de persona jurídica. En el supuesto de persona física:

- Si el derecho al cobro de la subvención ya se había perfeccionado (prima no sometida a obligaciones; prima o subvención sometidas a obligaciones que se han cumplido), se trataría de un derecho de crédito que pasaría a englobar la masa patrimonial de la herencia.
- Si el derecho de cobro no se hubiera perfeccionado aún, lo que se transmitiría sería no solo una expectativa, sino una posición jurídica: la posición jurídica del beneficiario. Esta transmisión solo sería posible bajo determinadas circunstancias: que la subvención no se hubiera concedido *intuitu personae*²¹, que el adquirente reuniera los requisitos exigidos para ser beneficiario y que la Administración aceptase dicha transmisión. De otro modo, la subvención debería darse automáticamente por extinguida²².

En el supuesto de persona jurídica deben distinguirse dos supuestos: el primero, que la extinción de la personalidad se deba a su disolución y liquidación; el segundo, que la extinción sea resultado de una absorción, una fusión, una escisión o cualquier otra de las causas que dan lugar a una sucesión de empresas:

- En caso de que el derecho al cobro de la subvención se hubiese ya perfeccionado, es decir, en la medida en que fuese un derecho de crédito, pasaría a formar parte de la masa concursal (caso de quiebra) o se transmitiría con el resto de derechos y obligaciones a los sucesores de la empresa.

²¹ Caso paradigmático son los distintos tipos de prestaciones sociales, similares a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, que se devengan periódicamente en atención a la situación de necesidad del beneficiario. En estos supuestos, el fallecimiento del beneficiario pone fin a esta relación jurídica subvencional de tracto sucesivo, impidiendo el devengo de nuevos pagos. En consecuencia, cuando la Administración no ha tenido conocimiento de dicho fallecimiento y continúa abonando periódicamente la prestación, se genera un derecho al reintegro de la misma que, más bien, se reconduce al reintegro del pago de lo indebido. Vid., en este sentido, la STSJ de Galicia de 9 de noviembre de 2005, Sección 1ª, Ar. 86705 de 2006 (ponente: SEOANE PESQUEIRA), que confirma la reclamación de lo indebidamente entregado a Cajamadrid en concepto de prestaciones del Fondo de Asistencia Social en favor de una persona fallecida cinco años atrás.

²² En este sentido, Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., pp. 110-111, al considerar que la subvención es, en todo caso, “un contrato otorgado *intuitu personae*” concluye que “la desaparición física o jurídica del subvencionado entrañará la extinción del contrato subvencional”.

- En caso de que el derecho de cobro aún no se hubiese perfeccionado al momento de la extinción de la persona: si se trata de una extinción por quiebra, la subvención debe darse por extinguida, en la medida en que no parece posible que los acreedores concursales sean, propiamente, sucesores de la entidad extinguida; si se trata de una sucesión de empresas, podrían ser trasladables los requisitos antes señalados: que la concesión no se realizase *intuitu personae*, que la empresa sucesora reuniera los requisitos exigidos para ser beneficiaria y que la Administración aceptase dicha transmisión.

II.

EL CUMPLIMIENTO DE UN TÉRMINO O UNA CONDICIÓN

1. La extinción de la relación jurídica subvencional por hechos objetivos: el término final y la condición resolutoria

En ocasiones, los instrumentos administrativos por los que se establece una relación jurídica entre Administración y administrado prevén, como una más de sus cláusulas, el periodo de duración que tendrá la relación. Se trata de una previsión anticipada del cese de la eficacia: en el momento del nacimiento de la relación ya se prevé cuándo cesarán sus efectos, cuándo se extinguirá la propia relación.

Dicho plazo de tiempo puede ser cierto o incierto, lo que debe entenderse en dos sentidos. Por un lado, puede que no sea seguro que el plazo llegue a cumplirse, es decir, puede que existan dudas sobre si el *dies ad quem* llegará o no. En este caso, el instrumento jurídico adecuado para articular esta situación sería la figura de la condición resolutoria.

En segundo lugar, puede conocerse con seguridad que llegará el *dies ad quem* y que el plazo se cumplirá. En este supuesto nos encontraríamos ante un término. Sin embargo, aun siendo seguro que dicho día llegará, puede desconocerse el momento en que ello ocurrirá. Es decir, el término puede ir referido a una fecha determinada (el día 17 de mayo del próximo año) o a una fecha indeterminada, pero que llegará necesariamente (el primer día que llueva).

En principio, los efectos que producen el término y la condición resolutoria son exactamente los mismos que los que produciría la declaración de caducidad o la renuncia: la extinción de los efectos del acto o, si se prefiere, la liqui-

dación de la relación jurídica subvencional, sin afectar a la validez del acto²³. En efecto, el cumplimiento de un término o de una condición resolutoria no supone ataque alguno a la validez o la existencia del acto administrativo que estableció la relación jurídica que ahora se extingue. Simplemente, en atención a distintas circunstancias objetivas y ajenas a la voluntad de las partes, se fija por anticipado la duración de los efectos del acto o, en su caso, de la relación jurídica creada por este.

Sin embargo, existen importantes diferencias entre término, condición y causa de caducidad, que quedan plasmadas en el establecimiento de regímenes jurídicos distintos, fundamentalmente vinculados al automatismo con que actúan el término y la condición, frente a la necesidad de un verdadero procedimiento para constatar la concurrencia y el alcance de la causa de reintegro.

2. La imposición de términos finales: efectos y distinción respecto a la declaración de caducidad

Como hemos adelantado, el término es un día cierto, en el sentido de que ha de llegar necesariamente, aunque se ignore cuándo. En el ámbito administrativo, al igual que en el Derecho común, existen distintos tipos de términos²⁴. No obstante, por cuanto a nosotros interesa ahora, nos centraremos en el término final o resolutivo, esto es, aquel que implica el fin de los efectos de un acto o la extinción de la relación jurídica creada por este una vez alcanzada una fecha determinada.

Del propio concepto de término se deducen sus principales características. En primer lugar, su carácter cierto, en el que ya hemos insistido. En segundo lugar, su actuación *ipso iure*, esto es, el término provoca la extinción automática de los efectos del acto o de la relación jurídica creada por esta sin necesidad de tramitar un procedimiento administrativo encaminado a dictar una resolución administrativa constitutiva²⁵. En tercer lugar, y por su propia naturaleza, la ex-

²³ Como indica FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 87, en tales casos “decae la eficacia, no la validez del acto”.

²⁴ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 70, estima que pueden distinguirse tres tipos: el término inicial o suspensivo, que establece el momento en que el acto comenzará a producir efectos, el término final o resolutivo, que fija el momento en que “la eficacia del acto se extingue” y el llamado “plazo”, que identifica con el periodo durante el cual el acto será eficaz (en realidad, este último es el periodo delimitado por un término inicial-suspensivo y un término final-resolutivo: por ejemplo, si se indica la prohibición de aparcar en la calle de 18 a 21 h del día 5 de enero porque pasará la cabalgata de los reyes magos).

²⁵ Así lo afirma, tajantemente, JOSÉ LUIS VILLAR PALASI, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, cit., p. 115, refiriéndose, en concreto, a las concesiones mineras. El mismo autor, en JOSÉ LUIS VILLAR PALASI, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 757, también afirma que “la extinción de la concesión, una vez transcurrido el término, se produce automáticamente, del mismo modo que la caducidad civil, de forma que sobreviene y se produce por ministerio de la Ley (...) ello es lógico, dado que se trata en definitiva de un plazo resolutorio, en el que es aplicable el principio de los glosadores del *dies interpellat pro homine* para

tinción de efectos desencadenada por el cumplimiento del término solo tiene efectos *pro futuro*²⁶.

La existencia de términos resulta frecuentísima en relación con ciertos actos administrativos, hasta el punto de llegar a ser incluso consustancial a ellos. Así ocurre, en concreto, con las concesiones, y muy especialmente con las concesiones demaniales. No solo se trata de que entre las formas clásicas de extinción de las concesiones demaniales se encuentre la llamada extinción *ex tempore*, basada en la existencia de un término que, al alcanzarse, produce tal extinción, sino de que la propia LPAP establece un término legal máximo aplicable a todas las concesiones y autorizaciones sobre bienes de dominio público (75 y 4 años, respectivamente, de conformidad con los arts. 93.3 y 92.3 LPAP). Y ello porque, de lo contrario, se podría afectar al principio de inalienabilidad del dominio público²⁷.

Asimismo, es habitual que el cumplimiento del término en relación con las concesiones reciba incluso un nombre específico, “reversión”, que viene a ser precisamente eso, la extinción de la concesión por el transcurso de un plazo de tiempo (término), y que se distingue, precisamente, del rescate y de la caducidad²⁸.

el caso de contrato a término prefijado”. En este sentido, la STS de 2 de marzo de 2009, Sección quinta, Ar. 1564 (ponente: CALVO ROJAS), que repite la STS de 7 de octubre de 2008, Ar. 7493, distingue entre los procedimientos que deben seguirse para declarar la caducidad y la extinción por vencimiento del plazo en relación con las concesiones demaniales en materia de Costas, afirmando que “si la extinción del derecho a la ocupación del dominio público tiene por causa el vencimiento del plazo de otorgamiento, bastará en buena lógica la sola constancia del plazo previsto y de su transcurso para que la Administración pueda, sin necesidad de más trámite, tener por extinguido el derecho. La naturaleza de tales datos, el del plazo dispuesto en el título y el de su transcurso, caracterizados en sí mismos por su neta objetividad e incapacidad para generar, *prima facie*, duda o incertidumbre alguna, ni demanda para su comprobación la instrucción formal de un procedimiento administrativo, ni requiere como garantía de acierto y de defensa de la posición del concesionario su audiencia previa”.

Más matizadamente, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., p. 297, reconocen, sin embargo, que “no existe una posición uniforme en la jurisprudencia sobre la necesidad de exigir una expresa declaración de caducidad por parte de la Administración en los casos de extinción de los efectos de un acto administrativo por el transcurso del plazo”, constatando que “en algunos sectores, la Ley no admite el vencimiento automático, sino que exige expresamente la declaración de caducidad (art. 164 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico).

²⁶ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 71.

²⁷ Cuestión distinta a esta es el uso, un tanto torticero, que en ocasiones realiza la Administración de la figura del término para eludir las reglas de la revocación. Con el vencimiento del término, el acto pierde su eficacia y el particular tiene que volver a pedir una nueva resolución. Si las circunstancias no han cambiado, la Administración la concederá. Pero si han cambiado, la denegará sin más. Si los efectos del acto hubieran sido indefinidos, para dejarlo sin efectos habría sido necesario seguir el procedimiento propio de la revocación o el rescate, pero “con una visión pragmática, la Administración se sirve del término para asegurarse, con fecha fija, la posibilidad de un cambio de criterio o para prevenir un cambio de circunstancias”. Con esto se burlan los límites de la revocación, se elude la indemnización, no hay acto impugnabile (lo impugnabile sería la desestimación de la prórroga o del nuevo acto) y “resulta entonces que el término se convierte en un instrumento flexible de revocación”, vid., FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 74.

²⁸ En este sentido, Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *REALA*, nº 243 (julio-septiembre 1989), p. 583, quien distingue entre reversión, rescate y caducidad como las tres formas de extinción de las concesiones demaniales.

En relación con las subvenciones parece que el supuesto más plausible, si no el único posible, de existencia de un término se dará en relación con las subvenciones de devengo periódico²⁹. Por ejemplo, parece el caso de las becas para la Formación del Profesorado Universitario, que se devengan mensualmente para la elaboración de una tesis doctoral y que se conceden por un plazo de 12 meses (renovables tres veces, hasta los 48 meses), transcurridos los cuales se dejará de percibir automáticamente la subvención.

Debe advertirse que parte de la doctrina ha incluido el término resolutorio dentro de la categoría de la caducidad, como una forma más, incluso paradigmática, de la misma³⁰. Sin embargo, las propias notas características del término (su certeza, su producción automática, la generación de efectos solo hacia el futuro) permiten diferenciarlo sin muchos problemas de las causas de caducidad, que ni son ciertas (al contrario, su concurrencia será una anomalía inesperada), ni se producirán automáticamente, ni generarán efectos solo hacia el futuro³¹.

En el término, la extinción de los efectos se impone sobre la voluntad del beneficiario de la ventaja, sin que este pueda hacer nada por impedir que llegue. El término, y con él el fin de la relación jurídica, se producirá inexorable, ineluctablemente. Este carácter es el que permite distinguirlo de la causa de caducidad con la que mayor parecido podría presentar: la caducidad de la ventaja por no haber sido ejercitada dentro del plazo que se le marcó para ello a su beneficiario. En efecto, en esta causa de caducidad, origen, como veremos en el próximo capítulo, de la institución, más allá del elemento temporal lo verdaderamente relevante es el incumplimiento del deber que recae sobre el beneficiario de realizar una determinada actividad. Dicho de otro modo, el beneficiario puede evitar que dicha causa de caducidad se produzca, simplemente con cumplir con el deber que ha asumido. Aun más, lo patológico será que tal causa de caducidad llegue a concurrir. Pero nada de esto sucede con el término, en el que el fin de los efectos está marcado de antemano y sustraído del influjo que sobre él pueda ejercer el comportamiento del beneficiario de la ventaja

²⁹ Quizá por ello el único autor que reconoce expresamente esta forma de extinción de la relación jurídica subvencional, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 151, únicamente la prevé en relación con las “subvenciones paccionadas”. En el fondo, el autor parece estar pensando en estas subvenciones, que pueden ser especialmente adecuadas para actividades que se prolongan en el tiempo, como ejemplo de subvenciones de devengo periódico, en el sentido, por ejemplo, de los conciertos educativos.

³⁰ En este preciso sentido, José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 757, estima, en relación con las concesiones administrativas, que “la expiración del término por el que la concesión se otorgó en su comienzo es justamente el caso normal de la caducidad y explica la propia denominación dada al caso, pareja al término civil de caducidad de las acciones por transcurso de tiempo”. También FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 71, ha identificado con uno de los sentidos de la institución de la caducidad la “extinción vinculada al transcurso del tiempo”.

³¹ Otros autores, por el contrario, como José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, “Caducidad de concesiones...”, cit., p. 267, distinguen expresamente el término resolutorio de la caducidad. Sobre los efectos de la declaración de caducidad, basta con remitirnos ahora a lo expuesto en el capítulo dedicado a la misma.

concedida. De ahí que no sea concebible que el cumplimiento de un término pueda generar la obligación de devolver las cantidades percibidas: solo dará lugar, en su caso, a que dejen de percibirse nuevas cantidades en el futuro.

3. La imposición de condiciones resolutorias: efectos y distinción respecto a la declaración de caducidad

De conformidad con el art. 1113 CC, la condición es un “suceso futuro e incierto” del que se hace depender la eficacia del acto administrativo. Sus dos notas características son, por tanto, la aleatoriedad o incertidumbre (puede que ocurra, puede que no ocurra) y que se trate de un hecho futuro, aunque nuestro Código Civil admita también la “incertidumbre subjetiva” (un hecho ocurrido en el pasado que los interesados ignoran). Al igual que con el término, puede distinguirse entre condición suspensiva, que paraliza los efectos del acto hasta la producción del hecho futuro e incierto, y condición resolutoria, que implica el fin de los efectos del acto o la extinción de la relación jurídica establecida por este.

Asimismo, puede distinguirse entre condiciones casuales o potestativas, según dependan de un hecho ajeno a la voluntad del destinatario o no. Como indicamos en el capítulo primero, se ha afirmado que en Derecho Administrativo, frente a lo que acontece en el Derecho Civil, cabe la posibilidad de imponer condiciones potestativas³² y que esa sería precisamente la naturaleza jurídica de muchas (si no todas) de las obligaciones impuestas al beneficiario de una subvención o al concesionario de un bien demanial. En realidad, aceptar la existencia de condiciones potestativas equivaldría a tanto como negar la propia naturaleza de la condición, puesto que esta perdería así la nota de aleatoriedad que cabalmente la caracteriza. Antes al contrario, las supuestas “condiciones potestativas” no son verdaderas condiciones, debiendo reconducirse, en realidad, a las causas de caducidad de las que nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

En consecuencia, las únicas condiciones que deben ser objeto de estudio como forma de extinción de la relación jurídica subvencional son las condiciones resolutorias casuales u objetivas, esto es, aquellas cuya producción es independiente de la voluntad de las partes.

En principio, cabe la posibilidad de someter el acto de concesión de una subvención a tales condiciones casuales resolutorias, cuyo cumplimiento determinará el fin de

³² Tales condiciones se encuentran vedadas en el ámbito privado por el art. 1115 CC, conforme al cual “cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”.

su eficacia, que con frecuencia tendrá efectos *ex tunc*. De este modo, un ejemplo prototípico de condiciones resolutorias vinculadas a una subvención serían, precisamente, las llamadas “subvenciones reintegrables”.

Aunque se ha discutido su verdadera naturaleza jurídica, parece posible afirmar que se trata de auténticas subvenciones, sometidas al régimen común a todas ellas, pero con la peculiaridad de incluir una condición resolutoria. En concreto, las “subvenciones reintegrables” se configuran como entregas dinerarias afectas al desarrollo de una determinada actividad (cuyo incumplimiento daría lugar al reintegro, como cualquier otra subvención), pero condicionadas, además, a ciertas situaciones objetivas, ajenas al cumplimiento de los deberes impuestos al beneficiario, cuya concurrencia da lugar a la obligación de devolver las cantidades percibidas³³. Esto es, las subvenciones reintegrables se conceden, en principio, como cantidades de dinero no devolutivas, a fondo perdido, pero si se producen ciertos hechos, generalmente asociados a un buen resultado económico, deben devolverse³⁴.

Este peculiar régimen es el que ha dado lugar, precisamente, a la discusión sobre si se trataba de verdaderas subvenciones o, más bien, de anticipos³⁵.

Sin embargo, el ejemplo paradigmático de la aplicación de una condición casual resolutoria a las subvenciones se encuentra en la causa prevista como causa de reintegro en el art. 37.1.h) LGS. De conformidad con este artículo, procederá el reintegro de la subvención en el caso de “adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro”. Sin perjuicio de lo que diremos en relación

³³ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 350.

³⁴ Un ejemplo de estas subvenciones reintegrables (o ayudas reembolsables) se encontraba en la Orden de 15 de julio de 1994, por la que se establecieron las Bases para la concesión de ayudas destinadas a la financiación de proyectos concertados de investigación y desarrollo en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico. De conformidad con estas Bases, el beneficiario de las ayudas, que se comprometía a desarrollar determinadas actividades igual que cualquier beneficiario de subvención, debía proceder al reintegro del dinero recibido en el caso de que el proyecto financiado finalizara con éxito técnico. Por el contrario, en caso de que el proyecto finalizara con fracaso técnico, el beneficiario podía quedarse con los fondos percibidos. Para una interpretación del concepto de “éxito técnico” y de la aplicación de este mecanismo, vid. la STS de 15 de abril de 2008, Sección tercera, Ar. 2612 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), que entendió que “el éxito técnico no tiene que ser total, bastando que se produzcan resultados positivos” lo cual, al concurrir en el caso enjuiciado, llevó a confirmar la obligación de reembolso de la cantidad percibida por uno de los beneficiarios de este programa.

³⁵ Así, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 106-112, al tratar del carácter no devolutivo de la subvención como elemento definidor del concepto de subvención, siguiendo la estela de Fernando ALBI, negó que se tratase de auténticas subvenciones. En sentido contrario, Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 303 y 304, ha sostenido que se trata de auténticas subvenciones, al menos “cuando la causa de la atribución ha sido la de un desplazamiento patrimonial gratuito y no la concesión de un préstamo”, lo que fundamenta en el hecho de que, “desde el punto de vista presupuestario, procedimental y de control, estas subvenciones reintegrables siguen el mismo esquema jurídico que las subvenciones gratuitas propiamente dichas de forma que tampoco habría razones de régimen jurídico para justificar su exclusión del concepto de subvención pública”.

con esta causa de reintegro en el capítulo séptimo, parece claro que la adopción por parte de la Comisión Europea de una Decisión de recuperación, por considerar que una determinada subvención concedida por los poderes públicos españoles resulta incompatible con el mercado interior, es un hecho objetivo y aleatorio, completamente al margen de la voluntad del beneficiario, dado que solo la Comisión, en ejercicio de sus competencias exclusivas sobre la materia, puede determinar dicha incompatibilidad.

Nada hay en la producción de esta circunstancia que pueda vincularla a algún incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario. Como mucho, podrá estimarse que el beneficiario no tuvo la debida diligencia para comprobar si se reunían todos los requisitos necesarios para que la concesión de la subvención fuera correcta. Pero esto, en última instancia, nos conduciría a una cuestión de validez del acto de concesión, a una cuestión relativa a los requisitos para ser beneficiario, no a los deberes que a un beneficiario le correspondan en cuanto tal.

Del mismo modo, aunque el acto de concesión de este tipo de subvenciones sea, por regla general, inválido, no es esto lo que da lugar a la Decisión de la Comisión. En efecto, como habrá ocasión de analizar en el capítulo séptimo, la validez o invalidez del acto (debida a que el Estado miembro concedente no informó de la concesión a la Comisión o no esperó su respuesta antes de concederla) no determina, *per se*, la decisión de la Comisión obligando a su recuperación, sino que esta depende de otros factores completamente ajenos a la actuación (generadora de la invalidez del acto) de la Administración nacional.

Por eso mismo, y como veremos, la aplicación del régimen de reintegro a esta causa crea tantos inconvenientes. Así, no tiene sentido el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción de reintegro, ni resulta justa la imposición de unos intereses calculados con una penalización del 25% sobre el tipo legal del dinero, dado que no tiene sentido alguno aplicar unos intereses “disuasorios” con cargo al beneficiario cuando la disuasión no debería dirigirse contra él, sino contra la Administración.

Lo más interesante es que podría considerarse como una auténtica *conditio iuris*, en la medida en que su imposición es obligada por ley. De este modo, dada su configuración como una de las causas de reintegro del art. 37.1 LGS, es posible considerarla incorporada de manera implícita en todas las subvenciones que concedan los poderes públicos españoles, aun cuando no conste expresamente ni en las bases reguladoras ni en el acto o convenio de concesión³⁶.

³⁶ En efecto, cuando no nos encontramos ante condiciones impuestas por normas con rango de ley, sino por normas reglamentarias o actos administrativos, surgen dudas sobre la validez de tales condiciones resolutorias,

Finalmente, y como ya hemos adelantado, la doctrina ha confundido en ocasiones las condiciones resolutorias con auténticas causas de caducidad³⁷. Sin embargo, dicha identificación no resulta posible por el mismo motivo que indicábamos en relación con los términos resolutorios: en ellas falta el elemento esencial para considerarlas causas de caducidad, esto es, la actuación voluntaria del beneficiario de la ventaja. Como desarrollaremos por extenso más adelante en el próximo capítulo, cabe afirmar que la caducidad se produce por el incumplimiento de un deber, de un comportamiento que se ha asumido voluntariamente, a lo que no cabe equiparar la producción de un hecho, objetivo e independiente de la voluntad del beneficiario, que sería, cabalmente, la condición resolutoria.

En efecto, los incumplimientos (salvo causas de fuerza mayor o imposibilidades sobrevenidas) son debidos, por definición, a la voluntad del administrado. De ahí, precisamente, la importancia de rechazar, de conformidad con el Código Civil, la admisibilidad de las condiciones potestativas, porque estas, sencillamente, no son verdaderas condiciones, sino auténticos incumplimientos y, por tanto, simples causas de caducidad.

En definitiva, el criterio esencial para distinguir entre causas de caducidad y otras causas que determinan el fin de la eficacia del acto, sin afectar a su propia existencia, se encuentra en la determinación de quién es el responsable de la concurrencia de dicha causa:

- Si la causa que determina la extinción de los efectos del acto de concesión (la liquidación de la relación jurídica subvencional, si se prefiere), se debe al comportamiento del beneficiario, nos encontraremos ante un supuesto de caducidad (o, en su caso, y según vimos, de renuncia).
- Si, por el contrario, la concurrencia de la causa de extinción de los efectos de la subvención depende de un factor ajeno al comportamiento del beneficiario, y, en dicho sentido, “objetivo”, nos encontraremos ante el supuesto que ahora nos ocupa: la existencia de una condición (o, en su caso, y según hemos visto, un término).

libremente impuestas por la Administración. No cabe negar de plano la posibilidad de que sean impuestas, como parece ocurrir con las condiciones impuestas a las licencias (vid., en este sentido, el comentario de Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “El condicionamiento de las licencias”, *Poder Judicial*, nº 1, marzo 1986, pp. 117-122, a partir de la la STS de 29 de mayo de 1984, Ar. 3149). Sin embargo, es posible que su imposición deba regirse o, al menos, venir inspirada, por el principio de congruencia, de modo que solo estarían justificadas aquellas condiciones resolutorias objetivas que fueran congruentes con el fin perseguido con la concesión de la subvención. Asimismo, parece apropiado mantener que las condiciones solo puedan imponerse en momentos anteriores a la prestación (expresa o tácita) del consentimiento por parte del beneficiario. Así, en las bases reguladoras y en la convocatoria, o en la propuesta de resolución sometida a aceptación por el beneficiario, pero no en la resolución de concesión o en un momento posterior a esta.

³⁷ Así lo hacen Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., 2001, p. 276.

Finalmente, en la medida en que el cumplimiento de un término o de una condición resolutoria produce los mismos efectos que la caducidad, es necesario remitirse a los argumentos que utilizaremos en el próximo capítulo para distinguir estas figuras de otras categorías próximas, como la revocación.

CAPÍTULO SEXTO.
LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LA
SUBVENCIÓN: EL REINTEGRO EN SENTIDO ESTRICTO.
CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

I.
INTRODUCCIÓN

Como ya adelantamos en el capítulo tercero, la declaración de caducidad de la subvención es una de las principales causas que pueden generar la obligación de devolver las cantidades percibidas por el beneficiario. No obstante, cuando se aplica a la subvención (y debido a la metonimia, que ya explicamos, conforme a la que se nombra a la causa por sus efectos), la caducidad recibe el nombre de reintegro o, si se prefiere, reintegro en sentido estricto (art. 37 LGS). En el capítulo séptimo nos ocuparemos, con gran detenimiento, de analizar el régimen jurídico del reintegro de las subvenciones. En el presente capítulo, sin embargo, nos ocuparemos de analizar cuáles son los perfiles y el contenido del instituto de la caducidad, entendido como categoría general del Derecho Administrativo y sin circunscribirlo únicamente, por tanto, a las subvenciones. Entendemos que así lo exige el estado actual de nuestra doctrina, que parece confundir la institución de la caducidad con otras figuras jurídicas más o menos cercanas y desconocer la utilidad, si no necesidad, de su existencia.

En efecto, la caducidad, entendida como forma de extinción de los efectos de un acto o de una relación jurídica, es una institución clásica en retirada. Se trata de un concepto presente en las construcciones iusadministrativas más antiguas, siendo conocido tanto en España como en otros sistemas: así, es conocida bajo el nombre de *decadenza*, en Italia, donde quizá ha recibido una mayor atención y un mayor

desarrollo doctrinal, y como *décheance* o *caducité* en Francia. En Alemania, como habrá ocasión de ver, carece de autonomía propia, englobándose en el concepto, más amplio, de revocación.

La caducidad carece de un reconocimiento legal genérico y expreso, a diferencia de la revocación y la anulación que sí cuentan con él, aunque sea de manera parcial. Sin embargo, cuenta con un extraordinario número de manifestaciones concretas dispersas por todo el ordenamiento.

Su aparición no es el resultado de un voluntarismo doctrinal o de un prurito científico. Al contrario, responde a la necesidad de aportar una solución jurídica a un tipo muy concreto de problemas: qué hacer cuando la Administración ha dictado un acto administrativo en favor de un administrado imponiéndole, en el mismo, una serie de obligaciones que el administrado incumple. Frente a esta situación, no parecen servir las herramientas clásicas de la anulación o la revocación, bien porque no se reúnen los requisitos necesarios para su ejercicio, bien porque este resultaría injusto. En efecto, el incumplimiento de sus obligaciones por parte del administrado no afecta a la validez originaria del acto, ni implica, en principio, un supuesto de ilegalidad sobrevenida, convirtiendo en inválido lo que hasta entonces era válido, ni aporta nuevos criterios de apreciación que permitan una nueva ponderación de intereses. La situación se complica aún más pues, al tratarse de actos favorables para el administrado, rige el principio de intangibilidad de los mismos. De todo ello nos ocuparemos más adelante, delimitando convenientemente cada una de estas figuras.

A pesar de ello, es claro que resulta injusto mantener al administrado en el disfrute de la ventaja que se le concedió, cuando dicha concesión y su mantenimiento se vincularon a la observancia de unos deberes que aquel ha incumplido. Como respuesta a esta necesidad jurídica, es decir, a esta necesidad de hacer justicia, surge el instituto de la caducidad. De conformidad con ella, se establece que el incumplimiento de sus obligaciones genera ciertas consecuencias desfavorables para el beneficiario de una ventaja *dentro de* la relación jurídica creada por la Administración con su concesión. La caducidad no se produce porque la relación jurídica entre Administración y administrado haya desaparecido. Más bien debe pensarse lo contrario: que la declaración de caducidad liquidará dicha relación. La declaración de caducidad jugaría, por tanto, en el ámbito de la eficacia, no en el de la validez o la existencia del acto¹.

¹ Como declara expresamente Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 179, "la caducidad se mueve en el plano de la eficacia del negocio jurídico sobre el que se proyecta y no en el marco de la validez".

Lo anterior significa que el instrumento jurídico de concesión de la subvención, acto o convenio, *sigue existiendo*. Sin embargo, y por excepción al principio general consagrado en el art. 57 LRJPAC, no produce efectos o, más bien, *deja de producirlos*: ha caducado. Con carácter general, algo que existe puede (debe) producir efectos en cualquier momento. La caducidad, como respuesta a un comportamiento del administrado incumplidor de sus obligaciones, impide que eso ocurra.

A pesar de ello, sin embargo, los perfiles de la caducidad nunca han estado plenamente determinados. A ello han contribuido distintos fenómenos. Por un lado, la existencia de varios institutos jurídicos distintos, incluso en varias ramas del ordenamiento, englobados bajo el mismo término de “caducidad”². Por otro lado, la existencia de una multiplicidad de términos, empleados alternativamente con el término “caducidad” para hacer referencia al mismo fenómeno jurídico-administrativo que a nosotros interesa, la extinción de los efectos del acto por incumplimiento de los deberes de su destinatario: resolución, extinción, revocación-sanción, sanción rescisoria, suspensión definitiva, etc. Finalmente, el inadecuado empleo de la caducidad realizado por el legislador, quien ha extendido con frecuencia su régimen jurídico a situaciones en las que, en puridad, no existía ningún incumplimiento del destinatario de la ventaja cuya caducidad se declara³.

² Dejando al margen las figuras que bajo el término caducidad existen en otras ramas del ordenamiento, significativamente en el ámbito del Derecho civil, es posible señalar, con Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., pp. 295-297, hasta tres sentidos distintos del término caducidad dentro del ordenamiento jurídico administrativo:

- a) En primer lugar, “la caducidad constituye un modo de «terminación del procedimiento» (...) como consecuencia bien de la *inactividad del interesado*, que impide la continuación del mismo (art. 92 LRJPAC), o bien, en procedimientos iniciados de oficio de los que no deriven actos favorables para los interesados, por *inactividad de la Administración* (art. 44.2 LRJPAC)”.
- b) En segundo lugar, “el término caducidad también se ha aplicado tradicionalmente para designar los supuestos de cese definitivo de la eficacia del acto administrativo declarativo de derechos por *incumplimiento de las cláusulas* que definen su contenido”.
- c) Finalmente, “el término caducidad se utiliza, asimismo, en los supuestos –también denominados de *vencimiento del acto*– en que ha finalizado el período de vigencia del acto administrativo por cumplimiento del término o de la condición resolutoria o por agotamiento de los efectos de la situación jurídica creada por la resolución”.

Como resulta evidente, “solo los dos últimos supuestos (...) se refieren al cese de la eficacia de la resolución, pues en el primer caso no se llega a producir un acto administrativo creador de una situación jurídica individualizada”. Aun así, y de conformidad con lo indicado en texto, parece más oportuno reservar el término de caducidad para el segundo de los supuestos enumerados: la extinción de los efectos de la ventaja administrativa por incumplimiento de las obligaciones del beneficiario.

³ En este preciso sentido, y refiriéndose a la caducidad de las concesiones de dominio público, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 88, indica que “la «caducidad» resulta ser término jurídico indeterminado, de contornos imprecisos, debido a la heterogeneidad de los supuestos de hecho calificados de causas de caducidad y del alternativo uso que el legislador hace de la misma, junto a otros términos jurídicos de contenido más amplio como son el de «resolución» y «extinción». La mayor parte de las veces el término «caducidad» es empleado en su significado vulgar de «fin» de la concesión y el legislador establece para ella consecuencias jurídicas distintas según la diferente naturaleza jurídica de los supuestos acogidos bajo esta denominación”.

La conjunción de estos tres factores ha dado lugar a que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación hayan hecho “un uso confuso e impreciso del término *caducidad* y de su declaración”⁴. Lo que, a su vez, ha determinado una dificultad casi insalvable para acuñar un concepto de caducidad convenientemente cerrado y homogéneo, capaz de unificar las distintas regulaciones que se amparan bajo su denominación.

Ahora bien, nada de ello impide que aún sea posible reconocer, como uno de los institutos jurídicos que se amparan bajo la denominación de “caducidad” una forma de extinción de las ventajas concedidas a un administrado por el incumplimiento de sus obligaciones. No parece arriesgado afirmar que el motivo se encuentra en que la caducidad es una institución jurídica necesaria y que, por ello mismo, sigue y seguirá existiendo. Porque cumple una función que ninguna otra figura cumple adecuadamente.

II.

NOTA HISTÓRICA SOBRE LA CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: ANTECEDENTES REMOTOS

En el Derecho histórico español es posible encontrar antecedentes remotos del instituto de la caducidad, entendido como forma de extinción de los efectos del acto o de la relación jurídica, en texto tan antiguo y venerable como Las Partidas⁵. En concreto, en la regulación de los privilegios contenida en las leyes del Título XVIII de la Tercera Partida.

Los privilegios concedidos por los reyes, según se desprende de su misma etimología (*privatae-leges*), se configuraban como auténticas leyes por las que se concedían ventajas, generalmente contrarias al Derecho común, en exclusivo beneficio de ciertos sujetos. De este modo, se les eximía del cumplimiento de ciertas obligaciones o se les permitía realizar actividades que, con carácter general, se encontraban prohibidas⁶.

⁴ Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 399.

⁵ Para un estudio de los orígenes de la caducidad como forma de extinción de acciones y de finalización de procedimientos, vid., Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, “Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el Derecho Administrativo”, *RVAP*, nº 55 (septiembre-diciembre 1999), en especial pp. 9-60.

⁶ Hasta tres definiciones, al menos, se ofrecen del instituto de los “privilegios” en Las Partidas. En la Primera Partida, Título XI, Ley I (titulada “Que cosa es privilegio, o en que cosas lo ha la Iglesia”) se señala que “Privilegio tanto quier dezir, como ley apartada que es fecha señaladamente por pro, por honra de algunos omes, o logares, e non de todos comunalmente”. En la Tercera Partida, Título XVIII, Ley II (titulada “Que cosa quiere dezir privilejo, e como se faze”) se afirma, en similares términos, que “Prevelejo tanto quiere dezir como ley que es dada o otorgada del Rey apartadamente, a algun lugar o algun ome para fazerle bien e merced”. Finalmente, también en la Tercera Partida, Título XVIII, Ley XXVIII *in fine* (titulada “Que fuerça han las cartas, e los privilegios e en quantas maneras se deven guardar”), se vuelve a reiterar “ca prevelejo tanto quiere dezir como ley apartada e dada señaladamente a pro de algunos así como desuso mostramos”.

En principio, los privilegios se concedían sin límite temporal⁷. Sin embargo, era posible poner fin a sus efectos por varios motivos. En la Tercera Partida, Título XVIII, Ley XLII (titulada “Quales previllejos valen, e porque cosas se pueden perder”) se comienza afirmando que “Los previllejos han sus tiempos en que deven valer. E otros en que se pueden perder. E nos diremos primero de los tiempos en que valen, e despues de como se pierden”. De este modo, tras señalar que los “previllejos de la franqueza”, en tanto que exenciones de pechos y portazgos, “valen por siempre”, la Ley aclara que “empero por este lugar se pierden si aquellos que los tovieren non usaren dellos hasta treynta años del dia en que les fueron dados”. En idéntico sentido, y en relación con otros privilegios, como los de hacer ferias o mercados, la Ley señala “como estos duran pro siempre si usaren dellos fasta diez años desde el dia que les fueron dados, mas si fasta este tiempo non usare dellos dende a delante pierdense e non deven valer”. De este modo, se consagra la pérdida de la ventaja concedida por el rey en caso de que esta no se ejercitara en un plazo de tiempo dado. Como señalaremos más adelante, esta será, precisamente, la primera de las finalidades a las que estará llamada a aplicarse el “moderno” instituto de la caducidad y lo que justificará el nombre de la institución.

Pero, además, junto con esta “proto-causa” de caducidad, la misma Ley concluye estableciendo: “Otrosi dezimos, que si alguno tovriere previllejo, e usare del mal, assi como si passare a mas o fiziere mas cosas, que en el previllejo fueren dadas: tal previllejo pierdese, e lo que por el fue dado, ca derecha cosa es, que los que usaren mal dela gracia, o dela merced que los Reyes les fazen que las pierdan”. La Ley es clara: los privilegios también pierden sus efectos cuando su titular no los destine a la finalidad para la que fueron concedidos (“usare del mal”) o cuando sobrepasen la misma (“passare a mas o fiziere mas cosas”). Para el autor de la Ley, la solución parece obvia, e incluso una exigencia inexcusable de justicia (“ca derecha cosa es”). Se trata, además, del mismo razonamiento que sustenta la moderna institución de la declaración de caducidad y, en su aplicación a las subvenciones, del reintegro: el uso indebido de las ventajas concedidas por el rey (en tanto que poder público), justifican su pérdida⁸.

⁷ En la Tercera Partida, Título XVIII, Ley II, luego de explicar la forma en que deben redactarse los privilegios, así como su contenido, se señala que “E despues que qualquier destos previllejos sobredichos fuere escrito en la manera que diximos debe dezir como el sobre dicho rey, en uno con su muger, e con sus fijos assi como diximos desuso otorga aquel previllejo, e lo confirma e manda que vala e que sea firme e estable para siempre”.

⁸ Junto a las causas citadas en texto se encuentran algunas otras que también originan la pérdida de los privilegios. Especialmente interesante resulta la contenida en la Tercera Partida, Título XVIII, Ley XLIII (titulada: “Que quien faze contra su previllejo como non deve lo pierde”), *in fine*: “Otrosi dezimos que si el Rey da previllejo de donacion a alguno, e en aquella sazón en que fue dado, non se tornava en grand daño, e despues aquellos a quien lo el Rey dio usaren del en tal manera que se torne en daño de muchos comunalmente, tal previllejo como este dezimos que de la hora que començo a tornarse en daño de muchos como diximos que se pierde, e non deve valer”. Como advirtiera José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 115, se trata, ciertamente, de un antecedente jurídico de la revocación, pues se admite la desaparición del privilegio como consecuencia de su incompatibilidad sobrevenida con el interés público. No es ocioso resaltar que, ya en este momento histórico, “como se ve, se encuentran mezclados motivos de revocación con causas de caducidad”.

Resulta interesante observar, además de la similitud evidente entre las causas por las que se pierden los privilegios y las causas de declaración de caducidad, el automatismo con el que parecen concebirse todas ellas. En efecto, las leyes citadas parecen consagrar la pérdida de los privilegios como una consecuencia natural e inmediata, producida, *ipso iure*, por la mera concurrencia de alguna de las causas que recogen. En ningún momento se exige la expresa revocación de los privilegios por parte de quien los concedió. Más sencillamente, estos “pierdense e non deven valer”⁹.

III.

NOTA HISTÓRICA SOBRE LA CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SU APARICIÓN EN EL DERECHO MODERNO Y SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

1. La caducidad como extinción de los efectos de una ventaja por el incumplimiento de las obligaciones impuestas a su beneficiario

Originariamente, la caducidad se asocia a unos determinados efectos producidos en las relaciones jurídicas activas de los administrados como resultado del transcurso de un plazo de tiempo¹⁰. En el inicio, por tanto, la caducidad se vinculaba al paso del tiempo, lo que explica que comparta este nombre con otros institutos, típicamente procesales (o procedimentales), en los que también el paso del tiempo es un elemento esencial, y comunes a otras ramas del Derecho¹¹.

Desde esta primera perspectiva, la declaración de caducidad en el ámbito administrativo se producía cuando el administrado no hubiese ejercitado un derecho en un determinado periodo de tiempo, justamente en el sentido en que hemos indicado el

⁹ Quizá por eso, en la Tercera Partida, Título XVIII, Ley XXVII (titulada “Quien puede judgar los privilegios, e las cartas: e como se deven judgar e emendar”), al establecer el modo en que deben resolverse los conflictos entre titulares de privilegios contradictorios, permite a “aquellos que son puestos para judgar aquellas tierras do los privilegios fueren mostrados”, la posibilidad de apreciar, por sí mismos, la extinción de los privilegios como excepción a la regla *prius in tempore, potior in iure*: “E si fueren privilegios en que diga la confirmación, salvos los derechos de los privilegios de los otros, e dixeren aquellos contra quien los aduzen, que tienen los privilegios que fueron dados ante que aquellos: deven los fazer aduzir tambien los unos como los otros, e catar quales fueron dados primero. E los que fallaren que fueron dados primero mandamos que valan, *si fueron usados como devian*”.

¹⁰ En relación, por ejemplo, con las concesiones administrativas, afirmaba José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 746, que “en principio, el término «caducidad» se liga a la temporalidad de derecho o preclusión legal”. Asimismo, en la regla 25 del Derecho canónico se contenía una formulación general sobre el perjuicio de quien deja pasar el tiempo sin ejercitar su derecho: *Mora sua cuilibet est nociva, a cada cual perjudica su propia mora*”.

¹¹ En este sentido, Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, “Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en Derecho Administrativo”, cit., pp. 61-62, explica que los primeros desarrollos modernos del instituto de la caducidad como forma de extinción de los efectos de actos favorables se deberán a las innovaciones del legislador del XIX en materia de autorizaciones y concesiones sobre el dominio público. Así, en la Ley de Minas de 1849, o la Ley de Aguas de 1866, en cuyo art. 59 se establecía la caducidad de las concesiones de aguas subterráneas si en el plazo de seis meses no se iniciaban los trabajos de alumbramiento.

modo en que se regulaba la pérdida de privilegios en Las Partidas. De este modo, se consideraba producida la caducidad, por ejemplo, cuando el concesionario de una mina no iniciaba su explotación en un plazo determinado o cuando el beneficiario de una concesión hidráulica no comenzaba las obras necesarias para garantizar el abastecimiento de agua o de energía.

Evidentemente, esta causa de caducidad solo puede producirse en caso de que exista un término para el cumplimiento de la obligación.

También en Italia se conoce esta primera acepción de la caducidad y también allí se señala que este es el sentido originario del instituto, propio, además, del ámbito civilístico: “una medida preclusiva vinculada al hecho objetivo de la falta de ejercicio de una posición jurídica subjetiva activa dentro de un determinado límite temporal, establecido por la ley con carácter perentorio”. La caducidad, así configurada, “responde en esta hipótesis a una superior exigencia de certeza de las situaciones jurídicas”¹².

Ahora bien, debe advertirse que el elemento esencial que origina la caducidad no es el simple transcurso del tiempo, sino *la inactividad* del administrado en un plazo de tiempo dado¹³, cuando se había comprometido, en beneficio del interés general, a actuar. En efecto, la justificación de esta primera causa de caducidad se encuentra en que, en determinadas ocasiones, en el contenido de la ventaja concedida no se encuentra solo el derecho a disfrutar de ella, sino también el deber de hacerla efectiva, aunque este no sea jurídicamente exigible¹⁴.

¹² Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, pp. 1-2.

¹³ Como destacó José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, *RAP* n° 16 (enero-abril 1955), cit., p. 267, en relación con las concesiones hidráulicas, el mero paso del tiempo solo puede dar lugar a la reversión de la concesión, lo que constituiría, más bien, un término. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al de la caducidad, que exige, junto a la expiración de un plazo, un determinado comportamiento (omisivo) por parte del beneficiario.

¹⁴ Por ejemplo, en relación con las concesiones demaniales se afirma que “en el contenido de la concesión no figura únicamente el derecho de uso y utilización privativa del dominio público, sino también la obligación de ejercitarlo”, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 122. En este sentido, cita la STS de 27 de mayo de 1984, que estimó que “toda legislación permisiva de concesiones y, entre ellas, la Ley de Puertos, se basa en la utilidad y conveniencia de la actividad que la constituye y el objetivo social que con ella se pretende. Este imperativo de respeto a los intereses queda incorporado a la causa concesional imponiendo ese ejercicio de manera forzosa, de modo que elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, ya que el carácter excluyente y privilegiado que otorga la concesión a favor del concesionario está ligado a la efectiva prestación a la actividad”.

En idéntico sentido, Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza da rapporti amministrativi”, en *Studi in Onore di Gaetano Zingali*, vol. II, Diritto pubblico, Giuffrè, Milán, 1965, pp. 89-90, señala que “la caducidad por no uso de una concesión de aguas, o por falta de actividad en una concesión minera, o por cierre de una farmacia, etc., encuentra su fundamento en el hecho de que todas estas actividades son de interés público, por lo que su ejercicio forma parte de un deber, y, en consecuencia, su falta de ejercicio constituye un incumplimiento (...), es precisamente el incumplimiento de un deber lo que se sanciona, dado que, por ejemplo, el uso de una concesión no es solo de interés para el concesionario, sino también para la colectividad”.

Esta causa de caducidad aparece dotada de rasgos tan evidentes que incluso se afirma que resulta consustancial a cualquier tipo de relación de tracto sucesivo que establezca la Administración y que comporte el deber del administrado de realizar alguna actividad a raíz de la concesión de una ventaja por la parte pública. De este modo, y aunque lo normal será que el plazo de tiempo venga determinado por la norma reguladora de la relación o por el instrumento, acto o convenio, por el que esta se establezca, en el caso de que este plazo no se prevea, se ha estimado que “debe igualmente reconocerse a la Administración la facultad de declarar la caducidad cuando haya transcurrido un plazo de tiempo suficiente”¹⁵.

Ahora bien, si se hace abstracción del factor tiempo, y como ya hemos adelantado en parte, se descubre que esta primera causa de caducidad se producía, en esencia, como consecuencia del incumplimiento de uno de los deberes del beneficiario¹⁶. Como resultado, otros tipos de incumplimiento también se fueron configurando progresivamente como causas de declaración de caducidad, hasta llegar al concepto moderno de caducidad, en que se entiende que “la caducidad, normalmente, es desencadenada por el incumplimiento imputable al titular de la licencia o concesión, de obligaciones esenciales. Incumplimiento de obligaciones que normalmente impiden la consecución del interés público a que está sujeta toda concesión (...) *esta es la causa natural de la caducidad* (...) independientemente de que la etimología y el uso general hayan asociado este término, más bien, con la extinción por vencimiento del plazo estipulado”¹⁷.

De este modo, el dato esencial del concepto moderno de caducidad es el del incumplimiento de los deberes del beneficiario de la ventaja, se encuentren vinculados o no al transcurso de un plazo de tiempo determinado¹⁸. Se trata de su

¹⁵ Giuseppe SANTANIELLO, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962, p. 802.

¹⁶ Porque “el no ajustarse al plazo previsto (...) es ya en sí mismo un incumplimiento del clausulado de la concesión o autorización obtenidas”, Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, “Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el Derecho Administrativo”, cit., p. 62. Como acertadamente destaca Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, cit., p. 2., poniendo el acento en el hecho del incumplimiento, la caducidad, en su primera acepción, supone, en definitiva, una “falta de cumplimiento de una carga (*onere*) formal de observar una específica condición de tiempo impuesta por la ley para el ejercicio de una actividad conforme a derecho”. También Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., p. 89 señala que esta causa de caducidad debía incluirse en la causa, más genérica, de incumplimiento de deberes y obligaciones.

¹⁷ Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “Reflexiones sobre la caducidad en el Derecho público”, en *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 5 (diciembre 1994), cit., p. 348-349, cursiva añadida, y, en términos idénticos, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 282.

¹⁸ En este sentido, y refiriéndose a la caducidad de las concesiones de aguas, José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, cit., pp. 267 y 269, definía la caducidad como “una forma normal de extinción de las concesiones en general por incumplimiento por parte de los concesionarios de las condiciones impuestas” o “por no comenzar o terminar las obras en los plazos señalados”. Y, en sentido muy similar, y refiriéndose a la caducidad de las concesiones demaniales, en general, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomsom-Civitas, Madrid, 2007, p. 433, define también la caducidad como una forma de extinción de la concesión cuando no se ejecutan “determinadas obras en los plazos que al efecto se fijan” o cuando “el bien se aprovecha de modo distinto a los términos en que fue concedido”.

formulación definitiva y a la que nos atendremos en este trabajo, sin perjuicio de las distorsiones de que ha sido objeto la institución por parte del legislador, y de las que daremos oportuna cuenta.

Tres son los elementos que caracterizan a la caducidad así entendida:

- En primer lugar, la caducidad no afecta al acto de concesión de la ventaja, que sigue considerándose válido y oportuno, sino a sus efectos. SALA ARQUER destacaba, en este sentido, que la consagración más clara en nuestro ordenamiento jurídico de la figura de la caducidad, la realizada por art. 16.1 RSCL, establece que “las licencias *quedarán sin efecto* si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas”. Es decir, la caducidad produce la simple extinción del acto, pues su único efecto es que este quede sin efectos: “la licencia no se anula ni se revoca, sino que, como precisa intencionadamente el artículo 16 RSCL, *queda sin efecto*”¹⁹.
- En segundo lugar, la caducidad es el resultado de algún incumplimiento del beneficiario²⁰.
- En tercer lugar, la caducidad siempre va referida a actos favorables, por lo que solo puede empeorar la situación del administrado, constituyendo, en sí misma, un acto desfavorable para el mismo²¹.

Estas dos últimas circunstancias darían lugar a que, históricamente, también se la conociera con el nombre de revocación-sanción o se hiciera referencia a ella como sanción rescisoria. Sobre la distinción entre caducidad y sanción administrativa también tendremos ocasión de detenernos más adelante en este mismo capítulo.

¹⁹ Vid. José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 46. Sobre la distinción entre caducidad, anulación y revocación tendremos ocasión de detenernos más adelante, en este mismo capítulo.

²⁰ Por supuesto, la pregunta que suscita inmediatamente esta afirmación es la de si cualquier grado de incumplimiento respecto a cualquiera de las obligaciones da lugar a la declaración de caducidad o si, por el contrario, es necesario tanto que se trate de un incumplimiento de suficiente gravedad como que vaya referido a alguna obligación “esencial”, en el sentido indicado por Jaime RODRÍGUEZ-ARANA en la cita transcrita en texto. A esta cuestión dedicaremos más atención en un epígrafe posterior, pero cabe adelantar ya la respuesta: el legislador ha considerado que la declaración de caducidad puede producirse por el incumplimiento de *cualquiera de las obligaciones que recaen sobre el administrado*.

²¹ Como señala Giuseppe SANTANIELLO, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, cit., p. 800, la declaración de caducidad solo se produce respecto de los “actos ampliativos de la facultad de los particulares (autorizaciones, concesiones, admisiones, inscripciones en registro)”. No obstante, y a fuer de exactos, esta afirmación no es correcta del todo o, más bien, no es completa: más que producirse en relación con actos favorables se produce respecto a actos (u otros instrumentos) creadores de relaciones de carácter bilateral, en el sentido de crear obligaciones (no necesariamente sinalagmáticas, como se verá más adelante) para el administrado y la Administración. Por ejemplo, una resolución de concesión de subvención concede derechos al administrado, pero también le impone deberes. Solo en la medida en que la obligación que recae sobre la Administración produce ventajas en favor del administrado cabe hablar de acto favorable.

Por ello, y a pesar de las trampas del lenguaje, lo que se declara caducado no es el acto, sino sus efectos.

2. La caducidad del acto administrativo en la normativa reguladora de concesiones y autorizaciones

Formulado así el concepto de caducidad, se afirmará la posibilidad de su aplicación a las principales categorías de ventajas concedidas por la Administración en las que, al mismo tiempo, pueda (o incluso deba) imponerse al beneficiario la observancia de un comportamiento determinado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las concesiones²², ciertas autorizaciones²³ y las subvenciones. En particular, el máximo desarrollo de la figura de la caducidad parece haber tenido lugar en relación con las concesiones, tanto demaniales como de servicios.

Así, en la legislación especial del siglo XIX se encuentran continuas aplicaciones de la figura de la caducidad en relación con las concesiones:

- En materia de aguas tanto el art. 158 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, como los arts. 407 y ss. CC regulaban la caducidad por incumplimiento de condiciones y plazos, siendo especialmente relevante el art. 411 CC, conforme al cual el derecho al aprovechamiento de aguas públicas se extinguía por la caducidad de la concesión y por el no uso durante veinte años.
- En materia de obras públicas, los arts. 69, 86, 89, 104 y 105 de la Ley General de Obras públicas, de 13 de abril de 1877, así como los arts. 29 y 147 del Reglamento de aplicación de la Ley, de 6 de julio de 1877 establecían como causas de caducidad la mora en la ejecución o la inejecución de las obras, el abandono, la mala prestación del servicio, la falta de pago del canon, la variación del fin de la concesión y el incumplimiento de las condiciones de la concesión.

Y lo mismo ocurre en la actualidad, en especial en la legislación sectorial sobre bienes públicos:

- En materia de aguas, y de conformidad con los arts. 53 del TR de la Ley de Aguas y 162 del Reglamento, los derechos al uso privativo de las aguas se extinguen: por transcurso del plazo de la concesión, por caducidad, por expropiación y por renuncia del titular. En concreto, según el art. 66.1 del TR de la Ley de Aguas, las únicas causas posibles de caducidad de las concesiones son “por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos”. Asimismo, el art. 67 TR Ley de Aguas también prevé la caducidad de

²² En relación con las concesiones administrativas, José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 747, indicaba que “la concesión se otorga para el cumplimiento de un servicio o la satisfacción de determinadas necesidades, ya sean estas consolidadas o sentidas *uti singulis*. El quebrantamiento de estas obligaciones debe implicar de suyo la caducidad de la concesión. Se liga de este modo la caducidad a la noción de injusto administrativo, equiparado a la infracción de un deber administrativo”.

²³ En relación con estas, también José Luis VILLAR PALASÍ, “La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»”, RAP, nº 5 (mayo-agosto 1951), p. 149, señaló que “el incumplimiento de las condiciones lleva aparejada la caducidad del permiso, de análoga forma a lo que sucede en las concesiones”.

autorizaciones para investigación de aguas por la no realización de los trabajos de investigación en plazo o no solicitar la concesión de agua en 6 meses en caso de resultado positivo de la investigación.

- En materia de minas: art. 84 y 86.3 Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas.
- En materia de costas: art. 79 de la Ley de Costas y art. 9 de la Ley 15/1985, de Ordenación marisquera y cultivos marinos, en el que se prevén distintas causas de caducidad de concesiones, entre ellas la inactividad.
- En materia agraria, el Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, estableció en su art. 33 las causas de caducidad de la concesión de tierras destinadas a explotaciones familiares o comunitarias, entre las que se incluía el incumplimiento de obligaciones.

Y unos resultados semejantes pueden conseguirse con un somero repaso de las concesiones de servicios:

- Así, de conformidad con los arts. 29 y 60 de la Ley de ferrocarriles de 13 de abril de 1877, los pliegos de condiciones debían incluir forzosamente, y entre otros extremos, “los casos de caducidad y las consecuencias de esta caducidad”.
- También el art. 28 de la Ley de Ordenación de los Transportes mecánicos por carretera, de 27 de diciembre de 1947, establecía un catálogo de causas de caducidad (no iniciar la explotación en plazo, interrumpir el servicio, infringir las condiciones de explotación). Y la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 30 de julio de 1987, que sustituyó a la anterior, estableció en su art. 143.5 que “Independientemente de las sanciones que correspondan de conformidad con esta Ley, el incumplimiento reiterado o de manifiesta gravedad de las condiciones esenciales de las concesiones o autorizaciones administrativas podrá dar lugar a la caducidad de la concesión, o a la revocación de la autorización, en ambos casos con pérdida de fianza”.
- El art. 7.2.e) de la Ley 10/1987, de disposiciones básicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos, prevé las causas que dan lugar a la extinción de la concesión de gas canalizado, entre las que se incluye no iniciar la prestación en plazo, no aceptar modificaciones técnicas o ampliaciones territoriales, expiración del término (a lo que llama, propiamente, caducidad), introducción de variaciones o ampliaciones no autorizadas por la Administración y el incumplimiento de sus obligaciones.
- El art. 17 de la Ley 10/1988, de Televisión privada, establece entre las causas de extinción de las concesiones del servicio público de televisión el no iniciar las emisiones dentro del plazo fijado o la suspensión de las emisiones.

Finalmente, también pueden señalarse numerosos ejemplos de caducidad en relación con las autorizaciones.

- El art. 105.2.a) TR de la Ley de Aguas permite la revocación de las autorizaciones de vertido en “caso de incumplimiento de alguna de sus condiciones”.
- El art. 6.1 del Decreto de 31 de mayo de 1957, establecía que la autorización de farmacia podía caducar, entre otros motivos, por permanecer cerrada durante dos años.

Por su parte, y ya en el ámbito de las subvenciones, también se empleó desde antiguo el instituto de la caducidad, aunque bajo el nombre de reintegro, constituyendo, de este modo, el concepto de “reintegro en sentido estricto” al que nos referimos en el capítulo sexto.

3. La caducidad del acto administrativo en la normativa reguladora de las “subvenciones a la economía”: en concreto, en el régimen de la acción concertada

A la identificación entre caducidad y reintegro dedicaremos el próximo epígrafe. Sin embargo, resulta oportuno señalar ahora que el uso de la caducidad como forma de retirada de ventajas a raíz del incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario recibió un uso intensivo y extensivo en las décadas posteriores a 1950, en el marco del régimen de la acción concertada y de toda la pléyade de figuras reconducibles a la misma²⁴, figuras que se integrarían en el concepto de “subven-

²⁴ Sin lugar a dudas, ha sido Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración”, *Libro homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1980, quien mejor ha entendido la técnica de la acción concertada, elevándola a paradigma de una categoría o institución jurídica concreta. La misma idea sería recogida posteriormente por José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 156, que llamaría a esta categoría “concesión o calificación de beneficios” y señalaría también a la acción concertada como el mejor modelo para su estudio.

Para GALLEGO ANABITARTE, la acción concertada, que “no es en esencia nada más que otorgar beneficios con imposición de determinadas cargas modales, lo ha practicado la Administración de una forma más o menos articulada, desde tiempos inmemoriales” (p. 217).

Ello le lleva a señalar la existencia de una sustancial identidad “técnico-jurídica” entre la acción concertada y los polos de promoción y desarrollo, polígonos industriales y polígonos de descongestión (art. 6 y ss. y 36 y ss. del Texto refundido de la Ley del Plan de Desarrollo), p. 207. Y la misma identidad existiría con las “zonas de preferente localización” los “sectores de interés preferente” previstos en la Ley de 2 de diciembre de 1963, sobre Industrias de interés preferente y utilizadas sobre todo por el Ministerio de Agricultura, pues, en realidad, “los polos y polígonos de desarrollo industrial y la acción concertada son las técnicas paralelas que ha utilizado el Ministerio de Industria, frente a la declaración de zonas de preferente localización industrial agraria y sectores de interés preferente que ha utilizado el Ministerio de Agricultura”, p. 210. En definitiva, “zonas y sectores de interés preferente, y polos y polígonos, y acción concertada, son la misma técnica de fomento por medio de actos administrativos necesitados de colaboración con cargas modales, para determinados sectores o espacios”, p. 211.

También se reconducirían a esta categoría el régimen de protección de viviendas previsto en la Ley de 23 de diciembre de 1961, el régimen de las zonas o centros de interés turístico nacional (p. 211), el Plan Nacional de Guarderías Infantiles, que preveía, a través de la Orden de 20 de septiembre de 1974, una acción concertada para la construcción y funcionamiento de estas guarderías (p. 220), así como las centrales lecheras, que ejercían una actividad privada con una serie de beneficios y privilegios a cambio de una serie de obligaciones o cargas

ciones a la economía” que, según vimos, fue objeto de un intento de transposición al ordenamiento español desde el ordenamiento alemán fundamentalmente a través de la obra de José Manuel DÍAZ LEMA²⁵.

Siguiendo a GALLEGO ANABITARTE, la acción concertada es una “*resolución administrativa*, unilateral, declarativa de derechos, necesitada de colaboración (solicitud y aceptación) con *cláusulas accesorias previstas en la Ley, de tipo modal*, y por incumplimiento muy grave *cláusula accesoria* de tipo revocatorio”²⁶. Para este autor, por tanto, la acción concertada tiene “naturaleza jurídica de acto administrativo necesitado de colaboración con cargas modales, *modus juris*, similar por ejemplo a la bien conocida concesión demanial”. Sin entrar de nuevo a discutir si verdaderamente se trata de obligaciones modales o si existe una auténtica cláusula accesoria revocatoria, calificación que no compartimos y de la que ya nos hemos ocupado²⁷, lo importante es destacar que esta figura jurídica se caracteriza por constituir una “ventaja afectada a un fin”, a cuyo mantenimiento se vincula, además, el cumplimiento de ciertos deberes accesorios. Lo

(OM 29 de diciembre de 1969) (p. 251) e incluso la declaración de «*utilidad pública*» de una asociación (p. 216).

Aún más, GALLEGO ANABITARTE considera posible identificar antecedentes de esta técnica en instituciones remotas: “el origen de esta técnica (...) se encuentra en la Ley de 24 de octubre de 1939, que regulaba la declaración de *industrias* de «interés nacional» (...) que va a tener su contrapartida en la *agricultura* en la Ley de 25 de noviembre de 1940, que regulaba normas para *colonización de interés local* (...) La Ley de 15 de julio de 1952, sobre *explotaciones agrarias ejemplares*, está en la misma línea” (p. 215). Incluso se remonta más atrás para identificar “el primer Decreto que aplicó esta técnica: se trata del Real Decreto de 31 de agosto de 1819 por el cual Fernando VII concedía a las Corporaciones o particulares que emprendiesen rompimiento de terrenos incultos y construyesen canales de riego diversas *gracias* (...) Este Real Decreto enlaza directamente (...) con la Ley de 24 de junio de 1849, concediendo exención de tributos a los nuevos riegos y artefactos para después articularse en la Ley de 11 de julio de 1865, un perfilado sistema de préstamos, exenciones y subvenciones a propietarios y empresas para fomento del riego” (p. 216). E incluso antes, “con Carlos III, la Administración va a actuar de una forma que no es muy diferente (...) Reales Cédulas de Carlos III referentes a las nuevas poblaciones de Sierra Morena, a la admisión de colonos griegos en estos reinos, a la repoblación de la provincia de Ciudad Rodrigo” (p. 217).

La lista confeccionada por este autor podría aumentarse con regímenes jurídicos configurados posteriormente que, sin embargo, repiten una estructura muy similar. Así, es probable que pudiera entenderse incluida dentro de esta categoría de ventajas afectadas al cumplimiento de ciertas obligaciones la participación de las empresas en crisis en el “Plan de Reconversión” articulado a través de la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización. Para un breve resumen de su funcionamiento, vid., Antonio JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “La legislación sobre reconversión y reindustrialización”, *REDA*, n° 47 (julio-septiembre 1985), pp. 355-375. Con mucho mayor detenimiento, vid. el aun hoy imprescindible trabajo de Elisenda MALARET I GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991.

²⁵ José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit. Vid., a este respecto, lo indicado en el capítulo primero.

²⁶ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...”, cit., p. 205, cursiva en el original.

²⁷ El propio autor, en un trabajo posterior, modificaría su construcción, simplificándola. En concreto, estimé que “se puede criticar mi estudio sobre la acción concertada, donde se distingue los efectos del incumplimiento de las cláusulas modales (sanciones), y la cláusula revocatoria por incumplimiento grave, cuando en realidad toda cláusula modal lleva implícita en sí una cláusula revocatoria, potestativa para la Administración, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, interés público, etc.”, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “Prólogo”, en José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 17.

que interesa a nuestros efectos es determinar las consecuencias del incumplimiento de los deberes asociados a la ventaja así concedida.

A este respecto, el art. 5.4 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, aprobatoria del I Plan de Desarrollo Económico y Social (luego art. 46.4 del Texto refundido) establecía que “el incumplimiento por parte de las empresas concertadas de las cláusulas convenidas dará lugar a la suspensión de la aplicación de los beneficios acordados por la Administración y el abono o el reintegro en su caso de las bonificaciones, exenciones o subvenciones ya disfrutadas”²⁸.

Ello permite afirmar a GALLEGO ANABITARTE que “ante el incumplimiento por alguna de las empresas de las condiciones (...) fijadas en el *acta de concierto*, el Tribunal Supremo aplicará lógicamente la técnica de la caducidad del acto declarativo de derechos, exactamente igual que en todas las concesiones demaniales”²⁹.

El autor confirma, por tanto, la existencia de una categoría jurídica autónoma, la caducidad, identificada con la retirada de ventajas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario, y estima que esta categoría, en ocasiones denominada “revocación” por la normativa reguladora³⁰, resultaba plenamente aplicable en el marco de las acciones concertadas³¹.

²⁸ En realidad, la mayor parte de las Órdenes Ministeriales reguladoras de la acción concertada en sectores concretos articularon sistemas de respuestas graduadas, seleccionadas mediante la tramitación de los oportunos expedientes, frente a los incumplimientos, de modo que solo los más graves producían la pérdida de todos los beneficios. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...”, cit., pp. 203 y 204.

²⁹ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...”, cit., p. 227. Y señala, como ejemplos de esta afirmación, la STS de 15 de octubre de 1974, Ar. 1730, sobre caducidad de los beneficios obtenidos por una empresa radicada en un polo de promoción y desarrollo industrial, y la STS de 15 de marzo de 1976, sobre declaración de caducidad de los beneficios otorgados a una fábrica instalada en el Polo de desarrollo de Sevilla.

Más adelante insiste en la misma idea: “el incumplimiento grave puede dar lugar a la revocación (el derecho positivo habla aquí de *caducidad*)”, p. 239.

³⁰ No solo por la normativa estatal, también el art. 135 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las Entidades locales de Cataluña, de 13 de junio de 1995, señalaba, en relación con la acción concertada, que “en ningún caso podrán dejarse de satisfacer los beneficios reconocidos en el programa, salvo en los supuestos de *revocación* de la concertación por incumplimiento de los compromisos contraídos”.

³¹ Esta misma construcción es recogida y asumida como propia, si bien con ciertas matizaciones, por José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., pp. 162-163.

En sentido completamente distinto, pero equivocado, Javier SALAS HERNÁNDEZ, “El régimen de acción concertada”, cit., p. 456, calificaba toda retirada de ventajas en el marco de la acción concertada como una sanción administrativa. A partir de aquí, y a fin de justificar el procedimiento empleado para imponer esta decisión, se veía precisado a considerar que la acción concertada implicaba el establecimiento de una relación de sujeción especial, lo que justificaba que no resultaran de aplicación todas las garantías que normalmente le corresponderían en tanto que sanción administrativa.

IV.

EL REINTEGRO DE LA SUBVENCIÓN ES UNA FORMA MÁS DE CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. La identificación entre reintegro y caducidad del acto administrativo por parte de la doctrina y la jurisprudencia

El concepto más básico e intuitivo que se tiene del reintegro de la subvención es la devolución de las cantidades percibidas por incumplimiento de la finalidad a las que estaban afectas y la liquidación, por tanto, de la relación jurídica establecida entre Administración y beneficiario, lo que se contempla como una finalización anormal e indeseable de la relación, muy distinta de la que se pretendía³².

En efecto, el reintegro de subvenciones no es otra cosa que la declaración del fin de la eficacia de una subvención (cuya existencia no se pone en duda), a raíz de que concurren determinadas circunstancias, generalmente asociadas al incumplimiento de algunos de los deberes u obligaciones que le habían sido impuestos al beneficiario. Esto es, el mismo instituto jurídico al que hemos llamado, con carácter general, caducidad. Por lo tanto, cabe afirmar que el reintegro, en sentido estricto, no es más que el nombre específico que recibe la declaración de caducidad cuando se refiere a subvenciones.

Aunque no ha sido la tónica habitual, son varios los autores que han sido capaces de identificar el reintegro con el instituto clásico de la caducidad. Entre ellos destaca, por su rotundidad, Carlos I. AYMERICH CANO, probablemente el único autor que, al hilo de un estudio específico sobre la subvención, ha afirmado sin ambages que “el reintegro regulado en el art. 81.9º LGP [actual art. 37 LGS] constituye un supuesto de caducidad del acto de concesión de la ayuda o subvención, plenamente identificable con los supuestos de caducidad de otras concesiones administrativas, especialmente las demaniales”³³.

Pero no es el único. Francisco VELASCO CABALLERO, ligándolo a su concepto de condición en el Derecho Administrativo (que incluiría la condición potestativa) ha afirmado que “el reintegro (...) es el efecto retroactivo del incumplimiento de una

³² En palabras de Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., nota 117 a p. 73, “el reintegro total de lo entregado (...) es [el resultado de] una circunstancia anormal en el funcionamiento de la institución, cual es el incumplimiento de la finalidad”.

³³ Carlos I. AYMERICH CANO, *Ayudas públicas y Estado autonómico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1994, pp. 177-178, quien añade justo a continuación: “En este sentido, la obligación de reintegro de la atribución económica en que la subvención o ayuda consiste es el principal efecto que deriva de la caducidad de la concesión”.

condición, que ha provocado la caducidad de la subvención”³⁴. Y, en esta misma estela, Manuel REBOLLO PUIG, ya con la LGS en vigor, también señala que “en principio, el reintegro propiamente dicho –al que a veces se ha llamado caducidad de la subvención– es la consecuencia elemental y directa de la no realización de la actividad subvencionada en la forma, plazos y condiciones establecidos en su otorgamiento”³⁵.

Otros autores, como VILLAR PALASÍ o NIEVES BORREGO, también han relacionado los institutos del reintegro y de la caducidad, aunque no de manera tan clara³⁶. Asimismo, debe recordarse que sus construcciones parten de considerar la subvención como un medio de gestión de servicios públicos, lo que difumina los contornos de la figura y hace que se confundan su régimen jurídico y el de las concesiones de servicio público a las que iría vinculada³⁷.

Asimismo, también la jurisprudencia, aun no utilizando el término caducidad, parece identificar sin problemas el reintegro con cualquier otra retirada de ventajas por incumplimiento de las condiciones asumidas por su beneficiario, con independencia de la naturaleza jurídica de la ventaja en cuestión (concesión, autorización, subvenciones a la economía, etc.).

Paradigmática resulta en este sentido la STS de 9 de julio de 2007, Sección cuarta, Ar. 236492 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con la retirada de la autorización a una almazara para actuar como agente del régimen de ayudas a la producción de aceite de oliva, que equipara el reintegro de las subvenciones a la declaración de caducidad de títulos administrativos habilitantes para ejercer una determinada actividad.

³⁴ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 91.

³⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 428.

³⁶ En efecto, José Luis VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 91, estableció un interesante paralelismo entre las consecuencias de incumplir la finalidad a la que está afecta la subvención y las de incumplir las obligaciones del concesionario, afirmando que en el caso de la subvención “[el incumplimiento de] este condicionado supone el procedimiento de rescate, que se verifica a través de procedimientos de Derecho financiero, en la rendición de la cuenta por la entidad subvencionada, y que por esta misma razón no es ya discrecional, como lo sería en el supuesto de rescate a través de rescisión administrativa, sino reglado y obligatorio para el Tesoro”. Todo esto, sin embargo, debe tomarse con precaución, dado que en el mismo trabajo se señala expresamente que la consecuencia del incumplimiento del beneficiario de la subvención “sería la anulación retroactiva” (p. 96), con la única matización de que la legislación prevé todo tipo de consecuencias: la pérdida de la subvención, su reducción, su anulación o su caducidad (p. 97).

Por su parte, también Julio NIEVES BORREGO, “Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención”, cit., p. 54, parece aceptar, implícitamente, la posibilidad de que las subvenciones caduquen al afirmar que “caso de que la subvención –y la concesión a la que generalmente se refiere– *caduque* por incumplimiento del favorecido, las obras o servicios –en estado de realización incompleta– se otorgan, por procedimientos diversos, a nuevos favorecidos que continúan disfrutando la subvención” (cursiva añadida).

³⁷ En este sentido, véanse las críticas de Begoña SESMA SÁNCHEZ, *Las subvenciones públicas*, cit., pp. 52-60, incluyendo en el mismo grupo doctrinal a Fernando ALBI.

La sentencia parte de la premisa de que “las autorizaciones administrativas, tras su otorgamiento pueden ser modificadas y extinguidas, pero también pueden ser retiradas o suspendidas temporalmente cuando se den las previsiones legales sin que ello implique una actividad sancionatoria sino el cumplimiento de la condición resolutoria por la inobservancia de los requisitos a los que se supeditaba su otorgamiento”. Y afirmado lo anterior, razona que “si no se ha reputado acto revocatorio de otro declarativo de derecho ni acto sancionador desproporcionado respecto de la gravedad de la infracción el reintegro de una subvención por incumplimiento de las condiciones o requisitos establecidos (...), tampoco puede decirse lo mismo respecto de una retirada de autorización”.

Esto es, la sentencia considera posible explicar el mecanismo de la “retirada” de autorizaciones por incumplimiento de las obligaciones a las que se somete su beneficiario a partir de la figura del reintegro de subvenciones. Parece considerar, en definitiva, que son una y la misma cosa y, en todo caso, distintas de la anulación, la sanción o la revocación.

2. La justificación tradicional del reintegro como ausencia de causa del desplazamiento patrimonial y su incapacidad para explicar todos los supuestos a los que se aplica

A pesar de la existencia de pronunciamientos como el recogido en el apartado anterior, que vinculan el reintegro con el incumplimiento de alguna de las obligaciones del beneficiario, la jurisprudencia española, al igual que la doctrina, ha tendido más bien a explicar el reintegro como el resultado del incumplimiento de una precisa obligación, y no de cualquiera de ellas: la de realizar la concreta actividad que haya justificado la concesión de la ayuda. Y ello, con independencia de las distintas concepciones que, en cada momento, haya podido mantener en relación con la naturaleza jurídica de la subvención.

De esta forma, lo que la jurisprudencia ha venido manteniendo ha sido que el reintegro era la consecuencia de la desaparición de la causa del desplazamiento patrimonial operado en favor del beneficiario.

Esto es, en cierto modo, lo que se encuentra bajo la terminología, no muy acertada, de una cierta línea jurisprudencial, representada, por ejemplo, por la STS de 20 de mayo de 2003, Ar. 5295 (ponente: MARTÍ GARCÍA), que sigue las SSTS de 9 de julio de 1988, Ar. 5324, y de 2 de octubre de 1992, Ar. 7744, y que declara que la subvención es una donación modal *ob causam futurum* (sic), de modo tal que, en caso de incumplimiento de los fines que justificaron su concesión, se produce el reinte-

gro de las cantidades percibidas, dado que, “por faltar el presupuesto causal, se ha dejado aquélla sin efecto”³⁸.

Y la misma idea es la que alienta bajo los pronunciamientos que, sin mucho rigor, consideran el reintegro de las subvenciones equivalente a la rescisión³⁹ o, más propiamente, a la resolución⁴⁰ de los contratos.

Esto es, aunque el acto de concesión siga existiendo, y siendo válido y oportuno, solo el cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención justificaba el desplazamiento patrimonial en favor del beneficiario. En consecuencia, a falta de dicho cumplimiento, el desplazamiento carece de causa.

Es importante insistir en esta cuestión, pues el incumplimiento no implica la nulidad del acto de concesión, ni siquiera por invalidez sobrevinida (sin perjuicio de las peculiaridades que, a este respecto, señalaremos más adelante). El acto sigue siendo válido y manteniendo todos sus elementos, incluida su causa. El incumplimiento del administrado no da lugar a la desaparición de la causa del acto, esto es, de la resolución de concesión de la subvención, sino a la desaparición de la causa

³⁸ En realidad, y llevando esta visión hasta sus últimas consecuencias, si la subvención realmente fuese una donación modal *ob causam futuram*, la falta del presupuesto causal o causa del acto por el que se concede la subvención, no determinaría la ineficacia de este, sino su nulidad radical. Por ello cabe insistir en que no es la desaparición de la causa del acto lo que se produce, sino la causa del desplazamiento patrimonial.

³⁹ En efecto, no son del todo extrañas las sentencias, vinculadas a la categorización de la subvención como convenio o fenómeno para-contractual, que afirman que el reintegro implica la rescisión de la relación jurídica subvencional. Así, la STS de 21 de marzo de 2007, Sección cuarta, Ar. 4596 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA).

⁴⁰ Son legión los pronunciamientos que hablan de los efectos “resolutorios” del reintegro. Así, y entre otras muchas, la STS de 23 de junio de 2000, Sección tercera, Ar. 5561 (ponente: ESCUSOL BARRA), dictada en relación con la negativa de la Administración a conceder una prórroga a la entidad *Herbrei, S.L.*, para el cumplimiento de las condiciones a que se sometió para la percepción de una ayuda concedida en el marco de la normativa sobre incentivos económicos regionales, considera que “el incumplimiento por parte de la empresa beneficiaria de las condiciones impuestas en la resolución individual de concesión de incentivos regionales tiene carácter resolutorio”.

En este sentido, Javier MEDINA GUIJARRO, “Competencias y procedimientos para el reintegro de subvenciones...”, p. 151, señala que la figura del reintegro de subvenciones resultado del incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario “supone la aplicación al ámbito de esta peculiar relación jurídica de la doctrina general que rige en derecho común para las obligaciones recíprocas (art. 1124 del Código Civil, en relación con el art. 1.2 del TRLGP), en las que la facultad de resolver se entiende en ellas implícitas para el caso en que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. Es posible aceptar esta interpretación, que coincide con lo expresado hasta ahora acerca de la naturaleza de la caducidad, pero siempre y cuando se entienda que la resolución del contrato no significa, propiamente, la invalidez o la desaparición de dicho contrato, sino de la relación creada por él o, si se prefiere, de sus efectos.

En sentido parecido, y poniendo en relación “reintegro” y “revocación”, lo que, según veremos más adelante, resulta especialmente importante a efectos de delimitar bien la figura, Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 432, también afirma respecto al reintegro que “es una resolución de la relación jurídica y no una revocación, porque no se basa en los mismos supuestos que esta, sino en otras causas”. También Vitelio TENA PLAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 122, afirma que “el incumplimiento de las obligaciones que incumben al beneficiario, fundamentalmente el de las condiciones con arreglo a las cuales fue otorgada la subvención, constituye *causa de resolución de la relación* nacida por el otorgamiento” (cursiva añadida), si bien, apenas líneas más adelante, se refiere indistintamente al reintegro como “la resolución o revocación de la subvención”.

de la atribución patrimonial⁴¹. Ello implica, como indicamos en el capítulo primero, la desaparición del elemento de la afectación. Y ello tiene una consecuencia capital: esta construcción no resulta aplicable a aquellas subvenciones que, según vimos en el capítulo primero, no se encuentran afectas a ningún comportamiento del beneficiario. Es decir, a las primas. Ahora bien, aunque sea posible situar aquí el núcleo de la institución del reintegro, es preciso señalar que la no realización de la actividad que justifica el desplazamiento patrimonial no es la única circunstancia configurada por el legislador como causa de reintegro. En efecto, del análisis de las causas de reintegro contenidas en el art. 37 LGS, al que procederemos en el capítulo séptimo, se desprende que existen otros comportamientos incumplidores del beneficiario que también originan la extinción de los efectos de la subvención y la liquidación de la relación jurídica subvencional (y ello sin perjuicio, como se verá, de que también se incluyan causas de reintegro que ni siquiera implican un incumplimiento de las obligaciones del beneficiario). Esta situación genera importantes dudas sobre la verdadera naturaleza de estas otras causas de reintegro y, muy especialmente, sobre su posible naturaleza sancionadora. Todo ello será objeto de desarrollo más adelante. Basta ahora con indicar que la institución de la caducidad explica y ampara la extinción de la relación jurídica establecida entre Administración y beneficiario por el incumplimiento de *cualquiera* de las obligaciones que recaen sobre este último.

V.

CAUSAS GENERADORAS DE CADUCIDAD:

¿ES LA CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO UNA NOCIÓN FUNCIONAL?

Según se acaba de indicar, la caducidad se produce por algún tipo de incumplimiento de sus obligaciones por parte del administrado. Ese es el motivo esencial de la caducidad, su causa “natural”, como ha escrito algún autor al que nos referimos más atrás. Una consecuencia de la finalidad que alienta la concesión del acto favorable de que se trate. A ello se suele añadir, con frecuencia, que la declaración de caduci-

⁴¹ Como ha destacado la doctrina civilista, “una cosa es la causa de la atribución patrimonial, y otra la causa del negocio jurídico que fundamenta la atribución”, Luis DIEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, 8ª ed., 1992, p. 510.

Y así se entiende también entre los autores iusadministrativistas, como Carlos I. AYMERICH CANO, *Ayudas públicas y Estado autonómico*, cit., p. 179, quien señala que “el incumplimiento determina la desaparición de la causa de la atribución patrimonial en que la subvención se resuelve, determinando la resolución retroactiva de la relación subvencional”. En el mismo sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 428, precisa que “la subvención se da para que se acometa determinada actuación (art. 2 LGS) y todas las cantidades percibidas en ese concepto deben aplicarse a esa actividad de modo que sí, por la razón que sea, no llega a realizarse, se pierde el derecho a ella. La subvención queda sin la causa que la justificaba”.

dad procedería solo frente a incumplimientos del beneficiario y solo en relación con obligaciones esenciales⁴².

Ahora bien, este esquema resulta excesivamente sencillo para explicar la realidad normativa. Por un lado, porque en determinadas ocasiones se han incluido como causas de caducidad ciertas circunstancias que no implican el incumplimiento de ninguna de sus obligaciones por parte del beneficiario, ampliando exageradamente el ámbito de la institución de la caducidad⁴³. Así ha ocurrido, por cierto, y como habrá ocasión de comprobar, con el reintegro de las subvenciones. Por otro lado, porque no es raro que las obligaciones que recaigan sobre el administrado sean muchas y muy variadas, de modo que ni todas ellas tienen la misma relevancia ni todas ellas tienen siempre alguna vinculación con la relación jurídica establecida entre Administración y administrado.

La situación se agrava cuando se atiende a que no es, en absoluto, un fenómeno reciente⁴⁴. De este modo, surgen dos cuestiones que han venido martirizando a la doctrina. En primer lugar, ¿es posible que existan causas de caducidad que no consistan en un incumplimiento del beneficiario? En segundo lugar, ¿es posible declarar la caducidad de una ventaja ante el incumplimiento de cualquier obligación de las impuestas al beneficiario o es necesario que se trate de una obligación de especial relevancia? La respuesta a ambas preguntas, cabe adelantarlo ya, es afirmativa. Y en ambos casos se trata de una respuesta insatisfactoria.

⁴² Por ejemplo, refiriéndose a la caducidad de la concesión de servicios, Silbia SARASOLA GORRITI, *La concesión de servicios públicos municipales. Estudio especial de las potestades de intervención*, IVAP, Oñati, 2003, p. 407, señala que la caducidad “exige no solo un incumplimiento (...) sino un incumplimiento cualificado y culpable derivado de la producción de una grave perturbación del servicio”. Con carácter más general, Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “Reflexiones sobre la caducidad...”, cit., p. 351, afirma que “la caducidad, ante todo, supone una potestad pública que se dirige a velar por el cumplimiento de la concesión y, si se producen incumplimientos graves de obligaciones esenciales imputables al concesionario, a iniciar el correspondiente procedimiento administrativo de caducidad”.

⁴³ La situación es tan antigua como el propio concepto de caducidad, en su sentido moderno. De este modo, si en las primeras leyes de minas y aguas del s. XIX se configura la caducidad como una forma de extinción de las autorizaciones y concesiones demaniales por incumplimientos del concesionario, a medida que esta legislación se hace más elaborada y sistemática se pasará a enumerar todas las posibles causas de extinción, sea cual sea su origen, y se las calificará sin más como supuestos de caducidad. Vid., Rafael CABALLERO SÁNCHEZ, “Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el Derecho Administrativo”, cit., pp. 64-65.

⁴⁴ Por ejemplo, ya José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., pp. 750-751, haciendo un rastreo de la normativa histórica, señalaba un amplio abanico de causas de caducidad de las concesiones administrativas que consideraba “genéricas”: la inejecución de obligaciones en plazo, el abandono o inadecuada prestación, la variación de sus obligaciones por parte del concesionario, la declaración de quiebra del concesionario en los casos de concesión, la transmisión no autorizada de la posición jurídica del concesionario, la falta de pago del canon concesional. Como puede comprobarse, ni todas implican un incumplimiento de las obligaciones del concesionario, ni todas las que sí implican el incumplimiento de una obligación van referidas a obligaciones que puedan considerarse “esenciales”.

1. El legislador ha configurado causas de caducidad que no consisten en incumplimientos del beneficiario

En primer lugar, no todas las situaciones configuradas como causas de caducidad implican, necesariamente, el incumplimiento del beneficiario.

Con carácter general, el legislador ha tendido a incluir aquí otras figuras que, al igual que ocurre con la caducidad, dan lugar a la extinción de los efectos del acto, sin poner en duda su validez y su oportunidad: la renuncia del beneficiario⁴⁵, la expiración del término de vigencia para el que se concedió la ventaja o la producción de alguna condición casual resolutoria a la que se hubiera anudado la extinción de sus efectos.

Pero, junto a ellas, también han sido introducidas, bajo el manto de la caducidad, auténticas causas de invalidez del acto, como el ocultar información o proporcionar información errónea con el fin de obtener la ventaja de que se trate.

2. La caducidad puede declararse frente al incumplimiento de cualquier obligación impuesta al beneficiario de la ventaja

La doctrina se ha manifestado unánime al afirmar que no todos los incumplimientos por parte del administrado pueden dar lugar a la caducidad. La extinción de los efectos que esta implica debería reservarse, en principio, para los casos en que el incumplimiento fuera de una especial gravedad, gravedad que debe ser entendida en sentido cualitativo y cuantitativo. Esto es, en primer lugar, el incumplimiento debería ir referido a una obligación esencial, de mayor relevancia que el resto de las obligaciones impuestas al beneficiario. En segundo lugar, el grado de incumplimiento de dicha obligación debería ser sustancial⁴⁶.

⁴⁵ En relación con la renuncia del concesionario a seguir con la explotación en caso de resultar esta deficitaria, y apoyándose en algunos Dictámenes del Consejo de Estado, como el de 16 de abril de 1947 (nº 2438), Fernando GARRIDO FALLA, "Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de los servicios", en RAP, nº 45 (septiembre-diciembre 1964), p. 232, ya afirmaba que "la conducta culpable (...) no es sino una entre las varias causas que pueden dar lugar a la declaración de caducidad" y que "la caducidad no es una sanción de tipo penal solo aplicable en caso de infracción dolosa del concesionario, sino una medida de apreciación inexcusable cuando se producen los motivos señalados por la Ley".

⁴⁶ Giuseppe SANTANIELLO, voz "Decadenza (Diritto amministrativo)", cit. p. 802. También Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 433, considera que no todos los incumplimientos deben dar lugar a la caducidad, sino que es necesaria "una ponderación cuantitativa del incumplimiento [pues] la caducidad no es referible a cualquiera de ellos, sino que ha de tener una cierta entidad e importancia". José Luis VILLAR PALASI, voz "Concesiones administrativas", cit., p. 747, considera también que "el incumplimiento debe, por otra parte, ser esencial".

Asimismo, existe cierta jurisprudencia que respalda esta tesis de las obligaciones “esenciales” como única causa del reintegro por incumplimiento. Esta postura, como se verá, ha tenido un especial impacto en relación con las subvenciones, donde un rigor demasiado extremo en la exigencia del cumplimiento de todas sus obligaciones por parte del beneficiario da lugar a notorias injusticias. Así ocurre, muy especialmente, con las llamadas “obligaciones formales”, relativas al cumplimiento de deberes meramente ancilares respecto a las obligaciones principales. De esta cuestión nos ocuparemos al estudiar el alcance del reintegro. No obstante, conviene dejar constancia aquí de que los autores que han tratado del reintegro han considerado que este debe producirse únicamente en relación a los incumplimientos especialmente graves. Así, Carlos I. AYMERICH CANO ha manifestado que la caducidad de la subvención, o reintegro, debe ser “entendida como consecuencia jurídica del incumplimiento de determinadas obligaciones –las más relevantes, aquellas que constituyen condición de la subvención o ayuda– por parte del beneficiario o la entidad colaboradora”⁴⁷.

El principal problema que origina esta tesis radica, sin embargo, en determinar qué debe entenderse por obligaciones “esenciales”. La respuesta solo puede ser parcial, debiendo completarse en cada caso. En efecto, como línea de principio cabe aceptar que las obligaciones esenciales son “las vinculadas estrechamente a la satisfacción de la finalidad perseguida” con la concesión de la ventaja⁴⁸. Ahora bien, más allá de esta afirmación, la respuesta concreta dependerá en cada caso.

Parte de la doctrina ha intentado resolver la cuestión de las obligaciones esenciales a partir de una distinción formal entre obligaciones constitutivas de cláusulas modales y obligaciones constitutivas de cláusulas condicionales. Solo estas últimas darían lugar, en todo caso, a la declaración de caducidad, lo que permitiría identificarlas con las obligaciones que hemos denominado “esenciales”⁴⁹.

⁴⁷ Carlos I. AYMERICH CANO, *Ayudas públicas y Estado autonómico*, cit., p. 178.

⁴⁸ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 117. La autora lo explica partiendo del dato esencial de que toda concesión administrativa se justifica porque supone la satisfacción de un determinado interés o finalidad pública, “finalidad pública [que] solo se alcanzará si el administrado hace uso del aprovechamiento concedido bajo determinadas condiciones, que pasan a ser obligaciones esenciales del concesionario. El cumplimiento por el concesionario de estas obligaciones esenciales es la condición a la que la Administración supedita la permanencia de la concesión administrativa de dominio público. Esta circunstancia es conocida por el administrado” (pp. 100-101). De este modo, y siempre en relación con las concesiones, “si la Administración consintió en otorgar la concesión porque deseaba satisfacer con ella una finalidad pública y esta peligra o deviene imposible al incumplir el concesionario las obligaciones que garantizaban su satisfacción, por la misma razón debe dejar de consentir esta utilización privativa de dominio público cuando resulte contraria al interés perseguido. El incumplimiento de las obligaciones esenciales del concesionario, ya sea voluntario o involuntario, frustra, por tanto, la satisfacción de la finalidad pública que la Administración pretendió alcanzar al otorgar la concesión y justifica la declaración de caducidad de la concesión” (pp. 119-120).

⁴⁹ En este sentido, Alfredo GALLEGU ANABITARTE, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas...” cit., p. 245, quien se remite a “la STS de 10 de noviembre de 1976 (Ar. 4941), [en la que] el Tribunal Supremo, recogiendo una jurisprudencia casi secular, ha distinguido, y reiterado de nuevo, que las diversas cláusulas que

Sin embargo, la distinción no es definitiva, dado que la dicotomía entre condiciones y modos (sin perjuicio de las críticas que el uso de estas figuras merece y a las que nos hemos referido en el capítulo primero), no equivale a una distinción perfecta entre obligaciones esenciales y otras obligaciones. En efecto, al incumplimiento de las condiciones se anuda, en todo caso, la declaración de caducidad. Pero el incumplimiento de los modos también puede dar lugar, entre otras posibles consecuencias, a la declaración de caducidad. La adopción de una u otra medida dependerá de la gravedad del incumplimiento.

Asimismo, en la medida en que las normas no suelen indicar qué obligaciones son modos y cuáles condiciones, la distinción deviene inútil para determinar cuáles son las obligaciones esenciales y, más bien, acaba ocurriendo lo contrario: aquellas obligaciones que se estima que son esenciales son calificadas como condiciones resolutorias, mientras el resto tienden a caracterizarse como modos. De esta forma, llegamos al punto de partida: la necesidad de buscar un criterio que permita conocer qué obligaciones tienen el carácter de esenciales, a fin de vincular exclusivamente a su incumplimiento la declaración de caducidad.

Solo es posible conseguir una precisión mayor recurriendo al concepto de “afectación” de las ventajas concedidas. Esto es, a la obligación de dar un uso determinado a los bienes, dinerarios o en especie, entregados por la Administración. En efecto, en el caso de que la ventaja concedida por la Administración tenga un contenido real o dinerario (lo que no ocurrirá en todos los casos), y dicha concesión se encuentre vinculada a la realización de una concreta actividad que le sirve, precisamente, de justificación, será posible identificar dicha actividad con una obligación esencial. En consecuencia, su incumplimiento determinará la extinción de los efectos del acto y, en su caso, la devolución del bien entregado⁵⁰.

Es aquí donde recupera toda su importancia la tesis de la causa de la atribución patrimonial y su concreto desarrollo en relación con la subvención. De hecho, precisamente porque existen ventajas cuya concesión está afectada a un fin es por lo que parte de la doctrina ha dirigido sus críticas hacia la posibilidad de que exista una única categoría, la de caducidad, en la que se incluyan tanto el reintegro como el resto de retirada de ventajas por incumplimiento de las obligaciones del beneficiario.

se encuentran en las concesiones demaniales deben ser calificadas de cargas modales frente a una que actuaría como «condición esencial», y que naturalmente produciría la caducidad”.

⁵⁰ Para José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 165, el incumplimiento grave sería aquel que afecta a las “condiciones o acuerdos esenciales”, debiendo entender por tales el deber de cumplir con el “fin primario” de la ventaja concedida. De este modo, y de conformidad con la distinción que el autor recoge entre condición y modo, “solo cuando la cláusula accesoria consista en el cumplimiento del fin merece el tratamiento de condición, obligando a la Administración a declarar la caducidad o revocación por incumplimiento”.

En concreto, se ha destacado que la extinción de los efectos del acto favorable por el incumplimiento del beneficiario se adecua especialmente bien a los supuestos en que se establece una relación “casi sinalagmática” entre Administración y administrado, como en el caso de la subvención, porque la Administración no solo permite al administrado que realice una actividad sino que, además, está vivamente interesada en que la realice (porque de ese modo estima que se satisface algún interés general), de ahí que se entienda fácilmente que su no realización determine la retirada de la ventaja. Sin embargo, en otras ocasiones la Administración puede no tener interés alguno en la realización de la actividad llevada a cabo por el administrado, por lo que no se entendería bien que la no realización de la misma diese lugar a la retirada de la ventaja. De este modo, según señala HUERGO LORA en relación con las autorizaciones y concesiones, “en ambos casos el acto certifica que la actividad que el particular quiere llevar a cabo (ya se trate de abrir una empresa o de extraer minerales de una mina) no es nociva para los intereses públicos, pero la Administración no tiene interés en que se lleve a cabo y por ello no solo no la fomenta, sino que la controla y exige un título habilitante para poder llevarla a cabo. Sin embargo, en todos estos casos se prevén supuestos de revocación por incumplimiento de las condiciones que forman parte del acto como elementos accidentales”⁵¹.

En el fondo, lo que late es la idea de que en un caso el cumplimiento de la obligación satisface un interés público que sirve de justificación, precisamente, a la concesión de la ventaja, y en otros casos la ventaja no está afectada a fin alguno.

Ahora bien, caben ciertas precisiones a esta crítica. En primer lugar, y a pesar de ir referida tanto a autorizaciones como a concesiones, la crítica parece dirigirse más contra las primeras. En efecto, en las concesiones resulta imprescindible la concurrencia de un interés público: solo así se justifica que uno o unos pocos administrados puedan beneficiarse en exclusiva de lo que, de lo contrario, correspondería disfrutar a todos. En segundo lugar, también el sometimiento de una actividad a autorizaciones pretende garantizar un interés general: el desarrollo de una actividad de determinada forma, y no de otra, bien porque es la más favorable a los intereses públicos, bien porque, de otro modo, sería contraria a ellos. En estos casos, la retirada de la autorización no tendrá lugar por la no realización de la actividad (lo que, en efecto, a la Administración puede no importarle), sino por su realización contraviniendo los límites marcados por la autorización.

Pues bien, a pesar del denodado esfuerzo doctrinal para identificar la existencia de obligaciones esenciales y vincular a ellas en exclusiva la declaración de caducidad, lo cierto es que, como señalábamos más arriba, el legislador, al establecer el concre-

⁵¹ Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 349-350.

to régimen de caducidad de cada ventaja, no duda en señalar que el incumplimiento de obligaciones claramente accesorias puede ser determinante de la declaración de caducidad⁵².

Exactamente la misma situación que encontraremos en relación con el reintegro de subvenciones.

3. La respuesta de la doctrina. En concreto, la noción de “causas de caducidad” propuesta por LAFUENTE BENACHES

Ante esta situación normativa, que, al menos en apariencia, prevé un único régimen jurídico para situaciones muy distintas, la doctrina ha reaccionado de dos formas distintas. Por un lado, algunos autores han negado que deba aplicarse el mismo régimen jurídico a todas las causas de caducidad. De este modo, y distinguiendo donde el legislador no lo ha hecho, han establecido que ciertas circunstancias, aun configuradas por la norma como causas de caducidad, deben tener un régimen jurídico especial.

En cierta medida, se trata de una plasmación del principio de proporcionalidad: dado que no todos los incumplimientos del administrado tienen la misma gravedad, no todos deben provocar la misma respuesta por parte de la Administración. El propio legislador es consciente de esta circunstancia, de modo que, en ocasiones, modula el alcance de la declaración de caducidad. Así ocurre, hasta cierto punto, y como habrá ocasión de ver, con el régimen del reintegro. Sin embargo, y por este mismo motivo, no debe olvidarse que el primer encargado de aplicar y calibrar el principio de proporcionalidad es el legislador y, si se muestra muy riguroso, no deja de ser su elección: hay que aceptar que algunos incumplimientos leves puedan dar lugar a la declaración de caducidad.

La única limitación que podrá oponerse al legislador será la de las garantías que consagra la Constitución y, muy en particular, las garantías que rodean el régimen sancionador. En efecto, a pesar del amplísimo margen de apreciación del que dispone el legislador, lo que no puede hacer es establecer un régimen sancionador encu-

⁵² De hecho como señalara Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 433, refiriéndose a la concesiones demaniales, son causas típicas de la caducidad “el supuesto de no uso o de interrupción del aprovechamiento, los de no ejecución, en su caso, de las obras exigidas; [y] los de incumplimiento por el concesionario de las obligaciones establecidas tanto por la normas de carácter general como en el clausulado de la concesión”. La última de las causas de caducidad mencionada, precisamente, es la que serviría para vincular la declaración de caducidad al incumplimiento de obligaciones distintas de las esenciales.

bierto bajo la apariencia de la declaración de caducidad. De esta delicada cuestión, sin embargo, nos ocuparemos más adelante.

Por otro lado, otros autores han aceptado la existencia de un régimen jurídico único para todas las causas de caducidad, aun tratándose de situaciones cualitativa y cuantitativamente muy distintas. Para ello, han intentado buscar un fundamento único a las causas de caducidad distinto del incumplimiento del administrado y capaz de unificarlas como una única institución homogénea.

El esfuerzo más acabado en este sentido es el realizado por Mercedes LAFUENTE BENACHES en relación con la caducidad de las concesiones. En concreto, esta autora ha creído posible ampliar las causas de caducidad más allá de los meros incumplimientos del beneficiario, estableciendo que la configuración de las causas de caducidad debería basarse en “aquellos factores que la Administración estimó determinantes para conceder al peticionario el aprovechamiento solicitado”, factores que divide en subjetivos (“los relativos a las condiciones personales del peticionario, cuando estas han sido valoradas de manera decisiva para optar a la concesión”) y objetivos (“referentes al objeto de la concesión, la parcela de dominio público solicitada, y a la forma de aprovecharla, es decir, las obligaciones esenciales asumidas por el concesionario”)⁵³.

De este modo, el elemento específico y diferenciador de las causas de caducidad sería el constituir circunstancias que impiden la satisfacción del interés público perseguido con el acto administrativo de que se trate. Por lo tanto, “la declaración de caducidad de la concesión de dominio público es, para nosotros, la decisión administrativa que le pone fin cuando su finalidad pública se imposibilita o se frustra”⁵⁴.

Ahora bien, si con esta construcción se consigue justificar la existencia de causas de caducidad más allá del incumplimiento por parte del administrado, correlativamente se cae en la incongruencia de dejar fuera causas de caducidad, configuradas como tales por la normativa aplicable, que no suponen una vulneración de la finalidad perseguida por la Administración.

En efecto, cuando la misma autora intenta trasladar este planteamiento abstracto y general a las causas de caducidad previstas en una norma concreta (el art. 79 de la Ley de Costas), encuentra supuestos que no encajan en su esquema. Sin embargo, en lugar de negar la validez de su formulación, niega el carácter de causa de caducidad de los supuestos previstos como tales por la norma, afirmando que “no todos

⁵³ Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., pp. 401 y 402.

⁵⁴ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 20.

ellos pueden ser calificados de auténticas causas de caducidad de la concesión. Deben serlo únicamente los incumplimientos referidos a obligaciones «esenciales» y lo son exclusivamente los relacionados estrechamente con la obtención de la finalidad pública de la concesión⁵⁵.

En consecuencia, del meritado esfuerzo doctrinal no se obtiene resultado alguno, pues no resuelve nada: el hecho de negar que ciertas causas de caducidad previstas en la Ley sean “verdaderas” causas de caducidad no impide que deba seguir aplicándose a las mismas el régimen jurídico de la caducidad⁵⁶. Es decir, a la Administración le es indiferente si la causa de caducidad prevista en la Ley es una “verdadera” causa de caducidad o si no lo es: en caso de que concurra, declarará la caducidad.

4. La caducidad del acto administrativo como noción funcional

En definitiva, el legislador, que no está sujeto a las categorías jurídicas elaboradas por la doctrina, crea libremente el régimen jurídico que considera más conveniente para cada situación, dándole además el nombre que estima más oportuno. Como consecuencia, bajo el nombre de caducidad, y junto a “verdaderas” causas de caducidad, se encuentran en ocasiones figuras jurídicas distintas, como la renuncia, el término o las condiciones resolutorias. Cabe adelantar que así ocurre, además, en relación con las subvenciones: en el art. 37 LGS, entre las causas de caducidad (reintegro) en sentido estricto, el legislador ha deslizado otras circunstancias que constituyen, en realidad, causas de invalidez de la resolución de concesión [art. 37.1.a) LGS] o auténticas condiciones casuales resolutorias [art. 37.1.h) LGS].

Ahora bien, la inclusión de otras circunstancias, ajenas al comportamiento incumplidor del beneficiario, entre las causas de caducidad puede tener importantes con-

⁵⁵ Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 403. De hecho, haciendo un esfuerzo interpretativo, acepta la existencia de un tercer grupo de causas de caducidad, distinto de los dos anteriores. Se trataría de supuestos que, sin ser causas de caducidad en sentido estricto, pueden justificar que esta se adopte (por ejemplo, construir más de un 10 por ciento de lo permitido, invadir dominio público no otorgado, etc.): “el incumplimiento de estas obligaciones no frustra o imposibilita la obtención de la finalidad pública de la concesión, pero sí puede ocurrir que la Administración pública no hubiera estimado oportuno conceder el aprovechamiento solicitado de no haberse comprometido el peticionario a respetar ciertas obligaciones” (p. 405). No obstante, aún así seguirían quedando fuera de su esquema algunas causas de caducidad expresamente previstas como tales por la Ley de Costas. Como resultado, niega que sean “verdaderas” causas de caducidad el incumplimiento de la obligación de pagar el canon [art. 79.1.c) Ley de Costas] o la no constitución del depósito requerido por la Administración para la reparación o el levantamiento de las obras o instalaciones [art. 79.1.j) Ley de Costas] (p. 404).

⁵⁶ De hecho, si se intenta lo mismo con el reintegro, el resultado será similar. Como habrá ocasión de ver, es difícil sostener que el incumplimiento de la obligación de publicidad, configurada en el art. 37.1.d) LGS como causa de reintegro “imposibilita” o “frustra” el fin de la subvención. A pesar de ello, sigue siendo una causa de reintegro y será aplicada como tal por la Administración y los tribunales.

secuencias de cara a la aplicación del régimen jurídico propio de la caducidad o, simplemente, pueden dar lugar a que la aplicación de dicho régimen resulte especialmente injusto. Por ejemplo, en determinadas ocasiones estas “falsas” causas de caducidad podrían dar lugar a una indemnización en favor del beneficiario (lo que resulta impensable en caso de incumplimiento). Del mismo modo, podría resultar absolutamente injustificada la aplicación de penalizaciones (distintas de las sanciones administrativas) como parte de la declaración de caducidad que sí tendrían plenamente sentido en caso de incumplimientos del beneficiario.

La situación así descrita lleva a pensar si la noción de caducidad (y, por ende, de reintegro) es una noción funcional, en lugar de una noción conceptual, en el sentido expuesto hace más de medio siglo por Georges VEDEL en dos estudios, uno relativo a la jurisprudencia *Septfonds-Barinstein* y otro relativo a la vía de hecho⁵⁷. En ellos, VEDEL desarrolla una concepción funcional del Derecho heredada de Maurice HAURIUO y de la que ya se ocupó en su tesis de 1934. A juicio de VEDEL, en el Derecho Administrativo se encuentran, quizá más que en cualquier otra disciplina, nociones propiamente conceptuales y nociones funcionales.

Las nociones conceptuales son independientes del fin al que sirven. Son nociones cerradas cuyos límites están perfectamente claros, por lo que pueden ser objeto de una definición completa según los criterios lógicos habituales y su contenido puede determinarse de manera abstracta y definitiva, de una vez para siempre. VEDEL situaba entre ellas las nociones de “funcionario”, de “municipio” o de “departamento”.

Por el contrario, las nociones funcionales solo se explican por su finalidad, por la *función* que cumplen, único elemento que les confiere unidad. VEDEL pone como ejemplo la noción de “acto de gobierno”, cuya definición abstracta y definitiva resulta imposible, dada la heterogeneidad de supuestos distintos que engloba: es posible enumerar los actos de gobierno, pero no definir la categoría “actos de gobierno” a menos que se haga indicando aquello para lo que sirve dicha categoría, esto es, su función. También el concepto de acto nulo de pleno derecho parece configurarse como una noción funcional, y no conceptual: no es fácil dar una definición capaz de explicar satisfactoriamente todos los supuestos que pueden incluirse bajo el nombre de “nulidad”, pero sí está clara la intención de dicha inclusión, que no es otra que asegurarles un régimen jurídico concreto.

⁵⁷ Vid., sus estudios “De l’arrêt Septfonds à l’arrêt Barinstein”, *JCP-La semaine juridique*, 1948, I, 682, y “La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative”, *JCP-La semaine juridique*, 1950, I, 851.

Las nociones funcionales solo resultan útiles para producir ciertos efectos jurídicos específicos, esto es, por entrañar un régimen jurídico determinado. De este modo, hacen referencia a instituciones jurídicas que son difícilmente explicables desde un punto de vista teórico y dogmático, pero que se entienden muy bien cuando se atiende a los motivos por los que son aplicadas⁵⁸.

La distinción entre nociones conceptuales y funcionales resulta quizá especialmente útil en ordenamientos de formación preeminentemente jurisdiccional, como ocurre en el caso francés y, en buena medida, en el caso de la Unión Europea. En efecto, en tales ordenamientos no será complicado encontrar conceptos cuya única justificación se encuentre en servir de coartada al órgano judicial para aplicar un determinado régimen jurídico a una situación concreta. Sin embargo, este par de conceptos también puede resultar de utilidad a los efectos de nuestra exposición, dado que la institución de la caducidad parece configurarse como una noción funcional y no conceptual.

En efecto, atendiendo a todo cuanto llevamos expuesto llegamos a la conclusión de que no es posible dar una definición completa y cerrada de la caducidad. La heterogeneidad de sus causas, sancionada por el legislador y los tribunales, así lo impiden. Podemos describir, enumerar las causas que dan lugar a la caducidad, pero no explicarlas de una vez y para siempre atendiendo a un criterio fijo y siempre válido. Los intentos más acabados en esta dirección, por lo demás notabilísimos, se han visto abocados al fracaso al ser confrontados con la realidad normativa.

Todo lo que podemos decir del instituto de la caducidad es que supone un régimen jurídico que resulta aplicable en determinadas circunstancias. Es decir, lo verdaderamente relevante del instituto de la caducidad se encuentra en que permite aplicar un régimen jurídico concreto, permite que la Administración ejerza ciertas potestades frente a los administrados y obliga a estos a responder ante las exigencias de la Administración. La caducidad, y también el reintegro, constituirían por tanto una noción funcional, explicable solo por la *función* que están llamados a desempeñar.

⁵⁸ Las nociones funcionales saben a poco para los dogmáticos del Derecho, cuyas apetencias de nociones conceptuales son evidentes. Sin embargo, no debe despreciarse su utilidad. De hecho, no es infrecuente verlas utilizadas por la mejor doctrina francesa. Así: René CHAPUS, "Georges Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle» d'une bonne administration de la justice", *Revue du Droit Public et de la Science Politique à France et à l'étranger*, 2003, n° 1, p. 3; Lucien SFEZ, *Critique de la décision*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1973, p. 285; P. WEIL, "Une résurrection: la théorie de l'inexistence en droit administratif", *Rec. Dalloz* 1958, Chron., p. 56, este último *apud* Xavier ARZOZ SANTISTEBAN, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati, 1998, p. 583.

VI.

LA PRODUCCIÓN AUTOMÁTICA DE LA CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Caducidad material y caducidad formal

De conformidad con la doctrina clásica, la producción de la caducidad se divide en dos fases o componentes: la caducidad material y la caducidad formal. En efecto, en principio se afirma que la caducidad material se produce *ope legis*, por el simple transcurso del tiempo sin que el administrado haya realizado la actividad de que se trate⁵⁹ o por el simple incumplimiento de cualquiera de sus demás obligaciones. La misma idea se afirma en relación con el reintegro de subvenciones⁶⁰. Ahora bien, para que la caducidad produzca los efectos que le son propios se considera necesario que sea objeto de una declaración expresa por parte de la Administración. De lo contrario, se crearía una innecesaria situación de inseguridad jurídica, en la medida en que no se sabría si se ha producido o no la extinción de los efectos del acto⁶¹. Dicha declaración constituiría la caducidad formal.

⁵⁹ Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, cit., p. 2.

⁶⁰ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 336, considera que “la concurrencia de alguna de las causas de reintegro constituye en sí misma la obligación de reintegrar sin necesidad de tramitar procedimiento administrativo alguno”. Del mismo modo, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 429, afirma que “desde el instante en que no se realiza esa actividad en el tiempo conferido para ello o no se aplican a esa actividad la totalidad de las cantidades cobradas surge ya para el beneficiario que la cobró la obligación de devolverlas y para la Administración el correlativo derecho de crédito”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de junio de 2000, Sección tercera, Ar. 5561 (ponente: ESCUSOL BARRA), ya citada, que considera que “producido el hecho objetivo del incumplimiento de las condiciones, opera, por tanto, la causa de resolución de la relación nacida por la subvención otorgada”.

⁶¹ En este sentido, afirma Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., pp. 96 y 98, que “la simple incursión de la concesión de dominio público en causa de caducidad no supone que haya caducado la concesión. Hace falta una resolución administrativa en este sentido dictada por la autoridad competente con la finalidad de que la extinción de la concesión sea adecuada a los intereses públicos”. De este modo, “la declaración de caducidad sirve a propósitos de seguridad jurídica –destruir la apariencia– y de protección jurídica de los interesados”.

Y, en la misma línea, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., pp. 296, han señalado que, “para que se produzca *de iure* el cese de la eficacia no es suficiente que se incurra en el incumplimiento de una cláusula que lleve aparejado dicho efecto, sino que es precisa la declaración formal de caducidad por parte de la Administración”.

Por su parte, Giuseppe SANTANIELLO, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, cit. p. 801, estima que la extinción automática de un derecho subjetivo o de una facultad por el simple hecho del transcurso del término fijado por la ley o el negocio jurídico es una característica exclusiva del ámbito civil. En el ámbito administrativo, por el contrario, “la declaración de caducidad requiere la adopción de un acto expreso con el que la Administración, mediante una declaración unilateral de voluntad, resuelve la relación existente”.

En contra, José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., p. 47, para quien el carácter *ipso iure* de la caducidad permitiría que su declaración se realizase sin mediar procedimiento, marcando así una diferencia con la anulación y la revocación, que sí necesitarían, en todo caso, ser resultado de una procedimentalización. En el mismo sentido, y en relación con la caducidad de las autorizaciones de farmacia, Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, “La extinción de la autorización de farmacia”, p. 151, también estima que para que se produzca esta caducidad “no se requerirá declaración expresa administrativa –basta acreditar el hecho–”.

Cabe distinguir, en consecuencia, dos fases o momentos de la caducidad, una de carácter material y la otra formal. Como indicara VILLAR PALASÍ en un artículo clásico, refiriéndose a la concesión minera, “en efecto, es diferente el que la concesión esté «incurso» en caducidad (caducidad material) de que esté «declarada» en caducidad (caducidad formal)”⁶². La caducidad material es la que se produce *ope legis*, no obstante, para que produzca los efectos que le son propios, debe ser completada con la declaración de caducidad por parte de la Administración, esto es, con la caducidad formal.

Se afirma, por lo tanto, que para que la caducidad surta efectos es necesario tramitar un expediente orientado a su declaración. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, “la caducidad es un efecto *ex lege*, según el mecanismo propio de los negocios fijos, pero cuya efectividad, sin embargo, pende (...) de la declaración expresa de la Administración (...)”⁶³. La situación resultante, sin embargo, no es nada clara. Frente a lo que pudiera parecer, se trata de una “mecánica compleja en extremo, que ha dado lugar a pronunciamientos jurisdiccionales muy contradictorios”⁶⁴.

2. Consecuencias de la distinción entre caducidad formal y material: el carácter automático de la caducidad

En efecto, del juego de la caducidad formal y material se deducen, al menos, tres consecuencias que no casan del todo bien con las previsiones de nuestro ordenamiento.

En primer lugar, la caducidad formal tendría efectos meramente declarativos y no constitutivos. No otro parece ser el sentido de afirmar que la caducidad material se produce de manera automática y que la caducidad formal tiene como finalidad, esencialmente, garantizar la seguridad jurídica. La Administración, en principio, parece limitarse a constatar la existencia de una caducidad que se habrá producido *ope legis*, por simple mandato legal. En palabras de nuevo de GARCÍA DE ENTERRÍA, “este acto de constatación es característicamente declarativo; no tiene contenido propio, sino que se limita a enlazar el hecho comprobado con el efecto legal de la caducidad, que ema-

⁶² José Luis VILLAR PALASÍ, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, cit., nota 67 a pp. 115-116.

⁶³ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera”, *RAP* n° 17 (mayo-agosto 1958), p. 271, para quien se trataría de una circunstancia también predicable de los contratos, como ya sostuvo en “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *RAP* n° 2, 1950, p. 105. En parecidos términos José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, cit., p. 267, “la caducidad no supone una forma de extinción automática, sino que es preciso que la Administración la pronuncie, previa formación de expediente (art. 68 de la Ley general de Obras públicas)”.

⁶⁴ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 433.

na de normas sustantivas; es un acto de procedimiento y no material. Ahora bien, en tanto que este acto no se produzca hay una apariencia de concesión en vigor”⁶⁵.

En segundo lugar, la declaración de caducidad se configura como un deber para la Administración que, además, deberá tomar las medidas que resulten necesarias para que la cesación de efectos establecida por el ordenamiento sea real y efectiva. La declaración de caducidad, en consecuencia, no sería solo el resultado del ejercicio de una potestad, sino también el cumplimiento de un deber para impedir trastornos a los intereses públicos⁶⁶. Así se deduciría de la propia naturaleza de la caducidad, pues si con ella se persigue evitar la continuidad de una situación que se considera contraria al interés público, una vez producida esta, la Administración debe inexcusablemente ponerle fin⁶⁷. La Administración, en definitiva, no puede negarse a declarar la caducidad una vez que se ha producido la causa que la desencadena. Como consecuencia, cabe afirmar que la caducidad no es inmediata, pero sí es obligatoria⁶⁸. De este modo, al configurarse como un deber de la Administración, debe aceptarse la posibilidad de que la Administración pueda ser instada a actuar por parte de terceros, ya sean administrados, ya sean otras Administraciones.

Y en tercer lugar, y sobre todo, la producción *ipso iure* de la caducidad por la simple concurrencia de ciertas circunstancias y, entre otras, pero muy señaladamente, el incumplimiento de sus obligaciones por el administrado, excluye la posibilidad de que puedan ser tenidas en cuenta las circunstancias del caso. Esto es, resultará de todo punto irrelevante que el administrado haya actuado o no con culpa o negligencia, que concurra o no una situación de fuerza mayor, que los motivos del incumplimiento se hayan debido a una actuación de la Administración, que haya transcurrido un considerable periodo de tiempo desde que se produjera el hecho

⁶⁵ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema de la caducidad...”, cit., p. 271. Asimismo, y en relación con la subvención, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 428, considera que “cuando hay incumplimiento de la carga jurídica asumida por el beneficiario y la subvención hubiera sido liquidada anticipadamente el efecto consistente en la devolución de lo percibido más los intereses no es consecuencia de la declaración resolutoria de la Administración, sino del incumplimiento propiamente dicho. La *declaración* administrativa no tiene, pues, *ningún efecto constitutivo* de la obligación que recae en el beneficiario de la subvención de reintegrar lo indebidamente percibido (...) Si hay incumplimiento la obligación de pago no es exigible, lo que significa que si el pago ya se realizó procede automáticamente la devolución de lo que resulta ser una percepción indebida”.

⁶⁶ José Antonio GARCÍA-TREVIANO FOS, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, cit., p. 268, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado.

⁶⁷ Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 401. En el mismo sentido en Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 142.

⁶⁸ Y lo mismo se ha entendido que ocurriría, una vez más, con el reintegro de subvenciones. Así lo estiman, por ejemplo, Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 432, quien sostiene, a partir de la redacción del art. 81.9 TRLGP, que “la declaración no es facultativa, sino obligatoria, como resulta del citado artículo que dice que procederá el reintegro y no que podrá proceder”, o José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 91, quien afirma, según se señaló más arriba, que la recuperación de la subvención por incumplimiento de la finalidad para la que fue concedida “no es ya discrecional, como lo sería en el supuesto de rescate a través de rescisión administrativa, sino reglado y obligatorio para el Tesoro”.

determinante de la caducidad, etc. Es más, ni siquiera queda claro si debería tramitarse un procedimiento administrativo para la declaración de la caducidad en el que se conceda audiencia a los interesados.

3. La negación del carácter automático de la caducidad: límites a la declaración de caducidad

Pero esta situación, sencillamente, no se complace ni con un buen número de previsiones normativas ni, en muchos casos, con algunos de los principios generales del Derecho más íntimamente relacionados con los valores propios de la justicia material.

En primer lugar, este automatismo en la producción de la caducidad resultaría contrario al principio de proporcionalidad, en la medida en que implicaría negar toda relevancia a la gravedad del incumplimiento.

En segundo lugar, en ocasiones son las propias normas las que parecen exigir la concurrencia de elementos volitivos para entender producida la causa de reintegro, lo que implica una labor de apreciación que va más allá del mero automatismo⁶⁹, al igual que ocurre en caso de alegación de fuerza mayor, cuya presencia también se ha entendido que, eventualmente, impediría la declaración de caducidad⁷⁰, por lo que sería necesario concluir que la caducidad no se produce *ipso iure* por el simple incumplimiento, sino que será necesaria una previa valoración de la Administración que tenga en cuenta todos los factores en juego.

En última instancia, y sin perjuicio de otras posibles causas que impedirían la declaración de caducidad⁷¹, la doctrina ha admitido que su producción automática, sin

⁶⁹ Por ejemplo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que en todos los casos de caducidad prevista por el art. 66 del TR de la Ley de Aguas (desarrollado en el art. 161 y ss. del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, Real Decreto 849/1986), es necesaria la concurrencia de un elemento volitivo por parte del administrado, lo que explica que la concurrencia de fuerza mayor impida la declaración de caducidad. Así, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 158, siguiendo a Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, J. TOLEDO JAUDENES y C. ARRIETA ÁLVAREZ, *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, 1987.

⁷⁰ José Luis VILLAR PALASÍ, voz "Concesiones administrativas", cit., pp. 747, 749 y 750, quien señala además que "la alegación de prueba de tal fuerza mayor corresponde al concesionario como gravado por el *onus probandi*". Los requisitos para que exista fuerza mayor son: que el hecho fuera imprevisto e imprevisible (lo que excluye lluvias y nieves y los riesgos normales de una empresa), que el hecho escapara totalmente a la voluntad del concesionario y que haya hecho imposible la ejecución de la concesión. En sentido similar, Sebastiano CASSARINO, "Considerazioni sulla decadenza...", cit., pp. 98-99.

⁷¹ Así, se ha entendido que un incumplimiento de la Administración que impidiese el cumplimiento por parte del administrado, también evitaría la declaración de caducidad, José Luis VILLAR PALASÍ, voz "Concesiones administrativas", cit., p. 750. En términos parecidos, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 123, también estima que no procede la caducidad cuando el incumplimiento se debe a causas imputables a la Administración. Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., pp. 227-229, recoge, sin embargo, pronunciamientos jurisprudenciales que ofrecen soluciones diversas: por un lado, la STS de 7 de mayo de 1980 señala que la imposibilidad de iniciar una obra por culpa del Ayuntamiento no da lugar a la caducidad de la licencia de obra del administrado; por otro lado, cita varias

posibilidad de apreciación alguna para la Administración, podría resultar incluso contrario a los intereses generales. En efecto, “puede convenir a los intereses de la Administración pública no declarar caducada una concesión, pese al incumplimiento culpable”⁷². Aún más, el incumplimiento de las condiciones de una concesión (por ejemplo, no ejecutar en plazo las obras acordadas), que determina la producción *ope legis* de su caducidad, puede estar amparado por razones de interés público, lo que justifica que los poderes públicos (incluso actuando *contra legem*) no siempre declaren la producción de dicha caducidad⁷³.

En consecuencia, al poder resultar la declaración de caducidad contraria al interés público, se ha querido ver una solución más pragmática en hacer depender dicha declaración de la valoración de los intereses públicos que se encuentren en juego en cada momento. De este modo, y según las circunstancias de cada caso, la Administración podría decidir declarar la caducidad, conceder una prórroga, establecer alguna medida alternativa (pérdida de fianza, pero sin declarar la caducidad) o, sencillamente, no hacer nada.

El resultado, en última instancia, sería la negación de los efectos declarativos de la caducidad formal. Esto es, la declaración de caducidad dictada por la Administración, al menos en ciertos casos, tendría un carácter verdaderamente constitutivo⁷⁴. Y lo mismo sería predicable en relación con las subvenciones. Esto es, su caducidad (reintegro) no se produciría de modo automático⁷⁵. Así parece derivarse, por lo demás, de la actual regulación del procedimiento de reintegro, de la que nos ocuparemos en el capítulo séptimo.

sentencias en las que se decide, con resultado contradictorio, si la licencia de obras de un administrado que no puede iniciar la obra porque el Gobierno civil no le da la licencia de demolición, caduca o no una vez pasado el plazo máximo concedido para el inicio de las obras, así, dice que caduca la STS de 12 de mayo de 1983, mientras que dicen que no caduca las SSTS de 12 de abril, 13 de mayo y 12 de julio de 1985.

⁷² José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., pp. 751-752.

⁷³ Durante años, se trató de una práctica corriente en el ámbito de las concesiones hidráulicas. En ellas, a pesar de haber transcurrido el término máximo para realizar las obras a las que estaban vinculadas las concesiones, la Administración no declaraba su caducidad. En la mayor parte de las ocasiones, la Administración se limitaba a no actuar. En ciertas ocasiones, sin embargo, las concesiones caducadas eran objeto de “sanaciones legales”, que o bien las convalidaban o bien sustituían la caducidad por sanciones económicas. El motivo se encontraba en que las concesiones de agua solían tenerse “en cartera” por una empresa, de modo que esta iba ejecutando las obras según iba siendo necesario para el abastecimiento de agua (o de electricidad) a la población. Vid., el trabajo clásico de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema de la caducidad...”, cit., pp. 269-293, en especial, p. 272.

⁷⁴ En este sentido, Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., pp. 95-95, estima que la declaración de caducidad tendrá, por norma general, carácter constitutivo y no meramente declarativo. Es decir, que los supuestos en que la caducidad se produce *ipso iure* serán la excepción, y no la regla. Ello se debe a que prácticamente en todos los casos habrá algún elemento que valorar. Y, en realidad, hay que convenir con él en que eso es lo que justificaría, en buena medida, la obligación de evacuar trámite de audiencia en beneficio del administrado.

⁷⁵ De este modo, se ha afirmado que “es claro que la caducidad tendrá que declararse por el órgano competente, en principio el mismo que concedió la subvención o ayuda, declaración potestativa y de carácter constitutivo”, Carlos I. AYMERICH CANO, *Ayudas públicas y Estado autonómico*, cit., p. 179.

4. Conclusiones sobre el carácter automático o no de la producción de la caducidad

En realidad, no parece posible llegar a una conclusión única en relación con el carácter automático o no de la caducidad, aunque sí cabe hacer algunas afirmaciones de validez general.

En primer lugar, con independencia de que la declaración de caducidad tenga carácter declarativo o constitutivo, sí parece seguro que la causa de caducidad no es “eficaz” hasta que la Administración la declara.

En segundo lugar, la Administración no siempre tendrá el mismo margen de actuación al declarar la caducidad formal. En ocasiones, la declaración de caducidad tiene carácter meramente declarativo y, en otras ocasiones, constitutivo. Así, tendrá carácter declarativo cuando la Administración se limite a una “comprobación objetiva”⁷⁶. No obstante, en otras ocasiones la declaración de caducidad será un acto constitutivo: “cuando el suceso que hace presumir producida la causa de caducidad, necesita ser comprobado y calificado jurídicamente, para saber si es el previsto en las disposiciones legales o en la concesión”⁷⁷.

De este modo, no cabe afirmar con carácter generalizado que la Administración tenga la obligación de dictar la caducidad en todo caso, que se trate de un acto debido y exigible por tercero. A lo sumo, lo que cabrá reconocer es su obligación (y el correlativo derecho de los terceros interesados) a que, una vez conocida la producción de una causa de reintegro, se inicie la tramitación del oportuno procedimiento de reintegro, estando obligada a darle la tramitación necesaria hasta su conclusión.

⁷⁶ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 134. No obstante, en estos casos será frecuente que no se trate de “verdaderas” causas de reintegro, sino de otras figuras camufladas bajo la institución de la caducidad, fundamentalmente condiciones casuales resolutorias y términos. Por ejemplo, el caso de fallecimiento del titular de una concesión que no puede ser transmitida o, para las subvenciones, el supuesto previsto en el art. 37.1.h) LGS. En estos casos, “la Administración, con la declaración, da certeza jurídica a un hecho por sí mismo extintivo” (p. 194).

⁷⁷ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 135. En sentido parecido, aunque no coincidan del todo en sus planteamientos, la STS de 14 de enero de 1991, dictada en relación con el art. 79 de la Ley de Costas, parece distinguir dos tipos de causas de caducidad, potestativas (art. 79.2 LC) y de obligado ejercicio para la Administración (art. 79.1 LC), identificando estas últimas con los incumplimientos especialmente graves. Y el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 1981 declaró que el impago del canon no debe dar lugar automáticamente a la caducidad, sino que esta circunstancia debía apreciarse de conformidad con los principios de proporcionalidad y buena fe, dado que no se trata de una obligación propiamente concesional, sino tributaria.

VII. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. Tipos de efectos derivados de la declaración de caducidad

La principal consecuencia de la declaración de caducidad, esto es, de la extinción de las obligaciones y derechos dimanantes de la relación, será, según la ventaja a la que vaya referida, la pérdida del derecho del administrado para ocupar y usar el bien público que se le había concedido, a ejercer la actividad a la que se refería la autorización, a recibir el dinero en que la subvención consista o mantenerse en posesión del que se le hubiera entregado con carácter provisional, etc.

Como no podía ser de otro modo, esta primera consecuencia lleva implícita una segunda: la devolución del bien o de la cantidad de dinero que ya no se tiene derecho a disfrutar, y que pasan de nuevo a manos de la Administración o la colectividad para su uso y aprovechamiento⁷⁸.

Asimismo, son posibles otras consecuencias: la reversión a la Administración de las obras e instalaciones levantadas sobre el dominio público (que, en su caso, deberán ser debidamente compensadas), la inhabilitación del administrado para ser, en un futuro, contratista de la Administración o beneficiario de cualquier tipo de ayudas públicas, la pérdida de la fianza o caución que, eventualmente, hubiera debido depositarse, etc.

No todas estas consecuencias siguen, necesariamente, a la declaración de la caducidad. En consecuencia, y en la medida en que suponen mayores gravámenes para los administrados, tendrán que estar expresamente previstas en la normativa reguladora para cada supuesto. Asimismo, deben ser estudiadas con detenimiento en cada caso, pues en ocasiones podrían esconder auténticas sanciones administrativas impuestas de plano. En este sentido, por ejemplo, la inhabilitación para ser contratista de la Administración en caso de incumplimiento culpable de condiciones esenciales o de quiebra podría suponer, en ciertos casos, una medida punitiva⁷⁹.

⁷⁸ En ciertas ocasiones, esta recuperación no estará libre de cargas. Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., pp. 171-179 estudia, a estos efectos, la posibilidad de que la devolución de un bien de dominio público pueda ir gravada por servidumbres o hipotecas, y señala, asimismo, la obligación de la Administración, en ciertos casos, de subrogarse como empleadora de las relaciones laborales que hubieran podido establecerse.

⁷⁹ En este sentido, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 180, considera abiertamente esta medida como una sanción y estima que “la inhabilitación para ser contratista es un mal que se infringe al administrado por haber defraudado la relación de fiducia o confianza que la Administración demostró al seleccionarle como contratista”. Y también Manuel REBOLLO PUIG, “El contenido de las sanciones”, *Justicia Administrativa*, nº extraordinario 1/2001, p. 204, aunque con importantes dudas y reparos, acepta que

En concreto, y en relación con la pérdida de la fianza, con frecuencia se contempla como una especie de penalidad contractual, por lo que, con carácter general, se vincula a una conducta incumplidora del beneficiario⁸⁰. No obstante, la finalidad de la fianza puede no ser siempre esta. En efecto, la fianza puede estar prevista como una penalidad contractual, pero también como una garantía de pago o incluso con otras finalidades⁸¹.

En el primer caso, cuando se trate de una penalidad contractual, la conducta del beneficiario contraria al ordenamiento daría lugar, junto con la declaración de caducidad, a la imposición de un castigo, ya previsto por las partes, consistente en la pérdida de una cantidad depositada con antelación. En el segundo caso, la fianza solo se ejecutaría en caso de que el administrado no abonase a la Administración las cantidades que le adeudara, por el concepto que fuera (reintegro, en caso de subvención, o daños y perjuicios en caso de concesión). Por lo tanto, en caso de pago de la deuda, la Administración deberá devolver la caución.

la prohibición de contratar puede venir configurada como una verdadera sanción, sobre todo cuando así se prevé expresamente en las leyes sectoriales.

Sin embargo, no siempre será así, pues como indica Humberto GOSÁLBEZ PEQUEÑO, *El contratista de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 203, analizando el art. 20 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones públicas, las inhabilitaciones para contratar con la Administración no siempre pretenden castigar al empresario por la realización de actuaciones ilegales sino “prevenir ejecuciones defectuosas o incorrectas de los contratos públicos”. En el mismo sentido, Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., pp. 105-106, considera que lejos de ser una sanción, “deriva de la lógica de las cosas, que exige que quien se ha demostrado inidóneo para gestionar un servicio público o en el ejercicio de una actividad, no pueda ser readmitido”. En efecto, es muy interesante hacer notar cómo, aun pareciendo una sanción, no lo es. Ni siquiera cuando se fija un periodo de tiempo de duración de esta limitación de la capacidad. A este respecto, parece que cumplen el criterio de la insustituibilidad apuntado por el mismo Manuel REBOLLO PUIG, “El contenido de las sanciones”, cit., p. 156: lo que quiere el legislador es esto (alejar de sí a los administrados indignos de tratar con ella) y no otra cosa. Por tanto no se persigue la simple imposición de un mal. Cuestión distinta es que el principio de proporcionalidad en sentido estricto (adecuación de la gravedad de la medida a los hechos que la ocasionan) dé como resultado que esta prohibición no sea eterna. La LGS, por el contrario, y según tendremos ocasión de señalar, ha configurado expresamente esta medida como una sanción administrativa.

⁸⁰ Así lo afirma, en relación con la caducidad de concesiones de servicio, Fernando GARRIDO FALLA, “Efectos económicos de la caducidad...”, cit., pp. 232 y 241-242, señalando que “si la declaración de caducidad tiene por causa una conducta culpable del concesionario, resulta justificada, como medida adicional, la pérdida de la fianza”. También José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 746, en relación con la caducidad de las concesiones, afirma que “el incumplimiento expreso determina la caducidad de la concesión y la reversión de la misma con pérdida de la mal llamada fianza, que no es otra cosa que un depósito necesario (...) a modo de una pena convencional, que no excluye las indemnizaciones por otros conceptos”.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema de la caducidad...”, cit., nota 8 a p. 273, considera que tienen “carácter de pena convencional por el incumplimiento (art. 1152 CC)”. En este mismo sentido, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 408, y, con anterioridad, en Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 184.

⁸¹ El mismo José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 754, distingue entre fianzas provisionales, depositadas por los solicitantes de la concesión y que son unas meras arras penitenciales (lo que explica que se devuelvan una vez otorgada la concesión), esto es, una “indemnización por la culpa in contrahendo del concesionario, en garantía del precontrato administrativo”, y fianza definitiva que “actúa en garantía del interés positivo de la Administración en la ejecución de las obras a que el concesionario se arrogó”.

2. Producción *ex nunc* o *ex tunc* de los efectos de la declaración de caducidad

Cuestión distinta a los efectos que pueda producir la declaración de caducidad es la determinación del momento en el que se entienden producidos. Esto es, si dicha declaración produce efectos *ex nunc* o *ex tunc*. Tampoco es posible indicar una respuesta única, dado que el momento en que comienza a surtir efectos la declaración de caducidad depende del tipo de causa que haya provocado dicha declaración y del tipo de efecto de que se trate.

En primer lugar, respecto al efecto principal de la declaración de caducidad (devolución del bien sobre el que recae la concesión o de la subvención percibida, cesación de la actividad autorizada), debe distinguirse entre las distintas causas de caducidad que puedan concurrir.

Cuando se trate de “verdaderas” causas de caducidad, esto es, las relacionadas con un incumplimiento del beneficiario de la ventaja, su declaración no produciría ni efectos *ex tunc* ni efectos *ex nunc* según el modo en que son tradicionalmente entendidas ambas expresiones. Es decir, la declaración de caducidad ni se retrotraería al momento en que se dictó el acto (efectos *ex tunc*), ni comenzaría en el momento en que se declara efectivamente (efectos *ex nunc*). En su lugar, los efectos de la declaración de caducidad comenzarían en un punto intermedio a estos dos momentos: el momento en que se haya producido el incumplimiento, esto es, cuando se hubiera incurrido en caducidad material⁸².

No obstante, esta solución puede resultar insatisfactoria, tanto por exceso como por defecto. En efecto, en ciertos casos puede suponer una irretroactividad insuficiente, resultando abiertamente contraria al interés general. Así ocurrirá, en muchas ocasiones, con las subvenciones que se hayan abonado por anticipado, antes de que el beneficiario realizara la actividad que justificaba su entrega. En este caso, en la medida en que el incumplimiento se entendería producido después del pago de la subvención, sostener que la declaración de caducidad solo retrotrae sus efectos hasta el momento de dicho incumplimiento impediría, precisamente, recuperar la cantidad entregada. Por ello, resulta necesario extender la eficacia *ex tunc* hasta el momento en que se dictó el acto de concesión de la ventaja. En realidad, y como ya indicamos, la devolución de lo percibido en este caso sería una

⁸² En este sentido, Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., p. 109, estima que, en el caso de caducidad *ipso iure*, los efectos se retrotraen al momento en que se produjo el hecho desencadenante de la caducidad, aunque la declaración se produjera mucho después. Ello sin perjuicio de que este autor, según se señala en texto, niegue que la caducidad se produzca *ipso iure* en todos los casos, y que entienda que la Administración, según los casos, pueda decidir que los efectos se produzcan con posteridad al momento en que correspondería (110).

simple consecuencia de la constatación de que se ha producido un desplazamiento patrimonial sin causa, de modo que su mantenimiento daría lugar, cabalmente, a un enriquecimiento injusto o sin causa.

No obstante, también en el caso de las subvenciones debe predicarse la solución general apuntada. Así se justificaría que, en el caso de subvenciones de pago fraccionado y devengo periódico, la pérdida del derecho al cobro de nuevos pagos y la obligación de devolver lo ya percibido solo se produciría a partir del momento del incumplimiento⁸³. Ello sin perjuicio de las reglas relativas al reintegro parcial consagradas por la LGS.

En otros casos, sin embargo, esta especie de declaración *ex tunc* limitada al momento en que se produjo el incumplimiento puede resultar de imposible cumplimiento por la propia naturaleza de las cosas, dado que en la práctica solo puede tener efectos *ex nunc*. En efecto, “difícilmente podría tener efectos *ex tunc* la declaración de caducidad en el supuesto de incumplimiento de una obligación esencial de la concesión de dominio público si la prestación a devolver por el concesionario, como consecuencia del incumplimiento, es la propia utilización del dominio público”⁸⁴.

Cuando las causas de caducidad encubran, en realidad, otras formas de extinción de los efectos del acto concedido, de producción automática, como los términos o el cumplimiento de condiciones casuales resolutorias, los efectos de la declaración de caducidad (que en estos casos sí será meramente declarativa) se entenderán referidos al momento en que se hubiera producido el vencimiento del término o el cumplimiento de la condición. Si bien en este último caso, y como ya indicamos, podría preverse la extinción de los efectos en un momento anterior, tal y como ocurriría, precisamente, con la condición resolutoria de la subvención prevista en el art. 37.1.h LGS.

En relación, sin embargo, con el resto de efectos que pueden ligarse a la declaración de caducidad (pérdida de fianza configurada como penalidad, inhabilitación para contratar con la Administración o ser beneficiario de subvenciones,...), la producción de sus efectos debe considerarse exclusivamente *ex nunc*, a partir del momento en que la Administración haya dictado la declaración de caducidad.

⁸³ Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de una beca de Formación para el Profesorado Universitario, de devengo mensual, si se descubriera que el beneficiario no ha realizado las tareas propias del doctorando en los últimos meses de la beca, pero sí en todos los anteriores.

⁸⁴ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 188. A conclusiones similares a las aquí apuntadas llega FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., pp. 105-108, quien parte de afirmar que la declaración de caducidad produce sus principales efectos *ex tunc*, esto es, referidos al momento en que se concedió la ventaja, para luego introducir varias excepciones para justificar los supuestos en que no es así.

VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y ANULACIÓN

No cabe duda de que la declaración de caducidad y la anulación son figuras completamente distintas, aun pudiendo producir unos resultados parecidos. Así lo ha manifestado unánimemente la doctrina⁸⁵, que, abundando sobre esta cuestión, se ha detenido con frecuencia en aclarar que la caducidad no afecta a la validez del acto, sino a la relación jurídica creada por este.

Debe advertirse de que no se trata, frente a lo que han afirmado algunos autores, de un problema “sobre todo teórico”⁸⁶. En primer lugar, porque el régimen jurídico aplicable a la declaración de la nulidad y a la declaración de la caducidad es completamente distinto. En segundo lugar, porque las consecuencias de una y otra figura tampoco son idénticas.

Sin salir del ámbito de las subvenciones y aparte del hecho, importantísimo, de que el pago de los intereses de demora será distinto según se trate de reintegro o de anulación de la resolución de concesión, puede señalarse que ciertas subvenciones no pueden concederse de nuevo a quienes ya las hayan recibido una vez (ocurre así con las becas Erasmus, también con ciertas becas pre-doctorales). Por tanto, no es lo mismo que se declare la nulidad de la subvención (y, por tanto, que nunca existió, lo que permitiría volver a recibirla) a que se declare su simple ineficacia. Asimismo, un administrado objeto de un reintegro podría ser excluido de otras concesiones futuras. No así si ha sido objeto de una revisión de oficio.

Empecemos por destacar sus puntos comunes, que son los que ya conocemos: tanto la declaración de caducidad como la anulación (al menos en el caso de la revisión de oficio) son actos unilaterales de la Administración que determinan la liquidación de la relación jurídica que se estableció, en virtud de un título jurídico específico, con un administrado. Es decir, ambas categorías jurídicas son manifestaciones de la potestad de autotutela de la Administración pública⁸⁷. De este modo, tanto la anu-

⁸⁵ La excepción a esta regla parece ser la de Alessandro TONETTI, voz “Aussili finanziari”, en Sabino CASSESE (dir.) *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffrè, Milán, 2006, p. 553, quien, refiriéndose específicamente al supuesto de las subvenciones públicas, sostiene que “en caso de incumplimiento de los objetivos o de grave irregularidad en la justificación aportada o en la gestión de los recursos, la Administración puede adoptar, frente al beneficiario, una decisión (...) de anulación de la concesión”.

⁸⁶ Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., p. 85.

⁸⁷ Giuseppe SANTANIELLO, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, cit., pp. 801-2. En idéntico sentido, y como ya se indicó, José Luis VILLAR PALASI, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 65, afirmaba como una característica general de la figura de la subvención el que “la postura de la Administración frente al beneficiario es la de *potentior persona*, con facultades exorbitantes de las correspondientes a una donación civil”.

lación como la caducidad (reintegro) suponen para el beneficiario la obligación de devolver el bien sobre el que recaía la concesión, la pérdida del derecho a recibir el dinero en que consistía la subvención y, en su caso, la devolución de dicho dinero si es que ya se había percibido, o el cese de la actividad autorizada.

Aquí acaban todas sus semejanzas, lo que no ha impedido que algún autor haya sostenido la identidad sustancial entre caducidad y anulación⁸⁸ o que algún ordenamiento jurídico haya configurado como causas de caducidad lo que, en puridad, constituyen causas de nulidad, generalmente sobrevinidas⁸⁹.

Su diferencia, sin embargo, parece evidente. Al menos respecto a la invalidez originaria. En efecto, ¿cómo puede afectar el incumplimiento de las condiciones del administrado a la validez del acto, al conjunto de condiciones cuya concurrencia hizo posible su nacimiento y existencia? La validez originaria se configura como una cuestión previa y cerrada, intangible a la Administración y al administrado⁹⁰. Sin perjuicio de las peculiaridades que a este respecto genera la posibilidad de una

⁸⁸ Ramón VECIANA BATLLE, "El reintegro de prestaciones por desempleo por percepción indebida ante la jurisdicción", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 1994, p. 175, refiriéndose a las decisiones de reintegro de prestaciones por desempleo, afirma que "materialmente, dichas resoluciones son actos por los cuales se deja sin efecto, unilateralmente, derechos reconocidos por el propio organismo autónomo a los beneficiarios; siendo, por tanto, verdaderas revisiones de actos declarativos de derechos realizadas *motu proprio* por el organismo gestor".

⁸⁹ Es el caso del ordenamiento italiano, donde, junto a la "caducidad por falta de ejercicio en un plazo de tiempo" y la "caducidad por incumplimiento", se señala la existencia de una tercera categoría de caducidad, la "caducidad por pérdida sobrevinida de los requisitos necesarios para la regularidad de la relación". Entre los ejemplos ofrecidos por Maria Alessandra SANDULLI, voz "Decadenza (Diritto Amministrativo)", cit., pp. 5-6, todos ellos relativos al empleo público, pueden destacarse la caducidad del empleo por la pérdida de la ciudadanía italiana o también cuando se descubre que el puesto se consiguió mediante documentos falsos o viciados de nulidad absoluta. La autora señala que, en estos supuestos, la lógica jurídica exigiría proclamar la nulidad, pero que el legislador ha preferido la caducidad para salvaguardar los efectos que ya hubiese producido la relación.

También el legislador español ha actuado así en la LGS, tal y como se reconoce, expresamente, en el art. 36.5 LGS y como se desprende de los arts. 37.1.a) y, en cierto sentido, 37.1.h) LGS.

⁹⁰ Por ello mismo, y en principio, no resulta predicable el reintegro en el caso de las "subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una situación anterior sin necesidad de actuaciones posteriores", es decir, en el caso de primas. En efecto, "en tales supuestos, la idea general de que el reintegro no supone una revisión de oficio debe ser matizada pues puede ocurrir que el acto de otorgamiento de la subvención ya entrañe el reconocimiento por la Administración de que se dan todas las circunstancias para disfrutar efectivamente de ella. Si ello es así y si el beneficiario no suministró datos falsos u ocultó los verdaderos, no cabrá a la Administración acordar simplemente el reintegro por no realizar la actividad subvencionada o no tener los requisitos para disfrutarla. En tal caso, el reintegro sí supondría una contradicción insuperable con el acto que otorgó la subvención y, por tanto, habrá que eliminar aquel acto para exigir la devolución", Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., nota 44 a pp. 431-432.

La construcción es plenamente lógica y, en realidad, deriva de la propia naturaleza de las cosas. En efecto, en la medida en que las causas de reintegro del art. 37 LGS se corresponden con incumplimientos de las obligaciones asumidas por el beneficiario para recibir el pago de la subvención, ninguna de ellas será aplicable al caso de primas, en las que las obligaciones para recibir dicho pago ya se han cumplido con anterioridad a la concesión de la ayuda. Se escapan a esta lógica implacable, sin embargo, dos detalles:

- Por un lado, la existencia de causas de reintegro que no dependen de la actuación del beneficiario. Es el caso, en particular, de la causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS. En efecto, en el caso de que la Comisión declare incompatible con el mercado interior una subvención procederá su reintegro (y no su revisión de oficio), con independencia de que se tratara de una subvención en sentido estricto o de una prima.

invalidez sobrevenida, sobre las que nos detendremos en el siguiente epígrafe, cabe afirmar, en una primera aproximación intuitiva, que no cabe la confusión entre invalidez y caducidad por una mera cuestión cronológica: las causas de caducidad del art. 37.1 LGS residen “en incumplimientos de sus obligaciones por parte del beneficiario o entidad colaboradora, los cuales se producen con posterioridad a la aceptación de la subvención”⁹¹. Las causas de invalidez, por el contrario, hacen referencia, como máximo, al momento de la adopción misma del acto.

Como se ha señalado, “la caducidad se limita a extinguir la relación, sin implicar un reexamen del acto, que permanece firme, al no estar en discusión su validez”. En consecuencia, al implicar los actos de revisión un reexamen de la validez del acto, debe excluirse que pueda situarse entre ellos la caducidad, pues, en efecto, los actos de revisión actúan directamente sobre el acto, no sobre las relaciones jurídicas que emanan de ellos. “Declarar la caducidad de un acto, de un negocio, de un contrato, no significa anularlo jurídicamente; la caducidad va referida, en su lugar, a la relación que emana del acto y solo en relación a este puede considerarse eficaz”⁹².

Pero sus diferencias son ciertamente más: la declaración de caducidad solo puede ir referida a actos favorables (ventajas), mientras la anulación puede dirigirse tanto a actos favorables como desfavorables; las circunstancias que dan lugar a la declaración de caducidad (incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario) y a la anulación de la resolución de concesión (contravención del ordenamiento jurídico) son distintas; deben seguirse procedimientos distintos para la declaración de cada uno de ellas, siendo el de declaración de caducidad considerablemente menos garantista; pueden existir plazos de prescripción distintos para el ejercicio de la potestad administrativa que permite la declaración de cada uno de ellos; y, para el concreto caso de la subvención, se establece un régimen de responsabilidades solidarias y subsidiarias específico en caso de declaración de reintegro que no resulta aplicable en caso de anulación de la resolución de concesión.

Por lo que atañe a las subvenciones, y por si quedara alguna duda, el legislador ha contrapuesto en los arts. 36 y 37 LGS las causas de invalidez de la resolución de concesión de la subvención, por un lado, y las causas de caducidad-reintegro, por otro.

– Por otro lado, la posibilidad de que se hayan añadido obligaciones accesorias a las primas, de modo que su incumplimiento pueda dar lugar al reintegro. En efecto, con independencia de que la obligación principal, el llamado “fin de la subvención”, que justifica su entrega, ya se haya producido, pueden haberse impuesto ciertos deberes accesorios, secundarios, al beneficiario de la subvención, a cuyo incumplimiento también se anude la consecuencia de la declaración de reintegro.

⁹¹ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 312, que añade que esto es así “con la única excepción del primero de los supuestos considerados”, el del art. 37.1.a) LGS.

⁹² Giuseppe SANTANIELLO, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, cit., p. 801, que sigue en este punto a autores como ZANOBINI o ROMANELLI, separándose de quienes sitúan la caducidad entre las técnicas de revisión del acto (VIRGA y ALESSI).

En todo caso, la diferencia entre ambas instituciones ya venía siendo puesta de manifiesto insistentemente por la jurisprudencia, que no ha dejado de señalar que el reintegro en sentido estricto es una cuestión de eficacia, pero no de validez. Esto es, que lo peculiar de las causas de reintegro, lo que las distingue y diferencia, es que no afectan a la validez del acto constitutivo de la relación subvencional, sino a su eficacia, a los efectos que despliega. En consecuencia, dado que el reintegro no supone la anulación de actos favorables o declarativos de derechos, no resulta aplicable el régimen de revisión de oficio establecido en los arts. 102 y 103 LRJPAC, lo que ha venido siendo una alegación continua de los beneficiarios que han sido objeto de reintegro.

En este sentido, entre las sentencias más recientes en materia de subvenciones agrícolas, pero recogiendo una jurisprudencia bien consolidada, cabe destacar la STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación. De conformidad con la sentencia, el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la entidad beneficiaria de la subvención “determina la procedencia de la devolución de lo percibido, sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derechos que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión en los artículos 102 y siguientes de la LRJPAC”. Lo que se completa añadiendo que “basta la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido. En tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto nulo que requiera la aplicación de lo establecido en el artículo 102 LRJPAC o una declaración de anulabilidad del acto que requiera una declaración de lesividad, según el artículo 103 LRJPAC, sino que el acto de otorgamiento de la subvención, que es inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos; y entre ellos, precisamente, la declaración de improcedencia, el reintegro o la devolución de las cantidades cuando no se ha cumplido la condición o finalidad para la que se otorgó la subvención. Es este un efecto inherente al acto de otorgamiento de la subvención que ni se revisa ni se anula, en sentido propio, sino que la denegación o devolución representa la eficacia que corresponde al incumplimiento de la condición resolutoria con que se concede la ayuda”⁹³.

⁹³ En idénticos términos, la STS de 11 de marzo de 2009, Sección cuarta, Ar. 153507 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con unas ayudas a la reforestación cofinanciadas con fondos de la Unión. Esta argumentación jurisprudencial, sin embargo, se remonta al menos hasta dos STS de 24 de febrero de 2003, Ar. 2250 y 3473 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO).

Ya antes la jurisprudencia había declarado que “la naturaleza de la decisión [de reintegro], que se limita a aplicar las reducciones previstas para el supuesto de incumplimiento de las condiciones anexas al otorgamiento de la subvención, excluye toda idea revocatoria de acto declarativo de derechos sometido al procedimiento de previa declaración de lesividad del art. 103 [LRJPAC]”, así, la STS de 14 de marzo de 2002, Sección cuarta, Ar.

IX.

EN CONCRETO, LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y ANULACIÓN POR INVALIDEZ SOBREVENIDA

Si, en principio, es fácil reconocer la diferencia entre caducidad y anulación, mayores problemas parece plantear la adecuada distinción entre declaración de caducidad y anulación por invalidez sobrevenida. La dificultad se descubre incluso intuitivamente, pues en ambos casos se pretende dejar sin efectos un acto a raíz de determinados hechos aparecidos con posterioridad a su nacimiento.

En principio, los datos esenciales para distinguir ambas figuras son dos. Por una parte, frente a la invalidez, incluso sobrevenida, en el caso de caducidad el acto sigue siendo válido: no está afectado por ninguno de los vicios que afectan a la validez de los actos administrativos. Por otra parte, pero estrechamente vinculado con lo anterior, la caducidad será resultado de un determinado comportamiento del administrado, comportamiento que, por sí mismo, no parece poder comprometer la validez de un acto administrativo⁹⁴.

Así será, de hecho, en la mayor parte de las ocasiones, siendo especialmente claro en los supuestos en los que la invalidez sobrevenida se produce por una innovación normativa del ordenamiento. Como norma general, el acto por el que se crea la relación jurídica entre Administración y administrado es perfectamente conforme al ordenamiento. Dicho acto, por tanto, no resulta atacado en la declaración de caducidad, porque ello no resulta posible.

Ahora bien, como ya vimos, la invalidez sobrevenida puede ser resultado tanto de un cambio en las circunstancias normativas como de un cambio en las circunstancias fácticas. Es en este segundo caso cuando pueden plantearse zonas de intersección con la caducidad. En concreto, resultan especialmente espinosos los supuestos de desaparición sobrevenida de elementos sin los cuales el acto por el que se ha

3694 (ponente: SOTO VÁZQUEZ), en relación con el reintegro de una subvención concedida en materia de ayudas a los frutos de cáscara.

Y también la jurisprudencia menor, con una terminología menos acertada, venía declarando que el procedimiento de reintegro “no supone una revisión de oficio de actos declarativos de contenido favorable nulos o anulables (...) sino que se limita a comprobar el incumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa que regula las ayudas, lo que da lugar a que la Administración, al constatar tal incumplimiento, considere que las ayudas se concedieron de forma indebida”, así las SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 31 de octubre de 2002, Ar. 105590 de 2003 (ponente: CASTRO GARCÍA), y de 29 de noviembre de 2002, Ar. 73194 de 2003 (ponente: CASTRO GARCÍA).

⁹⁴ “Es la propia actuación del sujeto beneficiario la que determina la ruptura de la relación subvencional (...) el acto administrativo es perfectamente válido, pero el incumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo produce su ineficacia (...) No se trata de un supuesto de invalidez del acto administrativo, sino de la ineficacia sobrevenida del mismo”, María Jesús GARCÍA GARCÍA, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas...”, cit., p. 2562.

establecido la relación jurídica entre Administración y administrado nunca se habría dictado, lo que determina su invalidez⁹⁵. Así puede ocurrir tanto respecto a los presupuestos de hecho como respecto a la causa del acto.

Respecto a los presupuestos de hecho, esto es, “las circunstancias o requisitos que el ordenamiento jurídico exige para el otorgamiento de los actos administrativos”, puede ocurrir que se exijan no solo en el momento en que se ejerce la potestad y se dicta el acto, sino también durante todo el periodo en que el acto mantenga su vigencia. De este modo, “si tales requisitos o circunstancias desaparecen, el acto, inicialmente válido, deviene ahora inválido, es decir, se produce un fenómeno cuya explicación más convincente y adecuada nos la ofrece la teoría de la invalidez sobrevenida”⁹⁶.

Esta situación, en realidad, no debería implicar la confusión entre declaración de caducidad e invalidez sobrevenida. Por el contrario, la distinción entre ambos descansaría sobre la distinción entre requisitos y obligaciones.

En principio y en abstracto, ambos elementos son susceptibles de ser diferenciados. De hecho, la primera diferencia entre ambos es que cada uno de ellos tiene una base normativa propia. Por ejemplo, en el ámbito de las subvenciones los requisitos para ser beneficiario de una subvención son regulados en el art. 13 LGS, mientras que de los deberes de los beneficiarios se encarga el art. 14 LGS. El incumplimiento de los primeros o bien impide que se pueda conceder la subvención o bien, una vez concedida, la convierte en inválida. El incumplimiento de los segundos, si se produce antes de la concesión, no tiene relevancia alguna (es más, será lo normal que antes de conceder la subvención no se haya realizado la actividad). Si se produce después, da lugar a la caducidad.

El problema se origina cuando algunos de los requisitos son configurados, al mismo tiempo, como deberes. No se trata solo de la obligación de seguir reuniendo unos requisitos determinados incluso después de que haya sido dictado el acto; se trata, además, de que la concurrencia de tales requisitos se hace depender de la actuación del beneficiario, de modo que su desaparición será reconducible, por norma general, a un incumplimiento del mismo.

En estos supuestos los dos criterios indicados para distinguir la caducidad y la invalidez sobrevenida no parecen ser suficientes: un mismo hecho sobrevenido, cuya

⁹⁵ Una invalidez “anómala”, como señala José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 121, pues el efecto normal del incumplimiento de los requisitos será la prohibición de acceder a la subvención.

⁹⁶ Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 106.

producción se debe al beneficiario, es al mismo tiempo causa de caducidad y causa de nulidad del acto de concesión de la subvención.

Por ejemplo, uno de los casos que propone CANO CAMPOS como ejemplo de invalidez sobrevenida por desaparición del presupuesto de hecho constituye, al mismo tiempo, un ejemplo de caducidad por incumplimiento de las obligaciones: la revocación de la autorización de apertura y funcionamiento de los centros docentes privados por pérdida de los requisitos mínimos sobre titulación académica del profesorado, relación numérica alumno-profesor, instalaciones docentes y deportivas, etc., exigidos para su funcionamiento (art. 23 LODE)⁹⁷.

O, en el ámbito de las subvenciones, la obligación de estar al corriente en las obligaciones con la Agencia Tributaria y con la Seguridad Social se configura como un requisito para la concesión de la subvención [art. 13.2.e) LGS], pero, al mismo tiempo, determina la pérdida (en puridad, la suspensión, que puede devenir definitiva) del derecho al cobro si concurre con posterioridad a dicha concesión (art. 34.5 LGS).

¿Cómo solucionar estos conflictos? La doctrina se encuentra dividida a este respecto, y si hay autores que se inclinan por aplicar el régimen de la invalidez sobrevenida⁹⁸, tampoco faltan aquellos otros que afirman que en estos supuestos debe declararse, en todo caso, la caducidad de la relación⁹⁹. El legislador tampoco ha aportado ninguna solución general¹⁰⁰.

Desde el punto de vista del administrado, generalmente será preferible la exigencia a la Administración de la declaración de nulidad del acto, al requerir un procedimiento más garantista para aquel. Desde el punto de vista de los intereses públicos, y por idénticos motivos, sería preferible solventar la situación a través de la declaración de caducidad. Aunque la situación no es en absoluto clara, la respuesta más justa resulta, a mi entender, facilitar la declaración de caducidad.

⁹⁷ Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 284 y de nuevo en p. 329 y p. 335.

⁹⁸ Por ejemplo, ALESSI, voz "Banditi e riserve", en *Enciclopedia di Diritto*, vol. V, p. 62, o Guido ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milán, 1954, pp. 302 y 327, *apud* Sebastiano CASSARINO, "Considerazioni sulla decadenza...", cit., pp. 93 y 102.

⁹⁹ Giuseppe SANTANIELLO, voz "Decadenza (Diritto amministrativo)", cit., p. 802, quien critica expresamente a la jurisprudencia italiana que no siempre haya declarado en estos casos la caducidad, recurriendo en ocasiones a la figura de la revocación. En esta línea, pero mucho más matizadamente, parece situarse José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 121.

¹⁰⁰ Existen, sin embargo, algunas soluciones parciales, previstas en leyes sectoriales. Es el caso del art. 38 de la Ley balear de subvenciones, que estableció como causa de reintegro (es decir, de caducidad), la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión cuando sea por causas imputables al beneficiario.

En efecto, el hecho de que el procedimiento de declaración de nulidad sea más gravoso para la Administración que el necesario para declarar la caducidad no es casual. Las mayores trabas impuestas al primero responden al hecho de que, por norma general, la nulidad del acto será consecuencia de una actuación errónea de la Administración, adoptando dicho acto a través de un órgano incompetente, sin seguir el procedimiento adecuado o, más genéricamente, vulnerando el ordenamiento jurídico. En sentido inverso, la declaración de caducidad requiere un procedimiento menos garantista para el administrado porque parte de la premisa de que este ha incumplido alguno de los deberes u obligaciones que le competían.

En efecto, nos encontramos con un incumplimiento del beneficiario, con una conducta contraria (aunque no sea necesariamente antijurídica) a lo que se esperaba de él. La situación se ha producido si no por su voluntad (son imaginables casos de fuerza mayor, por ejemplo), al menos sí bajo su responsabilidad. Es precisamente esta situación la que justifica el régimen de la caducidad, en tanto que reacción del ordenamiento frente a quien goza de ventajas que no se merece por haber incumplido las obligaciones que se anudaban a su disfrute.

En este mismo sentido, no es ocioso recordar que en ciertos supuestos de invalidez sobrevinida (al igual que en ciertos supuestos de revocación) el administrado deberá ser indemnizado, situación simplemente impensable cuando la desaparición de los elementos esenciales para la validez del acto fuera consecuencia de una actuación del administrado¹⁰¹.

En definitiva, y en la medida en que la desaparición de uno de los elementos esenciales del acto se deba a la actuación del beneficiario incumplidor, no tendría sentido “premiarle” con un procedimiento especialmente garantista y complejo, el de anulación, en detrimento de los intereses públicos, en lugar de actuar por la vía mucho más expeditiva e igualmente respetuosa de sus derechos de defensa de la declaración de caducidad.

En última instancia, y como ya desarrollamos por extenso en el capítulo cuarto, esta es la idea que late bajo el art. 36.5 LGS, en el que el legislador ha consagrado expresamente la prevalencia de las causas de caducidad sobre las causas de nulidad.

Lo hasta ahora expuesto es igualmente predicable de la pérdida de la causa. Cuando se produzca por responsabilidad del beneficiario de la subvención, aun siendo también una causa de invalidez, debe tramitarse como caducidad. Más adelante tendremos ocasión de comprobarlo con un ejemplo concreto: la causa de reintegro prevista con

¹⁰¹ Así lo recuerda Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., p. 104.

carácter general para todas las subvenciones de la Unión en el art. 4.3 Reglamento nº 2988/95. No obstante, debe recordarse ahora lo dicho en el capítulo primero y reiterarse que no es lo mismo la causa administrativa del acto de concesión de la subvención que la causa del desplazamiento patrimonial, y que es con esta última con la que se identifica la actividad del beneficiario a la que se encuentra afecta la subvención.

X.

LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y REVOCACIÓN

A pesar de su distinta naturaleza jurídica, de obedecer a distintas motivaciones y servir para la resolución de problemas distintos, tradicionalmente ha sido un problema continuo la distinción entre declaración de caducidad y revocación. A ello ha contribuido (y así sigue ocurriendo en la actualidad, quizá más que nunca) el legislador, con un empleo del término “revocación” absolutamente falto de todo rigor¹⁰².

Parece posible señalar hasta tres intentos distintos, por parte de la doctrina, de explicar la unión, en una sola figura, de los institutos de la caducidad y la revocación.

El primero de ellos es el que denomina a la declaración de caducidad “revocación-sanción”¹⁰³ o, simplemente, “revocación”, pero identificando ambos términos exactamente con el instituto que hemos descrito bajo el nombre de caducidad¹⁰⁴: extin-

¹⁰² Así ocurre, incluso, en el ámbito de las subvenciones. Así, la Ley de subvenciones de Cantabria, se refiere a las causas de reintegro en sentido estricto como causas de revocación.

¹⁰³ Así, Luis COSCULLUELA MONTANER, *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 3ª ed., 2009, p. 220, considera que el incumplimiento por parte del titular de una autorización o concesión demanial de las obligaciones que le incumben, da lugar a una revocación-sanción. A ello añade, desde una perspectiva demasiado amplia del concepto de sanción, que tales revocaciones-sanciones “no se rigen por la normativa propia del Derecho sancionador, pese a su carácter sancionador”. Algo distinta, y vinculando la revocación-sanción con la existencia de condiciones resolutorias (cabe entender que potestativas), parece ser la postura adoptada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, cit., p. 674, quienes afirman, al tratar de la revocación, que “en los actos sujetos a condición, el incumplimiento de esta justifica la revocación del acto. La revocación adopta aquí la forma de sanción por incumplimiento, según el juego propio de las condiciones resolutorias”.

También M^a Jesús MONTORO CHINER, “La revocación de los actos administrativos...”, cit., p. 21, considera como un tipo de revocación la revocación-sanción por incumplimiento de las condiciones esenciales del acto por parte del administrado. De la exposición de esta autora parece deducirse, de modo un tanto sorprendente, que considera la revocación-sanción tanto una causa de invalidez como una causa de ineficacia, ambas al mismo tiempo, pues, a su juicio, “resuelve una relación jurídica, al incumplirse por el particular las condiciones a las que se sujetaba la eficacia y la validez del acto administrativo del que dependía su actividad, función o ejercicio de derecho”. Además, considera que se trata de una verdadera sanción, y por ello mismo exige que se encuentre tipificada como tal, aunque no considera necesario tramitar un verdadero procedimiento sancionador para su imposición. En realidad, resultaría difícil compatibilizar las anteriores apreciaciones, dadas las importantes contradicciones existentes entre ellas.

¹⁰⁴ También Joaquín TORNOS MAS, “Capítulo VI. Fomento”, en Joaquín TORNOS MAS (coord.), *Ordenación económica*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 163, se refiere al reintegro de subvención como “revocación de

ción de los efectos de una ventaja por incumplimiento de las obligaciones asumidas por su beneficiario. En relación con las subvenciones, ello equivale a identificar el reintegro en sentido estricto con una forma de revocación¹⁰⁵. No obstante, en todos estos casos parece darse más una simple confusión terminológica que una confusión de regímenes jurídicos. Esto es, la revocación-sanción a la que se refieren los autores no se regiría por el mismo régimen jurídico que la nuda revocación ni, menos aún, que las sanciones administrativas.

El segundo consiste en agrandar el concepto de revocación, sacándolo fuera de sus perfiles “tradicionales” de retirada de un acto por motivos de oportunidad. Este concepto de revocación se amplía hasta identificarlo con toda forma de retirada de un acto administrativo del mundo jurídico. Afirmado lo anterior, se aclara que dicha retirada puede deberse “a razones de oportunidad, a motivos de ilegalidad o, más recientemente, al incumplimiento de las condiciones según algunas normas (particularmente en el ámbito del Derecho público económico)”¹⁰⁶.

En tercer lugar, parte de la doctrina, intentando dar respuesta a la evolución de nuestro legislador e inspirándose en el modelo alemán, ha propuesto la asimilación plena entre la caducidad y la revocación, de modo que esta última englobara a am-

la ayuda concedida por incumplimiento de las condiciones establecidas” y habla, en este sentido, de “acción revocatoria”. Por su parte, José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 260, por ejemplo, considera este uso del término caducidad “impropio” cuando va referido a las subvenciones a la economía, decantándose, en su lugar, por el término revocación, a excepción del supuesto en que el incumplimiento sea un incumplimiento de plazos. En p. 270 afirma: “este es, a mi juicio, el supuesto típico de caducidad; es decir, de revocación por incumplimiento de plazo”.

¹⁰⁵ Quien ha desarrollado más ampliamente esta identificación parece haber sido José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 136, quien afirma que las subvenciones son “actos declarativos de derechos con una reserva de revocación para el supuesto de incumplimiento por el beneficiario o por otras causas objetivas previstas legalmente”. Más adelante, explica que utiliza el término revocación no como sinónimo de anulación, sino, más ampliamente, como la retirada de un acto administrativo por otro posterior de signo contrario. En este sentido, la consecuencia de la revocación es la resolución de la relación jurídica subvencional y, con ella, la devolución de los fondos percibidos: el reintegro. Se trataría de una revocación por motivos de legalidad, no de oportunidad, y en la medida en que están previstas en la Ley supondría una *condictio iuris*, “pudiendo ser calificadas de reserva de revocación de origen legal y de aplicación reglada” (pp. 314-316).

Por su parte, también Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, p. 333, estima que el reintegro de subvenciones es una “revocación de un acto administrativo” resultado de una vulneración del Ordenamiento jurídico por parte del administrado que, sin embargo, no constituye una infracción. En sentido parecido, José Luis GIL IBÁÑEZ, “El régimen de las becas y ayudas al estudio”, cit., p. 248, refiriéndose a las becas y ayudas al estudio, considera que las causas de reintegro en sentido estricto son causas de revocación. José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “El régimen jurídico de las subvenciones locales”, cit., p. 57, llama igualmente revocación al reintegro de la subvención.

Cabe señalar que incluso existe cierta jurisprudencia menor que considera que el reintegro es una revocación de actos declarativos de derechos, pudiéndose señalar entre tales pronunciamientos la STSJ Andalucía/Granada de 21 de julio de 2003, Ar. 243853 (ponente: LÓPEZ BARAJAS MIRA), y la STSJ Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2003, Ar. 112230 (ponente: BORREGO LÓPEZ). Esta última estima que el procedimiento subvencional “por su propia naturaleza, admite por el incumplimiento de las condiciones impuestas con relación a la situación jurídica creada, la decisión administrativa de la revocación-sanción, lo que es distinto de una sanción administrativa”.

¹⁰⁶ Tomás CANO CAMPOS, “La revocación de las autorizaciones...”, cit., p. 831.

bas, pero dejando fuera la retirada de actos ilegales (anulación). Asimismo, también se incluirían aquí el vencimiento de términos y el cumplimiento de condiciones casuales resolutorias.

Este último intento aparece capitaneado por Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MENÉNDEZ REXACH, quienes parten del dato innegable de que “en los últimos tiempos el Derecho positivo califica también como revocación la declaración de la Administración de extinción del acto administrativo por incumplimiento de sus cláusulas por parte del destinatario del mismo, tradicionalmente calificada como caducidad”¹⁰⁷.

A partir de aquí, hacen la siguiente propuesta de reordenación de los conceptos: “desde un planteamiento exclusivamente teórico se formula, a la luz de la regulación de esta cuestión en el Derecho alemán, la siguiente propuesta: (...) en el supuesto de revocación la Administración puede eliminar el acto por razones de interés público, en tanto que en los casos de caducidad se da un cierto automatismo en la eliminación del acto. La *caducidad* se vincula a los casos en que transcurre el término o plazo para el que se otorgó el derecho o bien cuando se produce una condición resolutoria que no exija valoración por la Administración (...). Este concepto de caducidad (...) implica, fundamentalmente, un referente temporal (...). La revocación se produce en caso de alteración de circunstancias, adopción de nuevos criterios, por incumplimiento de las condiciones esenciales o modos incluidos en el acto administrativo, así como en los casos en que se aplique una cláusula de eliminación o extinción del acto, según lo estime conveniente la Administración, de acuerdo con el interés público del momento. Se incluyen, por tanto, según este planteamiento, en la revocación, supuestos que tradicionalmente se ubicaban en el concepto de caducidad (incumplimiento de obligaciones). En estos casos, existe un margen de decisión o apreciación de la Administración para determinar que concurren las circunstancias que justifican la eliminación del acto”¹⁰⁸.

Es muy interesante la propuesta. Y no es poco aval el hecho de que también venga así establecido en el Derecho alemán. Su articulación, que incluso se intentó introducir en la normativa básica española¹⁰⁹, plantea, sin embargo, importantes dudas.

¹⁰⁷ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., p. 276.

¹⁰⁸ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., pp. 299-300.

¹⁰⁹ Debe recordarse a este respecto que la enmienda nº 585 del Grupo Popular al proyecto de LRJPAC, proponía como redacción al art. 103 (actual art. 105) la siguiente:

“1. Los actos administrativos no normativos, expresos o presuntos, declarativos de derechos o con efectos favorables directos o indirectos para interesados determinados, son irrevocables salvo en los supuestos siguientes:

Si, como sostienen GALLEGO ANABITARTE y MENÉNDEZ REXACH, el incumplimiento de obligaciones puede dar lugar a la revocación, y esta revocación no obedece a causas de legalidad (entiéndase: a causas de invalidez) ni de oportunidad (entiéndase: adopción de nuevos criterios de valoración), ¿a qué se debe esta revocación? Es decir, ¿cómo se explica jurídicamente una reacción del ordenamiento consistente en hacer desaparecer un acto administrativo declarativo de derechos por una conducta del administrado contraria al ordenamiento?

La idea de base es la introducción de algo así como una “cláusula revocatoria”, que habilita a la Administración a revocar sus actos cuando concurren determinadas circunstancias relacionadas con un incumplimiento del beneficiario del acto. En este sentido, estos autores hablan de “un tipo de cláusula accesoria del acto administrativo [a la que llaman “modo con cláusula de revocación”] que se caracteriza porque el incumplimiento grave o reiterado de una carga u obligación por el destinatario del acto da lugar a la pérdida de eficacia del mismo”¹¹⁰.

En última instancia, lo que se propone no sería la desaparición de la categoría de la caducidad sino, más modestamente, su inclusión dentro de la categoría, más amplia, de la revocación, dentro de la cual mantendría su autonomía y sus rasgos distintivos. Desde este punto de vista, la asimilación entre revocación y caducidad no es dogmáticamente imposible.

Es cierto que revocación y caducidad comparten ciertas características: pretenden garantizar la satisfacción de intereses públicos mediante el ejercicio de poderes de autotutela y no dependen de la legalidad del acto constitutivo de la subvención.

Sin embargo, y sin perjuicio de otras diferencias, como que la caducidad solo puede ir referida a actos favorables, la caducidad cumple una función distinta a la revocación, motivo por el cual no parece oportuno mezclar ambas instituciones.

-
- a) Incumplimiento por los interesados de las obligaciones, deberes o cargas derivadas del acto [lo que se identificaría, precisamente, con la caducidad].
 - b) Ilegalidad sobrevenida de los efectos del acto como consecuencia de un cambio de circunstancias no imputable a los interesados directos ni a la Administración autora del acto.
 - c) Cambio de apreciación de las exigencias de interés público que motivaron el acto, sea por parte de la Ley, sea por parte de la Administración, en cuyo caso la revocación solo podrá efectuarse previa indemnización a los interesados de los daños y perjuicios que le irrogue”. *Apud* Tomás CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, cit., p. 364.

¹¹⁰ Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MENÉNDEZ REXACH y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II...*, cit., p. 288. La terminología empleada no parece ser completamente adecuada. Fundamentalmente porque esta cláusula, en realidad, no tiene nada de “accesoria”, sino que es esencialísima, en especial atendiendo al principio de tipicidad de los actos administrativos. Solo por fijarnos en la subvención: el reintegro de una subvención no es una cláusula accesoria, sino que es consustancial a la figura. La cláusula solo sería “accesoria” en caso de que consistiera en un término o una condición resolutoria ajena a la voluntad de la Administración.

En efecto, la revocación atiende a causas subjetivas, a cambios en la valoración de los intereses públicos según son apreciados por la Administración pública. Su finalidad es buscar la armonía entre los actos válidamente aprobados por ella misma y los intereses públicos que está llamada a servir y que, en última instancia, justifican su actuación.

La finalidad de la caducidad, por el contrario, es completamente distinta. Su declaración se hace depender de un comportamiento del beneficiario que implica una vulneración de sus deberes, de sus obligaciones, y por tanto un riesgo de desequilibrio en la relación establecida entre dicho beneficiario y la Administración concedente de la subvención. La declaración de caducidad se configura, en consecuencia, como una garantía, como un instrumento que permite a la Administración restablecer el equilibrio de una relación que se ha visto distorsionada por el incumplimiento de las obligaciones de una de las partes¹¹¹. No en vano se ha querido ver aquí una plasmación de la excepción *inadimplenti non est adimplendum*, configurada como principio general del Derecho¹¹².

Se trata de dos instituciones distintas que prevén regímenes jurídicos distintos para situaciones distintas. Y ello con independencia de que sus efectos sean los mismos, o muy similares. También en el ámbito civilista es posible encontrar una distinción entre dos figuras equivalentes, la rescisión y la revocación: “la rescisión es un remedio que la Ley brinda a la equidad para reparar un perjuicio, para enmendar un defecto objetivo, económico. La revocación no es un remedio, sino una prima concedida por la Ley a la autonomía de la voluntad”¹¹³.

La rescisión, al igual que el reintegro, obedece a razones objetivas, y se encamina a evitar un desequilibrio entre las partes, un perjuicio injusto a una de ellas. La revocación, por su parte, es el resultado de una actuación discrecional de la Administración, en la que se valoran de modo distinto intereses que ya se habían valorado, bien por un cambio de circunstancias, bien por la aparición de un interés nuevo.

¹¹¹ Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, cit., p. 3, señala que “el cese de la relación administrativa (...) se construye fundamentalmente como una lógica y natural consecuencia (resolutiva), de la puesta en riesgo, por una de las partes, de la propia finalidad esencial del instituto concesorio”. Martina SINISI, “Il «potere» di revoca”, cit., p. 658, también excluye expresamente del ámbito de la revocación al supuesto de reintegro de una subvención por incumplimiento de las obligaciones por parte del beneficiario.

¹¹² De hecho, de la lectura atenta de las normas se descubre que la explicación de la caducidad a través de la revocación es, por lo menos, incompleta. Por ejemplo, de conformidad con el art. 34.3.2º LGS “Se producirá la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención en el supuesto de falta de justificación o de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 37 de esta Ley”. Como resulta evidente, la devolución de un dinero que no se tenía derecho a percibir no es una revocación de nada. Si se quiere, “revocación del pago”, pero desde luego no “revocación del acto de concesión”.

¹¹³ José Manuel SALA ARQUER, *La revocación...*, cit., nota 20 a página 25, siguiendo en este punto a FUENMAYOR. La misma construcción puede encontrarse en Silbia SARASOLA GORRITI, *La concesión de servicios públicos municipales...*, cit., pp. 404-409, si bien haciéndola descansar en el binomio rescisión-resolución.

Como ha indicado VELASCO CABALLERO, “la caducidad –declarada por la Administración– es una extinción del acto fijada por la norma ante la concurrencia de determinadas circunstancias (incumplimientos de condiciones, etc.), mientras que la revocación es una decisión administrativa posible de acuerdo con las normas”¹¹⁴.

A esta misma visión apunta la distinción que realiza LAFUENTE BENACHES entre los distintos orígenes de la potestad de declarar la caducidad y la potestad revocatoria. A estos efectos, parte de afirmar que no es causa de caducidad “la extinción de la concesión por la aparición de un interés público sobrevenido”. En dicho supuesto, cuando la Administración revoca el acto de concesión, “la Administración actúa un poder que no surge del contrato de concesión, sino de su condición de *potentior personae*: el poder administrativo”. Por el contrario, el origen de la potestad para declarar la caducidad se encuentra *dentro* de la relación concesional y forma parte de la misma¹¹⁵.

Esto hace que la revocación pueda encontrar más reparos para ser aceptada, frente a la aceptación, casi incondicionada, de la declaración de caducidad. Por lo demás, y si se analizan con atención, los puntos comunes entre ambas instituciones son menores de lo que parece a primera vista. Por un lado, el que ambas se dirijan a asegurar la satisfacción de intereses públicos mediante el ejercicio de poderes de autotutela no tiene nada de particular: también ocurre así con los supuestos de revisión de oficio o con la corrección de errores, sin que quepa identificarlos con la revocación. El principal punto en común, por tanto, es que en ninguno de los dos casos se discute la validez de la subvención: esto es, que no se trata de procedimientos de anulación. Pero esto no es tanto una característica común entre revocación y caducidad como una diferencia entre cada una de ellas y la anulación.

XI.

LA DISTINCIÓN ENTRE DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA

1. El punto de partida: la distinta finalidad de la declaración de caducidad y la imposición de sanciones

La declaración de caducidad, en la medida en que supone el fin de la producción de efectos de un acto favorable para el administrado, constituye, necesariamente, un acto desfavorable para el beneficiario. Este carácter desfavorable, unido al hecho de

¹¹⁴ FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 155.

¹¹⁵ MERCEDES LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., nota 135 al pie de la página 94.

ser la caducidad consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones por parte del administrado, así como su calificación, en ocasiones, como revocación-sanción o, en el caso de ir referido a las subvenciones, de reintegro-sanción¹¹⁶, ha propiciado, como ya se indicó, la consideración de la caducidad como una forma de sanción por parte de algunos autores¹¹⁷.

La caducidad, sin embargo, no tiene carácter sancionador ni constituye, en consecuencia, una verdadera sanción administrativa. La caducidad no tiene finalidad punitiva. Esto es, no constituye un mal impuesto con la finalidad de castigar al autor de un comportamiento que se encuentra tipificado por el ordenamiento jurídico como infracción administrativa. Su finalidad, al menos originariamente, es otra distinta: el restablecimiento del equilibrio entre Administración y administrado o el aseguramiento de que los bienes y medios de la Administración son utilizados para la finalidad a la que están destinados. En el caso de las subvenciones, esto se traduce, en concreto, en la protección de los intereses financieros de la Administración¹¹⁸.

¹¹⁶ Se debe a José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 49, la acuñación de tan extraño término al referirse al “reintegro propiamente dicho o reintegro-sanción derivado del incumplimiento del negocio subvencional”.

¹¹⁷ Fernando LÓPEZ RAMÓN, “Las dificultades de una legislación básica...”, cit., p. 584, afirma tajantemente, por ejemplo, que “la caducidad nos sitúa ante un supuesto sancionatorio. Como consecuencia de un incumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, se faculta a la Administración para declarar extinguida la concesión”. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 433, afirma que “la caducidad tiene un evidente carácter sancionador”, si bien añade a continuación que la caducidad “es garantía de que el aprovechamiento se lleve a cabo y que se realice, además, en los términos establecidos”, lo que podría contradecir la anterior afirmación al negar que la caducidad tenga un carácter puramente punitivo. También Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “Reflexiones sobre la caducidad...”, cit., p. 351, sostiene que “es innegable que supone una reacción del Ordenamiento frente a la conducta culpable del concesionario. Es, pues, una sanción a la actuación del particular concesionario”. El mismo autor, Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 285, afirma que la caducidad “es innegable que supone una reacción del Ordenamiento frente a la conducta culpable del concesionario. Es, pues, una sanción a la actuación del particular concesionario”.

En la doctrina italiana, Giuseppe SANTANIELLO, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, cit., p. 801, estima que la caducidad implica una sanción “que la Administración adopta contra el administrado incumplidor de las obligaciones asumidas a raíz de un acto administrativo”, identificando así una clara diferencia con los actos de revisión, dado que “los actos de revisión, en todas sus posibles formas (anulación, revocación, abrogación) no tienen contenido sancionador: su causa, típica y objetiva, se encuentra exclusivamente en la supresión de los actos administrativos contrarios al interés público. La caducidad, por el contrario, tiene carácter eminentemente sancionador”. En sentido similar, Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., p. 102. Debe advertirse, sin embargo, que el término sanción (*sanzione*) empleado por los autores italianos carece de un significado tan preciso como el término sanción empleado por el ordenamiento español. De este modo, la “sanción” española se identificaría, en concreto, con las “sanciones punitivas” del ordenamiento italiano, esto es, sería sólo uno más de los distintos tipos de reacciones que se incluyen bajo el término *sanzione*. En consecuencia, no es seguro que cuando los autores italianos citados califican la caducidad como “sanción” se estén refiriendo a la “sanción punitiva” y no a una forma de reacción del ordenamiento, en contra del administrado, de carácter desfavorable para el mismo.

¹¹⁸ Manuel Rebollo Puig, “El contenido de las sanciones”, cit., nota 32 a p. 166, y también en Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 432 y nota 45 a la misma, donde insiste en que en el reintegro no hay sanción, esto es, castigo, “sencillamente, el beneficiario no ha adquirido el derecho a incorporar a su patrimonio la cantidad que recibió y debe devolverla. El acto administrativo que impone el reintegro simplemente declara esa obligación patrimonial de devolución y la exige con la fuerza que le es propia”.

La distinción es esencial. De considerarse una verdadera sanción resultarían de aplicación a la declaración de caducidad todos los derechos, sustantivos y procedimentales, propios del ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración. El comportamiento que diera lugar a la caducidad tendría que encontrarse tipificado en una norma con rango de ley, la acción del administrado tendría que ser típica, antijurídica y culpable para poder ser sancionada, su imposición solo sería posible tras sustanciar un procedimiento administrativo sancionador, en el que se encontrasen separadas las fases de instrucción y resolución y se respetasen los derechos de defensa propios de los acusados (derecho a conocer la acusación, derecho a la prueba, derecho a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable, derecho a la presunción de inocencia), imposibilitando, además, la imposición de cualquier otro castigo al mismo sujeto, por los mismos hechos y sobre el mismo fundamento (*non bis in idem*). Sin embargo, nada de ello es aplicable a la caducidad.

Algunos de los autores que sostienen el carácter sancionador de la declaración de caducidad, lo hacen, aparentemente, con el objeto de justificar la aplicación parcial del régimen jurídico de las sanciones a la declaración de caducidad por considerarlo más justo. Parece ser el caso, por ejemplo, de Jaime RODRÍGUEZ ARANA, quien ve en la calificación de la declaración de caducidad como sanción el mejor modo de justificar que los incumplimientos no culpables no den lugar a caducidad¹¹⁹.

Sin embargo, para asegurar el respeto de ciertas garantías en favor del administrado no es necesario convertir la caducidad en una sanción punitiva. De este modo, y como se verá más adelante, la modulación de los efectos de la declaración de caducidad puede lograrse por otros medios, sin necesidad de acudir a su configuración como sanción. Las actuaciones limitadoras de derechos de la Administración se so-

Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 432, señala que “ni la imposición de sanciones administrativas, ni, en su caso, la imposición de penas, tiene por causa misma el incumplimiento de la correspondiente carga jurídica (...) sino el efecto defraudatorio que (...) esa alteración del fin al que se dirige la subvención otorgada, ya liquidada o pagada, viene a suponer para la Hacienda Pública”.

¹¹⁹ Jaime RODRÍGUEZ ARANA, “Reflexiones sobre la caducidad...”, cit., p. 350. El mismo autor, en *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 104, afirma también que “la caducidad, en general, tiene un matiz sancionador inherente al incumplimiento imputable al concesionario. Es necesaria la voluntariedad del titular de la concesión para la caducidad, lo que conlleva que se impida su declaración por fuerza mayor o circunstancias especiales exógenas a la voluntad del concesionario”. Y, refiriéndose a la caducidad de las licencias administrativas, habla del “matiz claramente sancionador que tiene la caducidad administrativa y que, por lo mismo, se liga a un incumplimiento imputable al destinatario del acto, en este caso de la licencia. Resulta, por tanto, fundamental el examen de la conducta del particular. La caducidad no opera automáticamente porque no es un fenómeno jurídico absolutamente objetivo” (p. 218). Tanta insistencia en la naturaleza sancionadora de la caducidad parece deberse, sencillamente, a que tal afirmación es la mejor forma de sustentar las que considera principales (únicas) características generales de la caducidad administrativa: la necesidad de elemento subjetivo en la actuación del administrado y la necesidad de declaración expresa de caducidad.

También Giuseppe SANTANIello, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, cit. p. 802, estima que, precisamente por el carácter sancionador de la caducidad, resulta exigible el trámite de audiencia al administrado, a fin de que explique el incumplimiento, la falta de ejercicio o la desaparición de los requisitos que pueden dar lugar a la caducidad. La misma razón justificaría la exigencia de que la declaración de caducidad esté convenientemente motivada.

meten, como poco, al principio de legalidad y al principio de proporcionalidad. En consecuencia, la intencionalidad del administrado en el incumplimiento que haya dado lugar a la caducidad podrá ser tenida en cuenta, en aplicación del principio de proporcionalidad, sin necesidad de recurrir al principio de culpabilidad, propio del Derecho Administrativo sancionador.

En todo caso, y como se ha adelantado, la declaración de caducidad no puede considerarse una verdadera sanción administrativa. Al menos no en el sentido de ser una sanción-punitiva. Por el contrario, la finalidad última del instituto de la caducidad no es castigar al administrado infractor, sino preservar los intereses generales ligados a la ventaja concedida.

Por ejemplo, en relación con la declaración de caducidad de concesiones demaniales, se afirma que la finalidad del acto que declara la caducidad “es, precisamente, evitar, con la declaración de caducidad, que se perpetúe por más tiempo un estado contrario al interés público”¹²⁰. La finalidad de la declaración de caducidad es, por tanto, “la defensa o protección del interés público objetivo de la propia concesión y esta finalidad no tiene por qué tener matices sancionadores”¹²¹. Y, paralelamente, en relación con la declaración de caducidad de concesiones de servicios municipales, se entiende que “desde el momento en que el concesionario provoca graves perjuicios en la prestación del servicio (...) se frustra la finalidad del servicio y desaparece la razón que llevó a la Corporación a solicitar la colaboración del empresario-concesionario”¹²².

En la doctrina italiana resulta especialmente destacable la labor de Maria Alessandra SANDULLI para descartar la naturaleza sancionadora de la declaración de caducidad. A estos efectos, la autora italiana distingue, en primer lugar, entre la declaración de caducidad por el no ejercicio o la no realización de una actividad en el plazo establecido para ello y la declaración de caducidad por incumplimiento de obligaciones, haciendo una nueva subdivisión dentro de esta segunda categoría.

En relación con el primer supuesto, estima que “con la falta de ejercicio del propio derecho (facultad o poder) el titular no produce lesión alguna de otros intereses (públicos o privados), ni viola ninguna norma jurídica: este, exclusivamente, no se vale de la situación subjetiva de la que es titular (...); y tal «inacción» incide, en

¹²⁰ Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 401.

¹²¹ Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 144. En este preciso sentido, y en relación con el dominio público radioeléctrico, también el Consejo de Estado francés estableció en su *arrêt (Sect.) de 22 de marzo de 1996, Société NRJ, S.A.*, (conclusiones del Comisario FRATACCI) que la declaración por el Consejo Superior de lo Audiovisual de la caducidad de una autorización de uso de una frecuencia radioeléctrica por no haber comenzado la explotación en el plazo prescrito no constituía una sanción.

¹²² Silbia SARASOLA GORRITI, *La concesión de servicios públicos municipales...*, cit., p. 418.

su caso, en la consecución de su interés, por lo que sería inconcebible una eventual reacción represiva en su contra”. A juicio de la autora, “la Ley no impone a los destinatarios [de esta caducidad] un mal (...) sino, más simplemente, prescribe que el relativo «disfrute» solo pueda realizarse dentro de un término prefijado”¹²³.

Debe señalarse, sin embargo, que no está nada claro que el único afectado por el incumplimiento sea el particular. Al menos no en todos los casos. Con la subvención parece poder verse con claridad, porque una de sus cargas habituales será la de realizar la actividad en un plazo de tiempo determinado. La no realización de la actividad en plazo no supone solo un perjuicio para el interesado, sino, probablemente, también para la Administración. El perjuicio será especialmente grave si la Administración, además, había adelantado los fondos necesarios para realizar la actividad de que se trate, dado que su entrega al beneficiario incumplidor habrá impedido que fueran dados a otro administrado que, en su caso, si los hubiera empleado correctamente. De hecho, será este perjuicio el que justifique, en estos casos, el pago de un leve recargo junto con la devolución del importe percibido y el pago de los intereses devengados.

En relación con el segundo supuesto de caducidad, esto es, el incumplimiento de una obligación, SANDULLI distingue entre dos tipos de obligaciones. Por un lado, las obligaciones propias de la relación jurídica establecida entre Administración y administrado (las obligaciones propias del concesionario, del titular de la autorización o del beneficiario de la subvención). Por otro lado, cualesquiera otros deberes y obligaciones que, sin estar directa o indirectamente vinculados con la relación jurídica establecida, son específicamente señalados por la Administración como posibles causas de caducidad¹²⁴.

En relación con el primer grupo de incumplimientos, la declaración de caducidad, a semejanza del fenómeno civilístico de la rescisión del contrato por incumplimiento o por cumplimiento inexacto de una de las partes, sería una garantía en favor de la Administración. En concreto, una garantía que le permite reequilibrar su relación con el administrado tras la alteración causada por este al incumplir las obligaciones, modos u órdenes específicamente dirigidas a regular su desarrollo. De este modo, “la resolución autoritaria de la relación (que en el fondo no es distinta del remedio

¹²³ Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, cit., p. 2. En la jurisprudencia española, y en este mismo sentido, es posible señalar la STS de 17 de febrero de 2009, Sección cuarta, Ar. 1144 (ponente: LECUMBERRI MARTÍ), que niega expresamente el carácter sancionador de la declaración de pérdida de los derechos de prima por vacas nodrizas por no haber utilizado su propietario al menos el 90% de los derechos (art. 33 Reglamento n° 3886/1992).

¹²⁴ Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, cit., p. 3, señala como ejemplo de este segundo tipo en el ordenamiento italiano el art. 55.d) del Texto refundido de las disposiciones sobre aguas e instalaciones eléctricas, donde se prevé la declaración de caducidad “por negligencia habitual en la observancia de las disposiciones legislativas y reglamentarias vigentes”.

del que podría, eventualmente, valerse cualquiera de los contratantes que ostentase, en virtud de cláusula rescisoria expresa, o *ex lege*, un poder discrecional así) se configura por tanto, desde el punto de vista funcional, como un medio de garantía sustancial de la parte no incumplidora, dirigido a impedir que tenga que afrontar injustamente los inconvenientes de una relación que, por acción de su contraparte, ha devenido desigual¹²⁵. Quizá cabría decir que la caducidad resultante del incumplimiento de una obligación propia de la relación establecida con la Administración a través del título que se declara caducado sería, *mutatis mutandis*, una aplicación del principio *inadimplenti non est adimplendum*¹²⁶.

El segundo grupo de incumplimientos, sin embargo, genera mayores problemas y, de hecho, ha dado lugar, en ocasiones, y como se indicará a continuación, a que la declaración de caducidad haya sido considerada una verdadera sanción administrativa.

2. La existencia de supuestos dudosos entre caducidad y sanción: la declaración de caducidad frente a incumplimientos de obligaciones no esenciales

En efecto, a pesar de lo expuesto hasta ahora, lo cierto es que algunas causas de caducidad han sido calificadas como sanciones por parte de la jurisprudencia, y así ha sido destacado por la doctrina. Así ha ocurrido, especialmente, en relación con ciertos tipos de supuestos: aquellos en que la caducidad se hace depender del incumplimiento de obligaciones que tienen poca o ninguna relación con la ventaja concedida, a los que acabamos de referirnos, o en que, aun teniendo relación, dan lugar a la declaración de caducidad incluso a raíz de incumplimientos levisimos.

En este sentido se ha manifestado HUERGO LORA, quien ha señalado que la declaración de caducidad por un incumplimiento que no alcance la relevancia suficiente (bien cualitativa, bien cuantitativa), sería contraria a Derecho y, en caso de venir impuesta por una norma, debería reputarse que esta tiene naturaleza sancionadora¹²⁷.

¹²⁵ Maria Alessandra SANDULLI, voz "Decadenza (Diritto Amministrativo)", cit., p. 3.

¹²⁶ En este sentido, Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, cit., p. 347, señala cómo en estos casos, la actuación de la Administración (que él identifica con una revocación derivada del incumplimiento de la finalidad de un acto favorable) "no deja de presentar alguna semejanza (aunque no estemos hablando de contratos) con la resolución de los contratos por incumplimiento (art. 1.124 CC)".

¹²⁷ En concreto, ha sostenido que "la revocación por incumplimiento solo debe entrar en juego ante incumplimientos que reúnan la suficiente entidad. Así, por ejemplo, se puede acordar el reintegro de una subvención dirigida, por ejemplo, a financiar la construcción de una fábrica, si el dinero se gasta en una finalidad que nada tiene que ver, pero no sería motivo suficiente, por ejemplo, un retraso mínimo en la conclusión de los trabajos, una omisión subsanable en la documentación justificativa o el incumplimiento de la

En realidad, este planteamiento supone, al menos parcialmente, retomar la discusión ya expuesta sobre la existencia de obligaciones “esenciales” y “no esenciales” vinculadas a las ventajas concedidas por la Administración, extrayendo ahora de ella una consecuencia de primera magnitud: solo el incumplimiento de las obligaciones “esenciales” podría dar lugar a la declaración de caducidad de la ventaja, de modo que si esta se declarara por el incumplimiento de una obligación no esencial, dicha declaración supondría una sanción.

Debe admitirse, en efecto, que si el administrado incumple una obligación que no forma parte, propiamente, de la relación establecida con la Administración, difícilmente podría afirmarse que tal incumplimiento supone un desequilibrio en tal relación o que la declaración de caducidad tiende a garantizar los intereses generales o la finalidad vinculados a la ventaja que se ha concedido.

Es el caso, por ejemplo, de la causa de caducidad prevista en la legislación andaluza de subvenciones, de conformidad con la cual todo incumplimiento de la normativa medioambiental en el desarrollo de la actividad subvencionada dará lugar a su reintegro. De este modo, por ejemplo, la subvención concedida a un municipio para la construcción de un pabellón polideportivo que es edificado en un paraje natural deberá ser reintegrada en su totalidad, aun habiendo cumplido escrupulosamente con el fin de la subvención, que no era otro que la construcción de tal instalación deportiva, y sin que en ningún momento se haya roto el equilibrio de la relación subvencional entre Administración concedente y beneficiario, dado que los condicionantes medioambientales no formaban parte, propiamente, de dicha relación.

SANDULLI se limita a considerar que la caducidad, también en esta hipótesis, se orienta fundamentalmente a tutelar el interés público particular que está en la base de la relación establecida entre Administración y administrado: “la caducidad constituye por tanto un instrumento procedimental de garantía del sujeto concedente, dirigido, fundamentalmente, a asegurar el correcto y continuo desarrollo de un servicio de interés público”¹²⁸.

obligación de indicar en los anuncios de la obra que se ha recibido una subvención. Si se aplica la revocación ante uno de estos incumplimientos secundarios, se tratará de un acto contrario a Derecho, generalmente porque así lo dispondrá la norma aplicable y, en su defecto, por violación del principio de proporcionalidad (art. 53.2 LRJPAC, sin perjuicio de su derivación de los principios de Estado de Derecho e interdicción de la arbitrariedad). Ahora bien: si una norma dispone expresamente que se revoque el acto favorable como consecuencia de un determinado incumplimiento absolutamente nimio, habrá que entender que se trata de una norma sancionadora y tratarla como tal, también a la hora de verificar su constitucionalidad”. Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, cit., p. 351. El mismo autor señala también, a modo de ejemplo, que el art. 66.1 TR de la Ley de Aguas, podría tener naturaleza sancionadora dado que establece que “las concesiones podrán declararse caducadas por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos”, sin exigir la esencialidad respecto a los plazos: nota 530 a p. 351.

¹²⁸ Maria Alessandra SANDULLI, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, cit., p. 3.

Sin embargo, el argumento no parece convincente. En la medida en que el comportamiento del administrado que da lugar a la caducidad es completamente ajeno a la relación que este mantiene con la Administración en virtud del título que se declara caducado, no puede sostenerse que la caducidad sea una “consecuencia” de esta relación, una “obligación” más que surge en el seno de la misma. En absoluto: este acto desfavorable no tiene vinculación alguna con la relación establecida, más allá del hecho evidente de ponerle fin.

Aparentemente, ni siquiera parece que se trate de una reacción especialmente adecuada, o al menos no más que otras. Es decir, el ordenamiento podría haber sustituido esta medida de reacción frente al comportamiento del administrado por cualquier otra medida distinta, sin por ello disminuir un ápice la protección dispensada a los intereses públicos¹²⁹.

Al concesionario de un bien público que no respeta la legislación laboral (por ejemplo, el concesionario de un merendero de playa que no da de alta a sus trabajadores) se le puede declarar incurso en caducidad, pero también se le podría imponer una multa, inhabilitarlo para contratar con la Administración o para volver a ser concesionario de la misma. Daría igual, la declaración de caducidad podría sustituirse por cualquier otra medida de gravamen consiguiendo la misma finalidad, que, en este caso, parece sencillamente ser disuadirle del incumplimiento de ciertas obligaciones, lo que se parece demasiado a la función de prevención especial propia de las medidas sancionadoras como para no considerar que se trata de una de ellas.

Ahora bien, a pesar de ello, cabe señalar algunos argumentos que apuntan más bien en sentido contrario. Esto es, a considerar que la declaración de caducidad no tiene naturaleza sancionadora, al menos en ciertos casos.

En primer lugar, aquellos que se benefician de las ventajas concedidas por la Administración se sitúan en una posición de privilegio en relación con el resto de administrados. En consecuencia, no resulta ilógico pedirles una mayor excelencia, un mayor compromiso con el respeto a las normas que rigen a todos los ciudadanos. No es necesariamente desproporcionado considerar que quien se beneficia de la Administración debe ser un administrado tan modélico como sea posible, y en la

¹²⁹ Por ejemplo, el art. 9 del Decreto de 4 de febrero de 1960, regulador del canon de ocupación o aprovechamiento de determinados bienes demaniales, establecía que el impago de aquel podía dar lugar a la ejecución en vía de apremio, sin que se contemplase la posibilidad de declarar su caducidad. Esta posibilidad, sin embargo, sí se contempla expresamente en algunas regulaciones más recientes. De hecho, Mercedes LAFUENTE BENACHES, “La declaración de caducidad...”, cit., p. 404, considera, en relación con las concesiones del dominio público marítimo terrestre, que no pagar el canon puede ser una “verdadera” causa de caducidad cuando “la obtención de esta cantidad sea la única finalidad pública derivada del otorgamiento concedido”.

medida en que demuestre no serlo se hace acreedor, como primera medida, de dejar de recibir privilegios a los que no todos tienen acceso¹³⁰.

En segundo lugar, parece posible aceptar que, en todo caso, esta medida se trataría de una sanción muy especial y, como mínimo, bastante próxima a una penalidad contractual. De algún modo, todas las obligaciones cuyo incumplimiento puede dar lugar a la declaración de caducidad *forman parte de la relación subvencional*. No de manera directa, pero sí indirectamente. El beneficiario conoce todas las obligaciones a las que debe someterse, conoce las ventajas de hacerlo y las consecuencias de incumplirlas. No todas las causas de caducidad tienden a proteger el mismo interés jurídico, ¿pero por qué no puede ser ello así, si así lo decide el legislador¹³¹ y así es aceptado voluntariamente por el administrado?

En última instancia, este argumento se reconduciría al adagio *volenti non fit iniuria*. Y, precisamente por ello, el dato esencial sería la constatación de una verdadera voluntad, libre y responsable, en el administrado, en ejercicio de la cual este decidiera recibir una ventaja aun conociendo las obligaciones que asumía para su efectividad o mantenimiento. De este modo, cabría distinguir distintos supuestos: un administrado, generalmente, solicitará una subvención o una concesión administrativa para realizar una actividad solo si estima que le resulta conveniente; sin embargo, la solicitud de una licencia resulta obligatoria para realizar determinadas actividades. El grado de voluntariedad no es, ni mucho menos, el mismo.

Llegados a este punto, debe reconocerse que no resulta fácil determinar un criterio claro y determinante que permita discernir, en todo caso, cuándo la retirada de la ventaja supone una sanción y cuando no.

3. La fijación de criterios de delimitación entre declaración de caducidad y sanción administrativa

No parece seguro que existan criterios totalmente inequívocos que permitan distinguir, con total claridad, cuándo nos encontramos ante una declaración de caducidad y cuándo ante una sanción. Más bien es posible señalar algunas reglas que, si bien no resultan aplicables a todos los casos, permiten determinar en un buen

¹³⁰ En este preciso sentido, Sebastiano CASSARINO, "Considerazioni sulla decadenza...", cit., pp. 102-103, habla de la "idoneidad moral" que el administrado tenía al inicio de la relación y que posteriormente, y por su propio comportamiento, pierde.

¹³¹ Obsérvese, en efecto, que con frecuencia es el legislador, y no la Administración, quien configura como causa de reintegro el incumplimiento de ciertas obligaciones que poco o nada tienen que ver con el objeto de la subvención. El límite, en este caso, deberá situarse en la Constitución y, muy especialmente, en el hecho de que tales previsiones no supongan sanciones encubiertas.

número de supuestos si nos encontramos o no ante una situación sancionadora. Más allá solo parece factible indicar algunos criterios orientadores, aceptando que existen casos, ciertamente dudosos, en los que la calificación como sanción, sin ser segura, es posible.

Por ello, parece excesivamente apriorística la postura adoptada en este debate por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien identifica la figura de la que venimos ocupándonos con las “sanciones rescisorias”¹³². A juicio de este autor, las sanciones rescisorias solo serían verdaderas sanciones cuando se impongan fuera del marco de una relación bilateral entre la Administración y el administrado. De este modo, no habría sanción en “todas las relaciones bilaterales (contratos, concesiones) distintas de las de empleo público, [pues en ellas] la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma (...) y no del poder sancionatorio general, sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico-privadas que la disponibilidad de la autotutela por la Administración. En cambio, las revocaciones o caducidades de licencias, autorizaciones y permisos, que afectan a los derechos de los sujetos cuyo ejercicio esos actos administrativos posibilitan, caen de lleno dentro de los actos sancionatorios”.

En realidad, el carácter sancionatorio o no de estas “sanciones rescisorias”, es decir, de la declaración de caducidad de una ventaja por incumplimiento de las obligaciones de su beneficiario, deberá determinarse en atención a las circunstancias concretas que concurren en cada caso¹³³.

En esa línea se sitúa, entre otras, la STS de 9 de julio de 2007, Sección cuarta, Ar. 236492 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con la retirada de la autorización a una almazara para actuar como agente del régimen de ayudas a la producción de aceite de oliva, centrada en el estudio de la revocación de títulos administrativos habilitantes para ejercer una determinada actividad o su retirada temporal. La sentencia parte de la constatación de que la retirada de ventajas por incumplimientos de su beneficiario puede ser, en ciertos casos, una sanción y en otros una declaración

¹³² La expresión fue acuñada por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *REDA*, nº 1976, pp. 402-403, siendo posteriormente recogida toda la construcción en el *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2002, pp. 172-173.

¹³³ Manuel REBOLLO PUIG, “El contenido de las sanciones”, cit., p. 160, advierte que “a fuer de exactos, las sanciones rescisorias son tan variadas como variados son los actos administrativos favorables, de manera que ni siquiera está justificado tratarlas conjuntamente como una categoría unitaria. Ante tal heterogeneidad, poco o nada puede decirse en abstracto sobre todas las sanciones rescisorias”. Y, en esta misma línea, también Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, cit., p. 334, estima que “las llamadas sanciones rescisorias (...) no tienen siempre ni necesariamente la misma calificación jurídica. Por tanto, no es correcto hablar de «sanciones» rescisorias, pues en muchos casos no se trata de sanciones. La revocación o suspensión de un acto favorable constituye una auténtica sanción si una norma la califica como tal, es decir, la prevé como castigo para una infracción administrativa”, si bien en p. 337 matiza que también es una sanción “no solo cuando el legislador lo dice, sino también cuando lo es sustancialmente”.

de caducidad (revocación, en el sentido amplio que hemos indicado)¹³⁴, y que así lo han reconocido expresamente la jurisprudencia y la doctrina constitucional¹³⁵.

Ahora bien, esa misma doctrina constitucional ha entendido que “trazar una línea divisoria entre ambas medidas, con pretensión de validez general, resulta poco menos que imposible y, en consecuencia, calificar unas medidas concretas como sanción o simple aplicación de las normas administrativas habilitantes para la gestión de una actividad requiere tener en cuenta las circunstancias de cada caso”.

A pesar de ello, y como adelantamos más arriba, es posible indicar la existencia de criterios que, al menos en relación con ciertos supuestos, permiten excluir de manera segura su carácter sancionador.

En concreto, es posible afirmar la ausencia del carácter sancionador de la declaración de caducidad cuando esta se produce por el incumplimiento de aquella obligación que sirvió de justificación a la concesión de la ventaja. Esto es, una vez más volvemos a señalar el carácter especialmente cualificado, dentro de las causas de caducidad, de aquellas que se relacionan con la afectación de la ventaja a un fin.

En efecto, en el supuesto de que la Administración realice una cesión gratuita de un inmueble público para que se destine a una determinada finalidad y el destinatario del inmueble lo destine a una finalidad distinta, la declaración de la caducidad de la entrega no tendrá, en ningún caso, carácter sancionador. Así ocurrirá, generalmente, con todas las concesiones demaniales y con la concesión de subvenciones (a excepción, en su caso, de las primas) y, en ciertos casos, con las autorizaciones. En relación con los primeros, además, se trata de la constatación de la ausencia de una causa que justifique el desplazamiento patrimonial.

Es en estos casos en los que alcanzan su pleno sentido las indicaciones relativas al equilibrio de la relación y a la salvaguarda de los intereses generales vinculados a la concesión de la ventaja y lo que ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que,

¹³⁴ De hecho, y de conformidad con lo expresado en la STS de 8 de octubre de 2001, Ar. 5862 de 2002 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), “no todo acto administrativo de contenido o consecuencias desfavorables puede considerarse que constituya una sanción, sino que existen otros supuestos distintos, de restricción de su esfera jurídica, como es el de la licencia municipal que crea una relación estable y bilateral entre el autorizado y la Administración otorgante, que se otorga sometida al cumplimiento de determinadas condiciones, procediendo a revocarla si no siguen cumpliéndose aquellos requisitos, y el consecuente acto de revocación no tiene naturaleza de sanción normativa”.

¹³⁵ La misma sentencia recuerda, de conformidad con las SSTC 181/1990, de 15 de noviembre, y 61/1990, que “la revocación de una licencia de basa en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad pretendida, tarea en la que el margen de apreciación es escaso. Sin embargo (...) en otros casos, la revocación de la licencia responde a un más amplio margen de apreciación en manos de la administración, que se ve posibilitada para valorar determinadas conductas como contrarias al ordenamiento, en cuyo supuesto se trata de los típicos casos denominados por la doctrina «revocación-sanción»”.

como regla general, la declaración de caducidad como resultado del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el beneficiario de la ventaja no constituirá sanción alguna¹³⁶.

Asimismo, también parece seguro que aquellas declaraciones de caducidad que traigan causa del no ejercicio de la ventaja concedida al beneficiario no tendrán en ningún caso carácter sancionador.

A partir de aquí, cuanto más nos alejemos de este criterio seguro, más incierta será la categorización de la medida de retirada de la ventaja como caducidad o como sanción. En principio, cuanto menor sea la relación entre la obligación incumplida y el fin al que se encuentra afecta la ventaja concedida, mayores serán las probabilidades de que su retirada constituya una verdadera sanción.

Junto a ello, es posible indicar algunos criterios que pueden ayudar a distinguir ambas figuras. Por ejemplo, en ocasiones puede resultar de utilidad la existencia de listas normativas en las que se enumere qué medidas se consideran sanciones y cuáles no. Ese es el mecanismo empleado en el Derecho de la Unión, mediante la adopción del Reglamento nº 2988/95, fielmente seguido por la jurisprudencia de la Unión. Sin embargo, dadas las especiales características del Derecho de la Unión, no se trata de un criterio definitivo. En efecto, como ha manifestado nuestra jurisprudencia, el uso por la normativa de la Unión de términos como “sanción” o “penalización” no tiene por qué significar que la medida de que se trate constituya una verdadera sanción¹³⁷.

Asimismo, cuando la retirada de la ventaja no tenga carácter definitivo, sino que se circunscriba a un periodo de tiempo determinado de antemano por la Administración, o cuando se imponga la obligación de pagar una cantidad a la Administración en cuyo cálculo no se tenga en cuenta la intención de restituir lo recibido previamente de ella, estaremos ante indicios de que la medida adoptada constituye una

¹³⁶ Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, cit., p. 350, afirma, en este sentido, que “como regla general, es claro que la revocación por incumplimiento no es una sanción. Al contrario: se trata de la respuesta prevista por la norma correspondiente ante el hecho de que, como consecuencia del incumplimiento por el particular de las obligaciones que ha asumido al recibir el acto favorable, este ya no puede cumplir su finalidad, al haberse desviado de lo previsto cuando fue dictado”.

¹³⁷ En este sentido, la STS de 28 de enero de 2002, Sección cuarta, Ar. 898 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR), dictada en relación con una resolución de denegación de ayudas a la producción de oleaginosas y de devolución de los anticipos recibidos, indicó que, a pesar del uso del término “penalización”, tanto por la normativa de la Unión aplicable como por la nacional de transposición, “no estamos ahora ante una sanción administrativa, sino ante un acto administrativo de retirada de las ayudas por incumplimiento de las condiciones establecidas en el negocio jurídico celebrado entre la empresa agrícola y la Administración”.

sanción¹³⁸. Sin embargo, no deben tomarse como criterios definitivos, so pena de llegar a resultados absurdos¹³⁹.

4. La distinción entre reintegro y sanción

La declaración de caducidad de la subvención, en la medida en que supone bien la pérdida del derecho al cobro, bien la obligación de devolver una cantidad previamente recibida, supone un empobrecimiento patrimonial y, por tanto, un acto desfavorable. Sin embargo, y como ya hemos adelantado, la afirmación del carácter

¹³⁸ En este sentido se manifiesta la STS de 4 de marzo de 2005, Sección 4ª, Ar. 1779 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR). El supuesto de hecho parte de que, como resultado de una inspección administrativa, se descubrió que la entidad mercantil *Olis del Penedès, S.A.*, que se dedicaba al envasado de aceite y contaba con una autorización para que se le otorgaran subvenciones, trabajaba con un aceite con contenidos en trilinoleina superiores a los permitidos (lo que implicaba mezcla con aceites de semilla). En atención a estas circunstancias, la Dirección General de Producción e Industrias Agroalimentarias de la Generalitat de Catalunya dictó resolución el 8 de julio de 1998 en la que acordó retirar a la empresa la autorización para recibir subvenciones durante un periodo de un año y le impuso la obligación de devolver la cantidad de 998.558 pesetas, doble de la media mensual de la ayuda durante los doce meses precedentes. La Generalitat justificó la medida argumentando que se trataba de un caso de incumplimiento del condicionado de la subvención que daba lugar a una retirada temporal de la autorización, a modo de revocación-sanción, y a la obligación de devolver una parte de la ayuda. Es decir, que se trataba de la declaración de caducidad de las medidas favorables dictadas anteriormente en favor de la entidad como consecuencia del incumplimiento de sus deberes. Sin embargo, la sentencia considera que la medida supone una verdadera sanción, lo que justifica indicando que “se está ante un acto de revocación de una autorización administrativa, *pero solo temporalmente*, y este acto impone además una obligación de pago, pero este pago no es en modo alguno totalmente *compensatorio de las ayudas indebidamente percibidas*. Es decir, no se trata de retirada de la autorización y obligación de devolver la totalidad de las subvenciones”, lo que sí habría cuadrado con la naturaleza de la caducidad (cursiva añadida).

¹³⁹ Es lo que le ocurrió, precisamente, a la STSJ de Andalucía/Granada de 17 de noviembre de 2004, Sección primera, Ar. 27626 (ponente: CIVICO GARCÍA), dictada en relación con la retirada del reconocimiento como Organización de Productores a *Olijaén Sierra Morena*, que llegó equivocadamente a la conclusión de que dicha retirada suponía una sanción.

Para la correcta exposición de los hechos debe indicarse que, de conformidad con el art. 33 del Real Decreto 257/1999, de 12 de febrero (que establece y regula la Agencia para el Aceite de Oliva), “en el caso de que una organización de productores reconocida o una unión no respeten las condiciones requeridas para su reconocimiento, no permita la comprobación de la producción de sus miembros o no haya efectuado los controles que le incumben, con arreglo al art. 6.8 y 10 del Reglamento de la Comunidad Económica Europea 2261/84, la Agencia para el Aceite de Oliva propondrá a la Comunidad Autónoma que concedió el reconocimiento a la entidad la retirada del reconocimiento por un periodo comprendido entre una y cinco campañas”. Aunque en el supuesto enjuiciado la sentencia anuló la retirada por falta de motivación de la resolución por la que fue acordada, también se señala que “la sanción a imponer sería, en todo caso, la de suspensión del reconocimiento por un periodo temporal, y no definitivamente, como ha impuesto la Comunidad Autónoma Andaluza en el caso objeto de estudio, sin que exista ley alguna que ampare dicha privación de derecho, careciendo, por tanto, de la cobertura legal necesaria para la imposición de tal sanción”. El argumento es absurdo porque la norma lo es aún más.

La norma prevé un supuesto de caducidad de la autorización, esto es, la posibilidad de dejarla sin efecto debido a un incumplimiento de su titular, mezclada con otras cosas (la pérdida sobrevenida de los requisitos para ser titular de la misma). Esto es, no se trata (no debería tratarse) propiamente de una sanción. Sin embargo, al prever que la retirada se producirá por un periodo de uno a cinco años, ofrece una imagen justamente contraria y que, en todo caso, debe ser correctamente interpretada. En efecto, ¿es que tras un año de retirada de la autorización por no reunir los requisitos necesarios puede una Organización de Productores recuperar dicha autorización a pesar de que siga sin cumplir tales requisitos? La respuesta debe ser forzosamente negativa, al menos para este supuesto. Y, por ello mismo, la solución adoptada por la Junta de Andalucía (retirada de la autorización definitiva) se aproximaba más a una solución que sería más acorde con los intereses generales: retirada definitiva de la autorización, sin perjuicio de que, en caso de que volviera a reunir los requisitos necesarios, pudiera volver a concedérsele.

no sancionador del reintegro de subvenciones ha sido una constante tanto en la doctrina¹⁴⁰ como en la jurisprudencia¹⁴¹.

Como consecuencia de que no se trata de una medida sancionadora, no resulta de aplicación el principio de presunción de inocencia¹⁴², ni ningún otro de los principios propios del ejercicio de la potestad sancionadora, como los de legalidad o tipicidad¹⁴³.

Y el mismo motivo explica la posibilidad de imponer cumulativamente el reintegro y una sanción, sin infracción de la prohibición de *non bis in idem*. Es decir, que con independencia de que se declare la caducidad de la subvención, a unos mismos hechos puede corresponder, además, la imposición de alguna sanción administrativa. Así lo venían reconociendo doctrina¹⁴⁴ y jurisprudencia¹⁴⁵, y ahora el art. 40.1 LGS,

¹⁴⁰ Vid., entre otros muchos, Pablo ARELLANO PARDO, "Título II. Del reintegro de subvenciones", cit., p. 321; Adolfo CARRETERO PÉREZ, "Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria", cit., p. 432. Carmen GÓMEZ RIVERO y Adán NIETO MARTÍN, "El delito de fraude de subvenciones ante la Ley General de Subvenciones", en *REDF* nº 123 (julio-septiembre 2004), p. 621.

¹⁴¹ En este sentido, y entre muchísimas otras, STS de 13 de abril de 1998, Ar. 3323 (ponente: LEDESMA BARTRET); STS de 3 de diciembre de 1998, Ar. 10454 (ponente: CID FONTÁN); STS de 14 de marzo de 2002, Sección cuarta, Ar. 3694 (ponente: SOTO VÁZQUEZ); STS de 20 de mayo de 2003, Ar. 5295 (ponente: MARTÍ GARCÍA); STS de 21 de marzo de 2007, Sección cuarta, Ar. 4596 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA). STSJ Cataluña de 5 de noviembre de 2002, Ar. 164949 de 2003 (ponente: GARCÍA PONS); STSJ Galicia de 30 de abril de 2003, Ar. 267588 (ponente: COSTA PILLADO); STSJ Madrid de 11 de junio de 2002, Ar. 86518 de 2003 (ponente: HUET DE SANDE); STSJ Madrid de 16 de julio de 2002, Ar. 86709 de 2003 (ponente: SANTILLÁN PEDROSA); STSJ Madrid de 1 de febrero de 2003, Ar. 186169 (ponente: DELGADO VELASCO); STSJ País Vasco de 28 de mayo de 2003, Ar. 189353 (ponente: RUIZ RUIZ).

¹⁴² Por ejemplo, la STS de 6 de abril de 2005, Sección cuarta, Ar. 3591 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR), en relación con el reintegro de una ayuda a la producción de cítricos para la transformación, considera, frente a la alegada vulneración de la presunción de inocencia, que "la orden de devolución de subvenciones por incumplimiento de las condiciones establecidas no supone que se haya impuesto una sanción, y por tanto no es aplicable al supuesto la normativa sobre infracciones y sanciones". STSJ Galicia de 30 de abril de 2003, Ar. 267588 (ponente: COSTA PILLADO); STSJ Madrid de 16 de julio de 2002, Ar. 86709 de 2003 (ponente: SANTILLÁN PEDROSA).

Del mismo modo, también cabe señalar como prueba de que no rige el principio de presunción de inocencia, el hecho de que, tanto el art. 14.1.b) LGS, como "los tribunales, en general, atribuyen al beneficiario la carga de la prueba del cumplimiento, lo que sería inadmisibles si se tratara de una sanción", Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., p. 433.

¹⁴³ STSJ Madrid de 16 de julio de 2002, Ar. 86709 de 2003 (ponente: SANTILLÁN PEDROSA).

¹⁴⁴ Entre otros, Carlos I. AYMERICH CANO, *Ayudas públicas y Estado autonómico*, cit., p. 179, ha señalado que "en caso de incumplimiento de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención o ayuda, procede declarar la caducidad, con independencia de que el mismo incumplimiento constituya una infracción típica sancionable. Ambas –declaración de caducidad y sanción– derivan de potestades diferentes: la primera, de la potestad subvencional de la Administración, atribuida a órganos determinados de la misma por normas generales o por las singulares normas de establecimiento de subvenciones o ayudas; la segunda, de la potestad sancionadora, de carácter genérico y más amplia que la subvencional, que deriva directamente de la LGP".

¹⁴⁵ Las SSTS de 12 de marzo y 2 de diciembre de 2008, ambas de la Sección tercera, Ar. 3721 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) y 8046 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), respectivamente, afirman que "el deber de reintegro por esta causa o modalidad de incumplimiento no tiene carácter punitivo o sancionador y resulta, en consecuencia, independiente del hecho de que la entidad beneficiaria haya incurrido en una infracción de las tipificadas en el artículo 82 [TRLGP]".

También la STS de 26 de junio de 2007, Sección cuarta, Ar. 3925 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), dictada en relación al reintegro de una ayuda a la producción de cítricos destinados a la transformación, recuerda que "el reintegro de las cantidades concedidas al otorgarse una subvención por incumplimiento de las condiciones

que goza de carácter básico, también ha afirmado la plena compatibilidad entre reintegro de subvención y sanción, lo que implica, en sentido inverso, negar que el reintegro tenga carácter sancionador¹⁴⁶. Y la misma compatibilidad cabe predicar, evidentemente, entre el reintegro de una subvención y la imposición de una pena por parte de los órganos jurisdiccionales del orden penal¹⁴⁷.

Con carácter general, la negación del carácter sancionador de la declaración de caducidad de la subvención no ha generado grandes problemas. Ello se ha debido, en buena medida, a que la causa de caducidad por antonomasia de la subvención, el incumplimiento de la actividad que justificó su otorgamiento, encaja a la perfección en aquellos supuestos que hemos señalado como prototípicos dentro de las causas de caducidad: la vulneración de la afectación de la ventaja y, correlativamente, la falta de una causa que justifique el desplazamiento patrimonial.

Esta situación explica que la jurisprudencia haya justificado el carácter no sancionador del reintegro indicando que “por su naturaleza, no puede equipararse a una sanción aparejada a una infracción, sino [que se trata de] la consecuencia de la falta de los requisitos o presupuestos establecidos para el otorgamiento de aquella

impuestas en la misma por el beneficiario es ajeno e independiente del ejercicio de la potestad sancionadora, bien que si, además, se producen infracciones de las previstas en la norma sea compatible el reintegro con la imposición de las sanciones que resulten aplicables”. Y cita la STS de 8 de junio de 2005, Ar. 4332 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), conforme a la cual: “no tiene tal carácter [sancionador] un acto administrativo que se limita a declarar el incumplimiento de las condiciones y la reducción a cero de la subvención en su día otorgada, sin imponer ninguna de las verdaderas sanciones (multa pecuniaria; pérdida, durante un plazo de hasta cinco años, de la posibilidad de obtener subvenciones públicas y prohibición, durante un plazo de hasta cinco años, para celebrar contratos con el Estado u otros Entes públicos) que se prevén para los supuestos correspondientes”.

¹⁴⁶ Dice el art. 40.1 LGS: “Los beneficiarios y entidades colaboradoras, en los casos contemplados en el artículo 37 de esta Ley, deberán reintegrar la totalidad o parte de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora (...) *Esta obligación será independiente de las sanciones que, en su caso, resulten exigibles*”.

Es posible señalar algún antecedente a este artículo en una normativa sectorial tan antigua como la de la acción concertada. Así, el art. 4 del Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, *in fine*, establecía que “(...) La aplicación de la subvención a usos distintos de los previstos al concederla, se sancionará administrativamente como si se tratase de defraudación tributaria, imponiéndose la sanción del tanto al triple de la subvención, *sin perjuicio del reintegro de su importe*”.

¹⁴⁷ Expresamente lo afirma la STS de 10 de marzo de 2009, Sección tercera, Ar. 1591 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT). En el supuesto de hecho, la entidad mercantil *Campocarne*, S.A., resultó beneficiaria de una subvención para llevar a cabo un procedimiento de modernización y mejora tecnológica de una sala de despiece de porcino y una fábrica de productos y elaborados cárnicos. Tras acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, y pocos días antes de que, de conformidad con la normativa reguladora, se produjese la inspección física por parte de los miembros de la Intervención de la Comunidad de Madrid, se produjo un incendio que destruyó absolutamente las instalaciones. Tales hechos dieron lugar al inicio de un procedimiento de reintegro, en la medida en que el cumplimiento de la actividad no había podido quedar acreditado, así como a un proceso criminal cuyo objeto era depurar posibles responsabilidades penales por la producción del incendio. El procedimiento de reintegro terminó con una resolución acordando el reintegro de la subvención concedida. Frente a esta resolución se alegó la infracción del principio *non bis in idem* por no haber suspendido el procedimiento de reintegro en tanto no se hubiese resuelto el proceso penal. La sentencia, sin embargo, establece que el argumento “no puede ser acogido, pues su formulación carece de fundamento, en la medida en que las garantías que se desprenden del reconocimiento constitucional del principio de legalidad sancionadora no son de aplicación en el ámbito objetivo de los expedientes de reintegro de subvenciones (...), que no tienen una naturaleza sancionadora”.

medida de fomento”¹⁴⁸ o que la decisión de reintegro “en modo alguno posee la condición o naturaleza de sanción sino simplemente de consecuencia lógica del incumplimiento de obligaciones previas contraídas y no realizadas”¹⁴⁹.

Ahora bien, junto a esta, existen otras causas de caducidad de la subvención que no se identifican con el incumplimiento de la obligación de afectación. De su estudio pormenorizado nos ocuparemos, sin embargo, más adelante, analizando en cada caso si su configuración encaja dentro del esquema de la declaración de caducidad o si, por el contrario, pueden esconder auténticas sanciones encubiertas.

Por ahora, solo nos ocuparemos de una cuestión común a todas las causas de reintegro: la posibilidad de que su incumplimiento, aun siendo parcial, pueda dar lugar a la completa retirada de la subvención. Esto es, ¿constituye una sanción el reintegro de toda la subvención y no solo de la parte proporcional al incumplimiento?

Debe atenderse a que, en este punto, no nos estamos interrogando sobre la relevancia cualitativa de la obligación objeto de incumplimiento. Lo que ahora se discute es otra cosa, predicable de todas las causas de caducidad e incluida, muy especialmente, la constituida por el incumplimiento de la obligación de realizar la actividad a la que se encuentra afecta la concesión de la ventaja. De hecho, en relación con esta última, el art. 37.1.b) LGS señala expresamente que dará origen al reintegro de la subvención “el incumplimiento *total o parcial* del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención”.

En efecto, en la medida en que hemos sostenido que la declaración de caducidad tiende a restablecer el equilibrio entre la Administración y el administrado, en el supuesto en que este haya cumplido parcialmente sus obligaciones y, correlativamente, sus incumplimientos también sean parciales, parece que la declaración de caducidad también debería ser parcial: esto es, la extinción de los efectos de la ventaja no debería ser total, sino solo proporcional al grado de incumplimiento. En consecuencia, toda eliminación de los efectos de la ventaja por encima del concreto nivel de incumplimiento estaría huérfana de justificación y, consiguientemente, podría constituir una sanción. Todo ello se traduciría, en el concreto caso de la subvención, en la afirmación de que tanto el reintegro como la pérdida del derecho al cobro deberían ser, en todo caso, proporcionales al grado de (in)cumplimiento del beneficiario.

¹⁴⁸ STS de 12 de julio de 1996, Sección cuarta, Ar. 5978 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO).

¹⁴⁹ SSTs de 20 de junio de 2007, Sección cuarta, Ar. 236638 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), y de 19 de noviembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 6674 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), ambas en relación con el reintegro de unas ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación.

Ahora bien, estos razonamientos olvidan que la justificación de la declaración de caducidad no es solo el restablecimiento del equilibrio en la relación entre Administración y administrado, sino también, y al mismo tiempo, garantizar la satisfacción de los intereses generales a los que se vincula la ventaja concedida. En efecto, supone un error identificar la caducidad únicamente con una de las obligaciones (la principal, si se quiere) del beneficiario de la ventaja: aplicar dicha ventaja al desarrollo de la actividad que justificó su concesión. Por el contrario, la caducidad se produce también cuando el beneficiario incumple obligaciones que, aun vinculándose a la concesión de la ventaja, no se identifican con la afectación de esta al desarrollo de una actividad concreta¹⁵⁰.

La cuestión no es, ni mucho menos, una mera disquisición teórica. Por el contrario, ha sido objeto de una cuidada atención por parte de la jurisprudencia de la Unión. El análisis de dicha jurisprudencia debe partir de afirmar la posibilidad de que la Comisión puede decidir el reintegro de toda la subvención, aun cuando el incumplimiento haya sido parcial. Así se ha afirmado expresamente en relación con las ayudas concedidas en el marco de los Fondos estructurales. En concreto, el art. 24.2 Reglamento nº 4253/88 establecía que “la Comisión podrá reducir o suspender la ayuda para la acción o la medida en cuestión si el estudio confirmara la existencia de una irregularidad o de una modificación importante que afecte a las condiciones de ejecución de la acción o de la medida, y para la que no se hubiera pedido la aprobación de la Comisión”.

A partir de este artículo, el TJCE ha desarrollado una jurisprudencia que se apoya sobre estos tres pilares:

En primer lugar, se reconoce la posibilidad de que la Comisión pueda suprimir toda la ayuda concedida, aun cuando se haya realizado parte o la totalidad del proyecto, si así lo estima oportuno a partir de las irregularidades detectadas¹⁵¹.

¹⁵⁰ El ejemplo prototípico en las concesiones demaniales es, probablemente, la falta de pago del canon. En las subvenciones encontramos, más allá del incumplimiento de la actividad a la que se encuentra afectada la subvención, otros muchos ejemplos de incumplimientos de obligaciones que también dan lugar al reintegro: la falta de justificación, la no adopción de las medidas de difusión y publicidad de que la actividad ha sido financiada con una subvención, la resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actividades de comprobación y control financiero, el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos, el cumplimiento de la actividad que justificó la concesión de la subvención pero no en el modo acordado, etc.

Con buen criterio, ha señalado Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 27 que “lo que motiva en último término el reintegro de subvenciones (...) no es sino la no consecución de los bienes u objetivos públicos de interés colectivo que acompañan la concesión y disfrute de una subvención” y, en parecidos términos, en p. 30 (“la no consecución de los objetivos públicos y generales que comporta la subvención supondrá el reintegro de la misma”) y p. 41.

¹⁵¹ STJCE de 19 de enero de 2006, *Comunità montana della Valnerina*, as. C-240/03, “la Comisión no tiene por qué limitarse a reclamar únicamente la devolución de las subvenciones que hayan resultado injustificadas debido a esas irregularidades” (ap. 141). En el supuesto enjuiciado se trataba de irregularidades en la justificación de los gastos.

En segundo lugar, aun cuando el TJCE denomina a esta medida “sanción”, es difícil sostener que se trate de una verdadera sanción, en su sentido puramente represivo. En su lugar, se configura como una medida más para la gestión de las ayudas, con carácter disuasorio, pero no represivo. En este sentido es necesario destacar cómo el TJCE justifica la adopción de esta medida “con el fin de asegurar una gestión eficaz de las ayudas comunitarias y de disuadir comportamientos fraudulentos”, e incluso llega a afirmar que esta medida “es la única que puede producir el efecto disuasorio necesario para la buena gestión de los recursos del FEOGA”¹⁵². La medida no pretende castigar. Por eso, el TJCE no la plantea en ningún momento como una forma de castigo contra el beneficiario incumplidor. Es otra cosa. Una herramienta para evitar (o, al menos, disuadir) conductas que impedirían el correcto desarrollo de la actividad administrativa. Ello sin perjuicio del evidente carácter desfavorable que la medida conlleva, lo que justificaría, precisamente, el uso (impropio) del término “sanción”¹⁵³.

En tercer lugar, la medida se reserva para los casos de irregularidades que supongan un incumplimiento especialmente grave de las obligaciones del beneficiario. Es en este sentido en el que el TJCE habla de “obligaciones cuyo cumplimiento

¹⁵² STJCE de 19 de enero de 2006, *Comunità montana della Valnerina*, as. C-240/03, 141 y 144.

¹⁵³ Por ejemplo, la STPI de 14 de junio de 2001, *Hortiplant/Comisión*, as. T-143/99, ap. 121, dictada en relación con el reintegro de una ayuda concedida por la Comisión para la realización de un proyecto experimental en materia agrícola por irregularidades en la justificación, señala que “en el caso de autos, la Comisión tenía razones para estimar que cualquier medida que no fuera la supresión total de la ayuda podía suponer un incentivo para la inobservancia de las condiciones de concesión del concurso. En efecto, los beneficiarios podrían verse tentados de proporcionar datos falsos o de ocultar información, para aumentar artificialmente el importe de la inversión subvencionable, con el fin de obtener una ayuda comunitaria más elevada, si la única sanción a la que se expusieran consistiera en que la ayuda se redujera únicamente en la proporción de la inversión que no cumpliera una condición de concesión de la ayuda”.

En parecidos términos, la STPI de 17 de octubre de 2002, *Astipesca/Comisión*, as. T-180/00, dictada en relación con el reintegro parcial de una ayuda a la constitución de una sociedad mixta pesquera, tras constatar que la beneficiaria de la ayuda ofreció indicaciones falsas respecto al lugar donde faenaba uno de sus buques, considera que “ante los incumplimientos de la demandante, la Comisión pudo estimar que una sanción menos severa que la decidida en el presente caso podría comprometer la buena gestión de la política estructural en materia de pesca y constituir una invitación al fraude, ya que los beneficiarios de ayudas se verían tentados de cambiar de zona de pesca sin informar a la Comisión si no existiera más sanción que la reducción simbólica de la ayuda o incluso una reducción menor que la que correspondería a la gravedad y a la duración de la infracción (...) Debe añadirse que el Tribunal de Justicia ha llegado a declarar que, en materia de ayudas financieras comunitarias, la sanción infligida por la Comisión en caso de irregularidad podría ser superior, sin violar el principio de proporcionalidad, a la correspondiente a dicha irregularidad, con el fin de surtir un efecto disuasorio necesario para la buena gestión de los recursos del fondo estructural considerado”, aps. 112 y 113.

En el mismo sentido, en relación con el incumplimiento de la obligación de justificar ciertas partidas del proyecto financiado, la STPI de 30 de septiembre de 2003, *Aristoteleio Panepistimio Thesalonikis/Comisión*, as. T-196/01, ap. 223, señala que “en un contexto como este la Comisión puede considerar razonablemente que cualquier sanción distinta de la supresión total de la ayuda y la recuperación de las cantidades pagadas por el FEOGA podría constituir una invitación al fraude, ya que los candidatos a beneficiarios se verían tentados a abultar artificialmente el importe de los gastos imputados al proyecto para eludir su obligación de cofinanciación y obtener la intervención máxima del FEOGA (...), o bien a proporcionar informaciones falsas u ocultar determinados datos para obtener una ayuda o incrementar la cuantía de la ayuda solicitada, corriendo el riesgo únicamente de que dicha ayuda fuera reducida al nivel que hubiera debido corresponder en función de la realidad de los gastos efectuados por el beneficiario y/o de la exactitud de la información proporcionada por este a la Comisión”.

es de fundamental importancia”¹⁵⁴. El TJCE no lo afirma expresamente, pero de su jurisprudencia se deduce que tales obligaciones deben identificarse con aquellas que más estrechamente vinculadas se encuentran al fin al que se encuentra afecta la ventaja concedida (es decir, la obligación que justifica el desplazamiento patrimonial, pero también las obligaciones de justificar su cumplimiento, de someterse a las actividades de control tendentes a verificarlo, etc.). Sin embargo, tales irregularidades no tienen por qué alcanzar el grado de comportamientos penalmente punibles. Esto es, comportamientos *dolosos*. En última instancia, esto viene a confirmar que la medida que tratamos no es una sanción: los hechos que dan lugar a su adopción podrían suponer, en su caso, aunque no necesariamente, una conducta penalmente reprobable. En tal supuesto, además de la supresión de la ayuda, podría proceder, en su caso, la imposición de una sanción penal, distinta e independiente de tal supresión¹⁵⁵.

Esta misma solución es la que consagra, por lo demás, el Derecho español. A este respecto, cabe señalar que la regla general en relación con el reintegro es la retirada total de la subvención, sin que se considere que ello suponga una sanción. Solo en casos excepcionales cabe una minoración proporcional de la obligación de reintegro, según se desprende del art. 37.2 LGS, del que nos ocuparemos detenidamente en un epígrafe posterior, y conforme al cual solo es posible el reintegro parcial “cuando el cumplimiento del beneficiario o, en su caso, entidad colaboradora se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por estos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos”.

¹⁵⁴ STJCE de 19 de enero de 2006, *Comunità montana della Valnerina*, as. C-240/03, ap. 143.

¹⁵⁵ En este mismo sentido, STPI de 14 de junio de 2001, *Hortiplant/Comisión*, as. T-143/99, ap. 118.

CAPÍTULO SÉPTIMO. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL REINTEGRO DE SUBVENCIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. INTRODUCCIÓN

Como hemos repetido, la caducidad de las subvenciones se regula en el ordenamiento jurídico español bajo el nombre de reintegro, lo que debemos identificar, de conformidad con las aclaraciones terminológicas que hicimos en el capítulo tercero, con el “reintegro en sentido estricto”, es decir, con las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS. Sin embargo, y como adelantábamos en el capítulo anterior, esta identificación no es total: si bien todas las causas de declaración de caducidad de las subvenciones pueden reconducirse, con carácter general, a alguna de las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS, no ocurre igual a la inversa, de modo que no todas las causas de reintegro del art. 37 LGS constituyen, en puridad, causas de declaración de caducidad.

Esta situación explica, en buena medida, las dificultades que ha encontrado la doctrina, y a las que ya hicimos referencia, para acuñar un concepto unitario y coherente de “reintegro en sentido estricto”. Los autores suelen inclinarse por afirmar que, a pesar de la heterogeneidad de las causas de reintegro del art. 37 LGS, existe un fundamento común a todas ellas. Se trata, sin embargo, de una afirmación un tanto acrítica, basada en apriorismos lógico-jurídicos que no tienen en cuenta la realidad. De este modo, ocurre lo mismo que con la discutida naturaleza de la figura de la caducidad: en abstracto es posible definirla, pero la realidad normativa demuestra que el legislador no tiene reparos en deformarla cuando lo estima oportuno, por lo

que no resulta posible acuñar un concepto de caducidad capaz de explicar todas las causas que, de conformidad con la normativa vigente, dan lugar a la misma.

En efecto, en el art. 37 LGS se establecen hasta ocho causas de reintegro de subvenciones y una cláusula abierta que se remite a las bases reguladoras de cada subvención en particular. Casi todas ellas describen posibles incumplimientos de las obligaciones del beneficiario y a tales incumplimientos se anuda, como consecuencia, la declaración de reintegro. Tal es, según se ha expuesto, la esencia de la declaración de caducidad. Y, en este preciso sentido, la doctrina ha tendido a identificar las causas de reintegro con el incumplimiento de alguna de sus obligaciones por parte del beneficiario de la subvención¹.

Asimismo, cabría pensar que el art. 37 LGS, intitulado “Causas de reintegro”, se presenta como opuesto al artículo justamente anterior, el art. 36 LGS “Invalididad de la resolución de concesión”, dando así unidad a un conjunto de medidas que tendrían en común, cuando menos, y por oposición al mencionado art. 36 LGS, el no afectar a la validez de la resolución de concesión.

Sin embargo, y como sabemos, dos de las ocho causas de reintegro, las incluidas en las letras a) y h), incumplen este patrón. El propio legislador lo reconoce de manera implícita en el art. 36.5 LGS, al que ya hemos hecho referencia. Asimismo, el art. 37.1.i) LGS se configura como una cláusula abierta que permite a la Administración crear nuevas causas de reintegro sin que, al menos en apariencia, se exija en modo alguno que se basen en incumplimientos del beneficiario, dado que admite la declaración de reintegro “en los demás supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención”, sin mayores precisiones.

¹ Así, por ejemplo, Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 121, adopta una visión clásica del reintegro en tanto que reacción frente a un incumplimiento del beneficiario, y afirma, de este modo, que “para la Administración, [el reintegro] supone el cauce y el límite de su capacidad de intervención. Para el beneficiario determina la obligación de actuar precisamente conforme se previó en el acto de otorgamiento”. Es de destacar, y así se hará más adelante, que, a pesar de este planteamiento, al autor no le genere dudas la causa de caducidad del art. 37.1.h) LGS. En el mismo sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 106, también afirma que la regulación de las causas de reintegro “trasluce, en último término, la proyección de las obligaciones de los beneficiarios y, en parte, de las entidades colaboradoras que la propia Ley General de Subvenciones ha previsto. En efecto, puede vislumbrarse una vinculación entre las referidas obligaciones recogidas en los artículos 14 y 15 LGS y las causas que determinan el reintegro de las subvenciones, que no son sino el incumplimiento de tales obligaciones”. La afirmación, aun siendo cierta, debe completarse: no todas las causas que determinan el reintegro se vinculan a algún incumplimiento de las obligaciones de los beneficiarios o las entidades colaboradoras. También Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 307-308, sostiene que “el reintegro del art. 37 se produce como consecuencia de incumplimientos por parte de los perceptores de las subvenciones de las obligaciones asumidas con motivo de la concesión de la subvención”, y algo más adelante afirma que “el reintegro no es sino una consecuencia material o, si se prefiere, económica del incumplimiento por parte del perceptor de la subvención, sea este beneficiario o entidad colaboradora, de los compromisos asumidos”, p. 321. Es decir, una devolución de quien ha recibido el dinero, sea por el motivo que sea, a raíz de un incumplimiento, sea el que sea. En fin, José Luis REQUERO IBÁÑEZ, “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, cit., p. 49, al buscar un fundamento común a todas las causas de reintegro del art. 37 LGS estima que “hay que deducir que se está ante el incumplimiento de algún extremo en el negocio subvencional, luego se está ante una ilicitud sobrevenida [?] que no afecta al acto de otorgamiento”.

De manera alternativa, también se ha postulado como fundamento común a todas las causas de reintegro del art. 37 LGS que “el fundamento mediato del reintegro de subvenciones no puede ser otro que el principio de prohibición de enriquecimiento injusto: en definitiva la necesidad de devolver las cantidades obtenidas como subvención de forma indebida. De otra forma habría un enriquecimiento sin causa, que habría de ser reparado para evitar esa injusticia”². Con esta formulación se pretenden incluir, probablemente, los supuestos de obtención indebida (por no reunir los requisitos necesarios o por recibir una sobrefinanciación). Sin embargo, tampoco esta construcción resulta concluyente, dado que, en ciertas ocasiones, el beneficiario sí que ha realizado la actividad que justifica la subvención, a pesar de lo cual, tiene que devolverla (por ejemplo, incumplir la obligación de publicidad).

La conclusión a la que, inevitablemente, lleva el estudio atento y riguroso de las causas de reintegro en sentido estricto es la formulada, con especial acierto, por REBOLLO PUIG: “por más vueltas que se le dé, no cabe nada más que afirmar que son causas de reintegro las que la LGS dice que son causas de reintegro, causas a las que atribuye un determinado régimen, aquel que inicialmente estaba pensado para el supuesto de no realización de la actividad subvencionada pero que en la actualidad se extiende a otros supuestos”³.

En definitiva, el legislador ha orquestado un sistema en el que a unas causas de reintegro, de naturaleza heterogénea, les corresponde un único y específico procedimiento de reintegro, cuya principal virtud es su mayor sencillez (y menor carácter garantista) respecto a los procedimientos de revisión de oficio a los que da lugar la concurrencia de causas de invalidez.

¿Significa esto que el reintegro de las subvenciones no puede considerarse un supuesto de caducidad, tal y como venimos sosteniendo hasta ahora? Creo que no. De lo que se trata, más modestamente, es de ser consciente de que el legislador, aun configurando con carácter general el reintegro como el resultado del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el beneficiario de la subvención, ha incluido también ciertas causas de reintegro que no se ajustan a dicho esquema. Precisamente por ello, y según veremos, la extensión del régimen general del reintegro a dichas causas genera problemas de aplicación que no se suscitan con las “verdaderas” causas de reintegro.

² Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 69.

³ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 435-436, quien más adelante insiste en que “la LGS ha construido un reintegro que abarca figuras muy heterogéneas que solo tienen en común el régimen jurídico al que las somete (...) hay algunos reintegros que se podrían explicar de otra forma y justificar de otra forma. Pero ninguna explicación ni justificación es suficiente para todos los reintegros contemplados en los arts. 37 y siguientes de la LGS” (p. 442).

En todo caso, y aunque es indudable la importancia que el legislador ha concedido al reintegro en la LGS, esta institución no constituye, propiamente, una innovación introducida en nuestro ordenamiento jurídico el año 2003. En efecto, el art. 81 LGP incluía, desde el año 1991, una regulación, ciertamente más reducida que la actual, de la figura del reintegro. También las leyes y normas reglamentarias de las CCAA reguladoras de las subvenciones en sus respectivos territorios habían dedicado una notable atención a esta figura. En consecuencia, la LGS ha recogido la herencia de estas normas anteriores y la ha enriquecido con un buen número de soluciones jurídicas que se habían ido decantando en la jurisprudencia⁴.

Asimismo, y en congruencia con el concepto amplio de subvención consagrado en el art. 2 LGS, el régimen jurídico del reintegro previsto en el Título II (“Del reintegro de subvenciones”) de la LGS también se establece como único e indiferenciado para las primas y las subvenciones. En consecuencia, sea cual sea la naturaleza concreta (subvenciones en sentido estricto o primas) de las ayudas concedidas, la normativa aplicable será la misma.

A partir de aquí, se impone un análisis particularizado de cada una de las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS. Tras el mismo, procederá el estudio del procedimiento administrativo necesario para su declaración.

II.

LAS CAUSAS DE REINTEGRO DE LAS SUBVENCIONES

1. La causa de reintegro del art. 37.1.a) LGS

A. La configuración como causa de reintegro de una verdadera causa de invalidez

El art. 37.1.a) vincula el reintegro a la “obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido”.

⁴ En este sentido, Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 109, ha destacado la labor de cristalización de soluciones jurisprudenciales previas realizada por el legislador en materia de reintegro, señalando que “a menudo la Ley se limita a recoger la solución ofrecida por los Tribunales a un determinado problema en el auténtico cuerpo jurisprudencial decantado en este punto, ya sea en los propios términos en que las Sentencias existentes venían justificando una determinada respuesta a la controversia planteada, o bien, en otros casos, variando algún aspecto del detalle de la respuesta pero transitando exactamente, de manera expresa o implícita, por los mismos razonamientos o fundamentos jurídicos esgrimidos por los ponentes judiciales”. Asimismo, y como relata Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 318-319, la LGS se inspiró directamente en ciertas normas autonómicas de subvenciones (art. 21 de la Ley Navarra y el art. 38 de la Ley Balear) para incorporar nuevas causas de reintegro al elenco de las recogidas en el art. 81.9 TRLGP o para excluir el cobro de intereses en caso de que la subvención debiera devolverse por causa imputable a la Administración.

Como se ha indicado, sin embargo, se trata de un caso prototípico de coincidencia de causa de invalidez y de causa de reintegro⁵.

La inteligencia del precepto no es fácil y si se analiza desde una perspectiva dogmática, aún menos. En principio, para ser beneficiario de una subvención es necesario que concurren en el solicitante dos circunstancias: reunir ciertos requisitos y realizar la actividad a la que se encuentra afecta. Así, el incumplimiento de los requisitos da lugar a la prohibición de ser beneficiario (art. 13 LGS) y el incumplimiento de las obligaciones vinculadas a la subvención da lugar a la prohibición del cobro (art. 34.3 LGS). Ahora bien, también pueden producirse casos “anómalos”: cuando, a pesar de no reunirse los requisitos, se ha producido la concesión de la subvención, procede su declaración de invalidez y cuando, a pesar de no haberse cumplido las obligaciones, se ha producido el pago, procede su reintegro. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades penales, administrativas o contables que pudieran producirse en ambos casos. De conformidad con esta construcción, la concesión de la subvención incumpliendo los requisitos necesarios para ser beneficiario daría lugar a la declaración de invalidez, no al reintegro⁶.

⁵ Su antecedente más inmediato viene constituido por los arts. 81.9.b) y 82.1 TRLGP, con las peculiaridades que más adelante tendremos ocasión de ver. No obstante, además de este precedente inmediato, se trata de una previsión con más antecedentes entre las normas reguladoras de subvenciones concretas. Por ejemplo, el art. 15 del Real Decreto 2298/1983, de 28 de julio, por el que se regula el sistema de becas y otras ayudas al estudio de carácter personalizado, preveía un procedimiento de “revisión” para “el supuesto de concurrir ocultación o falseamiento de datos”. También el art. 33 de la Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización, establecía que “el falseamiento, la inexactitud o la omisión de los datos suministrados por las empresas podrá dar lugar a la privación total o parcial de los beneficios concedidos con cargo a fondos públicos, con obligación de reintegrar las subvenciones, indemnizaciones y cuotas de los impuestos no satisfechas, así como los correspondientes intereses de demora”.

⁶ En este preciso sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 437, estima que esta causa de reintegro supone la revisión de la validez del acto, solo que bajo otro nombre y otro régimen jurídico. También José Luis GIL IBÁÑEZ, “El régimen de las becas y ayudas al estudio”, cit., p. 248, y Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., pp. 24 y 41, quien considera que el reintegro de subvenciones motivado por la causa del art. 37.1.h) LGS también supondría una revisión encubierta de la validez del acto.

Extendiéndose sobre la cuestión, José María GIMENO FELIÚ, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad...”, cit., p. 178, apunta: “problema distinto [al del incumplimiento de las obligaciones] es el de si se concede la subvención (o ayuda) sin reunir los requisitos exigidos por la legislación, tal y como expresamente indica el artículo 81.9, apartado b), de la LGP. No se puede decir lo mismo que en los supuestos anteriormente mencionados (incumplimiento de la carga), pues en este concreto caso ha debido existir una fase de constatación previa por parte de la Administración, de tal manera que la exigencia de su devolución supondría una revocación de pleno derecho (que exigiría los requisitos de los arts. 102-103 LAP). En cualquier caso, resulta obvio que ante una eventual revocación (de obligarse a la devolución por imperativo de la Ley) existiría una responsabilidad administrativa (arts. 106 CE y 139 y ss. LAP) que exigiría la indemnización de los daños y perjuicios”. También José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial...*, cit., p. 252, señala que “junto a los supuestos típicos de ilegalidad –vicios de competencia, procedimiento, etc.–, en la administración de subvenciones adquiere especial relevancia la anulación cuando el beneficiario ha aportado datos falsos, incorrectos o incompletos para conseguir la subvención (...). En estos casos, la concesión es ilegal, no por culpa de la Administración, sino del beneficiario, lo cual tendrá sus consecuencias, como tendremos ocasión de examinar. Pero no estorba la calificación de estos supuestos como de ilegalidad, para cuya eliminación es preciso el mecanismo de anulación administrativa”.

Aparentemente, sin embargo, la causa de reintegro prevista en este art. 37.1.a) LGS parece consagrar normativamente la solución inversa: ante el incumplimiento de los requisitos, se procede al reintegro.

Con frecuencia, la doctrina circunscribe sus razonamientos a elogiar la razonabilidad de la solución aportada por la LGS. En efecto, hay que coincidir en que, a la vista del procedimiento especialmente garantista que ofrecen los arts. 102 y 103 LRJPAC, “no parece adecuado que cuando ha sido el perceptor el que ha generado con actos fraudulentos la situación de ilegalidad en el acceso a la subvención, deba beneficiarse de las garantías con las que el ordenamiento jurídico rodea la revisión de actos, obstaculizando la restitución de una situación ilegal por él mismo generada”, razonamiento, por cierto, que ya se encontraba en la jurisprudencia⁷.

Ahora bien, cabe señalar dos críticas a este razonamiento. Por un lado, quizá hubiera sido posible diseñar herramientas más acordes con el resto del ordenamiento⁸. Por otro lado, a mi juicio la doctrina no ha profundizado lo suficiente en esta causa de reintegro y en su lejanía de la institución del reintegro como supuesto de caducidad por incumplimiento de las obligaciones del beneficiario. Eso, cuando no ha realizado afirmaciones sencillamente incomprensibles en relación con ella⁹.

En efecto, no es fácil determinar cuál de los deberes impuestos al beneficiario en el marco de la relación jurídica subvencional se ha incumplido¹⁰, no pareciendo suficiente, a estos efectos, identificarla con “el incumplimiento de la obligación de veracidad y de exactitud para la obtención de la subvención”¹¹. Fundamentalmente porque dicha obligación de veracidad y de exactitud no recae, propiamente, sobre

⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 311, quien señala a estos efectos la STSJ de La Rioja de 23 de mayo de 2003, FJ 1. El mismo autor señala, algo más adelante, que “si bien la consecuencia que ha de derivarse necesariamente de una conducta como la descrita por la norma será la adquisición de un derecho de crédito sin reunir los requisitos necesarios para ello, el carácter fraudulento de la obtención de este derecho justifica, a nuestro entender, el tratamiento especial que la Ley General de Subvenciones depara a este supuesto, respecto de aquellos que determinan la invalidez de la resolución de concesión, negando, en consecuencia, la aplicación de las garantías previstas por el ordenamiento para la revisión de actos nulos en favor de quien, con una conducta fraudulenta, procuró y provocó la ilegalidad del acto en su propio beneficio” (p. 322).

⁸ Destaca, en este sentido, la propuesta de Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 53 a p. 437, conforme a la cual estas circunstancias deberían haberse configurado como una verdadera causa de revisión, aunque fuera excepcionando el régimen general y estableciendo otro más flexible.

⁹ Por ejemplo, Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 432, considera que esta causa de reintegro consistente en obtener la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello supone un caso de “hecho sobrevenido”.

¹⁰ A pesar de ello, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 311, se limita a afirmar, sin más, que “no parece existir ninguna razón que impida equiparar estas situaciones de falseamiento u ocultación a cualquier otro incumplimiento de los perceptores de subvenciones”. En realidad, sí que existe “una razón”: que no queda claro qué obligación *derivada de la subvención* se está incumpliendo.

¹¹ Vitelio TENA PLAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 120.

los beneficiarios de la subvención, sino sobre los solicitantes, lleguen o no lleguen a ser beneficiarios de la misma.

Sin embargo, la jurisprudencia parece haber avalado esta última interpretación. Especialmente indicativa de ello es la nutridísima serie jurisprudencial recaída en relación con las numerosas decisiones de reintegro dictadas por la Generalidad de Valencia en relación con las ayudas a la producción de cítricos. En efecto, si bien no todas, muchas de las sentencias dictadas en relación con el reintegro de ayudas a la producción de cítricos se basan en el descubrimiento de que las Organizaciones de Productores habían solicitado (y percibido) parte de las ayudas alegando la existencia de cítricos que, en realidad, no habían sido producidos por sus socios. No se trataba, por tanto, del incumplimiento de una obligación, sino de no reunir uno de los requisitos necesarios para percibir la ayuda. Por ello resulta especialmente significativo el razonamiento que emplea la jurisprudencia para justificar su reintegro y cómo se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones propias de los beneficiarios de subvenciones.

En este sentido, afirma la STS de 26 de junio de 2007, Sección cuarta, Ar. 3925 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA) que “de la propia naturaleza de la subvención, puesto que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario *cumpla unas exigencias* o tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión, se deduce que basta la comprobación administrativa *del incumplimiento de los requisitos* o la indebida utilización de las cantidades recibidas o, en definitiva, el incumplimiento de la finalidad para la que se concede u otorga la subvención para que la misma pueda revocarse o dejarse sin efecto, sin que sea preciso acudir para ello al procedimiento previsto en el art. 103 LJRPAC”. Y la misma sentencia, citando ahora la STS de 4 de febrero de 2005, Ar. 1537, recuerda que “la declaración de derechos no se produce cuando la subvención se concede, sino cuando se ha concedido y *se han cumplido los requisitos* y observado las condiciones impuestas por la Administración”.

De este modo, la jurisprudencia se niega a aceptar que una ventaja administrativa concedida sobre una base de falsedad u ocultamiento por parte de su beneficiario constituya un derecho adquirido. Es decir, considera que su eficacia (tal vez incluso su validez) se subordina a la condición *si preces veritate nitantur*, propia del Derecho romano justinianeo y sobre la que volveremos más adelante.

En este mismo sentido, y también en relación con las ayudas a la producción de cítricos para la transformación, la STS de 19 de junio de 2007, Sección cuarta, Ar. 209699 (ponente: PICO LORENZO), niega el derecho a recibir una de estas ayudas a

una Organización de Productores por incumplimiento de los requisitos necesarios, argumentando que la “naturaleza condicional [de la subvención] (...) no solo se proyecta en el ámbito de un procedimiento de reintegro sino también en el de obtención”. Y el mismo razonamiento es el que lleva a la STS de 25 de abril de 2007, Sección cuarta, Ar. 5779 (ponente: PICO LORENZO) a confirmar que una determinada Organización de Productores no tenía derecho a percibir la “Indemnización comunitaria de retirada” (prevista para la retirada de ciertos cítricos y configurada como una auténtica prima), basándose en “el indiscutible carácter modal y condicional en el otorgamiento de subvenciones o ayudas, según reiterada jurisprudencia de esta Sala”.

La jurisprudencia parece haber confundido, definitivamente, la obligación de reunir unos requisitos para ser beneficiario de la subvención y la necesidad de cumplir ciertas obligaciones para tener derecho a cobrarla¹².

B. Los vicios de obrepción y subrepción

Como ha puesto de manifiesto Manuel REBOLLO, esta causa de reintegro, en última instancia, se circunscribe a los supuestos de obrepción y subrepción¹³. En efecto, de conformidad con el ordenamiento canónico, en el que se desarrollaron ambos conceptos tras recepcionarlos del Derecho romano tardío, se entiende por

¹² Otro ejemplo de esta situación, esta vez no relacionado con la concesión de subvenciones agrícolas, se encuentra en la STS de 16 de abril de 2008, Sección segunda, Ar. 3762 (ponente: MARTÍN TIMÓN), dictada en relación con la responsabilidad contable declarada por el Tribunal de Cuentas contra la entidad *Suministros auxiliares de la industria extremeña, S.A.*, por la percepción de ayudas a la contratación indefinida por valor de 103.987.950 pesetas. La sentencia considera probado que 62 de los 70 trabajadores contratados por la empresa beneficiaria de la subvención habían sido despedidos 24 horas antes de su contratación de la empresa *A.G. Siderúrgica Balboa, S.A.* Asimismo, y dadas las relaciones personales existentes entre los propietarios y administradores de ambas empresas, se llega a la conclusión de que constituyen parte del mismo grupo de empresas, lo que se habría ocultado con la única finalidad de percibir las subvenciones públicas. El Tribunal de Cuentas equiparó la obtención de la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello a la falta de aplicación de la subvención recibida a la finalidad exigida por la resolución de concesión. A partir de aquí, pudo afirmar que “la no justificación de la inversión de las subvenciones recibidas nos sitúa en la esfera del descubierto de fondos públicos o alcance, con la obligación de reintegro por parte de su perceptor”. Este retorcido razonamiento, habitual en los pronunciamientos del TCU, venía forzado por el dato de que su jurisdicción sobre los beneficiarios de subvenciones solo se extiende a su falta de justificación del empleo dado a los fondos públicos, de modo que se ve obligado a reconducir toda irregularidad a esta falta de justificación.

Quizá sabedor de esta absurda situación, el Tribunal Supremo rechaza la alegación de *Suministros auxiliares de la industria extremeña, S.A.*, de que un incumplimiento de las condiciones establecidas para la obtención de una subvención en ningún caso podría constituir, de forma simultánea, los supuestos de las letras 81.9.b) y 81.9.c) TRLGP, y afirma que “es claro que cabe afirmar que se ha eludido la norma que excluye de la subvención los supuestos de contratación de trabajadores que hubiesen prestado servicios (...) en los doce meses anteriores en la misma empresa o grupo de empresas (...) con lo que en su día se obtuvo la subvención sin reunir los requisitos necesarios para ello [art. 81.9.b) TRLGP] (...), pero pudiéndose entender igualmente que se ha incumplido la finalidad para la que se recibió la subvención (...), esto es, la creación de empleo neto [art. 81.9.c) TRLGP] (...), con lo que, efectivamente, se produce la situación de alcance que es causa también de la obligación de reintegro”.

¹³ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 436.

obrepción “la falsa narración de un hecho a un superior para conseguir de este un rescripto, empleo o beneficio”, esto es, la “exposición de algo falso” (*expositio falsi*) recogida en el canon 42 del Código Canónico. Por su parte, la subrepción se identifica con “la ocultación de un hecho para obtener lo que de otro modo no se conseguiría”, lo que el Código Canónico define como “ocultación de la verdad” (*reticentia veri*), can. 42¹⁴.

El origen de estos vicios va ligado a la aparición de los *rescripta*, instrumento jurídico propio del Derecho público romano que conocerá una temprana recepción y amplio desarrollo en el Derecho canónico. La práctica del rescripto existía ya en el s. I d.C., generalizándose bajo Adriano (117-138 d.C.). Se distinguían dos tipos de rescripto: el rescripto de gracia y el rescripto de justicia. En primer lugar, el rescripto de justicia podía consistir en una *epistola* (respuesta dirigida por el emperador a las cuestiones formuladas por sus magistrados en relación con la impartición de justicia) o en *subscriptions* o *annotationes* (respuestas a las cuestiones planteadas por los particulares a través de *preces* en relación a un proceso judicial). En segundo lugar, a través del rescripto de gracia el emperador concedía emancipaciones, adopciones, legitimaciones, prórrogas en los pagos, etc.¹⁵. Es en relación con estas últimas, consistentes en todo caso en la concesión de una ventaja o privilegio, con las que es posible establecer algún paralelismo de utilidad con nuestro objeto de estudio.

La validez de estos rescriptos se subordinaba a la condición *si preces veritate nitantur*, que todos llevaban implícita (Cod. Just., l. I, tit. XXIII lex 7). Es decir, en caso de que las preces o peticiones incluyeran algún dato falso o no contuviesen datos que, de conocerse, habrían impedido que se dictara el rescripto, este devenía nulo¹⁶.

Este sistema pasaría prácticamente sin cambios de la corte imperial a la corte papal, donde llegaría su verdadero desarrollo. De hecho, durante casi un siglo convivirían los rescriptos imperiales y los papales, dado que los rescriptos canónicos más antiguos parecen remontarse al papa Dámaso (366-384) o al papa Siricio y datarían de alrededor del año 385. Con el tiempo, los rescriptos se convertirían en una de las fuentes del derecho más importantes, como se comprueba con el simple examen de las colecciones de decretales que forman el *Corpus iuris canonici*. En el Derecho canónico se mantiene la distinción entre rescriptos de gracia y de justicia y, también en ambos casos, la existencia de obrepción o subrepción hace nulos los rescriptos,

¹⁴ Roberto PAREJO GÁMIR y José Luis MARTÍNEZ GEREZ, “A la búsqueda de nuevas técnicas: obrepción y subrepción”, *RAP* n° 49 (enero-abril 1966), p. 323.

¹⁵ R. NAZ, voz “Rescrit”, en R. NAZ (dir.) *Dictionnaire de Droit Canonique*, T. VII, Letouzay et Ané, París, 1965, p. 609.

¹⁶ Roberto PAREJO GÁMIR y José Luis MARTÍNEZ GEREZ, “A la búsqueda de nuevas técnicas...”, cit., p. 324.

en tanto suponen la falsedad de las preces, que son consideradas cláusulas esenciales de los rescriptos¹⁷.

La regulación actual de los vicios de obrepción y subrepción parece contenerse en los cánones 40, 42, 45, 1054 y 2361 del Código Canónico, donde se establece que sus posibles causas de nulidad son tres: el incumplimiento de un presupuesto de hecho esencial, la falta de veracidad de los motivos invocados en la solicitud (obrepción o subrepción) y la ocultación de un rechazo anterior a la misma solicitud.

Cuestión especialmente interesante es la determinación de por qué un rescripto aquejado de obrepción o subrepción es nulo. La doctrina tradicional y dominante sostiene que se debía a un motivo subjetivo, en concreto, a que la voluntad del Papa se encontraba aquejada de un vicio de voluntad y, al no tratarse de una voluntad libre, sino sometida a engaño, no debía causar efectos jurídicos¹⁸. En efecto, la regla *si preces veritate nitantur* “se explica por la imposibilidad práctica en que se encuentra el soberano de verificar la veracidad de las alegaciones que se le presentan. Para no arriesgarse a conceder gracias sobre la base de mentiras, se subordina la eficacia a la condición general y absoluta de que se cumpla la cláusula *si preces veritate nitantur*”¹⁹.

Esta postura entronca con la teoría de los vicios de la voluntad del Derecho privado y, en concreto, con la figura del dolo. De conformidad con el art. 1269 CC, “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. El dolo, en caso de cumplir los requisitos exigidos en el art. 1270 CC, produce la nulidad del consentimiento (art. 1265 CC) y, en consecuencia, la inexistencia del contrato (art. 1261 CC). El mismo resultado de invalidez se obtiene en caso de que concurra dolo en el otorgamiento de testamento (art. 673 CC).

¹⁷ Marcelino CABREROS DE ANTA, “Los rescriptos”, en Marcelino CABREROS DE ANTA, Arturo ALONSO LOBO y Sabino ALONSO MORÁN, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, t. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963, p. 223.

¹⁸ En este sentido, y entre otros muchos, Eduardo LABANDEIRA, *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Eunsa, Navarra, 1992, p. 450, señala que “la subrepción u ocultación de la verdad y la obrepción o exposición de algo falso en las preces puede producir la invalidez del rescripto. Y ello no porque el orador haya actuado incorrectamente, sino porque esos vicios afectan a la motivación del acto –y en consecuencia a su causa–, que en el rescripto que no es dado *motu proprio* viene sugerida por el orador”. En sentido parecido, Jorge MIRAS, Javier CANOSA y Eduardo BAURA, *Compendio de Derecho Administrativo Canónico*, Eunsa, Navarra, 2005, p. 225.

¹⁹ R. NAZ, voz “Rescrit”, cit., p. 620. Esta misma interpretación explicaría la posibilidad de que los vicios de obrepción y subrepción solo den lugar, en ciertas ocasiones, a una invalidez parcial del rescripto. En efecto, “el can. 42.3 aplica al rescripto la regla *odiosa sunt restringenda*. Declara que la obrepción y la subrepción solo producen efectos en relación con la gracia a la que se refieren. En consecuencia, si en la misma solicitud se pidieran varias gracias y en el rescripto de respuesta se concedieran varias gracias, solo estaría aquejada de nulidad la gracia obtenida por medios viciados de obrepción o de subrepción. Las otras, si fueron obtenidas por motivos justos, producen pleno efecto” (p. 622).

Sin embargo, frente a esta interpretación, PAREJO GAMIR y MARTÍNEZ GEREZ, siguiendo a GIACCHI, consideran que la nulidad se debe a una razón objetiva: la ausencia de presupuesto de hecho. Eso sería así, al menos, en los rescriptos que contienen la cláusula *si preces veritate nitantur*, dado que esta cláusula “establece para esta última categoría de rescriptos la exigencia de un presupuesto fáctico necesario para la concesión del rescripto, que, de no darse, anula automáticamente ese don”²⁰. Esta interpretación explicaría por qué el momento en que deben ser ciertos los hechos expuestos en la solicitud es el momento en que el rescripto produce sus efectos²¹.

Solo esta segunda postura es trasladable al ámbito administrativo. En efecto, la declaración en que consiste el acto administrativo, en cuyo dictado sea necesaria previamente una declaración de voluntad del particular (que son aquellos actos administrativos en los que, previsiblemente, podrán darse casos de obrepción y subrepción), estará viciada en caso de que este mienta u oculte datos, pero el acto no será nulo por ello. No tiene sentido hablar de error en la Administración. El error, en su caso, lo sería del funcionario. La nulidad vendrá determinada porque faltarán los presupuestos de hecho exigidos para poder dictar el acto administrativo que ha sido emitido. Es decir, será nulo por ser contrario al ordenamiento jurídico, por ser el resultado de una actuación de la Administración contraria a la norma, por vulnerar el principio de legalidad que rige la actuación de la Administración²².

Ello quiere decir que lo importante en el caso de falsedad en los requisitos necesarios para conseguir la subvención no es que se haya viciado la voluntad de la Administración, sino que el resultado final *no es acorde con la norma*. Esa es, por lo demás, la solución aportada por nuestro legislador en el art. 62.1.f) LJRPAC, al declarar nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas “expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Esta visión “objetiva” de los vicios de obrepción y subrepción podría hacer pensar en la inutilidad de estas categorías o, al menos, en lo innecesario de distinguirlas respecto a la figura, más amplia, de la falta de elementos esenciales para adquirir

²⁰ Roberto PAREJO GAMIR y José Luis MARTÍNEZ GEREZ, “A la búsqueda de nuevas técnicas...”, cit., p. 330.

²¹ Marcelino CABREROS DE ANTA, “Los rescriptos”, cit., p. 225, señala que “la petición del rescripto [las preces] debe ser verdadera en el momento en que el rescripto produce su efecto (...) No importa que las preces o motivos alegados carezcan de verdad en el momento de firmarse la petición o al ser esta recibida por el Superior. Ni tampoco pierde su fuerza el rescripto porque las preces, cambiados los hechos, ya no respondan a la verdad *después que* el rescripto produjo su efecto”.

²² Como señala Francisco VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., pp. 52-53, “la ‘voluntad’ del órgano es el fin que le fija la norma al atribuirle la competencia”. En efecto, “el negocio jurídico está construido sobre la voluntad del sujeto. Ello determina que la voluntad viciada (error, dolo) vicia de nulidad el negocio jurídico. En cambio, el acto administrativo descansa sobre el fin de la norma. Una decisión viciada de un funcionario (por ejemplo, por enajenación mental) no vicia de nulidad el acto administrativo, *si este es acorde con la norma*”, cursiva añadida.

facultades o derechos. En efecto, si la Administración concede o reconoce una ventaja a un administrado que carece de los requisitos esenciales para ello, da igual que haya actuado por error o voluntariamente y, en el primer caso, da igual que el error haya venido causado, maliciosamente o no, por el beneficiario o por tercero. En todas estas hipótesis el resultado sería el mismo: la nulidad de pleno derecho del acto así concedido.

Sin embargo, la presencia de obrepción y subrepción sí que puede introducir diferencias de importancia. En primer lugar, su concurrencia impedirá, por definición, la formación de una confianza legítima en el administrado que pudiera impedir la anulación del acto, lo que haría inaplicable uno de los principales límites a la anulación de los actos administrativos previstos en el art. 106 LRJPAC.

En segundo lugar, da cobertura suficiente a la creación de regímenes especiales de anulación de los actos administrativos, más flexibles que los previstos con carácter general en los arts. 102 y 103 LRJPAC. No se trata solo de una propuesta *de lege ferenda*, sino que existen ejemplos reales en el ordenamiento español. En efecto, en el ámbito de la Seguridad Social las categorías de obrepción y subrepción han tenido una especial acogida, permitiendo una excepción a la prohibición general de revisión de actos favorables por parte de las Entidades gestoras de la Seguridad Social.

Como ya se indicó más arriba, al tratar de la corrección de errores, el art. 144.1 de la Ley de procedimiento laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), establece que “las entidades gestoras o los servicios comunes no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido”. Para ello, disponen de un plazo de cinco años, tras el cual habrá prescrito la acción de revisión.

Esta prohibición encuentra, sin embargo, dos excepciones: la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, a la que ya nos referimos, “así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario” (art. 144.2). Se trata, por tanto, de una habilitación a las Entidades gestoras de la Seguridad Social y a los servicios comunes para que puedan retirar, por sí mismos, aquellos actos que se demuestren contrarios al ordenamiento y que, en consecuencia, nunca debieron dictarse. Ahora bien, dicha habilitación únicamente alcanza los supuestos propios de la subrepción (“omisiones”) y de la obrepción (“inexactitudes”).

Este artículo se limita a repetir la misma excepción que se preveía en el art. 144.2 de la anterior LPL (Real Decreto Legislativo 521/1990), excepción que, además, ya venía siendo aceptada por la jurisprudencia laboral bastante tiempo antes de su consagración normativa, si bien exigiendo la tramitación del oportuno expediente, en el que se diese trámite de audiencia al interesado y que culminase con una resolución formal y fundada en Derecho²³.

La idea de fondo, probablemente, es la misma que en la causa de reintegro del art. 37.1.a) LGS: los vicios de obrepción y subrepción, aun constituyendo auténticas causas de invalidez del acto, admiten un sistema de reacción menos garantista que el previsto, con carácter general, para la invalidez. Dicho de otro modo: los administrados causantes de vicios de obrepción o subrepción no merecen tanta protección como la que merecen los administrados que, sin ser responsables de sus vicios, ven cómo la Administración anula los actos de los que son beneficiarios.

Cuestión distinta es si configurar la existencia de estos vicios como causa de reintegro, en lugar de prever un régimen de anulación especial, era la mejor solución o la más acorde con el resto del ordenamiento. En efecto, el legislador no ha creado un régimen especial de revisión de oficio: se ha limitado a extender el régimen del reintegro²⁴.

²³ Manuel ALONSO OLEA, "De nuevo sobre la revocación...", cit., p. 592, quien estima, además, que el plazo máximo para proceder a esta revisión, ante el silencio del legislador, debería ser el plazo de cinco años previsto en el art. 144.3 LPL para el ejercicio de la acción de revisión ante los tribunales. Se trata de una solución dudosa, toda vez que, por definición, los vicios de obrepción y subrepción causan la nulidad de pleno derecho del acto [art. 62.1.1.º LRJPAC]. En consecuencia, los únicos límites al ejercicio de esta potestad revisora deberían ser los previstos en el art. 106 LRJPAC, es decir: la seguridad jurídica y la protección de la confianza legítima, cuya concurrencia, por otro lado, parece casi imposible.

Debe advertirse que esta solución no supone una vulneración de lo previsto en la Disposición Adicional 6ª LRJPAC ("La impugnación de los actos de la Seguridad Social y Desempleo, en los términos previstos en el artículo 2º del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, *así como su revisión de oficio*, se regirán por lo dispuesto en dicha Ley"). Más bien, se trata de colmar una laguna de la normativa sectorial acudiendo a la normativa general de las Administraciones públicas, entre las que, aunque a veces parezca olvidarse, se encuentra la Seguridad Social.

²⁴ Y ello es así aun cuando la resolución de reintegro esté "haciendo algo idéntico" a la anulación del acto, "tanto en lo que se refiere al supuesto de hecho como en cuanto a la consecuencia jurídica", como indica Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., pp. 436-437, porque, a pesar de ello, la resolución de concesión seguirá existiendo y, de este modo, produciendo (mínimos) efectos. En este sentido, recuérdese, como se dijo en el capítulo sexto, que existen ayudas cuyas bases reguladoras excluyen la posibilidad de que puedan ser beneficiarios de ellas quienes ya lo fueron en anteriores convocatorias, lo que podría ponerse en duda en caso de entender que con la declaración de nulidad del acto este desaparece *como si nunca hubiera existido*. Dicho en otros términos: una revisión de oficio daría lugar a que desaparecieran la eficacia interna y externa del acto, mientras que el reintegro, sin embargo, parece que solo afecta a la eficacia interna.

Por otro lado, no dejaría de ser peculiar que cuando se iniciase un reintegro por la concurrencia del art. 37.1.a) LGS los efectos fueran distintos a los que se producirían si se iniciara por cualquiera de las demás causas, y ello, a pesar de tramitarse un procedimiento idéntico, con idénticas garantías e idéntica regulación.

C. Los requisitos exigidos para la concurrencia de la causa de reintegro del art. 37.1.a) LGS

Es preciso llamar la atención una vez más sobre el hecho de que este artículo no vincula el reintegro a cualquier caso de incumplimiento de los requisitos, sino que, más bien, parece requerir un “incumplimiento cualificado” en el que se exige una conducta activa por parte del beneficiario: no es la mera percepción de la subvención sin reunir los requisitos necesarios lo que da lugar al reintegro, sino el recibirla “falseando” u “ocultando”²⁵.

De hecho, se ha señalado que, en la medida en que “las dos circunstancias que señala el precepto habrán de plasmarse en la aportación de datos falsos a la Administración (acción) o en la ocultación engañosa de las condiciones (omisión)”, ello dará lugar a que la conducta sea dolosa en todo caso, por lo que, al coincidir con el tipo del art. 308 CP, cuando la cuantía sea superior a 120.000 € (o solo 50.000 € en caso de fondos comunitarios), deberá actuar la jurisdicción penal²⁶. Ello, a su vez, debería determinar la intervención del Tribunal de Cuentas como órgano encargado de fijar la responsabilidad contable (es decir, civil) derivada del delito, lo que (probablemente de manera indebida) acaba identificándose con el reintegro²⁷.

En efecto, la redacción dada exige un elemento intencional, pues solo se refiere a las subvenciones obtenidas *falseando* las condiciones requeridas para ello u *ocultando* las que lo hubiesen impedido. Nada dice, sin embargo, del caso en que no se haya

²⁵ Aunque no sean muy numerosos, es posible encontrar ejemplos de este tipo de comportamientos en la jurisprudencia, relacionados, además, con la percepción de ayudas agrícolas de la Unión. A este respecto, puede señalarse el supuesto enjuiciado en la STS de 16 de octubre de 2008, Sección segunda, Ar. 7791 (ponente: GARZÓN HERRERO), relativo al reintegro de una ayuda de la Unión concedida para la constitución de un “Fondo de Rotación” en el sector de las aceitunas de mesa como forma de financiar el almacenamiento privado de las mismas. La concesión de la ayuda de la Unión, que alcanzaba el 45% del Fondo que se constituyera por la beneficiaria, y la concesión de la ayuda nacional, que sufragaba el 10%, exigía del solicitante la acreditación de haber desembolsado el 45% restante. Con este fin, la entidad *Agro-Sevilla Aceitunas, Sociedad Cooperativa Andaluza*, que solicitó una ayuda de 303.003.873 pesetas, abrió una cuenta en la que depositó 247.912.260 pesetas, lo que acreditó mediante certificación de la entidad financiera emitida el 10 de noviembre de 1993. Sin embargo, dos días después de que se emitiera dicha certificación retiró todo lo ingresado, dejando un saldo de 30.000 pesetas, que ya no volvería a acrecentar con fondos propios. En consecuencia, cuando presentó la solicitud de ayuda el 24 de noviembre de 1993, acompañando el certificado de la entidad financiera de fecha 10 de noviembre, ya no cumplía los requisitos necesarios para ser beneficiaria de la ayuda, a pesar de lo cual le fue concedida.

²⁶ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 317.

²⁷ En efecto, el ignorado art. 18 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, establece que “1. La jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. 2. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia”. En desarrollo de este precepto, el art. 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Organización y Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, prevé que “Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por éste se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos”.

mentido ni ocultado nada pero, por error del órgano concedente, se conceda la subvención aun cuando no se cumplieran las condiciones (no estaba al día de sus deudas con la Seguridad Social o la Administración tributaria, pero no lo ocultó). En este caso, y de conformidad con el art. 36.1.a) LGS, la situación se tendría que derivar hacia el supuesto del art. 62.1.f) LRJPAC, procediendo a la revisión de oficio, pero no al reintegro.

Una contemplación en perspectiva histórica de este precepto ayuda a confirmar la presente interpretación. En efecto, el art. 37.1.a) LGS no trae causa de ninguna de las circunstancias que daban lugar al reintegro según el art. 81.9 TRLGP, sino de una de las infracciones previstas en el art. 82.1 TRLGP.

En el art. 81.9.b) TRLGP se configuró, como causa de reintegro, el “obtener la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello”²⁸. No se trataba, en puridad, de una causa de “reintegro en sentido estricto”, sino de una causa de invalidez de la resolución, tal y como se encargó de poner de manifiesto la doctrina²⁹. Pero lo que nos interesa destacar es que en ningún momento se exigía elemento intencional alguno.

Por el contrario, en el art. 82.1.a) TRLGP se tipificaba como infracción administrativa “la obtención de una subvención o ayuda falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido o limitado”. Un simple cotejo de este artículo con el art. 37.1 LGS del que nos estamos ocupando despeja

²⁸ Previsión que fue repetida en las distintas normas autonómicas reguladoras de subvenciones, como el art. 112.b) de la Ley de Hacienda Pública de Andalucía, en el que también se recogía como causa de reintegro “Obtener la subvención sin reunir las condiciones requeridas para ello”.

A pesar de ello, cabe indicar que la jurisprudencia se resistió a declarar el reintegro en caso de que, simplemente, no se reunieran los requisitos para ello, tendiendo a exigir, como ahora hace expresamente el art. 37.1.a) LGS, la ocultación o el falseamiento de datos. Dentro de esta tendencia se enmarca la STSJ Baleares de 11 de septiembre de 2002, Ar. 263546 (ponente: MASOL MIQUEL). En el supuesto de hecho, una empresa decidió contratar indefinidamente a un minusválido, hasta entonces contratado como fijo discontinuo, con el fin de beneficiarse de una subvención de 650.000 pts. Más de tres años después de haber concedido la subvención, la Administración concedente procedió a su reintegro porque no se había tratado de un contrato de nueva creación, sino de una transformación de un contrato preexistente. La sentencia considera que “existe una resolución de la Administración en la que se concede la subvención, pese a haber tenido evidente conocimiento del carácter de fijo discontinuo del trabajador (...) dado que todos los contratos otorgados por el mismo eran de conocimiento oficial”. La sentencia articula su razonamiento a través de la teoría de actos propios o *venire contra factum proprium*, pero, en última instancia, lo que se combate es la injusticia que supondría obligar al reintegro de una subvención por no reunir los requisitos necesarios para ser beneficiario de la misma, aun cuando la Administración era consciente en todo momento de dicha situación, al no concurrir ni falsedad ni ocultamiento de datos.

Algo muy similar parece ocurrir también en la STSJ Cataluña de 26 de marzo de 2001, Ar. 668 (ponente: MOYA GARRIDO), en relación con el reintegro y la pérdida del derecho al cobro de una subvención concedida a una empresa que suministró durante varios años leche a alumnos de centros escolares que, sin embargo, no cumplía los requisitos para participar en el régimen de subvenciones. Según indica la sentencia, la propia Administración acordó archivar el expediente de reintegro “porque esta proveedora en ningún momento falseó ni omitió información sobre la leche suministrada”.

²⁹ Javier MEDINA GUIJARRO, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, cit., p. 34, quien habla de “causa de revocación”, si bien entendiendo esta, en sentido amplio, como consecuencia de un vicio de validez.

todas las dudas acerca de la procedencia de este último, dado que su redacción supone casi una copia literal de la antigua infracción prevista en el art. 82.1.a) TRLGP. Esta misma infracción, se ha mantenido, por otra parte, en el art. 58. a) LGS, manteniéndose, evidentemente, el elemento intencional.

Dada la exigencia de este elemento intencional (defraudatorio, si se quiere), un solicitante que no ocultó que no reunía los requisitos necesarios para ser beneficiario y que no falseó tales requisitos no podría, por tanto, ser objeto de reintegro en caso de que la Administración, indebidamente, le concediera la subvención³⁰.

A partir de aquí, la doctrina ha entendido que, si de la propia solicitud del interesado se dedujeran los errores, incorrecciones o contradicciones, que, finalmente, llevaran a la Administración a conceder indebidamente la subvención, esta solo podría ser objeto de declaración de invalidez, no de reintegro. El razonamiento consiste en entender que, en tales casos, la Administración debería haber aclarado la situación antes de conceder la subvención, requiriendo al solicitante, si ello fuera necesario, a que aportase nuevos datos o documentos: “lo contrario apuntará a una conducta negligente de la Administración en la tramitación del procedimiento que impedirá que la ilegalidad de la concesión resulte imputable al perceptor. No basta, por tanto, con que el origen de la ilegalidad se sitúe en los datos aportados u omitidos por el solicitante, sino también que la Administración no haya podido detectarla, pese a desempeñarse con la debida diligencia en la tramitación del procedimiento”³¹.

La construcción parece descansar en la idea de que si la Administración debía haber detectado los errores en la solicitud y no lo hizo, no se trataría de una ilegalidad imputable al solicitante, sino de una negligencia en el actuar administrativo, de lo que se deduciría la improcedencia del reintegro. De este modo se reforzaría la idea de que la vía del reintegro prevista en el art. 37.1.a) LGS, en lugar de la vía de la anulación, solo es practicable cuando la conducta del beneficiario resulte censurable.

Sin embargo, esta interpretación debe manejarse con cuidado. Por un lado, no se entiende bien por qué los “errores” que sufren tanto el administrado como la Administración los tenga que asumir esta última en exclusiva. Por otro lado, da la impresión de que se anime al administrado a que introduzca datos erróneos en la

³⁰ Por ello, debe insistirse con Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 437, en que “lo fundamental no deben ser tanto los vicios del propio acto subvencional como el comportamiento del beneficiario cuando pidió la subvención y que es esto, y no aquello, lo que deberá ser el objeto del procedimiento de reintegro y de la resolución que le ponga fin”.

³¹ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 322-323, quien señala, en este sentido, la STSJ de La Rioja de 23 de mayo de 2000. En la misma línea, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 108.

tranquilidad de que, una vez concedida la subvención, lo peor que le puede pasar es que se inicie contra él un procedimiento de revisión de oficio.

Cuestión distinta sería la planteada en caso de que el beneficiario no presentara documentos que ya estuvieran en poder de la Administración actuante. En este caso, la efectividad del derecho contenido en el art. 35.f) LRJPAC se alzaría como un límite a la calificación de este comportamiento como “ocultación”.

Aparte de la exigencia de este elemento intencional, la redacción de esta causa de reintegro también parece sugerir que, de haberse conocido los datos ocultados o falseados, la concesión de la subvención habría sido absolutamente imposible. De ser esto así, se estaría dejando fuera de esta causa de reintegro el supuesto, sin duda frecuente, en que la ocultación o el falseamiento de los datos no tuviese como objeto la concesión de la subvención, para la cual el beneficiario ya reuniría los requisitos necesarios, sino el obtener una cuantía mayor de la que en realidad le correspondería. Así ocurriría, por ejemplo, en todos los supuestos de ayudas a la producción en los que se declarara una cantidad producida superior a la real, o en los supuestos de ayudas a la transformación de cítricos, a las que ya nos hemos referido, en las que se declararon cantidades de cítricos superiores a las que realmente habían sido producidas por las Organizaciones de Productores.

En este sentido, y con mayor acierto, el art. 58.a) LGS, en sede de infracciones y sanciones, tipifica como infracción muy grave “la obtención de una subvención falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido *o limitado*”.

En algunos casos, esta laguna podrá ser suplida acudiendo a la causa de reintegro del art. 37.3 LGS. Como se explicará más adelante, este artículo impone el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada. Pero esta solución, parcial y ciertamente alambicada, no responde a la necesidad de dar una respuesta global al problema planteado.

D. La obtención de subvenciones en fraude de Ley: el art. 4.3 Reglamento nº 2988/1995

De la lectura atenta de la causa de reintegro del art. 37.1.a) LGS aún se descubre un dato más que puede resultar de especial importancia con miras a cohonestar las causas de reintegro de la LGS con el ordenamiento de la Unión. En particular, nos referimos a que la redacción del artículo no utiliza el término “requisitos” para describir las acciones (de ocultación o falseamiento) que constituyen la causa de reintegro, sino el término “condiciones”. Y la distinción puede no ser baladí.

En principio, si esta causa de reintegro se hubiera querido vincular únicamente con la falta de los presupuestos de hecho necesarios para conceder la subvención, parecería lógico que hubiera utilizado la expresión “requisitos”, que es precisamente la empleada por el art. 62.1.f) LJPAC, al declarar nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas “expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los *requisitos esenciales* para su adquisición”.

Por el contrario, el art. 37.1.a) LGS emplea el término “condiciones”, y esto nos permite ampliar su interpretación a aquellos supuestos en los que, aun concurriendo los requisitos esenciales para ser beneficiario de la subvención, proceda su reintegro por haberse falseado las circunstancias que hacen conforme la subvención con el ordenamiento jurídico. Me refiero, en concreto, a la posibilidad de que la concesión de la subvención sea consecuencia de un fraude de ley.

En efecto, en ocasiones, la Administración puede haber sido inducida por el beneficiario a concederle una subvención, cuando este cumple formalmente y en apariencia todos los requisitos para ser beneficiario y, pese a ello, la subvención puede ser contraria al ordenamiento por no cumplir los objetivos de interés público perseguidos por la Administración. En este caso nos encontraremos ante el fraude de ley. El Derecho de la Unión, contrariamente a lo ocurrido en nuestro ordenamiento, se ha ocupado expresamente de esta posibilidad. En particular, el art. 4.3 Reglamento n° 2988/95 establece que “los actos para los cuales se haya establecido que su finalidad es obtener una ventaja contraria a los objetivos del Derecho comunitario aplicable al caso, creando artificialmente las condiciones requeridas para la obtención de esta ventaja, tendrán por consecuencia, según el caso, la no obtención de la ventaja o su retirada”³².

Para entender correctamente a qué estamos haciendo referencia, parece oportuno señalar algunos ejemplos. A este respecto, el caso enjuiciado en la STJCE de 4 de junio de 2009, *Pometon*, as. C-158/08, es un ejemplo paradigmático de aplicación del art. 4.3 Reglamento n° 2988/95, aunque no trate de un supuesto de subvenciones.

En los hechos, la entidad italiana *Pometon SpA* importó a Italia desde Eslovenia, entre los años 1998 y 2001, lingotes de magnesio en bruto originarios y procedentes de China, cuya importación a la Comunidad habría dado lugar a la aplicación de un

³² Esta posibilidad, a la que a veces se ha relacionado con el “abuso de derecho”, ha sido expresada por el TJCE así: “no puede ampliarse la aplicación de los reglamentos comunitarios hasta el extremo de cubrir las prácticas abusivas de los operadores económicos” (STJCE de 11 de octubre de 1977, *Cremer*, 125/76, ap. 21; también STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, as. C-110/99, ap. 51). Sin embargo, se trata sin duda de un fraude de ley: la utilización de una norma para conseguir unos objetivos que no son los queridos por el ordenamiento.

derecho antidumping (lo que se traducía en el pago de una cantidad suplementaria a los derechos arancelarios). *Pometon* solicitó y obtuvo la sujeción de esta mercancía al régimen de perfeccionamiento activo, lo que le eximió del pago de tales derechos. Tras su transformación en gránulos de magnesio (no sujetos a derechos antidumping), la mercancía era reexportada fuera de Italia, pero aproximadamente el 87% de los productos así reexportados volvían a entrar en Italia con carácter inmediato y se vendían en el mercado europeo.

Es importante destacar que *Pometon* cumplía todos los requisitos para ser beneficiario del régimen de perfeccionamiento activo y, consecuentemente, la exención de los pagos era formalmente conforme con el ordenamiento. Sin embargo, la sentencia consideró que “una práctica como la descrita (...) es contraria a la propia finalidad del régimen de perfeccionamiento activo y menoscaba la efectividad de la normativa comunitaria” (ap. 25). La sentencia considera plenamente aplicable el art. 4.3 Reglamento nº 2988/95 y, en consecuencia, estima que “el importador que se acogió irregularmente al régimen de perfeccionamiento activo y se aprovechó de él creando artificialmente las condiciones requeridas para su aplicación está obligado a pagar los derechos correspondientes a los productos de que se trate, sin perjuicio, en su caso, de las sanciones administrativas, civiles o penales previstas por la legislación nacional” (ap. 29).

De este modo, el TJCE identifica el comportamiento desarrollado como constitutivo de un fraude de ley y viene a consagrar en la práctica la misma solución que para estos supuestos prevé nuestro art. 6 CC: aplicar la norma cuya aplicación se trataba de evitar.

Sin embargo, la importancia de esta construcción se encuentra, a nuestros efectos, en que el TJCE también la ha aplicado en relación con la concesión de subvenciones de la Unión gestionadas en régimen de ejecución indirecta. Esto es, subvenciones concedidas por las Administraciones nacionales actuando como Administración de la Unión. Como consecuencia, las Administraciones nacionales (entre ellas las españolas) deben tener en cuenta que el ordenamiento de la Unión impide la concesión de ayudas cuando sean resultado de un fraude de ley y exige su recuperación en caso de que hayan sido indebidamente concedidas.

Ejemplo de esta afirmación es la STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, as. C-110/99. En el supuesto enjuiciado, la entidad *Emsland-Stärke* exportó a Suiza mercancías producidas a base de fécula de patata y almidón de trigo por las que se le concedieron importantes restituciones a la exportación. Investigaciones posteriores revelaron que tales envíos, inmediatamente después de su despacho al consumo en Suiza, sin transformar, y utilizando los mismos medios de transporte,

se habían vuelto a introducir en el territorio de la Unión, pagando los correspondientes derechos e impuestos a la importación. La operación se explicaba porque, en el momento de los hechos, las restituciones a la exportación eran muy superiores a los aranceles a la importación, por lo que la exportación (y cobro de la restitución) y posterior reintroducción (a pesar del pago de aranceles) resultaba un negocio lucrativo. La STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, as. C-110/99, ap. 46, comienza indicando que “ha de hacerse constar, con carácter preliminar, que, en el caso de las operaciones de que se trata en el procedimiento principal, se reunían todos los requisitos para la concesión de las restituciones a la exportación diferenciada”. Es decir, el beneficiario reunía todos los requisitos y cumplió todas las obligaciones impuestas por la norma para hacerse acreedor de la restitución. A pesar de ello, el TJCE entiende que “un exportador comunitario puede perder su derecho a percibir una restitución a la exportación no diferenciada cuando el producto vendido a un comprador establecido en un país tercero, por el que se pagó la restitución a la exportación, ha sido reintroducido en la Comunidad, inmediatamente después de su despacho al consumo en dicho país tercero (...) y se ha despachado al consumo, sin que se haya acreditado un incumplimiento de las disposiciones normativas, previa percepción de los derechos e impuestos a la importación, y que esta operación constituye una práctica abusiva por parte de dicho exportador comunitario”, ap. 59 y fallo, lo que determina la devolución de las ayudas percibidas.

Pero, por cuanto afecta directamente a España, resulta aún de mayor relevancia la STPI de 1 de julio de 2009, *España c. Comisión*, as. T-259/05. Los hechos se remontan a las campañas 1996/1997, 1997/1998, 1998/1999 y 1999/2000, durante las cuales se disparó la producción de lino textil en varias regiones de España. Esto despertó la suspicacia de la Comisión, dado que no se trataba de regiones donde el cultivo fuese tradicional. Tras una investigación de la OLAF se determinó que el cultivo de lino textil se había realizado sin finalidad comercial alguna (lo que vulneraba los objetivos de la organización común de mercados en los sectores del lino textil y del cáñamo), y con el único objeto de obtener ayudas de la Unión a su producción, dado que estas eran mayores que las que podían conseguirse en el sector de los cereales, de las oleaginosas y de las proteaginosas. La STPI de 1 de julio de 2009, *España c. Comisión*, as. T-259/05, ap. 109, confirmó que “en consecuencia, la producción de lino textil en las campañas 1996/1997 y 1997/1998 carecía de finalidad comercial y, por tal motivo, reflejaba la existencia de prácticas abusivas”. A la misma conclusión se llegó en relación con las ayudas concedidas en las campañas 1998/1999 y 1999/2000. Ello justificó una corrección financiera de la Comisión, acordada mediante Decisión 2005/354/CE de la Comisión, de 29 de abril de 2005, que excluyó de la financiación de la Unión la totalidad de las ayudas concedidas, al considerar que España había incumplido absolutamente su obligación de evitar

la concesión de ayudas contrarias a los objetivos de la organización común de mercado.

Es muy interesante destacar algunas de las alegaciones que realizó España y que fueron rechazadas por el TPI. Por un lado, España alegó que la ayuda debía concederse porque los agricultores habían cumplido todos los requisitos marcados por la normativa. De hecho, se indicó que, como consecuencia de ello, se habían sucedido un amplio número de sentencias del TSJ de Extremadura que sistemáticamente condenaban a la Administración española al pago de tales ayudas. Por otro lado, ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo encontraron pruebas de que se hubiera producido un delito de fraude de subvenciones.

Sin embargo, ninguno de los argumentos fue aceptado por el TJCE. El primero, porque el fraude de ley solo puede darse, precisamente, si se cumplen *aparentemente* las condiciones para hacer aplicable la norma. En consecuencia, no puede considerarse absurdo que el TSJ de Extremadura condenara a la Administración a conceder las subvenciones al lino a todos aquellos agricultores que, en apariencia, cumplían los requisitos necesarios para hacerse acreedores de los mismos. El segundo, porque el fraude de ley no tiene porqué implicar, necesariamente, la comisión de un ilícito penal.

El TJCE ha profundizado aún más en esta figura, señalando los requisitos que deben reunirse para considerar que concurre en un supuesto dado. Así, ha indicado que “la constatación de la existencia de prácticas abusivas, en el ámbito de las ayudas concedidas por el FEOGA, exige primero que las operaciones de que se trate, pese a respetar formalmente las condiciones para acceder a las ayudas previstas en las disposiciones aplicables, tengan por resultado la obtención de una ayuda cuya concesión menoscaba el objetivo perseguido por tales disposiciones. En segundo lugar, debe también resultar de un conjunto de elementos objetivos que la finalidad esencial de las operaciones en cuestión es la obtención de una ayuda”, STPI de 1 de julio de 2009, *España c. Comisión*, as. T-259/05, ap. 99 y 100.

La jurisprudencia ha explicitado, además, en qué debe consistir la actuación probatoria de las autoridades nacionales para estimar que el beneficiario ha incurrido en una práctica abusiva. Esta prueba “exige, por un lado, que concurren una serie de circunstancias objetivas de las que resulte que, *a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas en la normativa comunitaria, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa* y, por otro lado, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa comunitaria, creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención (...) La existencia de dicho elemento subjetivo puede acreditarse, en particular,

mediante la prueba de que existe una colusión entre el exportador, beneficiario de las restituciones, y el importador del producto en un tercer país distinto del país de importación”, STJCE de 11 de enero de 2007, *Vonk Dairy*, as. C-279/05, ap. 33, y, previamente, STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, as. C-110/99, aps. 52 y 53³³.

Como conclusión de todo lo expuesto se evidencia la necesidad de que España se dote de los instrumentos necesarios para dar cumplimiento al mandato del art. 4.3 Reglamento n° 2988/95: evitar la concesión de la ventaja o proceder a su retirada en los casos de fraude de ley.

Por cuanto ahora nos interesa, debemos centrarnos en la segunda cuestión. Esto es, la recuperación de aquellas ayudas concedidas a raíz de una práctica fraudulenta del beneficiario. Como primera medida, la Administración podría proceder, en todo caso, a la anulación de la ventaja así concedida por ausencia de uno de sus elementos esenciales: la causa.

En efecto, lo que se encuentra en última instancia bajo la mayor parte de estos supuestos es la constatación de que el acto de concesión carece de causa o de que esta es ilícita. Como es sabido, cuando la Administración concede una subvención, al igual que cuando realiza cualquier otra actividad, su actuación debe ir forzosamente dirigida a un único objetivo: la satisfacción de intereses generales (art. 103 CE). Por ello mismo, toda subvención, por mandato constitucional, debe ordenarse a la satisfacción de un interés general. Aquí se encuentra la causa de la subvención o, para ser más exactos, su adecuación a la norma por la que se concede a la Administración la potestad de concederla.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que, eventualmente, la subvención pueda carecer de causa. Esto es, puede no satisfacer interés general alguno. En tales casos, es posible que se cumplan todos los requisitos para la correcta concesión de la subvención, que se llegue a establecer la relación subvencional, que el beneficiario cumpla con todas sus obligaciones y que, en consecuencia, adquiera un derecho de crédito frente a la Administración. Y, a pesar de esta aparente “conformidad plena”, la subvención no será lícita porque no será conforme con el ordenamiento jurídico.

³³ La jurisprudencia de la Unión también ha tenido ocasión de aclarar que la obligación de devolver las ayudas obtenidas mediante esta especie de “abuso de derecho” no constituye una sanción y, en consecuencia, no se encuentra sometida a las exigencias propias de esta, como el principio de tipicidad: “en efecto, la obligación de devolución no constituye una sanción, para la cual sería necesaria una base legal clara y exenta de ambigüedad, sino la mera constatación de que las condiciones exigidas para la obtención del beneficio resultante de la normativa comunitaria fueron creadas artificialmente, haciendo que las restituciones concedidas fueran indebidas y justificando, por consiguiente, la obligación de devolverlas”, STJCE de 14 de diciembre de 2000, *Emsland-Stärke*, as. C-110/99, ap. 56.

Son imaginables al menos dos orígenes para esta situación. Por una parte, puede tener su origen en la Administración, la cual utilizaría la potestad de conceder subvenciones para conseguir un fin distinto a aquel para el cual se le concedió dicha potestad. En este caso nos encontraríamos ante el vicio de desviación de poder³⁴. Pero, en otros casos, puede tener su origen en una actuación del particular, por ejemplo cuando este cumple formalmente y en apariencia todos los requisitos para ser beneficiario y, pese a ello, no satisface los objetivos de interés público perseguidos por la Administración. Es en esta segunda vertiente cuando nos encontramos ante el fraude de ley.

Ahora bien, esta primera solución no parece completamente justa. En efecto, volveríamos a encontrarnos con un administrado que se beneficia indebidamente de una ventaja tras hacer dictar a la Administración un acto inválido y que, además, obliga a la Administración a acudir a un procedimiento especialmente gravoso, el de revisión de oficio, para dejar de disfrutar de dicha ventaja.

Por ello, parecen más adecuadas otras soluciones. La primera de ellas consistiría en la aplicación de la regla general prevista en el art. 6 CC para los casos de fraude de ley y a la que ya nos hemos referido: aplicar la norma cuya aplicación se trataba de evitar, lo que, en estos casos, conllevaría la aplicación del art. 57 LRJPAC, que impide la adopción de actos carentes de causa y, consecuentemente, la imposibilidad de dictar el acto de concesión de la subvención³⁵.

Pero, además, podría postularse la aplicación a estos supuestos del art. 37.1.a) LGS, del que nos venimos ocupando. Es ahora cuando se entiende la insistencia antes manifestada en tomar plenamente en consideración su tenor literal y, en concreto, el hecho de que hable de la ocultación o falseamiento de “condiciones” y no solo de requisitos. Precisamente, el art. 4.3 Reglamento nº 2988/95 también se refiere a que se hayan creado artificialmente “las condiciones requeridas para la obtención de esta ventaja”, lo que puede ayudar aún más a una interpretación conforme entre ambos preceptos. Quede, sin más, indicada esta posibilidad de canalizar la reacción contra las subvenciones obtenidas en fraude de ley a través del reintegro en sentido estricto.

³⁴ Como señala Raúl BOCANEGRA SIERRA, *La teoría del acto administrativo*, Iustel, 2005, que considera más adecuado hablar de “adecuación al fin público perseguido por la norma” que de “causa”, dado que esta se relaciona más bien con los elementos del negocio jurídico, “la relación entre el acto administrativo y la norma habilitante se define también en la necesidad de que el acto se acomode al fin público perseguido por la norma que atribuyó a la Administración la potestad para dictarlo. Para asegurar la adecuación del acto a dicho fin se ha desarrollado la técnica de la desviación de poder, irregularidad del acto administrativo que consiste, según la clásica definición legal contenida hoy en el artículo 70.2 LJ en «el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico»”, pp. 102-103.

³⁵ En este caso, no se discutiría la validez del acto (con independencia de que, en efecto, sea inválido): lo que se niega son sus efectos. Es lo mismo que ocurre en el caso de matrimonio realizado en fraude de ley para que uno de los contrayentes adquiera la nacionalidad española: no se discute si es o no es válido (aunque probablemente no lo será), simplemente se niega la posibilidad de que el contrayente adquiera la nacionalidad.

to lo cual, por otra parte, quizá haya recibido ya respaldo judicial³⁶. Recuérdese, asimismo, lo indicado en el capítulo segundo en relación con la obligación de las Administraciones nacionales de realizar “interpretaciones conformes” del Derecho interno con las exigencias del Derecho de la Unión.

2. La causa de reintegro del art. 37.1.b) LGS

Es la causa de reintegro por antonomasia: el desarrollo de la actividad que daría lugar a la adquisición del derecho al cobro no llega a producirse y, en consecuencia, ni se adquiere el derecho al cobro ni se puede mantener el dinero que, en concepto de adelanto, se hubiera recibido.

Esta causa se identifica con la causa clásica de reintegro llamada “incumplimiento de la finalidad”, antes recogida en el art. 81.2.b) TRLGP y que ahora ya no aparece tal cual en la LGS³⁷. Asimismo, hablar de “finalidad” resulta aun hoy especialmente adecuado en relación con las subvenciones de funcionamiento.

Como adelantamos en el capítulo primero y hemos venido repitiendo, aquí lo que se produciría sería una ausencia de la causa de la atribución patrimonial cuando esta consiste en el desarrollo de una concreta actividad³⁸.

Solo procede insistir de nuevo en que esta causa de reintegro, aun siendo, como hemos dicho, *la causa de reintegro por antonomasia*, no resulta aplicable a todas las subvenciones. Ello es debido a que la causa de la atribución patrimonial que

³⁶ No es fácil afirmarlo con seguridad, pero parece que eso es justamente lo ocurrido en la STSJ Castilla y León/Valladolid de 31 de enero de 2003, Ar. 394 (ponente: FONSECA-HERRERA RAIMUNDO). En el caso, un beneficiario de una ayuda al autoempleo se dio de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos solo porque ello era necesario para la concesión de la ayuda, aun cuando sabía que podría causar baja cuando quisiera (cosa que hizo a los tres meses de recibir la ayuda) por ser portador, desde antes de solicitar la ayuda, de una invalidez permanente total para su profesión habitual. La subvención exigía el desempeño de la actividad durante, al menos, tres años desde que se recibiera la subvención “salvo que el beneficiario pueda justificar documentalmente el cese de su actividad por causas ajenas a su voluntad”. El beneficiario cumplió este último requisito, por lo que, formalmente, la concesión de la subvención era correcta y su derecho al cobro se había consolidado. Sin embargo, la sentencia avala la actuación de la Administración que exigió el reintegro, considerando equiparable a una causa de reintegro la situación del solicitante de la subvención “que era consciente de que, *ab initio*, no podía cumplir con la referida actividad y condición” por un motivo objetivo y ajeno a su voluntad.

³⁷ Como ha aclarado Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., nota 87 a p. 323, era lógico, aunque pudiera llevar a confusión, hablar de incumplimiento de “finalidad”, “tal y como corresponde a una atribución patrimonial de carácter finalista”. Concluirá páginas más adelante: “en consecuencia, no desaparece del ordenamiento el incumplimiento de la finalidad para la que fue concedida la subvención como causa de reintegro, sino que es objeto de una nueva redacción, más precisa y adecuada al concepto de subvención” (p. 326).

³⁸ Esto es lo que parece afirmar la STSJ Andalucía/Granada de 16 de diciembre de 2002, Ar. 64705 de 2003 (ponente: TOLEDANO CANTERO), al señalar que el fundamento de esta causa de reintegro se encontraría en que “de consolidar la percepción del incentivo pese a incumplirse el objetivo de la misma [medida de fomento] se produciría un enriquecimiento injusto para la empresa perceptora del beneficio”.

en última instancia se realiza mediante la subvención no siempre descansa en una actividad que deba realizar el beneficiario. Por ello mismo, esta causa de reintegro carece de sentido para cierta categoría de subvenciones: las primas. Es decir, aquellas entregas dinerarias que se conceden únicamente por la concurrencia de ciertas circunstancias o determinadas características en el solicitante.

Como ya señalamos, no es imposible que este tipo de ayudas lleven aparejadas el compromiso de cumplir ciertas obligaciones o de desarrollar cierto comportamiento. Sin embargo, lo determinante es que las primas no tienen por fundamento el cumplimiento de dichos compromisos. Siguiendo con el ejemplo que hemos utilizado en varias ocasiones, el fundamento del pago único no se encuentra en el cumplimiento de las BCAM, sino en la concurrencia de una situación: ser titular de derechos de pago y presentar el número correspondiente de hectáreas admisibles. Cuestión distinta es que, para hacer efectiva dicha ayuda, su beneficiario deba desarrollar su actividad agraria siguiendo ciertas indicaciones y que el incumplimiento de tales prácticas agrarias impida que se produzca el pago. Pero lo que está claro es que la finalidad del pago único, el motivo por el que se entrega, no es el cumplimiento de estos deberes: no existe afectación a un fin en sentido estricto.

En consecuencia, la causa de reintegro aplicable en caso de incumplimiento de tales deberes accesorios deberá reconducirse (y no sin esfuerzo, como tendremos ocasión de ver) a la recogida en el art. 37.1.f) LGS.

3. La causa de reintegro del art. 37.1.c) LGS

A diferencia de lo que pasaba con el supuesto de reintegro previsto en la letra anterior, en esta causa de reintegro no nos encontramos ni con un incumplimiento de la actividad a la que estaba afecta la entrega de la subvención ni, consecuentemente, con una cuestión de ausencia de la causa de la atribución patrimonial: evidentemente, el motivo de la concesión de la subvención no era justificar el uso de esta. Se trata, sencillamente, del incumplimiento de una de las obligaciones ancilares que se vinculan a la concesión de la ventaja y que, de conformidad con el esquema propio de la declaración de caducidad, da lugar al reintegro.

Sin embargo, resulta evidente la relación íntima entre cumplimiento de la actividad que fundamenta el pago y justificación de dicha actividad. En efecto, parece que subyace un desdoblamiento de reminiscencias kantianas en el que se distingue entre la realidad y lo que la Administración conoce de la realidad. Para que la Administración pueda abonar válidamente la subvención es necesario que el beneficiario haya cumplido la actividad que fundamenta dicho pago y que la Administración

sepa que ha cumplido dicha actividad. Son, por tanto, dos operaciones distintas (cumplimiento y justificación) pero relativas a unos mismos hechos.

Esta íntima unión entre cumplimiento de la carga y justificación de cumplimiento de la carga es el que ha permitido que lleguen prácticamente a identificarse³⁹, dando lugar a que algún autor incluso justifique que la causa de reintegro consistente en la falta de justificación se explica porque “de lo contrario se desvirtuaría su naturaleza [de la subvención] y se convertiría en una donación absoluta, lo cual es contrario a su verdadera naturaleza”⁴⁰.

Por ello, a pesar de estar configuradas como causas de reintegro separadas y ser, en principio, plenamente distinguibles, lo cierto es que la plena autonomía de esta causa de reintegro respecto de la prevista en el art. 37.1.b) LGS no está exenta de generar algunas dudas. En particular, en alguna ocasión se ha planteado la posibilidad de que se hubiera cumplido la finalidad de la subvención (es decir, de que se hubiera realizado la actividad que justificaba el pago de la subvención) pero que no se hubiera justificado y, en consecuencia, se exigiera el reintegro. En la medida en que el reintegro no tendría por finalidad restablecer equilibrio alguno en la relación, dado que el pago sería plenamente correcto, podría pensarse que la naturaleza de dicho reintegro se acercaría peligrosamente a la de una sanción⁴¹.

El supuesto de hecho será ciertamente difícil que se dé en la realidad. En efecto, si no existe justificación, será difícil que la Administración sepa si se ha cumplido la finalidad de la subvención. Y a la inversa: si se sabe que se ha cumplido la finalidad de la subvención generalmente será porque ha habido justificación. Sin embargo, no es descartable la posibilidad de que, a pesar de que el beneficiario no haya presentado justificación alguna, la Administración haya tenido conocimiento, por otros medios (incluso por manifestaciones del beneficiario), de que la actividad se ha cumplido.

A esta situación se equipararía el caso en que se hubiera justificado, de modo que la Administración tuviera plena constancia de la realización de la actividad que fundamenta el pago de la subvención, pero no en la forma o en el plazo requerido por la norma. ¿No supondría en este caso la obligación de reintegro un injustificado acto de gravamen sobre el beneficiario? De ambos supuestos nos ocuparemos con cierto detenimiento a continuación, sin embargo, cabe adelantar ya la solución.

³⁹ La cercanía entre ambas obligaciones es tan intensa que, en el ámbito de la responsabilidad contable, el Tribunal de Cuentas únicamente conoce una causa de reintegro, la falta de justificación, a la que se reconducen las demás.

⁴⁰ Adolfo CARRETERO PÉREZ, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, cit., p. 433.

⁴¹ Mario GARCÉS SANAGUSTIN, *La actividad subvencional en el sector público español. Revocación, régimen sancionador y control*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 2001, p. 29. En el mismo sentido, JAVIER GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 87.

En realidad, la clave está, como hemos indicado al inicio, en tener plena conciencia de que esta causa de reintegro tiene autonomía propia. Y ello es así porque, de conformidad con la estructura propia de la caducidad, esta causa de reintegro es el resultado del incumplimiento de una de las obligaciones que recaen sobre el beneficiario de la subvención. En concreto, una de las obligaciones previstas en la propia LGS y cubierta, por tanto, con el manto de una norma con rango de ley: la obligación de “justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la concesión” [art. 14.1.b) LGS].

Obligación que se completa con lo previsto en el art. 30.1 LGS: “la justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención se documentará de la manera que se determine reglamentariamente (...)”.

En efecto, la verdadera esencia de esta causa de reintegro radica, precisamente, en que supone el incumplimiento de una obligación. Es decir, la causa de reintegro no consiste en la falta de justificación, sino en el incumplimiento, por parte del beneficiario, de su obligación esencial de justificar y de hacerlo de conformidad con la normativa reguladora que se establezca en cada caso. Por eso resulta, en principio, irrelevante que la Administración haya tenido conocimiento de que la actividad se ha producido o de que la justificación, en efecto, haya sido presentada, pero fuera de plazo o de manera distinta a la exigida en la normativa aplicable: en todos estos casos estamos ante el incumplimiento de una obligación (prevista en una norma con rango de ley) que formaba parte esencial de la relación establecida entre Administración y beneficiario, y es eso lo que da lugar a la caducidad.

No debe perderse de vista que, a pesar de su carácter formal, la obligación de justificar en el modo determinado por la normativa es una obligación esencial para el correcto desenvolvimiento de la relación jurídica subvencional. En efecto, esta obligación, de conformidad con una amplia jurisprudencia, “implica que la carga de la prueba de que se ha realizado la actividad, así como del importe del gasto en que se ha incurrido, o de que se han cumplido las cargas, corresponde al beneficiario, de tal manera que ante la ausencia de justificación *se presume que no existe tal actividad o gasto*”⁴². Es decir, lo que se consigue con esta obligación de justificar es situar sobre el beneficiario la carga de la prueba del cumplimiento de todas las obligaciones que recaen sobre él (y, sobre todo, de la actividad que fundamenta el pago de la subvención).

⁴² José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 320, cursiva añadida.

La finalidad de esta causa de reintegro, por tanto, es evitar que la Administración tenga que comprobar, por sus propios medios, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el beneficiario. Lo contrario, sencillamente, es inasumible para los intereses generales. En efecto, ¿puede la Administración permitirse una situación en la que cada beneficiario de una subvención (que pueden ser cientos o miles para un único tipo) justifique como estime oportuno el cumplimiento de los deberes que asumió (lo que incluiría tener que aceptar, por ejemplo, pruebas testificales)? ¿Es asumible una situación como la descrita en términos de las tareas de comprobación que tendría la Administración que desarrollar? ¿No sería contraria a toda organización racional del trabajo basada en el principio constitucional de eficacia (art. 103 CE)? Y ello sin contar con que la alternativa no es mejor: ¿realmente tiene sentido cargar a la Administración con la tramitación de procedimientos sancionadores, engorrosos, difíciles y notablemente garantistas (afortunadamente), porque alguien decidió incumplir las obligaciones formales que voluntariamente asumió para que se le concediera un dinero público?

A. En concreto, el incumplimiento de la obligación de justificar en tiempo y forma

El hecho de que este artículo establezca como causa de reintegro la falta de justificación “en los términos establecidos en el art. 30 de esta Ley”, implica el deber de justificar dentro de un plazo determinado y en un modo determinado. Se recoge así la solución jurisprudencial que había aclarado, frente a la genérica redacción del art. 81.9 TRLGP, que la obligación de justificación “tiene un doble carácter que no debe ser confundido: ha de hacerse en tiempo y forma, por un lado [vertiente formal], y con ella ha de demostrarse que el cumplimiento material de las exigencias impuestas se llevó a cabo dentro del tiempo previsto en la resolución individual de concesión del beneficio, por otro [vertiente material]”.

De este modo, la obligación de justificación no solo se incumpliría en caso de ausencia de justificación (vertiente material), sino que “la obligación de justificación se incumple también, en principio, cuando, fijada una fecha límite para hacerlo, la beneficiaria de la ayuda pública no acredita en tiempo y forma el cumplimiento de las condiciones que le habían sido impuestas. Como ya hemos afirmado, la obligación de justificar la realización de los compromisos asumidos tiene unos componentes materiales y otros formales (entre ellos, los relativos al tiempo en que ha de hacerse la acreditación), todos los cuales integran el haz de deberes inherente a la propia obligación”⁴³.

⁴³ STS de 6 de junio de 2007, Sección tercera, Ar. 3370 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), STS de 12 de marzo de 2008, Sección tercera, Ar. 3721 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) y STS de 2 de diciembre de 2008, Sección tercera, Ar. 8046 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

En consecuencia, tanto el incumplimiento de la vertiente material (ausencia de justificación) como de la vertiente formal (justificación no realizada en tiempo y forma) de esta obligación daría lugar al reintegro de la subvención.

Respecto a la primera poco hay que añadir a lo ya expuesto, aparte de incidir en que, en principio, incluso si el beneficiario ha realizado la actividad que fundamentaba el pago de la subvención y la Administración ha tenido suficiente conocimiento de ello, procederá el reintegro si el beneficiario no cumplió sus obligaciones de justificación⁴⁴. Asimismo, quizá quepa también indicar que la justificación mediante documentación falsa, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales, podría equipararse a la ausencia de justificación.

En segundo lugar, y según hemos indicado, el incumplimiento de la vertiente formal de la obligación de justificación también dará lugar, en principio, al reintegro de la subvención. Así lo han reconocido doctrina y jurisprudencia de modo casi unánime.

El motivo se encuentra, como hemos adelantado, en el carácter plenamente autónomo de esta causa de reintegro, independiente (por más que muy vinculado) a la causa de reintegro del art. 37.1.b) LGS. Como ha expresado contundentemente Manuel REBOLLO, “la LGS ha establecido causas de reintegro que funcionan autónomamente, de manera que puede afirmarse que quien realice toda la actividad subvencional y aunque lo pruebe cumplidamente por otras vías o en otros momentos, tiene la obligación de reintegro si incumplió su obligación de justificación; o, dicho de otra forma, que, aunque la Administración aceptase que se han cumplido todos los demás compromisos, puede acordar el reintegro por incumplimiento de las obligaciones formales”⁴⁵.

⁴⁴ Mario GARCÉS SANAGUSTÍN, *La actividad subvencional...*, cit., p. 30, ha considerado la medida excesiva por entender que resulta contraria a motivos de justicia material, proponiendo, en su lugar, otro tipo de reacción, como su tipificación como infracción administrativa. Sin embargo, esta propuesta, aparte de desconocer el verdadero fundamento de esta causa de reintegro, produce una comprensible perplejidad. En efecto, si la medida se considera excesiva es probable que lo que se esté sugiriendo en realidad es que la declaración de reintegro supone una sanción encubierta, por lo que no se entiende muy bien qué se ganaría sustituyendo esta supuesta sanción por otra sanción. La perplejidad es aún mayor si atendemos a que, de conformidad con el art. 131.2 LRJPAC, la sanción debe tener la suficiente entidad como para que la comisión de la infracción no resulte beneficiosa al infractor. Esta regla, traducida al caso que nos ocupa, implicaría que la sanción debería ser, como mínimo, igual a la subvención percibida y no justificada. En consecuencia, se llegaría al mismo resultado práctico, agravado por el estigma de ser objeto de una medida sancionadora. La única ventaja para el beneficiario, por supuesto, sería la necesidad de seguir contra él un proceso más garantista y con pleno respeto a los derechos propios del ámbito sancionador.

⁴⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 438. El autor, sin embargo, exige para que proceda el reintegro con origen en esta causa, la concurrencia de, “como mínimo, algún grado de negligencia”, p. 440 y nota 57 a p. 439 *in fine*. Ello se debe a que el autor considera que esta causa de reintegro [al igual que las causas contenidas en los arts. 37.1.e) y g) LGS] supone una infracción administrativa, según reconoce en p. 439.

En todo caso, deben considerarse equivocados pronunciamientos como la STSJ Madrid de 26 de septiembre de 2002, Ar. 169839 de 2003, en los que se vincula indebidamente la apreciación del incumplimiento de esta

En particular, y en relación con el supuesto de la justificación extemporánea, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia se han mostrado tajantes al exigir el reintegro total de la subvención. Se ha afirmado, en este sentido, que el periodo de justificación se configura como un plazo esencial (art. 47 LRJPAC), por lo que, vencido el plazo sin que se haya producido la justificación deberá entenderse producido el incumplimiento y, por tanto, realizado el supuesto de hecho de la causa de reintegro⁴⁶. La doctrina ha entendido que ello implicaría que ni siquiera si se

obligación al cumplimiento o incumplimiento de la actividad que fundamenta el pago de la subvención. En el supuesto enjuiciado se trataba de un posible supuesto de reintegro en el cual, debido a un error contable, no se justificó convenientemente la obligación de mantener la inversión realizada con la subvención en activos fijos durante dos años. Declara la sentencia que “el incumplimiento formal de acreditación contable de los gastos de inversión no puede llevar como consecuencia la declaración del incumplimiento de la finalidad primordial para la que se otorgó la subvención, que no era otra que fomentar el incremento patrimonial del activo fijo de la empresa beneficiaria, que es en realidad lo que ocurrió”.

⁴⁶ Además de las ya señaladas STS de 6 de junio de 2007, Sección tercera, Ar. 3370 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), STS de 12 de marzo de 2008, Sección tercera, Ar. 3721 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) y STS de 2 de diciembre de 2008, Sección tercera, Ar. 8046 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), son muchas las sentencias que se muestran tajantes en afirmar que la obligación de justificar en un plazo determinado es insoslayable, y así, la STSJ Castilla y León/Burgos de 7 de noviembre de 2003, Ar. 265444 (ponente: REVILLA REVILLA), obliga al reintegro íntegro de una subvención, con intereses de demora, por haber presentado la documentación para la liquidación final de los costes del curso a subvencionar (un curso de Auxiliar de enfermería en geriatría), solo un día después de que acabara el plazo (la sentencia, de hecho, se dedica solo a argumentar cómo hay que computar los plazos conforme al art. 48 LRJPAC). Igualmente, la STSJ Valencia de 25 de septiembre de 2002, Ar. 119942 de 2003 (ponente: COTINO HUESO), ante una justificación presentada dos meses tarde y cuando el beneficiario ya había sido requerido por incumplimiento, estima que “no nos encontramos ante una situación de mayor o menor cumplimiento de las finalidades perseguidas con la subvención, sino, directamente, ante el incumplimiento de requisitos no finales y sustanciales, sino formales y conocidos y exigidos por la parte actora”.

En contradicción con las anteriores sentencias, aunque de manera poco clara, e incluso contradictoria con otros pasajes de su mismo texto, la STS de 21 de marzo de 2007, Sección cuarta, Ar. 4596 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), dictada en relación con el reintegro de una subvención concedida por la Junta de Andalucía al Ayuntamiento de Huelva, parece sostener en algún momento que la justificación extemporánea no equivale a la falta de justificación. Así, en relación con la presentación fuera de plazo de la justificación requerida, que había dado lugar a la resolución de reintegro, sostiene que “en ningún momento se produjo el incumplimiento de la obligación legal [de justificar], sin perjuicio de que se cumpliera fuera del plazo establecido por el convenio” y, poco más adelante, “el reintegro no resultaba procedente del modo en que se exigió, puesto que finalmente se justificó el empleo de las cantidades que habían sido objeto de la subvención, y lo que se produjo no fue otra cosa más que la realización de una actividad o de una actuación fuera del tiempo establecido para ello”.

Finalmente, de carácter excepcionalísimo puede calificarse la STS de 6 de junio de 2007, Sección tercera, Ar. 3370 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), que confirma la nulidad de la decisión administrativa que declaró la pérdida de la subvención concedida a *Ruta del Renacimiento, S.A.L.*, a pesar de ciertos incumplimientos de las obligaciones formales de esta última. En concreto, la entidad beneficiaria, que recibió una subvención de 42.426.000 pesetas para la construcción de un hotel de tres estrellas en Úbeda, incumplió la obligación de acreditar dentro del plazo marcado un cierto nivel de autofinanciación y la realización del 25% de las inversiones proyectadas en un plazo de 12 meses desde la concesión de la subvención. Sin embargo, quedó acreditado que la entidad había cumplido con sus obligaciones materiales dentro de dicho plazo. Por un lado, la Administración conocía la inauguración del hotel, así como su notoriedad física y turística. Por otro lado, las exigencias contables propias de las sociedades anónimas impedían materialmente que el balance acreditativo del nivel de autofinanciación a una determinada fecha pudiera entregarse en dicha fecha. Ante estos hechos, la sentencia no tiene más remedio que aceptar que “si se trata de una justificación ligeramente tardía, resulta indiscutible la realización efectiva y material –y dentro de su plazo propio– de las condiciones sustantivas y concurren las circunstancias excepcionales que ya hemos descrito, habrá que valorar la incidencia que aquella anomalía temporal supone en el conjunto de las relaciones Administración-beneficiario. En casos tan singulares como el presente –cuya especificidad, insistimos, no permite extrapolar la misma conclusión a cualesquiera otros incumplimientos formales, ni siquiera de signo meramente temporal– es aplicable el criterio de proporcionalidad (con apelación adicional a la «equidad») que con acierto adopta la Sala de instancia y que ulteriormente corroboraría el art. 37.2 de la vigente Ley General de Subvenciones antes citada: cuando el cumplimiento por los beneficiarios «se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por

presentara la justificación en fase de alegaciones del procedimiento de reintegro o en sede de recurso administrativo o contencioso-administrativo se podría evitar la declaración de reintegro⁴⁷. El problema de aceptar lo contrario, es decir, de afirmar que una justificación completa pero tardía no podría dar lugar al reintegro, sino, como mucho, a una sanción, es el mismo que indicábamos antes: ¿puede lanzarse a los beneficiarios de subvenciones el mensaje de que no importa si no justifican porque, en caso de que la Administración se dirija contra ellos, siempre podrán proceder a justificar entonces? ¿puede hacerse descansar la ingente actividad subvencional de las Administraciones públicas únicamente sobre procedimientos administrativos sancionadores?

estos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos» pueden no deducirse las consecuencias «rigurosas» de pérdida de la subvención”. Ahora bien, como habrá ocasión de comprobar en un epígrafe posterior, la sentencia va muchísimo más allá del tenor literal del art. 37.2 LGS, viendo en este precepto una consagración genérica del principio de proporcionalidad que permite tanto el reintegro parcial (que es, en rigor, lo único a lo que el artículo hace referencia) como la ausencia de reintegro (que es lo que la sentencia establece para el supuesto enjuiciado).

En todo caso, y como expresamente indica la sentencia, se trata de una solución absolutamente excepcional “cuya especificidad, insistimos, no permite extrapolar la misma conclusión a cualesquiera otros incumplimientos formales”. Por ello mismo, resulta muy arriesgado convertir la solución contenida en esta sentencia en la norma general, tal y como propone Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 93.

⁴⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 327-328. En idéntico sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 116. Como excepción, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 321, estima que el retraso en la justificación no es equiparable a la ausencia de justificación.

Un tanto sorprendente es la construcción propuesta por la STSJ Valencia de 5 de noviembre de 2002, Ar. 71348 de 2003 (ponente: AYUSO RUIZ-TOLEDO), en la que se contempla un supuesto de falta de justificación en plazo de una determinada subvención que, sin embargo, fue satisfactoriamente justificada tras dictarse la resolución acordando el reintegro. Afirma la sentencia que “la decisión administrativa se produce sobre un presupuesto fáctico en ese momento incuestionado, la no justificación, que es sobre el que la Sala debe resolver la cuestión planteada, sin perjuicio de que la Administración –al ejecutar la decisión en su momento correcta– pueda considerar que las cantidades en tal momento no justificadas han resultado posteriormente justificadas, pero ello sería en todo caso un elemento a considerar en el enjuiciamiento de la legalidad de dichos actos de ejecución y no un vicio predicable de la resolución”. Esto es: la justificación fuera de plazo determina un reintegro ajustado a derecho, sin perjuicio de que, en el momento de la ejecución, bien la Administración, bien los tribunales (se habla de *enjuiciamiento*), decidan que no procede.

Por otro lado, la STSJ Castilla y León/Valladolid de 28 de febrero de 2003, Ar. 191703 (ponente: REINO MARTÍNEZ), pretende ofrecer argumentos suficientes como para sostener que el período para la justificación se extiende, como mínimo, hasta el recurso de alzada. Son dos los artículos alegados y a partir de los cuales se desarrollan sus dos argumentos:

- El art. 113.3 LRJPAC, que, según la sentencia “prescribe que el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados; con lo cual parece claro que las facultades revisoras del órgano decisor (sic) son más amplias que lo que ofrecen el acto recurrido y el medio impugnatorio ejercitado contra el mismo, razón por la que ante dicho órgano es posible alegar sin limitaciones y presentar documentos en pro de las mismas, pudiendo a propósito de esto último suplir omisiones o carencias existentes en el expediente que sin la resolución del recurso de alzada, por sí, no agota la vía administrativa”.
- El art. 112.1 LRJPAC, que permite tener en cuenta hechos o documentos nuevos no recogidos en el expediente originario, lo que completaría el argumento anterior.

Son de interés, sin embargo, los argumentos esgrimidos por la parte contraria, a cuyo juicio esta solución “implica desconocer la naturaleza de este recurso (...) y se admitiría que la Administración está imposibilitada de cumplir el principio de legalidad al resolver el recurso ya que la resolución de incumplimiento se dictó conforme a la normativa vigente –no haberse presentado la documentación exigida en la convocatoria– y teniendo en cuenta que son causas de estimación de la alzada las de nulidad o anulabilidad previstas en la ley; además, quebraría la seguridad jurídica y el principio de igualdad entre los beneficiarios al colocar al aquí recurrente en una situación de privilegio”.

El art. 70.3 RGS ha venido, sin embargo, a suavizar estas posturas al prever que transcurrido el plazo de justificación sin que esta se haya presentado, el órgano competente “requerirá al beneficiario para que en el plazo improrrogable de quince días sea presentada a los efectos previstos en este Capítulo (...) La presentación de la justificación en el plazo adicional establecido en este apartado no eximirá al beneficiario de las sanciones que, conforme a la Ley General de Subvenciones, correspondan”⁴⁸.

Por otro lado, las posturas ya eran algo más flexibles cuando se trata no de una justificación extemporánea, sino de una justificación incompleta. En concreto, doctrina y jurisprudencia se mostraban favorables a que la Administración pudiese requerir al administrado si, tras presentada la justificación por parte del beneficiario, considerara que ésta estaba incompleta, con el fin de que la subsanase⁴⁹.

Y esta misma flexibilidad se ha postulado también respecto al incumplimiento de otras obligaciones formales relativas al modo concreto en que debe llevarse a cabo la justificación, siempre que tales incumplimientos no impidan a la Administración verificar la realidad y regularidad de la obligación principal del beneficiario, así como del resto de deberes accesorios. Por ejemplo, en caso de imposibilidad de aportar los documentos requeridos por causas ajenas a la voluntad del beneficiario (destrucción, desaparición, etc.)⁵⁰.

⁴⁸ Esta previsión, sin duda bienintencionada, genera, sin embargo, importantes dudas. Por un lado, queda claro el plazo de subsanación para el administrado, pero ¿qué plazo tiene el órgano competente para apreciar los defectos subsanables? A falta de respuesta, parece que debe entenderse aplicable el plazo de cuatro años. Por otro lado, el artículo introduce un concepto jurídico indeterminado que concede un amplio margen de apreciación al órgano encargado de la comprobación: ¿qué debe entenderse por “defectos subsanables”?

Este derecho adicional, asimismo, podría no ser compatible con la normativa de la Unión. En efecto, en el caso de que esta señalase, por ejemplo, que la justificación debe producirse antes del 31 de octubre, la Administración española no podría requerir y dar un nuevo plazo de quince días a aquellos beneficiarios que no hubiesen presentado la justificación dentro de dicho plazo. Ello supondría una vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión y, consecuentemente, procedería la inaplicación de la norma española (es decir, del art. 70.3 RGS) contraria a la norma de la Unión.

Por otro lado, y aunque no se diga, este plazo debe entenderse referido a la justificación de subvenciones en sentido estricto, y no a la justificación que pueda corresponder a las primas. En el caso de estas últimas, como sabemos, la justificación va referida a la concurrencia de las condiciones que dan derecho a un solicitante a ser beneficiario (justificación de los requisitos, en sentido estricto). De aplicar este artículo a tales supuestos, se estaría concediendo un plazo suplementario a todos los solicitantes de primas en relación con el procedimiento de concesión de las mismas, lo que no parece ser la intención de la norma. En todo caso, la observación no es gratuita, toda vez que, con una deficiente técnica normativa, el art. 30.7 LGS equipara ambas obligaciones de justificar.

⁴⁹ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 327. También Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 117, considera que en el caso de que se trate de una justificación incompleta, y no extemporánea, “cabe subsanar los defectos apreciados de la justificación realizada antes de decretar el reintegro de la subvención, pero en ningún caso cabría sustituir la documentación o aportar otra distinta”, solución que entiende también predicable para el trámite de audiencia del procedimiento de reintegro: “en ningún momento será posible en ese momento justificar aquello que no se hizo en su momento ni subsanar el incumplimiento producido por el transcurso del plazo”.

⁵⁰ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 321. Con carácter general, Domingo CARBAJO VASCO, “Algunas cuestiones relativas al régimen fiscal de las subvenciones”, *Impuestos* nº 21 (noviembre 2005), p. 47, ha propuesto incluso una interpretación laxa de las exigencias contenidas en la

Todo lo anterior, sin embargo, debe ser entendido sin perjuicio de la posibilidad de que la obligación de reintegro pueda suavizarse en aplicación de alguna de las manifestaciones que pueda adoptar el principio de proporcionalidad, y a las que nos referiremos en un epígrafe posterior.

4. La causa de reintegro del art. 37.1.d) LGS

El art. 37.1.d) LGS establece como causa de reintegro el “Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 18 de esta Ley”. En realidad, y aun con ciertas reservas que serán manifestadas más adelante, es probable que esta causa de reintegro se encuentre ya incluida en la causa de reintegro del art. 37.1.f) LGS, en la medida en que supone explicitar una de las “obligaciones impuestas” o uno de los “compromisos asumidos” con motivo de la concesión de la subvención y relativo al modo en que debe realizarse la actividad que fundamenta el pago de la misma.

Según tendremos ocasión de ver, la realización de la actividad a la que se encuentra afectada la subvención no siempre se deja por completo al libre albedrío del beneficiario, sino que este debe realizar dicha actividad del modo concreto en que le es indicado. En caso de no ajustarse a dicha forma de realización, procederá el recurso a la causa de reintegro contenida en el art. 37.1.f) LGS.

Pues bien, una de las indicaciones sobre el modo de realizar la actividad en que consiste la carga está incluida en el art. 18.4 LGS, conforme al cual, “los beneficiarios deberán dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención, en los términos reglamentariamente establecidos”. En caso de no cumplir con dicho precepto, sería de aplicación la mencionada causa de reintegro del art. 37.1.f) LGS. No obstante, influido por el legislador de la Unión⁵¹, el legislador español ha decidido explicitar dicho incumplimiento como una causa de reintegro

LGS en relación con la presentación de “facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente” (art. 30.3 LGS). En este sentido, considera que este artículo “hace surgir la duda de si la Administración aceptará exclusivamente como justificante la denominada «factura completa» o documentos sustitutivos a los que se refiere la normativa fiscal sobre facturas, recientemente modificada en el Real Decreto 1496/2003, de 28 de noviembre o, siendo la factura un documento mercantil sin forma obligatoria, y hablando la Ley 38/2003, de documentos con valor probatorio equivalentes a la factura, podrá aceptarse como medios de prueba de los gastos realizados por el beneficiario de la subvención documentos privados que no reúnan todos los requisitos de la factura completa. En nuestra opinión (...), no cabe negar, dada la redacción citada y el principio de «libertad de prueba» vigente en nuestro Derecho Común (e incluso en el Derecho Tributario, dada la redacción del artículo 106.1 LGT/2003), la posibilidad de admitir otros documentos mercantiles, entre ellos, facturas que no se adapten a los requisitos del Decreto de facturas”.

⁵¹ Así lo advierte Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 328-329, quien trae a colación el Reglamento (CE) nº 1159/2000, de la Comisión, de 30 de mayo, sobre las actividades de información y publicidad que deben llevar a cabo los Estados miembros en relación con las intervenciones de

autónoma. Toda la justificación de la individualidad de esta causa de reintegro se encuentra en este último dato.

Indicó el Consejo de Estado, en efecto, que este incumplimiento podría tipificarse como infracción y no como causa de reintegro. Y en verdad que parece desproporcionado que un beneficiario que cumpliera con todos los requisitos para serlo, realizara la actividad para la que recibió los fondos, aplicándolos correctamente y justificándolos luego conforme a la ley, se vea luego obligado a devolver toda la subvención solo porque no haga publicidad del órgano concedente⁵².

En realidad, así planteada, esta misma crítica podría realizarse al art. 37.1.f) LGS. Pero debemos recordar, en consonancia con lo que expusimos al distinguir entre causas de caducidad y sanciones, que, sin negar la posibilidad de que una causa de reintegro pudiera llegar a encubrir una verdadera sanción, resulta admisible que una subvención pueda ser un mecanismo para lograr que el administrado adopte determinados comportamientos, distintos del comportamiento que justifica el pago de la subvención pero vinculados a este. En este caso, y como resulta evidente, la obligación impuesta al beneficiario se encuentra estrechamente vinculada con la subvención, sin que tampoco pueda considerarse, en principio, que constituya un gravamen insoportable para el beneficiario. No debe olvidarse, por lo demás, que el beneficiario acepta voluntariamente la percepción de la ayuda a cambio de realizar una actividad en un modo preciso⁵³, y que el acto desfavorable que contra él se dicta (el reintegro) solo supone la devolución de la ayuda cuyo régimen jurídico voluntariamente aceptó.

En todo caso, y ante las eventuales dudas que pudieran surgir sobre su naturaleza sancionadora, en la aplicación de esta causa de reintegro resultarán determinantes tanto las facilidades dadas al beneficiario para cumplir esta obligación de publicidad como, en su caso, las cantidades concretas sobre las que se acuerde el reintegro⁵⁴.

los Fondos Estructurales, así como el art. 14 Reglamento n° 1164/1994 (crea el Fondo de Cohesión) y, con carácter general, los arts. 1 y 4 del Reglamento n° 2988/1995.

⁵² Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., p. 440, en relación con esta causa de reintegro, expresa sus dudas sobre si en este caso el reintegro no juega "como una sanción que sería, por cierto, muy severa y desproporcionada". En el mismo sentido, JOSÉ PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 322, Alejandro HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, cit., p. 351, y JAVIER GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 99.

⁵³ Lo que incluye la obligación, prevista por el propio legislador, y no solo por la Administración, de adoptar las medidas de publicidad y difusión que en cada caso se señalen: art. 18.4 LGS.

⁵⁴ En este preciso sentido, también Pablo ARELLANO PARDO, "Título II. Del reintegro de subvenciones", cit., p. 329, considera que "la aplicación de esta causa de reintegro habrá de prestar especial atención al principio de proporcionalidad a la hora de cuantificar las cantidades que, en su caso, hubiera de reintegrar".

Sin duda con esta misma finalidad, el art. 31.3.a) RGS ha establecido que, ante el incumplimiento de esta obligación y si ello fuera posible, “el órgano concedente deberá requerir al beneficiario para que adopte las medidas de difusión establecidas en un plazo no superior a 15 días (...) No podrá adoptarse ninguna decisión de revocación o reintegro sin que el órgano concedente hubiera dado cumplimiento a dicho trámite”.

5. La causa de reintegro del art. 37.1.e) LGS

El hecho de que la carga de la justificación recaiga sobre el beneficiario de la subvención no excluye la posibilidad, incluso obligada, de que la Administración controle la realidad, veracidad y regularidad de dicha justificación y de las actividades a las que va referida. En efecto, el hecho de que la justificación se produzca en tiempo y forma no obsta a que dicha justificación sea falsa o, sin llegar tan lejos, a que no sea suficiente para disipar todas las dudas sobre el pleno y adecuado cumplimiento de las obligaciones del beneficiario.

En consecuencia, el ordenamiento prevé amplios poderes de control sobre el beneficiario y, correlativamente a estos poderes, recaen sobre el beneficiario varias obligaciones:

- “Someterse a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores” [art. 14.1.c) LGS].
- “Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, *con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control*” [art. 14.1.f) LGS].
- “Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, *en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control*” [art. 14.1.g) LGS].

Es importante destacar que todas estas obligaciones, y en especial las dos últimas, recaen sobre el beneficiario única y exclusivamente en la medida en que son imprescindibles para desarrollar las actuaciones de control que deban realizar la Ad-

ministración y las distintas instancias competentes para ello (órganos de control interno y órganos de control externo). Y es importante porque ello permite volver a trazar con claridad la vinculación entre estas obligaciones y la obligación de realizar la actividad que fundamenta la concesión de la subvención, sin perjuicio de la independencia y autonomía de cada una de ellas. De este modo, como sabemos, se disipan más fácilmente las dudas sobre el posible carácter sancionador de estas causas de caducidad.

El art. 37.1.e) LGS configura, a partir de estas obligaciones, dos causas de reintegro distintas. Por un lado, la “resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de esta Ley”. Por otro lado, “el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos”.

Ahora bien, para la concurrencia de cualquiera de estas dos causas de reintegro se exige que de los comportamientos así descritos y desarrollados por el beneficiario “se derive 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 cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales”.

Por ello mismo, la doctrina ha señalado que, para poder apreciar la concurrencia de estas causas de reintegro es necesaria la coincidencia de tres circunstancias distintas: una conducta activa de la Administración (actuaciones de comprobación y control financiero), una conducta activa o pasiva del beneficiario (resistencia, excusa, obstrucción o negativa; incumplimiento de obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos) y un resultado de lo anterior (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 otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos). Por tanto, esta causa de reintegro solo procede “cuando no existan medios alternativos que puedan ser empleados por la Administración para alcanzar el objeto de dichas actividades”⁵⁵.

No es difícil identificar las obligaciones cuyo incumplimiento se encuentra en el origen de estas causas de reintegro. La primera de ellas se relaciona con la obligación descrita en el art. 14.1.c) LGS y la segunda con las obligaciones establecidas en los arts. 14.1.f) y g) LGS, antes transcritos.

⁵⁵ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 329.

A. *Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero*

En relación con la primera de las causas de reintegro contenidas en este precepto, es posible hacerse una idea ciertamente completa de su contenido a través de distintos pasajes de la LGS.

Por un lado, el art. 46.2 LGS, en sede de control financiero de subvenciones, señala como ejemplo concreto de “resistencia, excusa, obstrucción o negativa a los efectos previstos en el art. 37” el incumplimiento de la obligación de “prestar colaboración y facilitar cuanta documentación sea requerida en el ejercicio de las funciones de control que corresponden, dentro del ámbito de la Administración concedente, a la Intervención General de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales, así como a los órganos que, de acuerdo con la normativa comunitaria, tengan atribuidas funciones de control financiero”, establecido en el art. 46.1 LGS⁵⁶.

Ahora bien, este artículo solo se refiere a los controles realizados en el marco del control financiero de las subvenciones, mientras que de la remisión realizada por el art. 37.1.e) LGS a los arts. 14 y 15 LGS se desprende que el desarrollo de esta conducta obstruccionista o no colaboradora frente a cualquier otro tipo de control sobre el destino dado a la subvención y el modo en que se ha desarrollado la actividad, incluso los efectuados por el órgano concedente (y, en su caso, a la entidad colaboradora) o los órganos de control interno y externo competentes, nacionales o de la Unión, también darían lugar a la apreciación de esta causa de reintegro.

Por ello resulta mucho más ilustrativo de los distintos comportamientos que pueden integrar esta causa de reintegro el art. 56.1.g) LGS, situado en sede de infracciones y sanciones en materia de subvenciones.

Debe tenerse en cuenta que esta misma conducta es, además, constitutiva de infracción leve [art. 56.1.g) LGS] o grave [art. 58.1.c) LGS], dependiendo de que el comportamiento del infractor haya imposibilitado o no verificar el empleo dado a los fondos, el cumplimiento de la actividad, etc. De este modo, el art. 56.1.g) LGS tipifica como infracción, precisamente, “la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de control financiero” y, a efectos de detallar el contenido de la conducta infractora, precisa que se entiende que tal comportamiento concurre

⁵⁶ Previsión, por cierto, un tanto sorprendente en relación con algunos de los sujetos a quienes se dirige la obligación de colaborar prevista en el art. 46.1 LGS, como “los terceros relacionados con el objeto de la subvención o su justificación”, que en ningún caso podrán ser objeto de reintegro.

“cuando el responsable de las infracciones administrativas en materia de subvenciones, debidamente notificado al efecto, haya realizado actuaciones tendentes a dilatar, entorpecer o impedir las actuaciones de los funcionarios de la Administración General del Estado o de las comunidades autónomas en el ejercicio de las funciones de control financiero. Entre otras, constituyen resistencia, obstrucción, excusa o resistencia las siguientes conductas:

- 1ª No aportar o facilitar el examen de documentos, informes, antecedentes, libros, registros, ficheros, justificantes, asientos de contabilidad, programas y archivos informáticos, sistemas operativos y de control y cualquier otro dato objetivo de comprobación.
- 2ª No atender algún requerimiento.
- 3ª La incomparecencia, salvo causa justificada, en el lugar y tiempo señalado.
- 4ª Negar o impedir indebidamente la entrada o permanencia en locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que existan indicios probatorios para la correcta justificación de los fondos recibidos por el beneficiario o la entidad colaboradora o de la realidad y regularidad de la actividad subvencionada.
- 5ª Las coacciones al personal controlador que realice el control financiero”.

No parece que puedan existir muchas dudas sobre el carácter no sancionador de esta causa de reintegro. Desde luego, el legislador no parece albergar ninguna, toda vez que la ha configurado a la vez como causa de reintegro e infracción administrativa, según hemos señalado, lo cual sería imposible en caso de que el reintegro ya fuera, por sí mismo, una infracción (vulneración del principio *non bis in idem*).

Como ya hemos indicado, parece que esta causa de reintegro se configura sin mucha dificultad como la reacción, dentro de la relación jurídica subvencional, frente al incumplimiento de una de las obligaciones que forman parte de dicha relación. A estos efectos, como siempre, la clave se encuentra en destacar que no cabe duda de que la obligación de someterse a las actuaciones de comprobación y control forma parte esencial de dicha relación. Al menos, cuando dicho control sea absolutamente imprescindible para conocer si la actividad que fundamenta el pago de la subvención se ha realizado y en qué condiciones se ha realizado. De otro modo, en efecto, se imposibilitaría a la Administración conocer si el abono de la subvención se ha realizado correctamente. Esta es la justificación de la existencia de esta causa de reintegro⁵⁷.

⁵⁷ Frente a ello, David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, cit., p. 130, sin más explicación y de modo un tanto sorprendente, considera que esta causa de reintegro está expresamente prevista para la recuperación de fondos europeos como consecuencia de correcciones financieras.

Debe destacarse de nuevo, por tanto, que no basta cualquier actividad obstruccionista o no colaboracionista para dar lugar a esta causa de reintegro: si ya obran en poder de la Administración datos suficientes para comprobar el adecuado cumplimiento de todas las obligaciones del beneficiario y, en consecuencia, el correcto abono de la subvención, no procederá el reintegro por esta causa⁵⁸.

De hecho, con anterioridad a la LGS, la negativa u obstrucción a colaborar con las actuaciones de control ya había sido empleada por la jurisprudencia como criterio interpretativo para apreciar si la actividad que justificaba el pago de la subvención se había realizado y, en su caso, en qué condiciones se había producido⁵⁹.

Asimismo, en otras ocasiones, el obstruccionismo o la negativa a colaborar con las actuaciones de control equivale, sin más, a la falta de justificación. Así ocurre cuando la justificación de la actividad se realiza conjuntamente por el beneficiario y por la Administración. En estos casos, si no se permite a la Administración desarrollar sus actividades de control e inspección, resulta imposible que esta pueda acreditar la justificación, lo que da lugar a la procedencia del reintegro⁶⁰.

⁵⁸ Sin perjuicio de que sí pueda proceder, en su caso, la imposición de una sanción administrativa por la comisión de la infracción tipificada en el art. 56.1.g) LGS.

⁵⁹ Un ejemplo de ello, relativo, en concreto, al modo en que la actividad se había realizado, se encuentra en la STS de 12 de mayo de 2009, Sección cuarta, Ar. 255390 (ponente: PICO LORENZO). En el supuesto enjuiciado, la entidad mercantil *Cofacan, S.A.*, recibió una subvención del Gobierno de Canarias, cofinanciada con fondos de la Unión, para financiar hasta el 75% del coste de construcción del buque de transporte pesquero *Punta Gaviota*. Tres años después se inició la actividad de control financiero, a la que no dieron respuesta ni la beneficiaria ni la constructora del barco. Como consecuencia, se encargó a una consultoría la valoración del coste de ejecución del buque, llegando a la conclusión de que este había sido muy inferior al coste justificado y que, en consecuencia, la subvención concedida había sobrepasado con creces el tope del 75% de financiación permitida, lo que motivó la decisión de reintegro. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que no se dudaba de la realidad de la fabricación del buque. Lo que se pretendía averiguar era si su coste había sido verdaderamente el presentado en la justificación del beneficiario o si había sido inferior, y para ello era imprescindible la colaboración de este con las actuaciones de control, colaboración que se negó a prestar.

De conformidad con lo previsto en la LGS, la conducta de la beneficiaria habría sido constitutiva, por sí misma, de causa de reintegro (además de conformar también una infracción administrativa, igual que la conducta de la constructora). No obstante, en la medida en que la subvención fue concedida con anterioridad a la entrada en vigor de la LGS, esta conducta solo servía para confirmar la corrección de los resultados ofrecidos por el informe pericial, rechazando las alegaciones sobre su ausencia de valor probatorio argumentadas por el beneficiario. En efecto, la sentencia dio por buena la apreciación a estos efectos de la sentencia de instancia de que “la «falta de colaboración» de la recurrente en facilitar a la Administración la documentación requerida, es decir la negativa contumaz, era significativa, al igual que la necesidad de acreditar la concordancia entre el gasto aprobado y el proyecto ejecutado sin que una mera certificación pudiera ser suficiente cuando había sospecha de discordancia entre el valor real y el valor reflejado documentalmente”.

⁶⁰ Así ocurrió, por ejemplo, en el supuesto de hecho enjuiciado en la STS de 3 de noviembre de 2006, Sección cuarta, Ar. 7834 (ponente: PICO LORENZO), relativo a la concesión de una subvención para inversiones forestales en explotaciones agrarias, dividida en dos tramos: una primera ayuda en concepto de gastos de forestación (31.300.000 pesetas) y una prima de mantenimiento durante cinco anualidades (importe anual de 4.000.000). Concedida la ayuda a *Restauraciones Forestales El Arenal, S.L.*, se comprobó la realización de las actividades de forestación y se procedió al primer pago. Posteriormente, se procedió al preceptivo control del mantenimiento anual, negándose el acceso de los técnicos de la Administración a la finca. Ante estas circunstancias, la Administración dictó resolución de reintegro, motivado no por el incumplimiento de la obligación de reforestación, sino por el incumplimiento de la obligación de permitir o facilitar el control administrativo de la calidad de los trabajos realizados y del material utilizado.

En todo caso, en relación con esta causa de reintegro pueden manifestarse algunas de las disfuncionalidades que se derivan de la existencia de varios procedimientos distintos encaminados a un mismo fin: determinar si concurre alguna causa de reintegro. En efecto, si durante un procedimiento de control financiero realizado por los órganos de intervención, un procedimiento de fiscalización realizado por el Tribunal de Cuentas o los OCEX autonómicos o una inspección realizada por funcionarios de la Unión, el beneficiario se niega a colaborar, dando lugar a resistencia, excusa, negativa u obstrucción e imposibilitando con ello que se pudiera conocer la realidad de la actividad subvencionada, se produciría la causa de reintegro del art. 37.1.e) LGS. Sin embargo, el órgano que se encuentre dirigiendo el procedimiento de control financiero, la fiscalización o la investigación deberá darlo por terminado y trasladarlo al órgano concedente de la subvención, con el fin de que tramite un procedimiento de reintegro en el cual aprecie la concurrencia de la causa de reintegro señalada: “es decir, deberá determinar si existió resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control financiero un órgano distinto de aquel que desempeñó la función”⁶¹.

B. El incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos

La segunda conducta constitutiva de reintegro prevista en este epígrafe se articula como una norma en blanco o de remisión. En efecto, esta causa se vincula al incumplimiento de una serie de obligaciones (contables, registrales y de conservación de documentos) que no son objeto de regulación en la LGS ni en su norma de desarrollo. En consecuencia, la aplicación de esta causa de reintegro solo es posible atendiendo a las concretas obligaciones (contables, registrales y de conservación de documentos) que recaigan sobre los beneficiarios de subvenciones, bien con carácter general (caso de las entidades mercantiles), bien de conformidad con las bases reguladoras de cada subvención⁶².

Esta remisión, por otra parte, se prevé ya en relación con los “libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados” en el art. 14.1.f)

⁶¹ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 366.

⁶² No debe olvidarse que, de conformidad con el art. 17.3.h) LGS, uno de los extremos que “como mínimo” deben concretar las bases reguladoras de cada subvención es la “determinación, en su caso, de los libros y registros contables específicos para garantizar la adecuada justificación de la subvención”.

En el mismo sentido, también el art. 16.3.j) LGS establece, en relación al contenido mínimo del convenio de colaboración que firmen Administración concedente y entidad colaboradora la “determinación de los libros y registros contables específicos que debe llevar la entidad colaboradora para facilitar la adecuada justificación de la subvención y la comprobación del cumplimiento de las condiciones establecidas”.

LGS, precepto que se remite a “los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso”.

Sin embargo, y atendiendo de nuevo a la tipificación del incumplimiento de estas obligaciones como infracción en la misma LGS, es posible indicar varios ejemplos de comportamientos que pueden entenderse que vulneran estas obligaciones y que como tales aparecen explicitados en el art. 56.d) LGS.

En efecto, de conformidad con este precepto, se tipifica como infracción leve “el incumplimiento de obligaciones de índole contable o registral, en particular:

- 1º La inexactitud u omisión de una o varias operaciones en la contabilidad y registros legalmente exigidos.
- 2º El incumplimiento de la obligación de llevar o conservar la contabilidad, los registros legalmente establecidos, los programas y archivos informáticos que les sirvan de soporte y los sistemas de codificación utilizados.
- 3º La llevanza de contabilidades diversas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, no permitan conocer la verdadera situación de la entidad.
- 4º La utilización de cuentas con significado distinto del que les corresponde, según su naturaleza, que dificulte la comprobación de la realidad de las actividades subvencionadas”.

Nada similar se indica en relación con la obligación de conservación de documentos. Respecto a la misma solo parece posible indicar que de una lectura conjunta de los arts. 37.1.e) y 14.1.g) LGS puede extraerse la conclusión de que el periodo de conservación de los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos es, como mínimo, de cuatro años. Así se deduce del segundo de los preceptos citados, que establece la obligación de conservar tales documentos “en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control”. En la medida en que los arts. 38 y 65 LGS establecen un plazo común de prescripción de la potestad administrativa de declarar el reintegro y de la potestad administrativa sancionadora de cuatro años, debe entenderse que esta es la duración mínima de la obligación de conservar los documentos⁶³.

Por lo demás, son extensibles a esta causa de reintegro las mismas consideraciones que hemos realizado respecto a la anterior, en relación con su admisibilidad y sentido. En efecto, debe destacarse, una vez más, que el incumplimiento de estas obligaciones (sin perjuicio de las responsabilidades sancionadoras que pueda acarrear),

⁶³ Cuestión distinta es saber en qué momento comenzaría a correr dicho plazo, de lo que nos ocuparemos más adelante. No obstante, como principio general parece que puede señalarse su comienzo en el momento en que venció el plazo para presentar la justificación.

solo dará lugar al reintegro cuando impidan conocer la realidad del sí y el cómo de la realización de la actividad que fundamenta el pago de la subvención.

6. La causa de reintegro del art. 37.1.f) LGS

A. *Fundamento de esta causa de reintegro*

Como ya tuvimos ocasión de indicar –al tratar de la causa de reintegro contenida en el art. 37.1.d) LGS–, la causa de reintegro prevista en el art. 37.1.f) LGS supone, sencillamente, un complemento a la establecida en el art. 37.1.b) LGS, al equiparar el “cumplimiento defectuoso” con el incumplimiento total o parcial. En efecto, el desencadenante de esta nueva causa de reintegro radica en el incumplimiento de las obligaciones o compromisos asumidos por el beneficiario en relación al modo en que se ha de realizar la actividad que fundamenta la entrega de la subvención. No se discute aquí, por tanto, la realización de la actividad, que se entiende que sí se ha producido, sino el modo en que esta ha tenido lugar y, en particular, si se han seguido las directrices marcadas al beneficiario a este concreto respecto.

En realidad, la existencia de esta causa de reintegro trae causa de la propia definición de subvención contenida en el art. 2 LGS. En efecto, al establecer las características que deben concurrir para que la disposición dineraria realizada por la Administración sea considerada una subvención, el art. 2.1.b) LGS señala que esta tiene que estar “sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo (...) *debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido*”.

Si las “obligaciones formales” vienen constituidas, fundamentalmente, por la obligación de justificar, la obligación de someterse a control y las distintas obligaciones en materia de conservación de documentos, contabilidad y registros, a las que ya hemos hecho referencia, las “obligaciones materiales”, en tanto que algo distinto del propio “cumplimiento de un determinado objetivo, ejecución de un proyecto, realización de una actividad [o] adopción de un comportamiento”, solo pueden ir referidas al modo en que tal objetivo, proyecto, actividad o comportamiento es cumplido, ejecutado, realizado o adoptado.

El establecimiento de este tipo de obligaciones adicionales o deberes accesorios parece plenamente lógico. Según indicamos en el capítulo primero, el objetivo perseguido por la Administración pública al conceder una subvención puede ser de resultado (la realización de una concreta actividad) o de funcionamiento (garantizar el desarrollo de un determinado comportamiento, con una amplia libertad), según el interés público perseguido en cada ocasión. Ambos tipos de objetivos (resultado

y funcionamiento), permitían afirmar la afectación de cada subvención, con independencia de que en cada caso esta fuera más o menos intensa.

Ahora bien, nada obsta a que, en cualquiera de ambos casos, y con los límites que ya señalamos en su momento, el dato de la afectación se complete con la imposición de indicaciones complementarias que aseguren que, entre los distintos comportamientos que puede adoptar el beneficiario para cumplir con dicha afectación, elija el que se considera más beneficioso para los intereses públicos o, de manera inversa, no siga el que se entiende que podría comprometer tales intereses. Se trata, por tanto, de un elemento más de la relación jurídica subvencional, una más de las obligaciones que recaen sobre quién se beneficia del dinero de la comunidad. Y, por ello mismo, parece justificado que su incumplimiento determine la devolución del beneficio concedido⁶⁴.

En ocasiones, la imposición de estos deberes concretos sobre el modo de realizar la actividad a la que se encuentra afectada la subvención resulta incluso casi imprescindible para comprobar que tal actividad se ha cumplido. Es lo que ocurre con las subvenciones de funcionamiento. En efecto, estas subvenciones no se conceden para obtener un concreto resultado, sino para posibilitar el desarrollo de un comportamiento o el ejercicio de un derecho. La afectación, como ya vimos, existe, pero se encuentra muy debilitada. Precisamente por ello la Administración puede establecer ciertos deberes u obligaciones que le permitan comprobar que la subvención ha sido destinada a la finalidad para la que se concedió⁶⁵.

Pero incluso sin entrar en casos tan peculiares, es fácil comprender que la existencia de algunas concreciones sobre el modo en que debe realizarse la actividad es prácticamente inevitable en todas las subvenciones. Así ocurrirá, señaladamente, con el plazo de tiempo que se conceda al beneficiario para realizar la actividad que justifica la entrega de la subvención. En efecto, resulta casi inimaginable que la Administra-

⁶⁴ Como señalara hace años José Luis VILLAR PALASÍ, “Las técnicas administrativas de fomento...”, cit., p. 95, “la subvención se otorga normalmente con la finalidad de que la entidad subvencionada asuma voluntariamente una función calificada de interés público o desarrolle su actividad según los módulos de este interés público. Por esta razón, constituye hecho de incumplimiento el hecho de que tal actividad y tal función no se lleven a cabo según los términos que condicionó la subvención”.

⁶⁵ Un ejemplo de esta última situación se encuentra en la SAN de 10 de febrero de 2005, Ar. 230543 (ponente: GARCÍA GARCÍA-BLANCO), por la que se confirmó el reintegro de una ayuda concedida para cursar unos estudios a un administrado. Se trataba de una ayuda concedida al amparo del Real Decreto 2298/1983, de 28 de julio, por el que se regula el sistema de becas y otras ayudas al estudio de carácter personalizado, constitutiva, por tanto, de un ejemplo paradigmático de subvenciones de funcionamiento. Sin embargo, esta ayuda tenía una serie de obligaciones vinculadas: los deberes de “matriculación, asistencia a clase, presentación a exámenes y abono, en su caso, de los gastos para los que se concede la ayuda”. Su vulneración da lugar a la devolución de la ayuda, pero su realización no es, en sentido estricto, el objeto de la ayuda. Esto es, la ayuda se concede para poder estudiar, sin exigencia de resultados concretos, como demostraría el hecho de que la simple presentación al examen eximiría de la devolución, aun sacando un cero.

ción conceda un plazo de tiempo ilimitado para que el beneficiario pueda realizar tal actividad. Por el contrario, lo normal será que le fije un periodo concreto para realizarla y justificar su realización. Ahora bien, ¿qué ocurrirá en los supuestos en que la actividad se realice fuera de dicho plazo?

En la medida en que, aunque tardíamente, se ha realizado, no parece que proceda la aplicación del art. 37.1.b) LGS ni, consecuentemente, la declaración de reintegro por incumplimiento total. Más bien parece que en dicho caso nos encontraremos en el ámbito propio del art. 37.1.f) LGS del que nos estamos ocupando.

La realidad es que resulta difícil ofrecer una única solución ante este caso. Más bien, será necesario atender, en el caso concreto, al carácter del plazo concedido y si este es o no esencial. En el caso de que lo sea, procederá sin más la declaración de caducidad y con ella la pérdida del derecho al cobro o, si este ya se produjo, su devolución. Sin embargo, cuando el plazo no sea esencial, cabría aplicar las reglas del reintegro parcial del art. 37.2 LGS⁶⁶. Respecto a este y otros incumplimientos, debe tenerse en cuenta, además, lo establecido ahora para estos supuestos por el art. 86.1 RGS, del que nos ocuparemos más adelante.

En todo caso, incluso cuando se determinara la procedencia del reintegro, el cumplimiento tardío podría reportar otras consecuencias favorables para el beneficiario⁶⁷.

Junto a esta obligación relativa al plazo de cumplimiento de la actividad, no es difícil encontrar en la jurisprudencia otros ejemplos de obligaciones del modo en que la actividad debe ser realizada, cuyo incumplimiento haya dado lugar al reintegro⁶⁸.

⁶⁶ En este sentido se ha manifestado Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 112. En los mismos términos, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 319, destaca que no aplicar la misma solución que la del art. 37.2 LGS carecería de sentido, especialmente porque “iría contra la lógica jurídica que dejar de realizar una parte de la actividad arrastrara menores consecuencias negativas para el beneficiario que realizar fuera de plazo esa misma actividad”.

⁶⁷ Por ejemplo, a efectos penales se ha propugnado una interpretación amplia de la excusa absolutoria prevista en el art. 308.4 CP, de modo que si el sujeto destina, aunque sea tardíamente, la subvención a la finalidad para la que se concedió, también debe estimarse su existencia. Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 302, siguiendo en este punto a GÓMEZ RIVERO. En realidad, se trata de una propuesta plenamente razonable: si con posterioridad al momento en que debió realizarse la actividad se admite la renuncia con carácter exculpatorio, no tendría sentido negar la posibilidad de que el beneficiario finalmente realizara la actividad que justificaba la concesión de la subvención (lo cual, no se olvide, es lo que la Administración ha perseguido en todo momento), con el mismo resultado. Salvo los casos, por supuesto, de actividades con plazo esencial.

⁶⁸ A este respecto, nos limitaremos a señalar, entre las más recientes, la STS de 13 de mayo de 2009, Sección cuarta, Ar. 279613 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA). En el supuesto enjuiciado, la Administración canaria acordó dejar sin efecto la subvención concedida a *Heredamiento de las Haciendas de Argual y Tazacorte* para la ejecución de las obras de mejora de los aprovechamientos hídricos de la Cuenca de Caldera de Taburiente, disponiendo el reintegro de las cantidades ya abonadas. Una parte del reintegro (358.752,83 €) se correspondía con una partida incluida en el presupuesto de la actividad subvencionada, y aprobado por la Administración, relativa al “beneficio industrial” que la realización de la obra iba a suponer para la empresa que la ejecutase. El beneficiario de la subvención decidió llevar a cabo la obra con sus propios medios, entendiéndose que ello le daba derecho a percibir dicha cantidad como si la hubiesen efectuado terceros a cuya retribución iba destinada

B. Su difícil aplicación a todas las subvenciones, en especial a las primas

Lo expuesto hasta ahora, sin embargo, necesita una importante matización. De acuerdo con lo hasta ahora afirmado, parece fuera de toda duda que el incumplimiento de los deberes accesorios impuestos al beneficiario constituye en todo caso una causa de reintegro en la medida en que afectan al cumplimiento de la obligación principal, esto es, al *modo* en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento. Sin embargo, hay que añadir que la referencia al “modo” o manera en que dicha obligación se cumple debe interpretarse en un sentido más amplio del que la propia literalidad permite colegir, pues de otra forma, entre otras consecuencias, se haría imposible la aplicación de esta causa de reintegro al incumplimiento de los deberes impuestos a los beneficiarios de primas.

Según adelantamos al ocuparnos de la causa de reintegro del art. 37.1.b) LGS, es en el art. 37.1.f) LGS donde se incluirían las obligaciones vinculadas a las primas, es decir, a las subvenciones concedidas por la “conurrencia de una situación” [art. 2.1.b) LGS]. En efecto, el hecho de que el fundamento de las primas no consista en el cumplimiento de un objetivo, actividad, proyecto o comportamiento, sino en la concurrencia de ciertas circunstancias o características, no impide, como ya señalamos, que puedan vincularse a ella ciertos “deberes accesorios”. Ahora bien, como resulta evidente, las primas no se conceden para la realización de tales deberes. Ni son su fundamento ni están afectas en sentido estricto a su cumplimiento, del mismo modo que no todas las obligaciones a las que se compromete el beneficiario de una subvención en sentido estricto sirven de fundamento a la misma⁶⁹. Y aun

esa partida. En apoyo de esta tesis se indicaba, además, que el principio de confianza legítima impedía a la Administración negar ahora una partida que consintió en el momento del otorgamiento.

La sentencia confirma sin embargo la decisión de reintegro, señalando que del hecho de la aprobación del presupuesto global por parte de la Administración concedente “no podía extraerse la consecuencia de que cambiando las circunstancias y decidido otro modo de proceder, a saber, que la obra se ejecutase por quien era destinataria de la subvención por sus propios medios, seguía siendo obligado el abono de esa cantidad (...) De percibir ese importe se produciría un beneficio injustificado que en modo alguno se podía considerar amparado por ese pretendido derecho de la recurrente a la inalterabilidad de las condiciones de la subvención que pretende acoger bajo ese principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Lejos de ello esa confianza perturbaría la defensa de los intereses generales, principio que también ha de presidir la actuación de las Administraciones públicas y que, en este caso, se identificaría con evitar que nadie obtenga un beneficio al que no tiene derecho, alegando que la Administración se había obligado a realizar algo que no quedaba justificado como es en este supuesto abonar una cantidad por beneficio industrial a la beneficiaria de la subvención cuando carecía de derecho para ello”.

De este modo, la sentencia viene a afirmar que el beneficiario no podía esperar el mantenimiento de toda la subvención en caso de alterar las condiciones del cumplimiento de la actividad. Y ello aun a pesar de que esta, según se desprende de la sentencia, fuera efectivamente realizada. En definitiva, no tenía derecho al mantenimiento de la subvención porque no tenía derecho a modificar, unilateralmente, las condiciones de ejecución de la actividad a la que se encontraba vinculada. A ello parece sumarse, aunque la sentencia no sea clara al respecto, las consecuencias del principio de no rentabilidad de la subvención.

⁶⁹ El beneficiario, según sabemos, asume ente otras la obligación de justificar la subvención, de someterse a controles, de conservar los documentos justificativos, etc. Pero ninguno de estos comportamientos sirve de fundamentación a la subvención. Esto es, la subvención no se concede para que el beneficiario conserve ciertos documentos justificativos de haber realizado una actividad.

menos cabe describir estos deberes accesorios impuestos al beneficiario de una prima como el “modo” en que debe realizar la actividad que justifica la concesión de la prima: cabalmente porque dicha actividad, por definición, ya ha sido realizada.

Ahora bien, como ya expusimos, la importancia de estos deberes accesorios a las primas en relación con muchas de las ayudas agrícolas de la Unión es máxima. En efecto, muchos de los pagos directos regulados en el Reglamento nº 73/2009 (y, muy especialmente, el pago único) se configuran como primas. Como ya explicamos, su concesión no se hace depender de ninguna conducta futura del beneficiario, sino de la simple concurrencia de ciertos requisitos, cambiantes según cada pago. Sin embargo y, al mismo tiempo, todos los pagos directos, sin excepción, regulados en el Reglamento nº 73/2009 se encuentran sometidos al llamado régimen de “condicionalidad”, conforme al cual se obliga a sus beneficiarios al cumplimiento de un listado de “requisitos legales de gestión” (RLG) y de “buenas condiciones agrarias y medioambientales” (BCAM).

De unos y otras ya nos ocupamos en el capítulo primero, por lo que no procede repetir todo lo allí expuesto sobre su naturaleza jurídica y sobre la peculiar estructura de las ayudas agrícolas de la Unión. Basta con indicar ahora dos cuestiones. Por un lado, es preciso recordar que ni los RLG ni las BCAM son el fundamento de estos pagos. Esto es, las ayudas no se conceden para que los agricultores cumplan los RLG y las BCAM en su actividad. Su concesión, en todo caso, se debe a otros motivos⁷⁰. Pero, por otro lado, su incumplimiento da lugar a pérdidas totales o parciales del derecho al cobro de la ayuda y, en caso de que ya se hubieran pagado, a su reintegro. En efecto, el art. 23.1 Reglamento nº 73/2009 establece que “Cuando no se respeten los requisitos legales de gestión o las buenas condiciones agrarias y medioambientales (...) el importe total de los pagos directos que (...) se haya abonado o deba abonarse al agricultor, se reducirá o anulará de conformidad con las normas de desarrollo establecidas en virtud del artículo 24”.

Como se observa, si se realiza una interpretación excesivamente estricta de la causa de reintegro del art. 37.1.f) LGS, de la que nos estamos ocupando, resultaría imposible, de conformidad con el ordenamiento español, proceder a la declaración de reintegro de los pagos directos regulados en el Reglamento nº 73/2009 cuando, con posterioridad a haber sido abonados, se detectara el incumplimiento de alguno de los RLG o de las BCAM. Y ello, conviene insistir, porque no van referidos al “modo en que se ha de (...) realizar la actividad (...) que fundamenta la concesión de la subvención”.

⁷⁰ Como ya indicamos, esta situación resulta especialmente palmaria en relación con los RLG, cuyo cumplimiento es obligado para todos los ciudadanos, sean o no beneficiarios de subvenciones.

Quizá resulta conveniente ejemplificar lo hasta ahora expuesto: de conformidad con los arts. 82 a 86 Reglamento nº 73/2009, un productor español de pistachos puede tener derecho a recibir una ayuda por superficie de 120,75 euros/ha. Es decir, solo con justificar el cultivo de pistachos en una parcela con una superficie mínima y unos niveles determinados de densidad de plantación, se tendría derecho a percibir dicho pago por cada hectárea. Sin más. Se trata de un ejemplo prototípico de prima, en la que el fundamento de la ayuda se encuentra en la mera concurrencia de ciertos requisitos, sobre cuya existencia la Administración tiene plena certeza. La ayuda, por tanto, no se fundamenta en la realización de alguna actividad futura del beneficiario que aún no se sabe si será o no realizada. Ahora bien, la efectividad del pago de esta ayuda por superficie se hace depender de que el beneficiario cumpla los RLG y las BCAM, entre los cuales se encuentran obligaciones relativas a la protección de las aves silvestres, al uso de productos fitosanitarios, al modo en que debe labrarse la tierra o a la prohibición de quema de rastrojos, entre otras muchas. Se trata de deberes accesorios impuestos al beneficiario de una prima que, generalmente, se concederá antes de que termine el plazo durante el cual aún deberán seguir cumpliéndose tales deberes. Sin embargo, parece plenamente lógico que si el beneficiario contraviene las obligaciones que voluntariamente asumió y que se vincularon a la entrega de la ayuda, se le prive de esta y, si ya se le abonó, se le obligue a devolverla, sin ver en ello nada más que una consecuencia derivada de la relación jurídica subvencional establecida entre Administración y beneficiario.

No hay más remedio, por tanto, que realizar un importante esfuerzo integrador e interpretar que el art. 37.1.f) LGS es más amplio de lo que se desprende de su simple tenor literal. En efecto, en una nueva “interpretación conforme” de la normativa nacional con las exigencias del Derecho de la Unión, se puede afirmar que el cumplimiento de los RLG y las BCAM se identifica con el modo en que debe realizarse la actividad que fundamenta la concesión de la subvención.

En todo caso, esta visión amplia de la causa de reintegro del art. 37.1.f) LGS viene confirmada por la misma LGS, al prever en otros lugares de su articulado supuestos expresamente reconducibles a ella y vinculados al incumplimiento de ciertos deberes accesorios que solo en un sentido lato pueden considerarse relativos al “modo” en que debe realizarse la obligación principal, de los que nos ocuparemos a continuación.

C. Plasmaciones de esta causa de reintegro previstas en la misma LGS: el art. 34.a) y el art. 31 LGS

Un primer ejemplo concreto de incumplimiento sancionado en la propia ley con el reintegro es la enajenación o gravamen de los bienes inventariables, de confor-

midad con el art. 34.b) LGS. En efecto, el art. 34.a) LGS prevé que “en el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables (...) Las bases reguladoras fijarán el periodo durante el cual el beneficiario deberá destinar los bienes al fin concreto para el que se concedió la subvención, que no podrá ser inferior a cinco años en caso de bienes inscribibles en un registro público, ni a dos años para el resto de bienes (...)”. Por su parte, el art. 34.b) LGS establece que “el incumplimiento de la obligación de destino referida en el párrafo anterior, que se producirá en todo caso con la enajenación o el gravamen del bien, será causa de reintegro (...)”.

Frente a lo que ha sostenido algún autor, este incumplimiento no supone la inobservancia de la obligación principal asumida por el beneficiario y a la que se encontraba afecta la subvención. En efecto, de la dicción del propio artículo se deduce que dicha obligación principal será la “adquisición, construcción, rehabilitación y mejora de bienes inventariables”. El incumplimiento afecta, en realidad, a uno de los deberes accesorios que, eventualmente, pueden acompañar a la obligación principal⁷¹.

El ejemplo es especialmente apropiado por cuanto solo a través de una interpretación relajada del art. 37.1.f) LGS es posible entender que la obligación aquí incumplida afecta al tan citado “modo en que se ha de (...) realizar la actividad (...) que fundamenta la concesión de la subvención”. En efecto, la actividad que justifica la entrega de la subvención (“adquisición, construcción, rehabilitación y mejora”) ya se habrá realizado y completado, pero la obligación de mantener el destino del bien aun se prolongará varios años más. Realmente no es posible considerar que esta obligación se vincula a la manera en que la actividad principal debe ser desarrollada, más que en sentido muy amplio.

En todo caso, la posibilidad y aceptación de este tipo de deberes accesorios que se prolongan incluso más allá del momento en que la obligación principal ya se ha cumplido se encuentra confirmada en el art. 39.2.c) LGS, en sede de reintegro. Como tendremos ocasión de comprobar, este artículo establece un *dies a quo* específico para el cómputo del plazo de prescripción de cuatro años de que dispone la Administración para reconocer o liquidar el reintegro. En concreto, el artículo prevé que “en el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un periodo determinado de tiempo, [este plazo se computará] desde el momento en que venció dicho plazo”⁷².

⁷¹ En sentido contrario, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 318.

⁷² Piénsese, por ejemplo, en las habituales ayudas a la contratación laboral, que prevén la concesión de ciertas cantidades de dinero por la creación de nuevos puestos de trabajo o la consolidación de puestos ya existentes, si bien obligando a su mantenimiento durante un periodo determinado de años.

Asimismo, parece posible señalar, también como ejemplo concreto de esta causa de reintegro prevista en la misma LGS, el pago de los gastos con posterioridad a la finalización del periodo de justificación (arts. 31.1. y 31.2 LGS). En efecto, de conformidad con estos preceptos solo tienen la consideración de “gasto subvencionable” los que, aparte de responder “de manera indubitada” a la naturaleza de la actividad subvencionada, hayan sido “efectivamente pagado[s] con anterioridad a la finalización del periodo de justificación determinado por la normativa reguladora de la subvención”. El precepto puede interpretarse como una obligación de plazo y, en consecuencia, como uno de los deberes adicionales respecto a la obligación principal, propios de este art. 37.1.f) LGS⁷³: el pago de los gastos derivados del cumplimiento del objetivo o la ejecución del proyecto deben realizarse dentro de un plazo determinado, transcurrido el cual no podrán imputarse a la subvención. La consecuencia de transgredir dicho plazo, por tanto, parece ser la misma que la derivada de cualquier causa de reintegro: la pérdida del derecho al cobro y, en el caso de que este ya se hubiese producido, su reintegro.

La única peculiaridad consiste en que aquí el incumplimiento no determinaría el reintegro de toda la subvención percibida (al menos en principio), sino únicamente la de aquella parte de la subvención destinada a sufragar los gastos que se consideran que no son “subvencionables”. Esta situación de aparente anomalía, sin embargo, no es absolutamente extraña en el marco normativo diseñado por la LGS. De hecho, es exactamente lo mismo que ocurre con la causa de reintegro prevista en el art. 37.3 LGS: cuando se produce una sobrefinanciación de la actividad objeto de la subvención no procede (al menos en principio) el reintegro de toda la subvención, sino únicamente la del sobrante que se haya generado.

De este modo, parece crearse una causa de reintegro en la que el principio de proporcionalidad se encuentra incorporado “automáticamente”, dado que el reintegro parece ser exactamente equivalente, en cada caso, al grado de incumplimiento. En realidad, no es así. De hecho, la aplicación de esta causa de reintegro puede resultar altamente injusta y desproporcionada, en la medida en que permitiría declarar la pérdida del derecho al cobro o el reintegro de aquellas cantidades efectivamente

⁷³ En efecto, no cabe duda de que se trata de la imposición de un deber relativo al modo en que debe realizarse la actividad principal que justificó la entrega de la subvención y a la que esta se encuentra afecta. Resulta claro que, de considerar esta circunstancia como una causa de reintegro, no cabe identificarla con la prevista en el art. 37.1b) LGS, pues la subvención no se concede, evidentemente, para realizar unos pagos en plazo.

Algún autor, sin embargo, parece decantarse por considerar que se identificaría, más bien, con la causa de reintegro por incumplimiento de la obligación de justificar del art. 37.1.c) LGS. En este sentido, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 319. En realidad, lo que ocurrirá en estos casos es que, además de producirse el pago fuera de plazo, se producirá un incumplimiento (al menos parcial) de la obligación de justificar. En efecto, de conformidad con el art. 31.2 LGS el plazo para abonar los gastos ocasionados por la subvención coincide con el plazo de justificación de la subvención. En consecuencia, si el pago se produce fuera de plazo, la justificación será, necesariamente, incompleta, pues no habrá sido posible justificar la realización de uno de los pagos.

abonadas por algo tan nimio como pagar con un día de retraso los gastos en que se haya incurrido para cumplir la actividad que justificó la entrega de la subvención. Esto es, cabe la posibilidad de que el beneficiario haya realizado la actividad justificativa de la subvención, cumpliendo escrupulosamente las condiciones marcadas por la normativa o el acto de concesión, y que, a pesar de ello, no se genere a su favor el pago de la subvención acordada.

Asimismo, tampoco cabe descartar absolutamente que este incumplimiento pueda dar lugar a un reintegro total de la subvención. En este sentido, y como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo anterior, se ha manifestado la jurisprudencia de la Unión, que acepta que incumplimientos parciales de las obligaciones accesorias vinculadas a la subvención (obligaciones “de gestión” en la terminología del TJCE), puedan dar lugar a un reintegro total de la misma.

7. La causa de reintegro del art. 37.1.g) LGS

La redacción de esta causa de reintegro permite agruparla con el resto de causas asociadas al incumplimiento de las obligaciones “formales” que recaen sobre el beneficiario. Esto es, aquellas obligaciones que no se relacionan directamente con la realización de la actividad principal, sino con permitir el conocimiento por parte de la Administración de la realidad y regularidad de dicha realización.

De hecho, parece articularse como cláusula de cierre respecto al incumplimiento de este tipo de obligaciones. Pero, eso sí, limitando una vez más la posibilidad de declarar la caducidad de la subvención al caso en que tales incumplimientos impidan a la Administración tener acceso a tal conocimiento. De lo que se trata aquí, por tanto, es del incumplimiento de los deberes accesorios relativos a la justificación cuyo incumplimiento impide verificar que el beneficiario ha cumplido su obligación principal.

Estos incumplimientos, en principio, serán irrelevantes, salvo que tengan como resultado 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 cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales. Es decir, solo podrán integrarse dentro de esta causa de reintegro aquellos incumplimientos que impidan comprobar si se ha producido un incumplimiento⁷⁴.

⁷⁴ En este sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 120, estima que “debe existir una imposibilidad manifiesta, real y absoluta de verificar, bien el empleo que el beneficiario ha

Encontrar ejemplos que ilustren cuándo resultará aplicable este precepto no resulta, sin embargo, nada fácil. Quizá por ello, algún autor, sin más explicación y de modo un tanto sorprendente, considera que esta causa de reintegro está expresamente prevista para la recuperación de fondos europeos como consecuencia de correcciones financieras⁷⁵.

8. La causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS

En apariencia, se trata esta de una de las causas de reintegro más simples de todas las que se enumeran en el art. 37.1 LGS. En efecto, su redacción (aunque con algún error) parece sencilla, sobre todo en comparación con algunas otras previsiones del mismo precepto, y su supuesto de hecho parece no generar problemas de identificación. En concreto, según este artículo, será causa de reintegro “la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro”.

Sin embargo, bajo esta aparente sencillez encontramos el que probablemente es el problema jurídico más grave de todo el art. 37.1 LGS y que se concreta en la consagración, como causa de reintegro, de una circunstancia absolutamente extravagante al régimen general de la caducidad, pues, “desde luego, aquí no hay ni remotamente nada parecido a lo que [en principio] se amparó bajo la figura del reintegro y a lo que [en un origen] justificó su régimen jurídico”⁷⁶.

A. *El supuesto de hecho: decisiones que pueden adoptarse en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea (sic) de las que se derive una necesidad de reintegro*

Para determinar correctamente el supuesto de hecho al que se anuda la causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS hay que comenzar aclarando que, a pesar de que la norma se refiera al Tratado de la Unión Europea (TUE), en realidad debe entenderse que va referida al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que ha sustituido al Tratado de la Comunidad Europea (TCE)⁷⁷.

dado a los fondos percibidos, o el cumplimiento del objetivo de la subvención, o la propia actividad realizada por el beneficiario. Implica ello que no exista ningún otro medio alternativo para comprobar o constatar tales extremos”.

⁷⁵ David ORDÓÑEZ SOLÍS, “Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea”, cit., p. 130.

⁷⁶ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 437.

⁷⁷ El equívoco es sorprendente, y aún más lo es que no fuera detectado ni por el Consejo de Estado ni durante la tramitación parlamentaria de la Ley en el Congreso y el Senado. En todo caso, no cabe duda de que en su redacción original se produjo una confusión entre el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y el Tratado de la Unión Europea (TUE), también conocido como Tratado de Maastricht, firmado en dicha localidad neerlandesa el 7 de febrero de 1992. No es solo que los

Los actuales arts. 107 a 109 TFUE (a los que cabría añadir el art. 106.2 TFUE), contienen el Derecho originario que ha servido de base para el desarrollo de toda la política de defensa de la competencia de la Unión en relación con las ayudas de Estado. Es decir, las normas de “policía económica” a través de las que se ha intentado garantizar “lo que se ha dado en llamar «integración negativa» de las Comunidades europeas”⁷⁸. No es este el lugar indicado para hacer una exposición, siquiera sucinta, de esta cuestión⁷⁹. Basta con indicar que el Derecho de la Unión prohíbe a los Estados miembros, salvo excepción, conceder cualquier ayuda que resulte incompatible con el mercado interior⁸⁰. Para ello, se establecen distintos mecanismos de control, tanto preventivos como reactivos, parcialmente contenidos en el art. 108 TFUE y posteriormente desarrollados a través de una amplia panoplia de actos normativos entre los que destacan el Reglamento n° 659/1999 y el Reglamento n° 794/2004⁸¹.

Es en el Reglamento n° 659/1999 donde se prevén y regulan las decisiones cuya adopción puede dar lugar a la aparición de una obligación de devolución para el beneficiario de ayudas de Estado⁸². En efecto, dicha norma prevé hasta tres

artículos 87 a 89 TCE podían dar lugar, en efecto, a una Decisión de la Unión de la que se derive la devolución de una subvención. Es que el TUE solo contaba con 53 artículos, luego difícilmente será posible remitirse a sus artículos 87 a 89. En todo caso, y tras el Tratado de Lisboa, la referencia debe entenderse hecha, como se indica a continuación en texto, a los arts. 107 a 109 TFUE. Igualmente crítico con este inexplicable “despiste”, se muestra Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., pp. 46-47.

⁷⁸ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El Derecho comunitario y el régimen de las ayudas financieras nacionales a la actividad económica”, en Fernando M. MARINO MENÉNDEZ (dir.), *Derecho español y Derecho comunitario europeo. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1987, p. 378. Ya antes había desarrollado esta doble idea de la “integración negativa” y la “integración positiva” con mayor detenimiento en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 719-724.

⁷⁹ A este respecto, puede consultarse Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, Civitas, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1993, que, por motivos temporales obvios, no tiene en cuenta el Reglamento n° 659/1999 ni el Reglamento n° 794/2004, pero sí toda la jurisprudencia que sirvió de base al legislador de la Unión para su elaboración. Más recientemente Abel ESTOA PÉREZ, *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006. Y, específicamente sobre esta cuestión, Antonio BUENO ARMILLO, “La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia...”, cit., pp. 303-321.

⁸⁰ Tales ayudas son definidas en el art. 107.1 TFUE, en el que se indica que “serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. El régimen relativo a las excepciones a la prohibición general de conceder estas ayudas se encuentra en el art. 107.2 y 3 TFUE.

⁸¹ Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, última modificación operada por el Reglamento (CE) n° 1791/2006 del Consejo, de 20 de noviembre de 2006. Reglamento (CE) n° 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, última modificación operada por el Reglamento (CE) n° 257/2009 de la Comisión, de 24 de marzo de 2009.

⁸² En efecto, aunque pueda parecer sorprendente, en los arts. 107 a 109 TFUE no se hace referencia alguna a la posibilidad de que la Comisión pueda ordenar a un Estado la recuperación de una ayuda de Estado declarada incompatible con el mercado interior. Esta potestad fue resultado de una construcción jurisprudencial, posteriormente cristalizada en el Reglamento n° 659/1999. Vid., a este respecto, las SSTJCE de 11 de diciembre de 1973, *Lorenz*, as. C-120/73; 24 de febrero de 1987, *Deufil*, as. 310/85, de 24 de noviembre de 1987,

supuestos distintos en los que la Comisión puede adoptar una “decisión de recuperación”, conforme a la cual se obliga al Estado miembro afectado a tomar “todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda” (art. 14 Reglamento n° 659/1999)⁸³. Los dos primeros supuestos van referidos a las llamadas “ayudas ilegales”, es decir, aquellas ayudas que son concedidas por los Estados miembros sin informar previamente a la Comisión o, habiéndole informado, sin esperar a que se pronuncie sobre la compatibilidad con el mercado interior de tales ayudas. El tercero de los supuestos, se vincula, a las “ayudas aplicadas de manera abusiva”.

En primer lugar, cuando la Comisión se encuentre tramitando un procedimiento de investigación formal sobre una ayuda ilegal, con el fin de determinar si se trata o no de una ayuda incompatible con el mercado interior, y en tanto no se pronuncie, podrá requerir al Estado miembro para que recupere provisionalmente dicha ayuda (art. 11.2 Reglamento n° 659/1999). Se trata de una medida cautelar y, quizá por ello, su adopción se encuentra sometida a importantes restricciones que, en la práctica, hacen casi inviable que llegue a dictarse⁸⁴.

RSV, as. C-223/85; *Tubemeuse*, as. C-142/87; de 14 de febrero de 1990, *Boussac*, as. C-301/87; *Pleuger*, as. C-324/90 y C-342/90; *Italgrani*, as. C-47/91; de 14 de septiembre de 1994, *España c. Comisión*, as. C-278-280/92; de 9 de agosto de 1994, *Namur*, as. C-44/93.

⁸³ Y ello sin perjuicio de otras posibles responsabilidades que puedan derivarse contra él. En efecto, como agudamente ha puesto de relieve Enrique MUÑOZ DE JUAN, “Las ayudas y subvenciones en el Derecho Comunitario”, cit., pp. 76-77, “la concesión de una ayuda ilegal produce un beneficio económico del que no han disfrutado sus competidores, lo que, indudablemente, repercute en el mercado, introduciendo distorsiones en el funcionamiento de la libre competencia. El otorgamiento ilegal de una ayuda ocasiona un perjuicio económico cierto y cuantificable en los competidores de la empresa beneficiaria”. A partir de aquí, y como el mismo autor dice, “cabe preguntarse si es aplicable el principio de responsabilidad patrimonial a la infracción de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. La respuesta es afirmativa” (p. 77). Es decir, además de recuperar la ayuda ilegal, los competidores perjudicados podrían ejercitar frente al Estado miembro una acción de responsabilidad patrimonial.

A ello cabría añadir, que la recuperación de la ayuda tiende, precisamente, a deshacer la situación de ventaja de la que ha disfrutado la empresa beneficiaria de la misma. En consecuencia, no serán pocas las ocasiones en que el perjuicio que, eventualmente, se hubiera podido causar al competidor, desaparezca por completo. Téngase en cuenta que la devolución no solo incluye la ayuda, sino también los intereses generados durante el periodo en que estuvo en poder del beneficiario. No obstante, dado que es posible que el perjuicio no siempre desaparezca con la simple devolución de la ayuda y que, por tanto, exista realmente el daño indemnizable, el principal escollo a efectos de conseguir la indemnización será lograr la cuantificación de dicho daño.

⁸⁴ Este mismo art. 11.2 Reglamento n° 659/1999 exige la concurrencia cumulativa de tres circunstancias para que la Comisión pueda dictar una Decisión de este tipo: “que de acuerdo con una práctica establecida no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida de que se trate; que sea urgente actuar; que exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor”. Como acertadamente señalan José RIVAS ANDRÉS y Juan GUTIÉRREZ GISBERT, “Un comentario crítico al Reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado, Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 209, septiembre/octubre 2000, p. 52, el tercero de los requisitos parece imposible que se dé en la práctica, porque “la recuperación de la ayuda, más los intereses correspondientes, en principio siempre van a poder reparar un daño sufrido por un competidor. Es más, precisamente la recuperación de una ayuda con los intereses correspondientes pretende cumplir el objetivo de que el beneficiario vuelva a la situación de competencia en el mercado que ocupaba antes de disfrutar de la ayuda”.

En segundo lugar, cuando el procedimiento de investigación desarrollado por la Comisión sobre una ayuda ilegal concluya con una “decisión negativa”, es decir, una Decisión en la que la Comisión determine que la ayuda concedida no es compatible con el mercado interior, esta implicará la “decisión de recuperación” de dicha ayuda.

En tercer lugar, también cabe la posibilidad de que la Comisión declare la incompatibilidad con el mercado interior de una ayuda concedida al amparo de una Decisión previa, que así lo permitía, en la medida en que la ayuda, finalmente, hubiera sido concedida contraviniendo los términos de dicha Decisión. Tales ayudas, conocidas como “ayuda aplicada de manera abusiva” o, más sencillamente, “ayudas abusivas”, también podrán ser objeto, en consecuencia, de una decisión de recuperación (art. 16 Reglamento n° 659/1999)⁸⁵.

Debe indicarse, finalmente, que no todas las Decisiones de recuperación de ayudas de Estado afectan, necesariamente, a una subvención. Antes al contrario, como es sabido, el concepto de subvención de la LGS y el concepto de ayuda de Estado del TFUE, a pesar de tener importantes zonas de intersección, no coinciden ni en sus límites máximos ni en los mínimos: es decir, hay ayudas de Estado que no son subvenciones y hay subvenciones que no son ayudas de Estado. Ello se debe a que son conceptos que se mueven en planos distintos. El concepto de ayuda de Estado es un concepto económico o fáctico: es cualquier ventaja que favorezca la posición en el mercado de un agente respecto a los demás, con independencia del instrumento que se utilice para otorgar tal ventaja. El concepto de subvención es un concepto técnico-jurídico: es una forma de actuación de la Administración, con un régimen jurídico singular, independiente de sus resultados fácticos.

Así, un crédito oficial con un periodo de carencia muy superior al que resulta accesible en condiciones de mercado, o la dispensa del pago de los obligaciones contraídas con la Seguridad Social o el fisco, podrían ser constitutivos de ayuda de Estado, pero en ningún caso serán subvenciones⁸⁶. Y, en sentido contrario, una subvención abierta a todos los agentes que participen en un sector del mercado (que, por tanto,

⁸⁵ El art. 1.g) Reglamento n° 659/1999 define la “ayuda aplicada de manera abusiva” como “la ayuda utilizada por el beneficiario contraviniendo una decisión adoptada en virtud del apartado 3 del artículo 4 o de los apartados 3 ó 4 del artículo 7 del presente Reglamento”. Sin embargo, a pesar de la referencia expresa al beneficiario, con carácter general será la Administración quien conceda una ayuda bajo unas condiciones que excedan las aprobadas por la Comisión. Vid., en este sentido, la STPI de 12 de septiembre de 2007, *González y Díez c. Comisión*, as. T-25/04.

⁸⁶ Es posible consultar un variado catálogo de las figuras que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha considerado ayudas de Estado en Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, “La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Sebastián MARTÍN-RETORTILLO*, coord. Luis CASCULLUELA MONTANER, Civitas, Madrid, 2003, pp. 783-785.

no concedería ninguna ventaja a unos sobre otros), será subvención, pero no ayuda de Estado.

B. Motivos que llevaron a la configuración de esta circunstancia como causa de reintegro

Según la interpretación más extendida en la doctrina, esta causa de reintegro obedece a los problemas que había encontrado la Administración española en nuestro ordenamiento jurídico para proceder a la recuperación de las ayudas de Estado declaradas incompatibles con el mercado interior⁸⁷. Es decir, para dar cumplimiento a las Decisiones de recuperación adoptadas por la Comisión. Sin embargo, y de conformidad con lo que acabamos de decir, la solución aportada por la LGS solo puede afectar a un pequeño grupo de ayudas de Estado que sean objeto de recuperación: aquellas que constituyan, en sentido jurídico estricto, una verdadera subvención.

El problema que se planteaba respecto a tales subvenciones bajo el régimen anterior era que no existían medios jurídicos que permitiesen articular su recuperación de manera efectiva. En primer lugar, el recurso al reintegro resultaba imposible. No se trataba solo de que el art. 81 TRLGP no previese ninguna causa de reintegro específica o alguna otra a la que se pudiera reconducir esta situación. Es que, como hemos señalado, la aplicación del reintegro a casos como estos, en los que no se ha producido ningún incumplimiento por parte del beneficiario de la subvención, sería frontalmente contrario a la naturaleza de la figura. Aun a riesgo de ser excesivamente reiterativos, es preciso señalar una vez más que el reintegro, en tanto que modalidad concreta de la declaración de caducidad, no supone más que una habilitación a la Administración concedente de la subvención para declarar la extinción de sus efectos jurídicos, como resultado del incumplimiento de las obligaciones del beneficiario. Y es lo cierto que, en estos supuestos, difícilmente puede encontrarse algún incumplimiento por parte del beneficiario. El incumplimiento, más bien, vendrá de la Administración concedente.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, toda recuperación de una ayuda de Estado concedida bajo la forma de una subvención pública se hacía pasar por la anulación del acto de concesión de la subvención. Sin embargo, dados los restrictivos límites impuestos por nuestro ordenamiento a la potestad de la Administración de anular sus propios actos, ya sean nulos de pleno derecho (art. 102 LRJPAC) o simplemente anulables (art. 103 LRJPAC), esta vía tampoco resultaba siempre transitable.

⁸⁷ Por todos, Vitelio TENA PIAZUELO, "El reintegro de subvenciones", cit., p. 119.

Como resultado, el Reino de España se encontró con frecuencia atado de manos, resultándole imposible proceder a la anulación de las subvenciones declaradas incompatibles con el mercado interior⁸⁸, bien porque no concurría en ellas ninguna de las causas de nulidad tasadas en el art. 62 LRJPAC, bien por haber transcurrido el plazo de cuatro años marcado para la declaración de lesividad y posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para los casos de anulabilidad.

En consecuencia, al no poderse anular los actos por los que se concedían las subvenciones, tampoco se podía proceder a la recuperación de las mismas y dar así cumplimiento a la obligación de la Unión. El resultado de todo lo anterior fue que España acabó siendo condenada en varias ocasiones por el TJCE por incumplimiento del Derecho de la Unión.

Cabe puntualizar, sin embargo, que la normativa de la Unión no exige, a toda costa y pese a cualquier causa justificativa, el cumplimiento de la obligación de recuperación. Antes al contrario, el art. 14.1 Reglamento n° 659/1999 *in fine*, de conformidad con la jurisprudencia previa del TJCE, prevé que “la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho comunitario”. De este modo, no procedería la recuperación de la ayuda declarada incompatible con el mercado interior cuando con ello se vulnerasen efectivamente principios como los de buena fe, confianza legítima, proporcionalidad o seguridad jurídica⁸⁹.

Sin embargo, el TJCE se ha mostrado extremadamente estricto en cuanto a la apreciación de tales principios, lo que no deja de ser curioso, si atendemos a la generosidad del mismo Tribunal en la interpretación de los criterios que pueden permitir a un Estado miembro no recuperar ayudas abonadas con cargo a fondos de la Unión cuando a ello se opongan principios como la seguridad jurídica, el plazo de prescripción, la confianza legítima, etc., según veremos más adelante.

Así, uno de los principios que más juego podría dar y que más frecuentemente se esgrime, el de la confianza legítima generada en el beneficiario de una ayuda que es declarada incompatible, es rechazado continuamente sobre la base de que, como operador económico diligente que debe ser, recae sobre el beneficiario de la ayuda el

⁸⁸ Así lo pusieron de manifiesto la doctrina (tempranamente, Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, “Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, n° 125, mayo-agosto, 1991, pp. 281 y ss.) y el Consejo de Estado. Este último, además, denunciaba la cruel incongruencia que suponía, para la Administración, tener que tramitar en los casos de anulabilidad un expediente de lesividad para poder recuperar una subvención cuando, al mismo tiempo, se encontraba defendiendo ante el TJCE la validez de la misma. En este sentido, vid. Dictamen n° 428/1999, de 20 de mayo, Recopilación de Doctrina Legal 91/1999.

⁸⁹ A este respecto vid., *in extenso*, José Wenceslao RODRÍGUEZ CURIEL, “Principios generales del derecho y recuperación de ayudas de estado ilegales. En especial, la confianza legítima”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, n° 209, septiembre/octubre 2000.

deber de comprobar si esta ha sido concedida siguiendo el procedimiento previsto en el art. 108 TFUE, es decir, tras haber recibido el visto bueno de la Comisión⁹⁰. Esta postura restrictiva ha llevado incluso a rechazar la alegación de la fuerza de cosa juzgada como límite frente al intento de la Administración de revocar una ayuda de Estado declarada incompatible con el mercado interior⁹¹.

De este modo, si la ayuda resultaba ser finalmente contraria al mercado interior y se declaraba la obligación de su recuperación, España tampoco podía alegar con éxito la confianza legítima que el beneficiario de la subvención desarrolló sobre la creencia de que la Administración había cumplido todos los trámites preceptivos antes de entregársela efectivamente.

Asimismo, el TJCE también ha aceptado como posible límite a la obligación de recuperación el caso de imposibilidad absoluta en el cumplimiento, en una aplicación de la máxima escolástica *ad impossibilia nemo tenetur*. Ahora bien, el TJCE ha repetido en numerosos asuntos que la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados miembros, derivadas de las normas de sus ordenamientos internos, no pueden ser consideradas causas justificadas de incumplimiento⁹². Se trata, por supuesto, de una plasmación del principio de efectividad, en tanto que límite al principio de autonomía institucional y procedimental, del que ya nos ocupamos en el capítulo segundo. En consecuencia, el TJCE rechazó sistemáticamente

⁹⁰ Como afirma la STJCE de 15 de diciembre de 2005, *Unicredito italiano*, as. C-148/04, ap. 104, “habida cuenta del carácter imperativo del control de las ayudas estatales que con arreglo al artículo 88 TCE efectúa la Comisión, las empresas beneficiarias de una ayuda solo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando esta se conceda con observancia del procedimiento que prevé dicho artículo, y, por otra parte, en circunstancias normales, todo agente económico diligente debe poder comprobar si ha sido observado dicho procedimiento. En particular, cuando se ejecuta una ayuda sin notificación previa a la Comisión, de modo que es ilegal en virtud del artículo 88 TCE, apartado 3, el beneficiario de la ayuda no puede, en ese momento, depositar una confianza legítima en la legalidad de la concesión de la misma”.

En realidad, solo hay noticias de un único asunto en el que el TJCE haya estimado la presencia de una confianza legítima digna de protección. Se trata de la STJCE 24 de noviembre de 1987, *RSV*, as. C-223/85.

⁹¹ Así lo afirmó la STJCE de 18 de julio de 2007, *Lucchini*, as. C-119/05, cuyo supuesto de hecho partía de la denegación a la entidad *Lucchini SpA* de una ayuda a las empresas siderúrgicas prevista en una norma italiana. La entidad recurrió la decisión administrativa ante los órganos judiciales, que, sin tener en cuenta la existencia de una Decisión de la Unión que impedía al Estado italiano la concesión de tal ayuda, reconocieron el derecho a percibir la ayuda en favor de la empresa y forzaron a la Administración a su pago. Ante la pasividad de la Administración italiana, que decidió no recurrir este pronunciamiento judicial, la sentencia acabó adquiriendo firmeza y, con ella, fuerza de cosa juzgada. En consecuencia, cuando la Comisión conminó al Estado italiano a recuperar la ayuda indebidamente pagada y la Administración revocó el pago de la ayuda, los tribunales italianos anularon dicha revocación aduciendo que la potestad administrativa de revocar sus propios actos inválidos por ilegalidad o vicios de fondo estaba limitada, en este caso, por el derecho a la concesión de la ayuda constatado por una decisión judicial que había adquirido fuerza de cosa juzgada. Elevado el asunto al *Consiglio di Stato*, este decidió plantear cuestión prejudicial ante el TJCE, el cual, tras recordar el principio de primacía del Derecho de la Unión y el deber de inaplicar las normas nacionales que impidan su plena eficacia, concluyó que “el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una disposición de Derecho nacional que pretende consagrar el principio de autoridad de cosa juzgada, como el artículo 2909 del Código Civil italiano, cuando su aplicación constituye un obstáculo para la recuperación de una ayuda de Estado concedida contraviniendo el Derecho comunitario, y cuya incompatibilidad con el mercado común ha sido declarada por una decisión firme de la Comisión”, ap. 63 y fallo.

⁹² Postura que viene manteniendo desde la STJCE de 20 de septiembre de 1990, *Comisión c. RFA*, as. C-5/89.

las alegaciones del Reino de España en las que declaraba la imposibilidad de dar cumplimiento a la obligación de recuperación de las ayudas, por no permitírsele su ordenamiento interno⁹³.

Como resultado de esta situación, y según hemos adelantado, el legislador habría decidido que la mejor solución para aliviarse de problemas sería la de instaurar una causa de reintegro específica para estos supuestos⁹⁴. Ahora bien, ¿era esta la única posibilidad de la que disponía el legislador? ¿no era posible acudir a otra solución mejor? Y, lo que resulta aún más importante, ¿realmente se han resuelto los problemas que se intentaba solucionar?

C. Las posibilidades con que contaba el legislador para poner remedio a esta situación

En relación con la primera de las preguntas planteadas, la respuesta es negativa. Es decir, configurar como causa de reintegro la adopción de una Decisión de la Unión por la cual se exija la recuperación de una ayuda de Estado no era, ni por asomo, la única posibilidad con la que contaba el legislador para resolver la conflictiva situación que hemos planteado.

En relación con las subvenciones, el legislador parece sufrir una cierta miopía o una lamentable falta de imaginación, pues actúa como si las únicas formas de proceder a su recuperación fueran la anulación del acto de concesión o la declaración del reintegro, como si no hubiera otras posibilidades. Sin embargo, y según nos consta, las vías que pueden llevar a la recuperación de una subvención son harto variadas: anulación, revocación, modificación, corrección de errores, renuncia, caducidad, cumplimiento de un término o de una condición resolutoria y exigencia de responsabilidades derivadas de infracción administrativa, penal o contable. En consecuencia, procede analizar cuál de estas vías era (es) la más adecuada para satisfacer la necesidad de la Administración española de dotarse de un instrumento que le permita cumplir con las Decisiones de recuperación que eventualmente adopte la Comisión.

a) En primer lugar, el legislador podría haber recurrido a la anulación, si bien para hacer efectiva esta vía debería haber introducido alguna especialidad en el régi-

⁹³ En la práctica, ambas causas de exculpación del incumplimiento se confunden. Y ello porque el principio de confianza legítima ha encontrado acomodo en nuestro ordenamiento bajo la forma de un límite a la revisión de oficio de los actos administrativos que estaría implícito en el art. 106 LAP (en este sentido, *vid.* Raúl BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 225). En consecuencia, cuando España alega la concurrencia del principio de confianza legítima, lo que está alegando, en realidad, es la imposibilidad de dar cumplimiento a una obligación de la Unión por las trabas impuestas por su propio ordenamiento jurídico.

⁹⁴ Pablo ARELLANO PARDO, "Título II. Del reintegro de subvenciones", *cit.*, p. 331.

men general, pues ya hemos señalado cómo los límites impuestos al art. 102 y 103 LRJPAC no siempre permitían anular la resolución de concesión.

En realidad, esta había sido la línea en que más había trabajado la doctrina y, en este sentido, se propusieron distintas soluciones, reconducibles, en última instancia, a dos únicos grupos: establecer un procedimiento de revisión específico y más flexible⁹⁵ y considerar que las resoluciones de concesión de estas subvenciones estaban aquejadas, en todo caso, de nulidad de pleno derecho⁹⁶.

Existiría, sin embargo, una última posibilidad, que parece no haber sido contemplada por los operadores jurídicos nacionales y que, sin embargo, resulta ser la más conforme con las exigencias y los principios del Derecho de la Unión: la técnica de la inaplicación, consagrada por la jurisprudencia de la Unión desde la STJCE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, as. 106/77, y a la que nos referimos también en el capítulo segundo. En efecto, si el Reino de España tiene que adoptar un acto con el fin de anular un acto anterior contrario al ordenamiento de la Unión, y a dicha adopción se opone una norma interna (por ejemplo, la norma que prohíbe declarar lesivo dicho acto e impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa pasados cuatro años desde que fue dictado), la norma interna, sencillamente, resultaría inaplicable. Solo con que la Administración española hubiera sido plenamente consciente de esta posibilidad, que en realidad constituye un verdadero mandato⁹⁷, se habrían eliminado la mayor parte de los

⁹⁵ Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, “La recuperación de las ayudas de Estado...”, cit., p. 794, propuso la instauración de “un procedimiento administrativo sumario, de carácter contradictorio, a través del cual se identificarán todos los beneficiarios afectados, así como la cuantía de las ayudas a reembolsar, y se determinará la manera de proceder a la devolución por vía voluntaria, su realización efectiva y la utilización de la vía de apremio en ausencia de un reintegro voluntario”. En realidad, y como apunta Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 129, “en cierto modo esa solución es la que ha adoptado la Ley General de Subvenciones al establecer esta causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS”. Con la salvedad, por supuesto, de que con la declaración de reintegro no se ataca la validez del acto.

⁹⁶ En los dictámenes preceptivos del Consejo de Estado, este no parece apreciar la concurrencia de ninguna de dichas causas de nulidad, derivando, en consecuencia, la cuestión a un proceso de anulabilidad. La doctrina, por el contrario, sí ha creído ver —y ha argumentado convincentemente— el posible encaje de las ayudas de Estado ilegales incompatibles con el mercado interior en alguno de los supuestos del art. 62.1 LAP. Así, Javier GOMÁ LANZÓN, “Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el art. 93 del Tratado CEE”, en *REDA*, n.º 83 (1994), pp. 420-423, ha defendido que la propia Decisión de la Comisión declarando la incompatibilidad con el mercado interior supone, en sí misma, una nueva causa de nulidad que debe sumarse a las previstas en la LRJPAC. Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES, “Revisión de oficio...”, cit., pp. 304-309, ha sostenido que la falta de notificación de ayudas de Estado a la Comisión o la entrega de las ayudas antes de que esta resuelva el procedimiento, supone omitir un elemento esencial del procedimiento, lo que originaría el vicio de nulidad de los actos administrativos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. Coincidente con ambos autores, Susana GALERA RODRIGO, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 92 y 93. Junto a estas propuestas, quizá cabría pensar que, en la medida en que la Comisión tiene la competencia exclusiva para declarar la compatibilidad o incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior, podría sostenerse que el Estado español, simplemente, no es competente para conceder ciertas ayudas de Estado, en la medida en que dicha concesión implica que ha realizado un juicio sobre su compatibilidad con dicho mercado. Ello podría abrir la puerta a apreciar la concurrencia del vicio de nulidad de pleno derecho del acto por haber sido adoptado por órgano manifiestamente incompetente.

⁹⁷ Mandato que se impone no solo a los jueces, sino también a la Administración pública, tal y como estableció la STJCE de 22 de junio de 1980, *Fratelli Costanzo*, as. 103/88, e incluso a los particulares, de conformidad con

límites que impedían dar cumplida satisfacción a las Decisiones de recuperación de la Comisión, haciendo innecesario inventar procedimientos nuevos o interpretar con demasiada generosidad unas causas de nulidad que, por su propia naturaleza, demandan ser interpretadas de manera restrictiva⁹⁸.

- b) En segundo lugar, es difícil que el legislador pudiera haber recurrido a la figura de la revocación. En la mayor parte de los casos no se cumplirían los requisitos para que la Administración pudiera proceder a la revocación por motivos de oportunidad y, cuando sí concurrieran, es probable que este poder de revocación fuera acompañado de una obligación de indemnización que, en última instancia, vendría a dejar la situación patrimonial igual que en el momento anterior a la revocación. Es decir, que la obligación de recuperación no se cumpliría de modo efectivo, lo que no sería aceptado por la Comisión europea.
- c) La modificación del acto de concesión sí podría tener alguna virtualidad, básicamente en relación con las Decisiones de recuperación que tuvieran su causa en la aplicación abusiva de ayudas que hubieran sido previamente aceptadas por la Comisión. En efecto, estas ayudas, por definición, solo son incompatibles con el mercado interior en la medida en que se han separado del proyecto originario que recibió el visto bueno de la Comisión. Consecuentemente, cabrá su modificación con el fin de ajustarlas de nuevo a dicho proyecto. En la medida en que ello supondría una anulación parcial, son aplicables a esta sede las consideraciones más arriba realizadas en relación con la anulación.
- d) No parece que cupiese el recurso a la corrección de errores materiales, aritméticos o de hecho, por cuanto que una vez que la Comisión descubriera la irregu-

la STJCE de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*. En este mismo sentido, vid., Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., pp. 266-269, quien señala que, aunque el TJCE no lo diga en sus sentencias, cuando condena a un Estado miembro a recuperar una ayuda de Estado incompatible con el Derecho común y esto es imposible de conformidad con las normas procedimentales internas (expiración de plazos, fundamentalmente), la única solución posible es inaplicar la norma procedimental interna que impide la recuperación. Es decir, en el caso de España, podría (debería) inaplicar el plazo de 4 años previsto en el art. 103 LRJPAC. Tal sería la gran consecuencia de *Fratelli Costanzo*. El autor considera que, en caso de no aceptar esta solución, aún podría argumentarse la conveniencia de interpretar extensivamente alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho del art. 62 LRJPAC, como hemos expuesto en la nota anterior. No obstante, esta posibilidad no deja de ser problemática, en la medida en que tales supuestos no pueden interpretarse de forma extensiva. Como máximo, cabe aventurar que, en caso de que se preguntara al TJCE sobre cómo interpretar el art. 62 LRJPAC (como hizo Alemania en *Arcor*), este diría que, en efecto, el art. 62 LRJPAC hay que interpretarlo del modo más adecuado para satisfacer los intereses de la Unión.

⁹⁸ Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, cit., p. 114, apunta a esta misma solución al hilo del análisis de la STJCE de 29 de noviembre de 1990, *Comisión c. Francia*, as. C-192/90, en la que se condenó a Francia por no haber aplicado correctamente el Reglamento CITES y haber concedido indebidamente un permiso de importación de unas pieles de gato salvaje, permiso que alegaba no poder revocar. Señala el mencionado autor que, “en el caso de que el Derecho administrativo nacional limite la potestad de la Administración pública para anular actos administrativos declarativos de derechos por el transcurso de determinados plazos y estos fueran invocados por el beneficiario del permiso, estos plazos *podrían no operar*, pues lo impediría la doctrina del «efecto útil» del Derecho comunitario” (cursiva añadida). En efecto, como el mismo autor sostiene más adelante, la Administración pública “tiene una rigurosa obligación de Derecho comunitario de cumplir y aplicar las normas europeas incluso (...) en perjuicio o con desplazamiento de la norma interna” (p. 256).

laridad informaría de ella al Estado y, si esta fuera realmente un error material o aritmético, la Administración procedería a corregirlo de inmediato, sin dar lugar a que la Comisión tramitara todo el procedimiento de investigación y acabara dictando una Decisión de recuperación.

- e) En principio, tampoco parece posible el recurso a la declaración de caducidad, esto es, al reintegro. En efecto, en la medida en que el beneficiario no ha incumplido ninguna de las obligaciones que le incumben en cuanto tal en el seno de la relación jurídica subvencional, no se alcanza la posibilidad de que la Administración pueda declarar caducada dicha relación. En la mayor parte de los casos, lo único que cabrá reprochar al beneficiario será haber aceptado una subvención sin haberse asegurado de que la Comisión hubiera declarado su conformidad con el mercado interior. Pero, como resulta evidente, esto no sería tanto una obligación del beneficiario como una obligación del solicitante de la subvención y, en realidad, nos conduciría a una cuestión de validez.
- f) La renuncia sería una forma perfectamente válida de poner fin a esta situación y dar cumplimiento a la Decisión de recuperación de la Comisión. Sin embargo, su carácter voluntario hace difícil creer que el beneficiario acceda a ejercer esta vía *motu proprio* y sin imposición de ningún tipo por parte de la Administración concedente.
- g) La mejor solución (y, quizá, la única plenamente factible), consistiría, sencillamente, en establecer una *conditio iuris* en la concesión de todas las subvenciones, conforme a la cual estas quedarían resueltas en caso de que la Comisión adoptase una Decisión de recuperación. En efecto, la adopción de una tal Decisión puede configurarse fácilmente como un hecho incierto (puede o no acontecer⁹⁹) y casual (externo a la voluntad de las partes intervinientes en la relación subvencional), por lo que se adaptaría sin problemas a la figura de la condición resolutoria.

Asimismo, su configuración como *conditio iuris*, esto es, como condición establecida por la Ley, satisfaría una doble necesidad: por un lado, su imposición no sería resultado de la voluntad de la Administración, sino de la voluntad del legislador, lo que evitaría cualquier duda en relación con el respeto debido al principio de legalidad; por otro lado, al establecerse en una norma con rango de ley (a

⁹⁹ Es importante insistir en que no deben confundirse las ayudas ilegales, cuyo carácter sí que puede y debe ser conocido por el beneficiario en todo momento, con las ayudas incompatibles con el mercado interior. Las ayudas ilegales solo son aquellas que han sido concedidas sin informar previamente a la Comisión o, habiéndole informado, sin esperar a que esta se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado interior. Esto es, es perfectamente posible que una ayuda ilegal sea compatible con el mercado interior y, consecuentemente, que no pueda dar lugar a una Declaración de recuperación.

Dicho de otro modo, solo da lugar a la recuperación de las ayudas su carácter contrario a la libre competencia, pero no el simple hecho de que se haya concedido sin contar con la aprobación de la Comisión. En este sentido, José Wenceslao RODRÍGUEZ CURIEL, "Al fin, se aprueba un reglamento de procedimiento sobre ayudas de Estado (aplicación del artículo 93 del Tratado CE)", *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 201, 1999, p. 55, quien se remite a la STJCE de 11 del 7 de 1996, as. C39-94 en la que el Tribunal de Justicia declaró que la Comisión no puede exigir la devolución de las ayudas por el mero hecho de su falta de notificación a efectos del art. 108.3 TFUE.

cuyo fin habría sido perfecta la LGS) y con pretensiones de generalidad respecto a todas las subvenciones que pudieran concederse, se habría garantizado que ningún administrado pudiera alegar la concurrencia de una confianza legítima que pudiera oponerse a la recuperación de la cantidad que hubiera recibido.

Esta última figura debió ser la elección del legislador y, de hecho, ofrece las claves interpretativas para enfrentarse al art. 37.1.h) LGS. Esto es, explica los desajustes que el art. 37.1.h) LGS produce en relación con el régimen del reintegro configurado por la propia LGS en sus demás artículos.

D. Problemas de aplicación de esta causa de reintegro

Sin perjuicio de que más adelante tratemos con más detenimiento algunas de las anomalías originadas con la inclusión de esta causa de reintegro, resulta conveniente adelantar ahora cómo no solo no ha resuelto los problemas que, en principio, venía a resolver, sino que incluso ha suscitado otros nuevos.

En primer lugar, y sin duda alguna, la principal incongruencia de la decisión del legislador de haber configurado las Decisiones de recuperación de la Comisión respecto a las ayudas de Estado como causas de reintegro se encuentra en el plazo de prescripción que el art. 39 LGS aplica a la potestad de la Administración para reconocer o liquidar el reintegro. En efecto, según vimos, el principal límite que la Administración española encontraba para proceder a esta recuperación radicaba en que solo consideraba posible acudir a la vía de la anulación. Por lo tanto, y en la medida en que se negaba la nulidad absoluta de las resoluciones de concesión, la Administración solo disponía de un plazo de cuatro años para declarar la lesividad del acto e impugnarlo posteriormente ante los órganos de lo contencioso-administrativo. Este límite temporal de cuatro años era, por lo tanto, el principal obstáculo que encontraba la Administración para dar cumplimiento al mandato de la Unión, dado que con frecuencia la Decisión de la Unión de recuperación no se producía hasta tiempo después de agotado dicho plazo¹⁰⁰.

Ahora bien, la potestad para declarar el reintegro se encuentra igualmente sujeta a un plazo de prescripción que también es de cuatro años (art. 39.1 LGS), pasados los cuales la Administración no podrá actuar contra el beneficiario de la subvención. Es decir, seguimos exactamente en la misma situación que antes de ser aprobada la

¹⁰⁰ En efecto, de conformidad con el art. 15 Reglamento n° 659/1999, el plazo de prescripción de las “competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas” es de 10 años “a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario”, plazo que aún puede ampliarse más si se tienen en cuenta las distintas causas que pueden dar lugar a su interrupción.

LGS¹⁰¹. Como resultado, será necesario forzar alguna interpretación (una vez más) para dotar a la Administración de los poderes necesarios para cumplir con el mandato de la Unión de recuperación¹⁰².

En segundo lugar, se han generado numerosas y bien fundadas dudas en la doctrina sobre la necesidad de tramitar un procedimiento de reintegro en caso de que concurra la presente causa de reintegro, dado que dicho procedimiento tendrá una solución prevista de antemano. Como ha resumido MARTÍNEZ GINER, no parece posible declarar la procedencia del reintegro en caso del art. 37.1.h) LGS “porque la Comisión ya ha declarado la necesidad de reintegro o recuperación, teniendo poco o ningún margen la Administración para declarar o no declarar el reintegro en un procedimiento de reintegro del art. 42 LGS. No declarar el reintegro en el mismo supondría una decisión contraria al Derecho comunitario”¹⁰³.

Sin embargo, la negación de la necesidad de tramitar un procedimiento no deja de generar, a su vez, nuevas dudas. En efecto, si la LGS no hubiera deseado que en estos casos se tramitara un procedimiento de reintegro, no se entiende para qué ha establecido la causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS. Téngase en cuenta que la principal consecuencia de las causas de reintegro del art. 37 LGS es, precisamente, iniciar el procedimiento de reintegro. En su lugar, debería haber indicado, lisa y llanamente, que en caso de que la Comisión adoptase una Declaración de recuperación que afectase a una subvención, se produciría la extinción automática de esta y procedería su devolución. Es decir, debería haberla configurado como una condición resolutoria¹⁰⁴.

¹⁰¹ Ya tuve ocasión de denunciar esta situación en Antonio BUENO ARMIJO, “La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia...”, cit., pp. 319-320, donde realicé un primer acercamiento a esta cuestión.

¹⁰² Sin perjuicio de que nos detengamos más adelante en alguno de ellos, cabe indicar ya cuáles se perfilan como las principales soluciones. En primer lugar, inaplicar el plazo de cuatro años del art. 39.1 LGS, en virtud de la doctrina *Simmenthal* y *Fratelli Costanzo*, en la medida en que impide el cumplimiento de un mandato de la Unión. En segundo lugar, mantener el plazo de prescripción de cuatro años pero retrasar su *dies a quo*, de modo que en lugar de empezar a correr “desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora” [art. 39.2.a) LGS], comience con la notificación de la Decisión de recuperación (principio de la *actio nata*). En tercer lugar, considerar que no es posible el reintegro pero que sigue abierta la vía de la anulación, lo que exigiría, de conformidad con lo que hemos expuesto, entender que concurre una causa de nulidad de pleno derecho o inaplicar el plazo de cuatro años previsto para la declaración de lesividad. Obsérvese, en todo caso, que tales opciones no son incompatibles entre sí.

¹⁰³ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 133. Concorre con esta opinión la de Raúl BOCANEGRA SIERRA, cit., quien estima que el art. 41.2 LGS corrobora esta interpretación. Este último precepto establece que “si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos”, lo que hace creer al mencionado autor que no será necesario tramitar un nuevo procedimiento de reintegro por los órganos españoles y que lo que la LGS regula, directamente, sería el procedimiento de ejecución, generando una cierta indefensión al administrado. En realidad, y como tendremos ocasión de ver, el art. 41.2 LGS (que no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento, sino que se limita a repetir el punto 2.4.1.2º de la Orden de 12 de septiembre de 1996 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se regulan los flujos financieros entre la Comunidad Europea y la Administración General del Estado) no resulta de aplicación para estos supuestos, estando pensado para otro tipo de casos.

¹⁰⁴ Y ello siempre sin perjuicio del derecho del beneficiario de impugnar la Decisión de la Comisión directamente ante el TJCE buscando su posible anulación en caso de que estime que se ha dictado vulnerando

Al no haberlo hecho así, y aunque tampoco sea totalmente satisfactorio, la aplicación de la LGS conduce a tratar esta causa de reintegro exactamente igual que las demás “y, en consecuencia, es necesario seguir el procedimiento del art. 42 LGS. Aunque será un procedimiento muy condicionado por la decisión comunitaria y de resolución final muy previsible, también ofrece algunas ventajas”¹⁰⁵.

En tercer lugar, la normativa de la Unión exige que la recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el mercado se acompañe del cobro de intereses. A tal efecto, el art. 9 Reglamento n° 794/2004 establece un procedimiento específico para su cálculo, tanto en relación con el cómputo como en relación con el tipo de interés aplicable. Sin embargo, la configuración de la adopción de una Decisión de recuperación como causa de reintegro en el art. 37.1.h) LGS implica que los intereses que acompañan a la exigencia del reintegro sean los previstos en el art. 37.1 y 38.2 LGS, que no coinciden con los previstos en la normativa de la Unión¹⁰⁶. De manera sorprendente, la LGS no ha incluido previsión alguna a este respecto, aun cuando le hubiera bastado con excepcionar la aplicación de la normativa general sobre cálculo de intereses en relación con esta causa de reintegro, remitiéndose a la normativa de la Unión aplicable. La solución, una vez más, tendrá que venir por la inaplicación de la normativa nacional contraria a la norma de la Unión.

9. La causa de reintegro del art. 37.1.i) LGS

A pesar de la prolijidad de causas de reintegro previstas en la LGS y de la extenuante redacción de alguna de ellas, lo cierto es que no tienen carácter taxativo. El legislador no ha pretendido con este listado agotar la enumeración de todas las posibles causas que pueden dar lugar al reintegro. Más bien, y como ha sido señalado, este artículo pretende ser “una fotografía panorámica de la diversidad

algún principio general del Derecho de la Unión (art. 14.1 Reglamento n° 659/1999).

¹⁰⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 516. En consecuencia, cabe pensar que, en la medida en que el procedimiento de reintegro tiene como objeto determinar si concurre o no una causa de reintegro y en la procedencia de exigir el mismo, el objeto del procedimiento de reintegro que se inicie sobre la base del art. 37.1.h) LGS consistirá, en primer lugar, en determinar si se ha adoptado, “en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro”. En segundo lugar, habrá que cerciorarse de que el sujeto contra el que se dirige el procedimiento y la cuantía cuyo reintegro se le exige coinciden con los determinados en la Decisión de la Unión. En tercer lugar, es posible que la Administración pueda determinar la concurrencia de alguna causa que excluya la exigencia de reintegro, como la confianza legítima u otras. Ciertamente, la apreciación de este tipo de causas de exclusión se encuentra muy limitada por la restrictiva jurisprudencia de la Unión recaída al respecto. No obstante, cabe la posibilidad de que el reintegro deba ser excluido y, en consecuencia, y aunque solo fuera por esto, es preciso tramitar el procedimiento de reintegro. Ahora bien, no se trata, por tanto, de una revisión de lo actuado en sede de la Unión. En consecuencia, nada se podrá alegar aquí sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la concesión de la ayuda con el mercado interior.

¹⁰⁶ Antonio BUENO ARMILLO, “La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia...”, cit.

de supuestos que pueden dar lugar al reintegro”¹⁰⁷, pero no un listado acabado y definitivo. Ello justifica que este último apartado del art. 37.1 LGS opere como una cláusula abierta, como una norma en blanco que se remite a otras normas, al establecer que también procederá el reintegro “en los demás supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención”¹⁰⁸. Es decir, y fundamentalmente, en las bases reguladoras de la subvención¹⁰⁹.

Algún autor ha saludado con agrado esta última causa de reintegro o, por mejor decir, esta cláusula abierta, señalando que “se acoge razonablemente en virtud del destacado papel que desempeñan las normas y las bases reguladoras de la concesión de las subvenciones”¹¹⁰. Sin embargo, la tónica general ha sido la de su recepción cautelosa frente a la posibilidad de que la Administración, discrecionalmente, pueda configurar como causas de reintegro cualquier circunstancia que se le antoje.

Por una parte, se ha indicado que este artículo, más que para crear nuevas causas de reintegro, debería servir para concretar supuestos de reintegro que no se encuentran expresamente recogidos en el art. 37 LGS pero sí en otras partes de la LGS¹¹¹, lo que no se entiende muy bien, pues, si esa hubiera sido la voluntad del legislador, en lugar de incluir esta cláusula abierta habría introducido directamente las otras causas de reintegro en este art. 37 LGS o se habría remitido expresamente a ellas, cosa que

¹⁰⁷ Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 118.

¹⁰⁸ El art. 49.3 LGS, en sede de control financiero, parece constituir una confirmación de este art. 37.1. i) LGS. Dice el tenor literal del art. 49.3 LGS: “Cuando en el desarrollo del control financiero se determinen la existencia de circunstancias que pudieran dar origen a la devolución de las cantidades percibidas por causas distintas a las previstas en el art. 37 (...)”. Es cierto que su redacción es un poco ambigua y que se podría estar refiriendo a las causas de invalidez de la subvención previstas en el art. 36 LGS. No obstante, lo cierto es que también puede interpretarse como un reconocimiento explícito a esos otros “supuestos previstos en la normativa reguladora de la subvención” que pueden dar lugar al reintegro sin estar expresamente recogidos en el art. 37.1 LGS.

¹⁰⁹ Con carácter general, será la norma reguladora de la subvención quien establezca que el incumplimiento de una obligación puede dar lugar a la caducidad de la relación jurídica. Pero algún autor estima que también el acto creador de la relación puede establecer nuevas obligaciones cuyo incumplimiento dé lugar a la caducidad. Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., en nota 15 a página 92 afirma que “tal acto puede atribuir a cualquier incumplimiento la relevancia de causa resolutoria, del mismo modo que, en la cláusula resolutoria expresa de los negocios entre privados, se deja un poder análogo a la autonomía de las partes”.

¹¹⁰ Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 119.

¹¹¹ Así lo han expresado José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 325, y Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 142-144, que sigue en este punto al anterior. Sin embargo, lo cierto es que los ejemplos que ambos ponen son difícilmente asumibles. En primer lugar, el reintegro por exceso de financiación (art. 19.3 y 19.4 LGS), al que es reconducible la diferencia en la comprobación de valores (art. 33 LGS), no puede ser acogido por cuanto ya existe una causa de reintegro específica para este supuesto, prevista en el art. 37.3 LGS. En segundo lugar, el no mantener afecto a su destino durante el plazo estipulado un bien inventariable por el que se recibió la subvención [art. 31.4.b) LGS], no necesita de una causa de reintegro propia, por cuanto es reconducible, según vimos, al art. 37.1.f) LGS. En tercer lugar, la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención (art. 19.4 LGS), no podría dar lugar al reintegro de la subvención, toda vez que lo que la LGS prevé expresamente es la “modificación de la resolución de concesión”, con los problemas que ello, por su parte, pueda plantear.

no ha hecho. Por otra parte, se ha defendido que el establecimiento de nuevas causas de reintegro de conformidad con lo previsto en el art. 37.1.i) LGS exigiría norma con rango de ley¹¹². Ello supondría admitir que solo las Comunidades Autónomas pudieran incluir nuevas causas de reintegro, siempre a través de normas con rango de ley. Desde luego, es justo reconocer que los recelos de la doctrina respecto a la cláusula abierta del art. 37.1.i) LGS no son gratuitos. Por el contrario, manifiestan la preocupación por la situación del beneficiario, que parece quedar a merced de la Administración y por el riesgo de que so capa de la figura del reintegro se acaben imponiendo verdaderas sanciones al beneficiario de subvenciones.

La cuestión que debe resolverse es, por tanto, ¿qué límites tiene la Administración al aprobar las bases reguladoras para establecer nuevas causas de reintegro? En primer lugar, parece claro que la Administración no podría configurar como causas de reintegro lo que la LGS ha previsto como causas de invalidez de la resolución de concesión (art. 36 LGS). En segundo lugar, y como derivación lógica de la naturaleza del reintegro, en tanto que declaración de caducidad, las bases reguladoras solo podrán crear nuevas causas de reintegro en la medida en que estas supongan el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas al beneficiario. Es aquí donde debe buscarse la clave del art. 37.1.i) LGS. En efecto, la interpretación más adecuada de este precepto pasa por entender que las bases reguladoras, en tanto que vehículo orientado a establecer las obligaciones que recaen sobre el beneficiario de la subvención, son también el instrumento apropiado para indicar el incumplimiento de cuáles de tales obligaciones dará lugar al reintegro¹¹³. Y siempre sin salirse de los límites que impone la normatividad propia de la figura de la caducidad-reintegro, lo que exigirá que exista una adecuación al fin de la norma. Esto es, la obligación impuesta (cuyo incumplimiento dará lugar al reintegro) no solo no podrá contradecir el fin de la norma, sino que deberá estar orientado, precisamente, a conseguir tal fin¹¹⁴.

¹¹² Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., p. 442 y nota 61 a la misma, que, sin embargo, reconoce lo problemática que resulta la justificación de esta exigencia. En efecto, no sirve la cobertura del art. 31.3 CE porque el reintegro no es propiamente una prestación patrimonial; por otro lado, el principio de legalidad justifica que la imposición de obligaciones se produzca a través de norma con rango de ley, pero podría argumentarse que existe un sometimiento voluntario de los beneficiarios de la subvención, que han prestado su consentimiento para establecer una relación jurídica preñada de derechos y obligaciones que les vinculan de muy diversos modos con la Administración. También José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 186, estima que la creación de nuevas causas de reintegro, en la medida en que no fueran reconducibles a alguna de las enumeradas en las letras a) a la h) del art. 37.1 LGS, debería hacerse por ley. El mismo autor se reitera en esta idea en José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 316.

¹¹³ Cuestión distinta, por supuesto, es determinar qué tipo de obligaciones pueden establecerse en las bases reguladoras. Es decir, una cosa es quién establece las obligaciones del beneficiario (el legislador o la Administración) y qué tipos de obligaciones puede establecer y, otra muy distinta, qué consecuencias se derivan de su incumplimiento. En consecuencia, debe manejarse con cuidado el planteamiento de Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., pp. 110-111.

¹¹⁴ Francisco VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, cit., p. 230.

Del mismo modo, tampoco debería aceptarse que la Administración configurase como causas de reintegro circunstancias que, yendo en contra de los contornos propios de la caducidad-reintegro, no consistieran en un incumplimiento del administrado, como la introducción de términos o condiciones resolutorias. Es cierto que el legislador, según hemos señalado, ha incluido algunas de estas circunstancias en la LGS. Pero la Administración no es el legislador¹¹⁵.

Un posible ejemplo de causa de reintegro no prevista en la LGS pero que podría ser comprensiblemente prevista en las normas reguladoras vendría constituida por la transmisión de la posición de beneficiario sin autorización de la Administración. En efecto, las bases reguladoras podrían establecer la obligación de no transmitir la condición de beneficiario o, en su caso, la obligación de recabar la autorización de la Administración concedente antes de proceder a dicha transmisión. Y, consecuentemente, podría establecerse que el incumplimiento de tales obligaciones diera lugar al reintegro de la subvención. Todo ello sin salirse de la relación jurídica subvencional e intentando garantizar, precisamente, el cumplimiento de la actividad que le sirve de fundamento¹¹⁶.

10. La causa de reintegro del art. 37.3 LGS

Concluida la enumeración de causas de reintegro, el art. 37.3 LGS aun señala que “igualmente, en el supuesto contemplado en el apartado 3 del artículo 19 de esta Ley procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente”.

¹¹⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 442, admite que el legislador puede inventar todas las causas de reintegro que estime oportunas, incluso excepcionando el régimen general de la invalidez de los actos administrativos (arts. 102 y ss. LRJPAC), sin que sea fácil oponerle otro límite que el de no configurar sanciones encubiertas.

¹¹⁶ Algunos pronunciamientos parecen abonar la existencia de esta concreta posibilidad, aunque no sean terminantemente claros. Entre ellos cabe indicar la STS de 22 de junio de 2005, Sección cuarta, Ar. 5324 (ponente: PICO LORENZO). El supuesto enjuiciado partía de la concesión de una subvención a un particular para la constitución de una sociedad mixta de pesca en Sudán, con sometimiento a varias condiciones, entre las cuales se encontraba la de remitir informes periódicos sobre su actividad. El beneficiario, tras constituir la sociedad, transmitió sus participaciones sociales a la entidad *Sociedad Inversiones Incomer, S.L.*, sin pedir autorización ni comunicárselo a la Administración concedente. La nueva propietaria incumplió las obligaciones que venía cumpliendo el anterior propietario, lo que dio lugar a la adopción de una resolución de reintegro dirigida contra el particular al que la Administración había concedido la subvención. Sin embargo, debe reconocerse que más que la transmisión no autorizada, la causa del reintegro parece ser el incumplimiento de uno de los deberes accesorios que recaían sobre el beneficiario.

En todo caso, se trata de una forma de caducidad admisible para otras ventajas, como las concesiones de servicios. En este sentido, la STS de 24 de julio de 2007, Sección quinta, Ar. 4898 (ponente: PECES MORATE), confirmó la declaración de caducidad de la concesión de un kiosco dictada por el Ayuntamiento de Huelva por el arrendamiento del mismo por parte de su titular, sin contar con autorización municipal. Considera la sentencia que “se ha cumplido lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, dado que la concesionaria incumplió claramente lo establecido en el artículo 128.1.5ª del mismo Reglamento, al haber cedido en arrendamiento el kiosco a un tercero, conducta, que evidentemente, constituye un gravísimo incumplimiento de su esencial obligación de ejercer por sí la concesión sin cederla ni traspasarla”.

Este reintegro parece ser el resultado del incumplimiento, por parte del beneficiario, del principio de no rentabilidad de las subvenciones. En efecto, de conformidad con el art. 19.3 LGS, al que hemos visto que se remite el art. 37.3 LGS, “el importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada”.

Parece una previsión lógica, aunque debe ser acogida con cautela. En efecto, en determinadas ocasiones no solo no resulta de aplicación el principio de no rentabilidad, sino que lo que se busca con la concesión de ciertas subvenciones es, abiertamente, enriquecer al beneficiario. La mayor parte de las ayudas agrícolas concedidas en el marco de la PAC, según se explicó en el capítulo primero, se encuentran entre estas últimas¹¹⁷. Y no es ajeno a esto el hecho de que casi todas ellas se configuren como primas. Asimismo, en otras ocasiones no se trata tanto de buscar abiertamente el enriquecimiento del beneficiario, sino de la imposibilidad de medir este. Así ocurre, señaladamente, con las ayudas de funcionamiento, en las cuales, al relajarse sensiblemente el elemento de la afectación, no siempre es posible determinar el nivel de lucro que la ayuda pueda producir en el beneficiario¹¹⁸.

Cuestión distinta es la posibilidad de controlar, en la práctica, la concurrencia de esta situación. En efecto, “la ausencia de procedimientos de coordinación adecuados puede dificultar el conocimiento de la totalidad de las ayudas de las que puede haberse beneficiado una determinada empresa. En particular, las ayudas de origen comunitario no son siempre suficientemente conocidas ni por los gestores ni por los órganos e instituciones de control interno y externo de los Estados miembros”¹¹⁹. Esta situación puede paliarse, al menos en parte, con la obligación de los beneficiarios de informar a la Administración concedente de todas las ayudas que perciban en relación con una misma actividad, impuesta con carácter general a todos los beneficiarios de subvenciones en el art. 14.1.d) LGS. En efecto, de conformidad con este artículo, corresponde a los beneficiarios de subvenciones “comunicar al órgano concedente o la entidad colaboradora la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien actividades subvencionadas. Esta comunicación deberá efectuarse

¹¹⁷ No se olvide, además, que el art. 39.1.b) TFUE establece como objetivo de la política agrícola común “garantizar (...) un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura”, lo que ha dado cobertura a la existencia de las actuales ayudas directas a la renta de los agricultores.

¹¹⁸ Piénsese, una vez más, en las becas FPU concedidas para la elaboración de una tesis doctoral. La misma dotación permitirá a ciertos beneficiarios vivir holgadamente e incluso ahorrar o será insuficiente para satisfacer todos sus gastos, atendiendo a circunstancias absolutamente personales: vivir de manera independiente o en el domicilio familiar, tener o no familia a su cargo, etc.

¹¹⁹ Javier MARTÍNEZ DE ARAGÓN CARRERA, “El Tribunal de Cuentas Europeo y los fondos estructurales”, *Auditoria Pública*, nº 11 (octubre 1997), p. 17.

tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos”¹²⁰.

Lo que sí supone un error manifiesto del legislador es el haber identificado cualquier exceso obtenido sobre el coste de la actividad con la confluencia de distintas fuentes de financiación. En realidad, la obtención de sobrantes financieros puede deberse a otras causas. Por ejemplo, si finalmente la actividad saliera más barata de lo que inicialmente se presupuestó también habrá acción de reintegro contra ese exceso¹²¹. Y debe tenerse en cuenta que para la determinación de este supuesto se prevé, expresamente, el procedimiento de control de valores de los gastos subvencionables previsto en el art. 32 LGS¹²².

No parece, por tanto, afortunado que este artículo se circunscriba solo al caso del art. 19.3 LGS. Antes al contrario, también deberían considerarse incluidas en esta causa de reintegro otras circunstancias:

- La devolución del dinero que no ha sido utilizado para conseguir el fin, una vez alcanzado este, dado que la simple consecución del fin no justifica el gasto, sino que este se justifica por la realización de la actividad¹²³.
- La determinación de un coste de la actividad inferior al estimado inicialmente. Debe tenerse en cuenta que en el art. 32 RGS se prevé que la subvención se calculará, generalmente, como un porcentaje del coste total de la actividad, de este modo, “el eventual exceso de financiación pública se calculará tomando como referencia la proporción que debe alcanzar dicha aportación respecto del coste total, de conformidad con la normativa reguladora de la subvención y las condiciones de la convocatoria” (art. 32.1 LGS).
- Un caso singular de reintegro por exceso de financiación es el que puede venir provocado por la aplicación del art. 19.5 LGS. Este artículo establece que los “ren-

¹²⁰ Cabría plantear la posibilidad de que el incumplimiento de esta obligación implicase, además, la concurrencia de la causa de reintegro del art. 37.1.g) LGS, en tanto que supone el “incumplimiento de una obligación” de la que se deriva la imposibilidad de verificar “la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad”. De entenderlo así, las consecuencias serían de notoria relevancia, dado que el reintegro no se dirigiría únicamente al “exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada” incrementado en el interés de demora correspondiente (art. 37.3 LGS), sino que implicaría la devolución de todo lo percibido junto con los intereses de demora calculados sobre el interés legal del dinero incrementado en un 25% (art. 38.2 LGS).

¹²¹ Con la excepción de lo dispuesto para las Entidades locales por el art. 40 LRHL, que establece la posibilidad de que se queden con los remanentes de las ayudas sin necesidad de reintegrarlos, siendo la normativa específica la que determina qué subvenciones permiten esta peculiaridad (vg., Real Decreto 835/2003, de 27 de junio, por el que se regula la cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades locales).

¹²² Procedimiento, por lo demás, establecido sobre las reglas del mismo procedimiento regulado con fines tributarios en el artículo 57 LGT. Domingo CARBAJO VASCO, “Algunas cuestiones relativas al régimen fiscal...”, cit., p. 47.

¹²³ En este sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía/Sevilla de 15 de noviembre de 2002, Ar. 133325 de 2003 (ponente: ESTEPA MORIANA).

dimientos financieros” generados por la subvención deben aplicarse al mismo fin al que se aplica esta. Ahora bien, “si los rendimientos financieros más la subvención percibida superaran el coste de la actividad será exigible el exceso”¹²⁴. Estos casos solo se darán en supuestos de pagos anticipados. La Administración debe partir de la hipótesis de que el administrado aplica los rendimientos financieros al fin que justificó la entrega de la subvención, de modo que los pagos anticipados, más sus rendimientos financieros, más el pago final no deben ser superiores al coste de la actividad¹²⁵.

En todo caso, y para evitar dudas sobre el verdadero alcance de esta causa de reintegro, las bases reguladoras, en uso de la posibilidad brindada por el art. 37.1.i) LGS, siempre podrían establecer expresamente la procedencia del reintegro en estos supuestos.

Ahora bien, una vez expuesto todo lo anterior, y afirmada la corrección de considerar que nos encontramos ante una “verdadera” causa de reintegro, en tanto que se articula como respuesta al incumplimiento de una de las obligaciones del beneficiario (no destinar la cantidad recibida al fin se encontraba afecta), debe señalarse que la recuperación del sobrante podría articularse por otras vías. Y así lo reconoce expresamente la propia LGS.

Como ya vimos en un capítulo anterior, la situación de concurrencia de varias subvenciones para una misma finalidad (o, más ampliamente, la obtención de un beneficio no previsto por la subvención) podría afrontarse también desde la modificación de la resolución de concesión (art. 19.4 LGS)¹²⁶. En efecto, la ausencia de otras fuentes de financiación de la actividad objeto de subvención puede venir configurada por las bases reguladoras como un presupuesto de hecho para el dictado de la resolución de concesión y, consecuentemente, como un requisito de validez. Se trata, además, de un presupuesto de hecho cuya concurrencia es exigida por la norma a lo largo de toda la vida de la relación jurídica subvencional. Por consiguiente, su desaparición podría

¹²⁴ José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., que considera que, de otra forma, nunca cabría el reintegro de estos rendimientos, “ya que los rendimientos no han pertenecido nunca a la Administración concedente”.

¹²⁵ Un ejemplo de reintegro de rendimientos financieros se encuentra en la SAN de 7 de junio de 2000, Sección cuarta, Ar. 276690 (ponente: FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ): una ONG recibió varias subvenciones para el desarrollo de proyectos de cooperación al desarrollo y solicitó a la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) que aceptara la imputación de los rendimientos financieros generados por la subvención a gastos administrativos, dado que, de conformidad con la Orden reguladora de las bases, “los intereses eventualmente generados por las subvenciones recibidas hasta el momento de su gasto deberán invertirse en los respectivos proyectos aprobados salvo que la Secretaría de Estado para la Cooperación Internacional y para Iberoamérica apruebe expresamente su aplicación a otros fines sociales, a propuesta de la organización adjudicataria”. La AECI no aceptó esta imputación porque las bases establecían un límite máximo a los gastos administrativos, exigiendo el reintegro de los rendimientos financieros indebidamente aplicados a tales gastos. La sentencia confirma la procedencia del reintegro.

¹²⁶ Así lo ha destacado también Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 441.

dar lugar a un caso de invalidez sobrevenida parcial del acto de concesión, cuyo mejor remedio vendría de la mano de la modificación de dicho acto.

Procede ahora remitirse a lo que ya expusimos al estudiar la modificación del acto de concesión como forma de proceder a la recuperación de la ayuda. Solo nos detendremos en señalar que, en aplicación del art. 36.5 LGS, parece que la elección de una u otra vía de recuperación por parte de la Administración no es discrecional, sino que, en principio, debería recurrirse a la vía del reintegro.

Solo queda por indicar que la puesta en práctica de esta causa de reintegro plantea importantes dudas sobre cómo se hará el reintegro en el caso de la situación contemplada en el art. 19.3 LGS, esto es, exceso de financiación sobre el coste total de la actividad, cuando hayan sido varias las entidades (Administraciones públicas o entes privados) concedentes de subvenciones. Debe tenerse en cuenta además que cada una de las Administraciones implicadas puede tener su propio sistema de cálculo de intereses y que estos podrían empezar a generarse desde un momento distinto para cada una de ellas.

La LGS no estableció un sistema propio para ordenar el reintegro en caso de sobrefinanciación de la actividad por concesión múltiple de subvenciones, lo que dio lugar a que la doctrina criticase la situación resultante y aportase posibles soluciones¹²⁷. El RGS, sin embargo, ha dado respuesta normativa a estas inquietudes. En concreto, el art. 34 RGS ha previsto una solución ecléctica y, aunque ingeniosa, no plenamente satisfactoria.

En principio, se hace recaer sobre el beneficiario la carga de reintegrar, *motu proprio*, tanto el exceso obtenido como los intereses de demora que se hubieran generado. Dicho reintegro “se hará a favor de las Entidades concedentes en proporción a las subvenciones concedidas por cada una de ellas”. Y siempre en el bien entendido de que las subvenciones sean compatibles, esto es, que ninguna de ellas disponga que su concesión sea incompatible con cualquier otra ayuda destinada a la misma finalidad. La regla consagrada, por tanto, parece la de reintegro a prorrata. Con una peculiaridad: parece asegurarse también el derecho a su parte del reintegro de las entidades privadas que hayan participado en la financiación de la actividad (y, dado el tenor literal de la norma, incrementado en los intereses de demora previstos en el

¹²⁷ A falta de normas reguladoras, José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 159, apuesta por un reintegro proporcional a lo aportado por cada uno, salvo que la subvención se concediera indebidamente, por ejemplo, por falseamiento u ocultación, en cuyo caso sería esta la que debería reintegrarse prioritariamente. Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 332, propuso un sistema de prelación cronológica inverso, de modo que se reintegrarían las subvenciones concedidas por orden inverso al de su concesión, hasta el importe que impidiera la superación del coste.

art. 38 LGS, lo que parece francamente excesivo). No parece casual, en este sentido, que el artículo utilice la expresión “Entidades concedentes”.

Sin embargo, esta regla se abandona cuando el exceso de financiación sea descubierto por alguna de las Administraciones concedentes. En tal caso, “exigirá el reintegro por el importe total del exceso, hasta el límite de la subvención otorgada por ella”. Esto es, se sustituye la regla del reintegro proporcional por una aplicación del principio *prius in tempore, potior in iure*. La solución, como indicamos antes, es ingeniosa, dado que supone un incentivo a la diligencia de las Administraciones para comprobar y controlar el destino dado a sus fondos, en el bien entendido de que solo si son las primeras en descubrir la existencia de un exceso de financiación podrán recuperar la totalidad del dinero entregado. Esta última parece ser, por cierto, la regla consagrada en el Derecho de la Unión¹²⁸.

La regla del reintegro voluntario a prorrata no termina de ser convincente, por cuanto pasa por alto que cada uno de los concedentes (especialmente los privados) podría establecer, en su caso, la posibilidad de que el beneficiario pudiese retener el exceso de financiación, por ejemplo para destinarlo a otros fines considerados también de interés público.

Es cierto, sin embargo, que el art. 34 RGS pretende dar respuesta a la situación que se genera cuando el beneficiario de buena fe que ha obtenido una sobrefinanciación quiere proceder a su devolución voluntaria, sin tener que recurrir para ello a un procedimiento de reintegro. La única alternativa, por tanto, sería permitir que el beneficiario escogiera a cuál de las entidades concedentes desea devolver el exceso de financiación obtenido lo que, en su caso, podría haberse admitido, quizá con el único límite de obligar a devolver antes las cantidades públicas que las privadas.

¹²⁸ En realidad, la normativa de la Unión tampoco prevé un sistema específico sobre el modo en que debe procederse al reintegro en estos casos. En consecuencia, es necesario acudir, una vez más, a la jurisprudencia. Hasta donde conozco, solo existe un pronunciamiento que haya entrado a conocer de esta cuestión, la STPI de 17 de septiembre de 2003, *Stadtsporverband Neuss/Comisión*, as. T-137/01, dictada en relación con el reintegro de una ayuda concedida por la Comisión a una asociación alemana para la celebración de un evento deportivo que también recibió subvenciones de otras instancias públicas nacionales (el Kreis de Neuss), acabando sobrefinanciada. La doctrina que cabe extraer de esta sentencia, sin embargo, es un tanto contradictoria.

En efecto, se afirma que “en el caso de subvenciones múltiples, la restitución debe efectuarse a prorrata, es decir, que cada entidad que ha concedido una subvención solo puede exigir la restitución del abono que haya efectuado”, ap. 118. Sin embargo, lo cierto es que no se entiende muy bien qué quiere decir la sentencia. En el supuesto de hecho, el Kreis de Neuss, ya había conseguido que se le reintegrara la totalidad de la subvención que había concedido, a pesar de lo cual, cuando la Comisión ordenó el reintegro, aún seguía existiendo exceso de financiación. La sentencia señala que “en el caso de autos, el Kreis de Neuss ya había recuperado su subvención en su totalidad. Por lo tanto, dado que ya había tenido en cuenta este hecho en sus cálculos, la Comisión podía exigir el exceso en su totalidad”, ap. 118.

De esto se deduce que la sentencia, a pesar de su tenor literal, no adopta la solución del reintegro a prorrata, sino el criterio del *prior in tempore, potior in iure*. En efecto, la Comisión y el Kreis de Neuss no se repartieron el exceso de financiación en proporción a sus respectivas aportaciones, sino que el Kreis de Neuss, que fue el primero en ordenar el reintegro, recuperó toda la subvención concedida y la Comisión solo obtuvo el resto de dicho exceso.

11. Una situación de caducidad peculiar: la pérdida del derecho al cobro del art. 34 LGS

De conformidad con el art. 34.3.2º LGS, “Se producirá la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención en el supuesto de falta de justificación o de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 37 de esta Ley”.

No cabe hablar de reintegro ante esta figura, dado que, cabalmente, no se reintegra nada, pues nada se ha recibido aún. Sin embargo, sí que se trata de una causa que pone fin a la relación jurídica subvencional a raíz de un incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario. En consecuencia, cabe afirmar que se trata de una verdadera causa de caducidad, tal y como algún autor reconoce abiertamente¹²⁹, y justifica que, para proceder a su declaración, resulte aplicable el procedimiento de reintegro¹³⁰. No porque se trate de un reintegro, que no es el caso, sino porque el procedimiento de reintegro supone, en realidad, un procedimiento de declaración de caducidad.

En efecto, los incumplimientos de las obligaciones del beneficiario pueden suceder antes del cobro, ocasionando entonces la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención (art. 34.3 LGS) lo cual se hará “mediante la oportuna resolución siguiendo un cauce procesal que no puede ser otro que el establecido para declarar la procedencia del reintegro, por identidad de razón (...). En suma, el efecto propio de la resolución que ponga fin al procedimiento es privar de eficacia al acuerdo de concesión en lo relativo a la entrega de fondos por la Administración”¹³¹.

Esta situación, además, permite dudar una vez más del acierto del término “reintegro” para referirse a la caducidad de las subvenciones. El término reintegro toma la parte por el todo, dándole toda la relevancia a una de las consecuencias, quizá la principal, de la caducidad de la subvención: la devolución del dinero. En esta operación, sin embargo, se pierde de vista que el dato esencial de la caducidad es poner fin a la relación jurídica subvencional que une a Administración y administrado.

¹²⁹ Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 126, habla expresamente de “la caducidad del derecho a percibir la subvención todavía no pagada”.

¹³⁰ Esta aplicación, que ya había sido reclamada por la doctrina ante el silencio de la LGS, encuentra ahora respaldo normativo en el art. 89.2 RGS, que establece expresamente que “el procedimiento para declarar la procedencia de la pérdida del derecho al cobro de la subvención será el establecido en el artículo 42 de la Ley General de Subvenciones”.

En la doctrina extranjera, también Alessandro TONETTI, voz “Aussili finanziari”, cit., p. 553, ha indicado que el procedimiento es necesario no solo para determinar la devolución de la cantidad dineraria recibida, sino, también, para la declaración de la pérdida del derecho a recibir dicha cantidad, pues esta última se encuentra también sujeta “a los tradicionales principios de legalidad, defensa y proporcionalidad”.

¹³¹ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 313.

Ello provoca que se dejen fuera del término otras consecuencias de la institución, como la pérdida del derecho al cobro que ahora analizamos¹³².

De conformidad con el art. 34.3.2º LGS, arriba transcrito, y del art. 89.1 RGS, que lo reproduce en los mismos términos, las causas que puedan dar lugar a la pérdida del derecho al cobro son aquellas previstas como causas de reintegro. Esto es, las del art. 37 LGS¹³³. Sin embargo, y aunque no se indique en ningún precepto, la proposición inversa puede ser igualmente válida. Es decir, las circunstancias específicamente previstas como causas de pérdida del derecho al cobro también pueden dar lugar al reintegro.

Así parece ocurrir, en concreto, con la pérdida del derecho al cobro prevista en el art. 54.4.b) RGS *in fine*. De conformidad con este artículo, el beneficiario de la solicitud podrá perder el derecho al cobro de la subvención de manera definitiva “cuando, habiéndose realizado requerimiento previo del órgano concedente para que se acredite la constitución de la garantía, este no fuera atendido en el plazo de 15 días”.

No es difícil asumir que, cuando se haya producido el pago de la subvención, esta circunstancia pudiera dar lugar, en ciertos casos, al reintegro. En efecto, si la Administración, por error, abona la subvención antes de que el beneficiario hubiese constituido la garantía exigida por las bases reguladoras, deberá requerir al beneficiario para que acredite la constitución de la garantía y, en caso de no hacerlo, exigir el reintegro sin necesidad de esperar a que el beneficiario incurra en otro incumplimiento constitutivo de una causa de reintegro. La medida no sería en caso alguno desproporcionada, dado que la norma no permite, bajo ninguna circunstancia, que el beneficiario goce de la subvención sin haber constituido previamente la garantía del cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, no

¹³² Especialmente crítico a este respecto se ha mostrado Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 408 y 409, quien además de afirmar que “la obligación de devolver la subvención percibida no es más que la consecuencia de la pérdida del derecho a la subvención, que esto es lo esencial y aquello la consecuencia eventual y contingente; y que, por tanto (...) la Ley ha tomado la cáscara por el grano y el rábano por las hojas”, afirma, en línea con lo sostenido en texto, que la declaración de la pérdida del derecho al cobro cuando se descubran causas de reintegro antes de proceder al pago requiere la tramitación de un procedimiento “con las debidas garantías”. En el mismo sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 65, que postula un “concepto amplio de reintegro” en el que se incluiría “la devolución de las subvenciones percibidas, en el caso de que fueran prepagables, o la pérdida del derecho al cobro de la subvención, en el caso de que fueran postpagables”. Asimismo, recuerda este mismo autor que esta cuestión está zanjada por el art. 89.2 RGS, que ha establecido que “el procedimiento para declarar la procedencia de la pérdida del derecho al cobro de la subvención será el establecido en el artículo 42 de la Ley General de Subvenciones”.

¹³³ No deja de ser más que discutible la redacción dada a estos preceptos. En efecto, no se entiende la referencia particular a la “falta de justificación” como causa de pérdida del derecho al cobro cuando, en realidad, se trata de una más de las causas prevista en el art. 37 LGS. Esto es, los preceptos deberían haberse limitado a señalar que “se producirá la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención en el supuesto de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 37 LGS”.

se le exige nada que la norma no exigiera ya, ni se le impone ninguna obligación nueva no prevista en la normativa aplicable. De hecho, cabe plantear si no sería más correcto incluso acudir a la vía de la recuperación del pago de lo indebido.

No obstante, en relación con este supuesto lo que sí puede resultar más discutible es la exigencia de los “intereses de demora” previstos en el art. 37.1 LGS. En la medida en que tales intereses se justifican fundamentalmente por su carácter disuasorio de ciertas conductas contrarias al ordenamiento, y en la medida en que la conducta contraria al ordenamiento en el caso presente correspondería a la Administración, parece poco respetuoso con las exigencias de la justicia reclamar su pago al beneficiario. Con independencia de ello, sí que deberá abonar el simple interés financiero generado desde que recibió indebidamente la subvención hasta que la devolvió. Esta es, por lo demás, la misma solución prevista para el procedimiento del pago de lo indebido.

III.

LA IMPOSIBLE APLICACIÓN DEL REINTEGRO A LAS ENTIDADES COLABORADORAS

Si, de conformidad con lo que hemos señalado, el legislador ha podido desfigurar la institución del reintegro con la introducción de algunas de las causas previstas en el art. 37 LGS, en las que se desconoce la naturaleza y el fundamento de esta figura, el reintegro se torna ya absolutamente irreconocible cuando la LGS predica su aplicación a las entidades colaboradoras.

En efecto, el legislador asume que las entidades colaboradoras pueden ser objeto de una decisión de reintegro, exactamente al mismo nivel que los beneficiarios de la subvención. Así se afirma, abiertamente, en el art. 16.3.k) LGS, que establece como uno de los contenidos mínimos del convenio de colaboración que estas entidades deben firmar con la Administración concedente la “obligación de reintegro de los fondos en el supuesto de incumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidas para la concesión de la subvención y, en todo caso, en los supuestos regulados en el artículo 37 de esta Ley”¹³⁴.

¹³⁴ El propio art. 37 LGS no hace referencia expresa a la posibilidad de que las entidades colaboradoras puedan ser objeto de reintegro más que en dos de sus apartados [letras f) y g)], sin embargo esta obligación se prevé en muchas otras partes de la LGS. Solo como ejemplo, aunque especialmente significativo, cabe indicar cómo el art. 40.1 LGS también afirma que “los beneficiarios y *entidades colaboradoras*, en los casos contemplados en el artículo 37 de esta Ley, deberán reintegrar la totalidad o parte de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses de demora (...)”.

Ahora bien, de conformidad con el razonamiento que hemos desarrollado hasta este punto, resulta ciertamente difícil explicar jurídicamente la aplicación del reintegro a las entidades colaboradoras. En realidad, ni siquiera resulta fácil, como veremos, adivinar qué pretende exactamente el legislador con esta previsión. Pero vayamos por partes.

En primer lugar, hemos afirmado que el reintegro de la subvención no es más que la aplicación, en el ámbito concreto de las subvenciones, de la institución de la caducidad. Por ello mismo, el reintegro se explica como la eliminación de los efectos de una ventaja como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario de la misma. Ahora bien, de esta afirmación se deriva, como primer requisito para poder apreciar la concurrencia de la institución del reintegro (y de la caducidad), la concesión de una ventaja. Y es aquí donde se descubre el absurdo de aplicar el reintegro a las entidades colaboradoras, porque las entidades colaboradoras no reciben ventaja alguna por parte de la Administración.

En efecto, los arts. 12 y 15 LGS, al describir la figura de la entidad colaboradora, dejan claro que su única misión es la de ayudar a la Administración concedente en su labor de gestión de la subvención, por lo que recaen sobre ella toda serie de obligaciones (que serán en todo caso de carácter material, reservándose la Administración toda potestad de decisión). La entidad colaboradora, en principio, no obtiene nada de ello, más que deberes. Se trata de una prestación de servicios por cuenta ajena que puede adoptar distintas formas jurídicas (convenio, encomienda de gestión, contrato administrativo, etc.). De hecho, ni siquiera se prevé la posibilidad de que obtenga una remuneración por esta actividad en todos los casos¹³⁵ y, cuando tal remuneración exista, no cabe la menor duda de que se tratará de una verdadera contraprestación, entregada en el seno de una relación puramente sinalagmática.

El incumplimiento de sus deberes por parte de la entidad colaboradora podría dar lugar a distintas formas de reacción, pero en ningún caso a la extinción de los efectos de una ventaja que no ha recibido. Por ello mismo, se hace necesario averiguar cuál era el objetivo del legislador al proclamar la posibilidad de dictar una decisión de reintegro contra las entidades colaboradoras, tarea, por cierto, que no resulta nada fácil. En principio, las posibilidades son tres:

En primer lugar, podría considerarse que el legislador ha pretendido articular un sistema de recuperación de los fondos entregados a la entidad colaboradora para su distribución entre los beneficiarios cuando tales fondos no hayan sido entregados a sus verdaderos destinatarios. En este caso la situación se reconduciría a la recupera-

¹³⁵ De este modo, el art. 16.3.m) LGS establece entre los contenidos mínimos del convenio de colaboración la “compensación económica que *en su caso* se fije a favor de la entidad colaboradora”.

ción del dinero entregado a un mandatario para que realizase un pago a un tercero, cuando el mandatario, o bien no ha realizado dicho pago, o bien lo ha realizado a persona o en cuantía equivocada¹³⁶. A ello podría equipararse el caso en que la entidad colaboradora hubiera realizado el pago cumpliendo fielmente las instrucciones de la Administración concedente pero no justificara ante esta dicha actuación o no aceptase ser objeto de control o inspección que tuvieran como fin acreditar el correcto cumplimiento de su obligación. En este primer supuesto, lo que encontramos es la rendición de cuentas del mandatario a su mandante y la consecuente liquidación de la relación patrimonial que haya surgido entre ellos. Por ello mismo, la entidad colaboradora podrá acreditar dicho cumplimiento en cualquier momento y por cualquier medio, quedando liberada, a partir de entonces, de toda obligación de devolución frente a la Administración concedente.

Asimismo, la entidad colaboradora estará obligada a devolver a la Administración, única y exclusivamente, aquella parte de los fondos que no haya entregado correctamente. En ningún caso un incumplimiento parcial podrá dar lugar a una devolución total, lo que implicaría para la entidad colaboradora devolver lo que no pagó (o pagó mal) y lo que pagó correctamente. La situación se explica porque, cuando haya entregado el dinero a persona o en cuantía equivocada, a pesar de que la entidad colaboradora esté obligada a entregar dicha cantidad a la Administración concedente, luego podrá dirigirse contra el receptor del pago (que, no se olvide, en ningún momento habrá tenido un título legítimo que amparase dicho pago). En definitiva, esta primera interpretación identifica el reintegro con una simple devolución de lo percibido, empleando el término reintegro en su sentido coloquial y no en su sentido técnico-jurídico de caducidad de los efectos de una subvención¹³⁷.

En segundo lugar, cabría pensar que el legislador ha pretendido convertir a la entidad colaboradora en responsable de las obligaciones de reintegro que recaigan sobre el beneficiario. De este modo, frente a cualquier incumplimiento del beneficiario, o ante la concurrencia de cualquier causa de reintegro que obligara a este a devolver la subvención a la Administración concedente, la entidad colaboradora se vería también compelida a hacer frente a dicha devolución. Solo así podría entenderse la afirmación de que causas de reintegro como las previstas en los arts.

¹³⁶ Esta interpretación, sin duda la más lógica, se ve reforzada por el hecho de que el dinero entregado por la Administración a la entidad colaboradora nunca llegó a entrar en el patrimonio de la entidad colaboradora (art. 12.1 LGS *in fine*). Esta se limitó a darle cauce “en nombre y por cuenta” (art. 12 LGS) del órgano concedente. Por ello es apropiado afirmar, con Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 356, que “cuando los fondos se reintegran por las entidades colaboradoras no se produce un cambio de titularidad, sino únicamente de poseedor de los mismos, ya que en todo momento los fondos fueron públicos”.

¹³⁷ Con razón ha indicado Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 144, que contra las entidades colaboradoras no puede haber verdadero reintegro, “ya que, en puridad, dichas entidades al no ser beneficiarias de la subvención no la perciben sino que la administran y por tanto no hay reintegro en sentido estricto”.

37.1.a), 37.1.b), 37.1.d) o 37.1.h) LGS puedan generar una obligación de reintegro en la entidad colaboradora. En efecto, ¿qué relación puede tener la entidad colaboradora con el hecho de que el beneficiario ocultara o falseara información que habría impedido la concesión de la ayuda, con el hecho de que el beneficiario incumpliera la actividad que fundamentaba la entrega de la subvención (cuando, por ejemplo, la entidad colaboradora ha entregado un anticipo siguiendo órdenes de la Administración concedente), con el hecho de que el beneficiario no adoptase las medidas de publicidad exigidas por las bases reguladoras o con el hecho de que la Comisión Europea adopte una Decisión de recuperación? Evidentemente, ninguna. Por ello, si a pesar de todo el legislador obliga a la entidad colaboradora a reintegrar las cantidades percibidas por el beneficiario, parece lógico pensar que lo que se ha establecido es algún tipo de responsabilidad por hechos de otro.

Ahora bien, esta interpretación se enfrenta a serios obstáculos. En efecto, cuando el art. 40 LGS regula los obligados al reintegro, especifica claramente quiénes son obligados principales y quienes son simples responsables del pago, regulando con cierto detenimiento los distintos casos de responsabilidad solidaria y subsidiaria que puede haber en relación con la obligación de reintegro. Sin embargo, del art. 40.1 LGS se desprende con absoluta claridad que las entidades colaboradoras no son contempladas, de ningún modo, como responsables de la obligación de reintegro, sino como auténticos obligados principales¹³⁸. Asimismo, se generarían dudas sobre si se trata de una responsabilidad subsidiaria o solidaria (a falta de indicación expresa debería entenderse que subsidiaria) y sobre su relación con los demás responsables previstos en este artículo. En todo caso, el escollo fundamental consistiría en determinar cuál es el fundamento de esta forma de responsabilidad ideada por la LGS.

Piénsese que, en este segundo supuesto, la obligación de reintegro que recae sobre las entidades colaboradoras no tiene nada que ver con la gestión que hayan realizado de los fondos que, eventualmente, el órgano concedente les haya entregado para su distribución entre los beneficiarios. Es decir, la proclamación de la responsabilidad de las entidades colaboradoras se predicaría tanto de aquellas que ayudan al órgano concedente a distribuir los fondos como de aquellas otras que se dedican a tareas que nada tienen que ver con el manejo de los fondos públicos. Como señala el propio art. 12.1 LGS, “será entidad colaboradora aquella que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención (...) colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos”. Definitivamente, no es fácil entender que una entidad que realiza labores para la Administración sea obligada a responder por lo que un tercero, sobre el que no tiene influencia alguna, haga o deje de hacer.

¹³⁸ En el mismo sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 472 y 473, en especial, nota 118.

En tercer lugar, y solo en relación con determinados supuestos, cabría entender que el legislador ha previsto un sistema de infracciones frente a ciertos comportamientos de las entidades colaboradoras. En efecto, así cabría entenderlo en relación con el art. 37.1.f) LGS si este se interpretara en su sentido literal. Recordemos que, de conformidad con este artículo, dará lugar al reintegro el “incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras (...) siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención”. Una interpretación suficientemente apegada a la norma permitiría entender que una entidad colaboradora que no cumpliera con alguna de sus obligaciones podría ser objeto de una decisión en la que se le obligaría a pagar (no devolver) una cantidad igual a la percibida por el beneficiario. De ser esta interpretación la correcta, cabe afirmar sin temor a equivocarse que nos encontraríamos ante una sanción. No obstante, no parece que deba entenderse así, toda vez que el incumplimiento de las obligaciones de las entidades colaboradoras ya se encuentra expresamente tipificado (como infracción leve, grave o muy grave, según el incumplimiento de que se trate) en los arts. 56, 57 y 58 LGS.

Una vez expuesto lo anterior, lo único que es seguro es que en ningún caso nos encontraremos con un reintegro en sentido estricto. Sencillamente porque este resulta inaplicable a las entidades colaboradoras. Aun más, empeñarse en extender el régimen del reintegro a las entidades colaboradoras, como se empeñan en hacer algunos autores, llevaría a resultados absurdos o injustos¹³⁹. En efecto, ¿tiene sentido tramitar un procedimiento de reintegro con el único fin de que la

¹³⁹ Es el caso especialmente señalado de Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 355-357, quien no tiene más remedio que forzar la interpretación de las causas de reintegro previstas en el art. 37.1 LGS para poder hacerlas extensibles a las entidades colaboradoras y, cuando ni siquiera así resulta posible, acaba negando su aplicación. Así le ocurre con la causa de reintegro del art. 37.1.e) LGS (incumplimiento de medidas de difusión), pero no advierte lo complejo de algunas de sus propuestas. Por ejemplo, afirma que la adopción de una Decisión de recuperación por parte de la Comisión dará lugar al reintegro dirigido contra la entidad colaboradora, siempre que ocurra en el momento en que se le han transferido los fondos a la entidad pero esta aún no los ha entregado. Sin embargo, la hipótesis, en sí misma, es imposible, porque si el beneficiario aún no ha recibido la ayuda, la Comisión no habrá podido adoptar una Decisión de recuperación.

También difíciles de compartir son las conclusiones a las que llega Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 205-206. El autor parte también de la base de que, para que la entidad colaboradora esté obligada al reintegro, los fondos han de haber sido recibidas por ella, “y aún no deben haber sido abonadas al beneficiario concreto, puesto que en otro caso el obligado principal sería ese”. De conformidad con este postulado, sin embargo, una entidad colaboradora que hubiera entregado el dinero pero que hubiera incurrido en una causa de reintegro, por ejemplo por obstrucción a la investigación o por falta de justificación, no podría ser objeto de reintegro: la Administración debería dirigirse contra el beneficiario que, sin embargo, puede haber cumplido perfectamente con sus obligaciones. En efecto, el mismo autor llega a la insostenible conclusión de que, en ocasiones, no es posible proceder al reintegro: “El falsear las condiciones para ser entidad colaboradora o el ocultar aquellas que lo hubieren impedido llevará consigo la obligación de reintegrar los fondos percibidos por la entidad colaboradora. Evidentemente el reintegro procederá por parte de la referida entidad, siempre y cuando esta no haya entregado los fondos públicos al beneficiario, puesto que si ya los ha entregado se plantearía un problema: ¿quién debe realizar el reintegro? Parece que en tal caso no sería exigible el reintegro a la entidad colaboradora por no encontrarse en la posesión de los fondos públicos y, por supuesto, no sería exigible el reintegro al beneficiario porque él no interviene en la existencia de esta causa”.

entidad colaboradora rinda cuentas ante el órgano concedente? ¿puede la Administración exigir a la entidad colaboradora que le devuelva unas cantidades que esta ha entregado correctamente a un beneficiario, solo porque no lo haya justificado en el modo acordado, aunque haya quedado perfectamente acreditada la validez de la operación? ¿puede la Administración exigir una devolución de todos los fondos entregados a la entidad colaboradora por que esta haya incumplido parcialmente sus obligaciones? ¿tiene sentido que la entidad colaboradora que no entregue todos los fondos que ha percibido entre los beneficiarios por causas que no le sean imputables deba devolver tales fondos junto con los intereses que hayan generado calculados a un tipo de interés igual al tipo legal del dinero incrementado, además, en un 25%? Parece que la respuesta debe ser, en todos los casos, negativa.

Es necesario insistir una vez más: aplicar el régimen del reintegro a las entidades colaboradoras carece de sentido. Las entidades colaboradoras no entran en ningún momento en una relación jurídica subvencional, que es el único marco en el que el reintegro (la caducidad) puede tener sentido. Por el contrario, su relación con la Administración es la de una prestación de servicios (que incluso puede justificar la existencia de una contraprestación), articulada a través de un convenio o, en su caso, un contrato. Aquí hay incumplimiento de obligaciones recíprocas. No es el reintegro lo que procede, sino probablemente la exigencia del cumplimiento (incluso coactivamente) de sus obligaciones, la rescisión de la relación y, en todo caso, la devolución del dinero que haya podido percibir para su gestión y, además, los emolumentos que haya cobrado por ello.

Como ya indicamos, y como acertadamente advierte REBOLLO PUIG, la posibilidad de que las entidades colaboradoras también se sometan al régimen del reintegro (“aunque no tiene mucho sentido llamar a esto reintegro de subvenciones”), termina de desdibujar el concepto estricto de reintegro. En efecto, es cuestionable “el acierto de considerar esto como reintegro de subvenciones. La entidad colaboradora, obvio es decirlo, no ha recibido ninguna subvención, sino unos fondos públicos, que siguen siendo públicos y que no se incorporan realmente a su patrimonio (art. 12.1 LGS)”¹⁴⁰.

Una vez dicho todo lo anterior debe hacerse una última precisión, relativa a las distintas agrupaciones de productores que, bajo distintos nombres, actúan en muchos de los regímenes de ayuda establecidos en el marco de la PAC. Tales agrupaciones pueden ser y de hecho son objeto de obligaciones de reintegro, tal y como se desprende de la normativa de la Unión y de una profusa jurisprudencia de la que ya

¹⁴⁰ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, p. 441 y nota 121 a pp. 473-474.

nos hemos hecho parcialmente eco (reintegro de ayudas a la retirada de cítricos). En tales casos se trata de auténticas obligaciones de reintegro, en sentido jurídico estricto, y así son reconocidas y tratadas por la jurisprudencia.

De ahí que sea necesario aclarar que esta situación no se opone, ni remotamente, a las críticas vertidas en los párrafos anteriores en relación con la posibilidad de someter a las entidades colaboradoras a obligaciones de reintegro. En realidad, las Organizaciones de Productores Reconocidas (OPR) y el resto de entidades equiparables son figuras distintas a las entidades colaboradoras. Es cierto que comparten con estas últimas el manejo de fondos públicos cuyos destinatarios finales son terceros formalmente distintos a ellas: sus miembros. Sin embargo, las OPR asumen unas obligaciones que van mucho más allá de las funciones de mera intermediación que la LGS prevé para las entidades colaboradoras. En efecto, las entidades colaboradoras están ideadas, como su propio nombre indica, para colaborar con la Administración. Sin embargo, las OPR no colaboran con la Administración, sino con los beneficiarios: se encargan de realizar parte de las obligaciones que recaen sobre estos últimos con el fin de hacerlos acreedores del pago de las ayudas de la Unión que correspondan. De ahí que su actividad resulte determinante hasta el punto de que los destinatarios finales de las ayudas no podrán percibir estas a menos que las OPR den cumplimiento a tales obligaciones. Se trata, por tanto, de una figura más cercana a la del beneficiario que a la de la entidad colaboradora, cuya actividad, tal y como exige el art. 11.1 LGS, fundamenta el otorgamiento de la subvención, lo que resulta impensable en el caso de las entidades colaboradoras.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

1. Necesidad y naturaleza del procedimiento de reintegro

Algún autor ha minimizado la importancia del procedimiento de reintegro definiéndolo como “el marco en el que se determinará la procedencia y cuantía de la devolución (es, por así decirlo, en sentido estricto, un procedimiento de liquidación) pero sobre la base de actuaciones de investigación y comprobación llevadas a cabo en el procedimiento de control de la subvención”¹⁴¹. De este modo, se da por sentado que todas las actuaciones sustantivas de importancia han sido llevadas a cabo

¹⁴¹ María Teresa SOLER ROCH, “Prólogo” a Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 17.

durante el procedimiento de control, limitándose el procedimiento de reintegro a determinar los efectos derivados de los resultados de aquel. Efectos, por lo demás, que se asocian únicamente a la determinación de una cantidad de dinero que será necesario entregar a la Administración concedente de la subvención.

No creo que se pueda compartir esta visión del procedimiento de reintegro. Al menos, no con carácter general, aunque sea cierto, según veremos, que los informes de control elaborados por la Intervención, cuando existan, determinarán en buena medida el procedimiento de reintegro. En realidad, la propia regulación contenida dentro del Título II LGS desmiente esta visión. El beneficiario tiene derecho a alegar todo lo que estime oportuno (sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá) con el fin de demostrar que no se ha producido incumplimiento alguno o, en caso de que se haya producido, las circunstancias que han rodeado tal incumplimiento y que podrían dar lugar a la mitigación de las consecuencias derivadas del mismo.

Asimismo, el procedimiento de reintegro, en tanto que tiene como verdadero objeto la declaración de caducidad de la subvención, puede tener como resultado, en efecto, la liquidación de las relaciones financieras entre Administración y beneficiario y determinar, en consecuencia, una cantidad que deba ser entregada por este último a aquella. Sin embargo, y como ya se ha expuesto, cuando la Administración aun no haya abonado cantidad alguna al beneficiario, el resultado del procedimiento será la determinación de la pérdida del derecho al cobro. Finalmente, cabe que la declaración de caducidad dé lugar a ambos resultados: la obligación de reintegrar las cantidades ya abonadas y pérdida del derecho al cobro de las cantidades aun pendientes.

En todo caso, la sustanciación y tramitación del procedimiento resultan esenciales para la validez de la declaración de reintegro. En caso contrario, dicha declaración se encontraría viciada de nulidad de pleno derecho por falta total y absoluta de procedimiento legalmente establecido¹⁴².

En relación con su naturaleza, la LGS declara, expresamente, que el procedimiento de reintegro es un procedimiento administrativo. Esta afirmación, que podría parecer una obviedad, tiene como finalidad permitir “la diferenciación, no siempre nítida, entre los procedimientos administrativos de reintegro y los procedimientos de responsabilidad contable”¹⁴³. En efecto, parte de la doctrina había venido considerando que

¹⁴² Así ha tenido ocasión de confirmarlo, además, la jurisprudencia. Es el caso de la STSJ Galicia de 30 de abril de 2003, Ar. 267588 (ponente: COSTA PILLADO), que anula una resolución de reintegro resultado de un procedimiento en el que no se practicó notificación alguna, ni siquiera de inicio ni, por supuesto, de trámite de audiencia.

¹⁴³ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 221. Además, dada la redacción de la disposición adicional 1ª LGS, el mismo autor estima que “queda, pues, meridianamente claro que la LGS no entra a valorar la responsabilidad contable, que será objeto de examen a la luz de la normativa reguladora

los procedimientos de reintegro constituían en realidad procedimientos de responsabilidad contable (tramitados de conformidad con el art. 180 TRLGP y el Real Decreto 700/1988, de 1 de julio), lo que debía tener como consecuencia, entre otras, que el Tribunal de Cuentas pudiera avocar estos expedientes en cualquier momento y que fuera el competente para conocer de los recursos que se interpusieran contra ellos¹⁴⁴. Actualmente no parece posible seguir manteniendo tales postulados.

Asimismo, cabe señalar que el procedimiento administrativo de reintegro contenido en la LGS se enmarca en los llamados “procedimientos no formalizados”. Es decir, el legislador no ha marcado el orden y el momento en que han de realizarse todos y cada uno de los trámites del procedimiento conducentes a alcanzar el fin perseguido (el reintegro). Se ha limitado a indicar un contenido procedimental mínimo, correspondiendo en cada caso al instructor del procedimiento seleccionar qué trámites deben evacuarse y qué orden debe seguirse hasta alcanzar dicho fin¹⁴⁵. Como ejemplo del caso opuesto a esta situación, también en el ámbito de las subvenciones, cabe señalar el minucioso detalle con que la LGS regula el procedimiento de establecimiento y concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva.

Todo ello diferencia este procedimiento de otros que pueden tener finalidades cercanas. Como se puede deducir de lo expuesto en los capítulos anteriores, el procedimiento de reintegro no es ni un procedimiento sancionador ni un procedimiento de anulación, motivo por el que no se aplican las garantías propias de ninguno de estos dos procedimientos, altamente formalizados, por lo demás.

del Tribunal de Cuentas y LGP”, p. 222. Cuestión distinta, cabe añadir, es que tales normas (y la jurisprudencia del TCU) se remiten después a la LGS.

¹⁴⁴ En este sentido se manifiesta Javier MEDINA GUIJARRO, “Competencias y procedimientos para el reintegro de subvenciones...”, p. 152, y ya antes en “El reintegro de subvenciones...”, cit., p. 33. Radicalmente en contra, y especialmente reforzado tras la entrada en vigor de la LGS, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 224, quien señala además la “cuestionable admisibilidad de que los perceptores de subvenciones puedan ser sujetos de responsabilidad contable”.

¹⁴⁵ Sobre la calificación de *procedimientos formalizados* y *no formalizados*, vid. FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO, “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 211 (julio-septiembre 1981), pp. 415-418.

La jurisprudencia también ha confirmado el carácter no formalizado del procedimiento de reintegro. Así, la STSJ Comunidad Valenciana de 27 de diciembre de 2004, Ar. 86914 (ponente: BELLMONT MORA). En el supuesto enjuiciado, la Generalidad Valenciana, mediante resolución de 10 de mayo de 2001, declaró incumplida la normativa reguladora de ayudas a la producción por entrega de cítricos a la transformación correspondiente a la campaña 1998-1999 por parte de la entidad “Agrícola *El Penyó* Cooperativa Valenciana”, acordando la devolución de 382.293.515 pesetas más intereses. A pesar de que el art. 8 Real Decreto 2225/1993, regulaba un procedimiento de reintegro de carácter supletorio para el caso en que la normativa sectorial no previera nada, como era el caso, la Generalidad no siguió dicho procedimiento. A pesar de ello, e inspirándose en un principio abiertamente antiformalista, la sentencia consideró válida la resolución, en la medida en que no se había causado indefensión alguna, dado que “levantadas las correspondientes actas de control, evacuado el trámite de audiencia por la actora y aperturado [sic] el período, en el que se admitió la prueba documental aportada en el escrito de alegaciones y se acordó la prueba testifical, concluyó el expediente con la resolución del Director General de Producción Agraria”. Recurrido este pronunciamiento ante el Tribunal Supremo, la STS de 3 de junio de 2008, Sección 4ª, Ar. 3113 (ponente: LECUMBERRI MARTI), lo confirmó sin más matizaciones.

Finalmente, es necesario destacar la vinculación íntima del procedimiento de reintegro con otros procedimientos. En este sentido, se ha llegado a hablar de “maraña procedimental” para hacer referencia a “las múltiples conexiones y vinculaciones que el procedimiento de reintegro presenta y despliega en relación con otros procedimientos administrativos, contables o judiciales que pudieran concurrir con el procedimiento de reintegro”¹⁴⁶. En realidad, no se trata solo de relaciones procedimentales, sino de relaciones verdaderamente sustantivas.

2. Posibles actuaciones previas al inicio del procedimiento de reintegro: intimaciones para evitar el reintegro e intimaciones de pagar el reintegro

Cabe plantear si, antes de iniciar propiamente el procedimiento de reintegro, la Administración puede intentar buscar alternativas para lograr que la subvención llegue a buen puerto, lo que, no se olvide, en última instancia redundaría en la satisfacción de los intereses generales. En este sentido, es posible indicar la posibilidad de que la Administración pueda intimar al administrado antes de declarar la caducidad. Desde luego, la intimación no procedería cuando la caducidad se produjera por causas distintas al incumplimiento, pues no tendría sentido alguno (piénsese, por ejemplo, en la adopción de una Declaración de recuperación por parte de la Comisión o en el falseamiento de requisitos). Sin embargo, en los casos de incumplimiento el requerimiento podría ser útil siempre que este incumplimiento del que derivase la caducidad no se hubiera consumado aún de manera irreversible¹⁴⁷.

Asimismo, la intimación previa podría ser, en determinados casos, una exigencia derivada de simples motivos de equidad (que podrían revestirse con los ropajes de la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima), por ejemplo cuando el incumplimiento se ha prolongado durante años (incumplimiento de una de las obligaciones que recaen sobre el beneficiario de una subvención de devengo periódico) y la Administración pretende, de pronto, declarar sorpresivamente la caducidad¹⁴⁸.

El RGS ha previsto, expresamente, algunas de estas intimaciones previas.

En primer lugar, el art. 31.3.a) RGS establece, en relación con la obligación del beneficiario de dar publicidad a las subvenciones percibidas que “si se hubiera in-

¹⁴⁶ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 220.

¹⁴⁷ Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., pp. 112-113, plantea incluso la posibilidad de que se trate de una verdadera obligación para la Administración, plasmación (dudosa, a mi juicio) del principio de conservación de los actos.

¹⁴⁸ Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., p. 115.

cumplido esta obligación (...), se aplicarán las siguientes reglas: a) Si resultara aún posible su cumplimiento en los términos establecidos, el órgano concedente deberá requerir al beneficiario para que adopte las medidas de difusión establecidas en un plazo no superior a 15 días, con expresa advertencia de las consecuencias que de dicho incumplimiento pudieran derivarse por aplicación del artículo 37 de la Ley (...). Y ello sin perjuicio de la responsabilidad sancionadora en la que, eventualmente, hubiera incurrido el beneficiario.

En segundo lugar, antes de proceder a declarar la pérdida del derecho al cobro del beneficiario de la subvención por no haber constituido y acreditado ante el órgano competente las garantías que, en su caso, exijan las bases reguladoras, el art. 54.4.b) RGS prevé la necesidad de que el órgano concedente haya realizado requerimiento previo para que se acredite dicha constitución en un plazo de quince días.

En tercer lugar, también el art. 70.3 RGS prevé, en caso de que el beneficiario no haya presentado la justificación de la subvención dentro del plazo otorgado a tal efecto, que el órgano administrativo competente “requerirá al beneficiario para que en el plazo improrrogable de quince días sea presentada”. Y ello, de nuevo, sin perjuicio “de las sanciones que, conforme a la Ley General de Subvenciones, correspondan”.

Ahora bien, estas posibles intimaciones, que pretenden evitar la declaración de caducidad impidiendo la producción de una de las causas que dan lugar a la misma, no deben confundirse con las intimaciones o requerimientos dirigidos por la Administración al beneficiario, una vez que la causa de reintegro ya se ha producido, con el fin de que devuelva voluntariamente la subvención.

Dice REBOLLO PUIG que, “además de que el obligado pueda cumplir espontáneamente, la Administración, que ya es acreedora del reintegro, puede requerir su pago para que el obligado cumpla voluntariamente, igual que cualquier acreedor particular puede pedir a su deudor el cumplimiento sin ejercer judicialmente la acción. Pero ese requerimiento administrativo informal y sin procedimiento no será un acto administrativo ejecutivo ni ejecutorio, ni tampoco impugnabile”¹⁴⁹. Esta posibilidad, ciertamente apropiada para evitar procedimientos innecesarios cuando el beneficiario reconoce la obligación de reintegrar, constituye de hecho una práctica utilizada por la Administración. No obstante, genera algunas dudas.

Por un lado, mediante estos requerimientos la Administración podría estar reclamando el pago de reintegros que no proceden, o en cuantías que no son las adecua-

¹⁴⁹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 40 a pp. 429-430.

das. Ello sin perjuicio de la problemática fijación de los intereses que, en principio, se generan hasta el día en que *se acuerda* el reintegro (art. 37.1 LGS), pues no resulta fácil determinar qué día será ahora este¹⁵⁰. No debe perderse de vista que el procedimiento de reintegro se articula, parcialmente, como un procedimiento de liquidación de la deuda contraída con la Administración, lo que implica partir de la base de que no siempre se tratará de una cantidad cierta. Precisamente para evitar esta situación es para lo que se establece la garantía del procedimiento. En este sentido, una vez que el beneficiario hubiera aceptado y abonado la cantidad exigida por la Administración, ¿podría reclamar contra esta última si, con posterioridad, estimara que se trataba de una cantidad excesiva o le sería oponible el adagio *venire contra factum proprium non valet*?

Por otro lado, y este es el verdadero riesgo, no todos los administrados saben distinguir un requerimiento y un acto administrativo, lo que podría conducir, *de facto*, a una renuncia involuntaria de sus derechos de defensa. Si sumamos este dato a la posibilidad de que la cantidad cuyo pago se requiere por la Administración sea superior a la realmente debida, se advierten los peligros de esta práctica que, sin embargo, debe admitirse en aras de la eficacia y la eficiencia de la actuación administrativa.

¹⁵⁰ La práctica de muchas Administraciones revela, en este sentido, que no es infrecuente que en estos requerimientos se exija, exclusivamente, el pago de la subvención concedida sin reclamación de los intereses. La práctica, absolutamente irregular, parece tener la ventaja para el beneficiario de librarse del pago de los intereses, lo que puede incentivar el abono del reintegro. Ahora bien, puede tratarse de un regalo envenenado para el beneficiario, pues nada impide a la Administración, tras haber requerido y cobrado el pago de la subvención, emitir una nueva liquidación exigiendo ahora el pago de los intereses. Intereses relativos a una deuda que el beneficiario ha reconocido tácitamente al pagarla.

Paradigmática, en este sentido, resulta la STS de 15 de abril de 2002, Sección 4ª, (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO) y otras dos sentencias idénticas, del mismo día, en las que sólo cambian los recurrentes. En los hechos, se habían otorgado diversas ayudas a la exportación de aceite de girasol, una parte de las cuales habían sido abonadas por anticipado. Debido a la ausencia de justificación de la exportación se procedió al reintegro de las cantidades pagadas, lo que se acordó por resolución de 17 de octubre de 1990. Tres años después, el 11 de junio de 1993, se comunicó la incoación de un nuevo expediente administrativo para determinar y liquidar el cobro de los intereses producidos en el período de tiempo comprendido desde que se abonó la subvención hasta que se produjo el reintegro, resolviéndose positivamente con resolución de 10 de enero de 1994. Los beneficiarios plantearon la nulidad de esta última resolución, con base en la supuesta vulneración del art. 106 LRJPAC, al considerar que la resolución de 1990 era más favorable que la de 1994, por lo que debía considerarse un acto declarativo de derechos y, consecuentemente, en caso de querer revisarla, habría sido necesario seguir el procedimiento del art. 106 LAP.

El TS resolvió indicando la improcedencia de la alegación: ambas resoluciones (ambos actos) eran independientes entre sí. La reclamación de intereses tenía como base el principio del enriquecimiento injusto, mientras que el reintegro era consecuencia de la inexigibilidad de la obligación económica contraída por el Estado al no cumplirse la carga a la que estaba sujeto el beneficiario. Su única relación era cuantitativa (los intereses se calculaban, obviamente, en función del montante de la subvención y del tiempo que estuvo en poder del beneficiario). Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., p. 452, ha expresado, sin embargo, sus dudas en relación con que sea posible exigir los intereses en un acto posterior a la resolución de reintegro, en la medida en que ello podría suponer "una revisión de oficio *in peius* del acto que sólo reclamó la cantidad percibida, revisión que sólo sería posible tras seguir las vías de los arts. 102 ó 103 LRJPAC". En idéntico sentido, Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 143, también duda de si pedir el reintegro de los intereses autónomamente cuando la Administración, en un primer momento, no los pidió, no será una "revisión encubierta de la resolución de reintegro sin intereses".

3. El inicio del procedimiento

A. Órganos competentes para iniciar el procedimiento de reintegro, sujeto contra el que se dirige y posibles interesados en el mismo

El procedimiento de reintegro se inicia, en todo caso, de oficio por acuerdo del órgano competente (art. 42.2 LGS). Se trata, por tanto, de un acto de iniciación expreso. La LGS zanja así una cierta polémica sobre el momento en que debía entenderse iniciado el procedimiento y que llevó a la jurisprudencia a aclarar que, con carácter general, ni las actuaciones de inspección ni las denuncias de terceros podían considerarse como actos de iniciación del procedimiento de reintegro¹⁵¹.

Lo que la LGS no indica es qué órgano es el competente para iniciar el procedimiento. No obstante, de la lectura conjunta de los arts. 42 y 51 LGS se desprende que se trata del órgano que concedió la subvención¹⁵². Como habrá ocasión de ver, se trata del mismo órgano competente para resolver el procedimiento de reintegro (art. 41.1 LGS).

Por otro lado, el sujeto contra el que se dirige el reintegro es, en principio, el beneficiario de la subvención. De este modo, y sin perjuicio de otras especialidades, que serán estudiadas más adelante, cabe adelantar ya que no tienen efecto ante la Administración las posibles transmisiones de la posición de beneficiario que hayan

¹⁵¹ Ya la STSJ Madrid de 11 de junio de 2002, Ar. 86518 de 2003 (ponente: HUET DE SANDE), había precisado que las actuaciones previas de inspección y comprobación, así como las denuncias de terceros que pudieran dar origen al inicio de procedimiento, no contaban como parte del procedimiento, sino que, más bien, tienen naturaleza de medidas de información previa (art. 69.2 LRJPAC).

La STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación también aclara que “las actas de control no constituyen acuerdos de inicio del expediente de reintegro ni tampoco los posteriores informes que se limitan a constatar, a partir de los datos que objetivizan, la falta de verosimilitud de la documentación presentada”. Y, en un procedimiento sobre unos hechos prácticamente idénticos a los anteriores, la STS de 15 de julio de 2008, Sección cuarta, Ar. 6779 (ponente: MARTÍ GARCÍA), precisa que “si bien es cierto que las Actas de Control, por sí mismas (...), carecen de relevancia a los efectos de poder iniciar el cómputo del plazo de caducidad (...) cuando a virtud de una de esas Actas de Control la Administración comunica su resultado a los afectados y les concede un plazo de alegaciones, entonces no es la propia Acta de control, sino la comunicación que a virtud de ella hace la Administración al afectado para que formule alegaciones (...) debe entender que es el acto que inicia el expediente y desde el que se inicia por tanto el cómputo del plazo a efectos de la posible caducidad del expediente, pues la tesis contraria (...) equivaldría a dejar en manos de la Administración el control del instituto de la caducidad e infringir tanto el principio de legalidad (...) como el de seguridad jurídica”.

¹⁵² Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 371. Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 225. A la misma conclusión se llega, como hace Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., pp. 166-167 y nota 12 a p. 171, atendiendo que el art. 17.1 RGS establece que la delegación de la facultad para conceder subvenciones implica también la de incoar, instruir y resolver el procedimiento de reintegro, a salvo de lo que se haya establecido expresamente en el acto de delegación. Idéntica previsión se contiene, en relación con la desconcentración, en el art. 17.2 RGS.

tenido lugar sin su conocimiento y sin su autorización¹⁵³. Asimismo, y aun con todas las reservas que expresamos más arriba, de conformidad con la LGS hay que entender que el procedimiento de reintegro también puede dirigirse, en su caso, contra las entidades colaboradoras.

Esto justifica que tanto los beneficiarios de subvenciones como, en su caso, las entidades colaboradoras tengan la consideración de interesados necesarios del procedimiento de reintegro. Junto a ellos, tendrán esta misma consideración sus representantes y sus sucesores (arts. 40.4 y 40.5 LGS). Por el contrario, “los responsables [solidarios y subsidiarios] no son interesados necesarios en el procedimiento de reintegro del art. 42 LGS”. Estos sujetos solo serán interesados necesarios del procedimiento de cobro, sin perjuicio de que en el procedimiento de reintegro puedan personarse como titulares de intereses legítimos¹⁵⁴. Por otra parte, también el denunciante podría tener la consideración de interesado en el procedimiento¹⁵⁵.

Debe indicarse, finalmente, que nada se opone a que el destinatario del procedimiento de reintegro sea una Administración pública, bien en calidad de beneficiaria de la subvención, bien en calidad de entidad colaboradora. En principio, la

¹⁵³ En efecto, el resultado de la transmisión sin autorización debe contemplarse en dos niveles: la transmisión puede ser válida y surtir efectos entre los privados, pero no frente a la Administración, que puede ignorarla voluntariamente, de modo que el incumplimiento de las obligaciones a las que venía afecta la subvención le permiten dirigirse contra el beneficiario originario, obviando las relaciones que este haya podido establecer con otros particulares. Así parece deducirse de la STS de 22 de junio de 2005, Sección cuarta, Ar. 5324 (ponente: PICO LORENZO), a la que ya hicimos referencia más arriba. En el supuesto de hecho, el beneficiario de la subvención transmitió su posición a un tercero, por lo que, frente al incumplimiento de las obligaciones que incumbían a este último como nuevo beneficiario, alegó que el reintegro debía dirigirse contra el tercero y no contra él. La sentencia, por el contrario, consideró que “conforme al artículo 81.4 de la LGP, el beneficiario de la subvención es el destinatario de los fondos públicos que haya de realizar la actividad que fundamenta su otorgamiento, y no cabe, ni conforme a este precepto, ni a lo dispuesto en las normas que rigen la contratación, el que el beneficiario, por sí solo ni menos sin conocimiento de la otra parte contratante, la Administración, altere la condición de beneficiario”. Obviando las referencias a los contratos administrativos, absolutamente improcedentes, lo importante es que, como vuelve a repetir más adelante la sentencia, “el beneficiario de una subvención no puede por sí solo y sin la intervención de la otra parte, alterar la condición de beneficiario”. En el supuesto, además, la Administración, que había pagado efectivamente las ayudas al tercero subrogado en la posición del beneficiario originario, declaró a dicho tercero responsable civil subsidiario del pago de las ayudas. En el mismo sentido, José Luis VILLAR PALASÍ, voz “Concesiones administrativas”, cit., p. 753, señalaba en relación con las concesiones administrativas, que “sujeto pasivo de la caducidad es el concesionario formal, debiendo recordarse a este respecto el principio general de intransmisibilidad, que produce que la *cessio inter partes* sea desconocida por la Administración, por lo que la caducidad se declara en contra de quien ante la misma sea formalmente concesionario”.

¹⁵⁴ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 476-477 y 486.

¹⁵⁵ Esta última posibilidad, al menos en las “subvenciones a la economía”, ha sido relativamente debatida en la doctrina, poniéndola en relación con la defensa de la competencia y su falseamiento por las ayudas públicas discriminatorias. Una primera exposición al tema en Alemania en Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., pp. 587 y ss. El mismo autor analiza, en la jurisprudencia española, la temprana STS de 5 de febrero de 1979, en la que se reconoció la existencia de interés legítimo entre competidores y se declaró que “existe (interés directo) en todos aquellos supuestos en los que de prosperar el recurso de que se trate, el recurrente o recurrentes obtendrán un beneficio económico o ventaja susceptible de valorarse en dinero, precisando (continúa) que hay tal clase de interés en todos los supuestos de “interés competitivo, comercial e industrial” (pp. 607 y ss.). En el mismo sentido se expresa Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 180, poniéndolo en relación, además, con la jurisprudencia de la Unión relativa a la legitimación de los competidores del receptor de una ayuda de Estado (pp. 169-170).

naturaleza pública del beneficiario no altera la relación jurídica subvencional ni debe afectar, por consiguiente, al eventual reintegro que pudiera dictarse. Ello sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, se produzcan en el procedimiento recaudatorio, derivadas, por ejemplo, de la inembargabilidad de sus bienes o del procedimiento financiero de compensación automática de deudas.

Así lo ha declarado, por lo demás, la jurisprudencia, tanto española como de la Unión¹⁵⁶, negando incluso toda relevancia al hecho de que la subvención fuera concedida mediante convenio y no mediante acto administrativo, a no ser que el propio convenio estableciese alguna regla específica al respecto. En efecto, debe tenerse en cuenta que cuando una Administración pública conceda una subvención a otra Administración pública no será infrecuente que dicha concesión se articule a través de un convenio de colaboración. A esta circunstancia coadyuva el hecho de que este tipo de subvenciones serán, con frecuencia, subvenciones de concesión directa. A partir de aquí, algún autor ha sostenido que, en estos casos, es decir, cuando la subvención se conceda a través de un convenio de colaboración, ambas Administraciones, la concedente y la beneficiaria, estarán en pie de igualdad, de modo que ninguna de ellas podrá usar sus privilegios exorbitantes (*ius variandi*, interpretación, etc.), correspondiendo en exclusiva a los jueces la resolución de cualquier conflicto que surja entre ellas, a menos que se cree el órgano mixto de vigilancia y control del art. 6 LRJPAC¹⁵⁷.

De ser cierta esta afirmación, la principal consecuencia en relación con las subvenciones sería la imposibilidad de que la Administración concedente pudiera dirigir un procedimiento de reintegro contra el beneficiario de una subvención en el caso de que dicho beneficiario fuera una Administración pública. En efecto, tal y como hemos repetido en varias ocasiones, el ejercicio de la potestad de reintegro, en tanto que manifestación concreta de la potestad de declarar la caducidad de un acto administrativo, es un ejemplo perfecto de la potestad exorbitante de autotutela que asiste a la Administración para garantizar la salvaguarda de los intereses generales¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Así, la STJCE de 13 de marzo de 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, as. ac. C-383 a 385/06, relativa al reintegro de una ayuda concedida en el marco del Fondo Social Europeo y exigido a varias entidades públicas, afirma que “la condición de entidad pública del beneficiario de los fondos carece de incidencia en la aplicación de estos principios”, ap. 54.

¹⁵⁷ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 251.

¹⁵⁸ Asimismo, la aplicación de esta postura llevada a sus últimos extremos también llevaría a negar la posibilidad de revisar de oficio aquellos convenios inválidos que hubieran sido utilizados por la Administración para la concesión de subvenciones. La revisión de oficio de estos convenios, en tanto que manifestación del poder de autotutela, también quedaría en consecuencia vedada para la Administración concedente. El propio José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 312, acepta, sin embargo, la posibilidad de proceder a dicha revisión, en ejecución del mandato previsto en el art. 36 LGS.

Pues bien, esta posibilidad debe ser rechazada, con la única excepción de que, en ejercicio de la previsión contenida en el art. 5.2 LGS, el convenio haya previsto reglas específicas para el supuesto de que concurra alguna causa de reintegro.

En efecto, el art. 5.2 LGS establece que las subvenciones que deriven de convenios formalizados entre Administraciones públicas “se regularán de acuerdo con lo establecido (...) en el propio convenio que, en todo caso, deberán ajustarse a las disposiciones contenidas en esta Ley”. Ahora bien, ello no puede suponer la transformación de la naturaleza jurídica de la subvención, que en ningún caso pasará a tener naturaleza contractual, ni la desaparición de la obligación de reintegro en caso de que concurra alguna de las causas previstas en el art. 37 LGS¹⁵⁹. En realidad, esto mismo sería predicable en relación con las subvenciones concedidas mediante convenios cuando los beneficiarios fueran privados.

B. Obligación de iniciar el procedimiento de reintegro

Según se expuso más arriba, la declaración de caducidad (o, en el caso de la subvención, de reintegro), no siempre responde al automatismo propio de la distinción entre caducidad material-caducidad formal. Es decir, sin negar que en ciertos casos la Administración se limita a declarar formalmente la caducidad de una subvención que ya se ha producido, sin margen alguno de apreciación, lo más normal será que

¹⁵⁹ En este sentido se manifestó la STS de 10 de mayo de 2007, Sección cuarta, Ar. 5828 (ponente: BAENA DEL ALCAZAR). En el supuesto enjuiciado, frente a la resolución de reintegro dictada contra el Ayuntamiento de A Coruña en relación con una subvención concedida por el INEM para gastos de formación y perfeccionamiento, el Ayuntamiento beneficiario alegó que esta subvención no podía configurarse como un acto administrativo unilateral, sino como un convenio o acto negocial entre dos Administraciones públicas, que actuarían en plano de igualdad, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de subvenciones otorgadas a particulares. De este modo, se estaría ante un convenio regido por los principios de igualdad y colaboración en el que existiría una corresponsabilidad de las Administraciones que lo suscribieron. La sentencia, tras constatar que el instrumento de concesión de la subvención fue un acto administrativo y no un convenio, señaló que “estamos por tanto ante el supuesto de unas ayudas o subvenciones otorgadas a ente público, el Ayuntamiento, a las que se aplica la misma normativa que a las subvenciones otorgadas a los particulares y a las empresas privadas. En consecuencia, no puede acogerse un razonamiento basado en que existía una co-responsabilidad de ambas Administraciones públicas en la realización de la actividad”. Indicaba en último término la sentencia que “por lo demás, el Ayuntamiento enuncia con insistencia esta tesis, pero no deduce de ella consecuencia jurídica alguna”. Y se trata de un indicación ciertamente interesante, pues, en efecto, será necesario en todo caso que la existencia de un convenio introduzca alguna indicación expresa o, de lo contrario, deberá entenderse plenamente aplicable la normativa general.

En este sentido, la STS de 21 de marzo de 2007, Sección cuarta, Ar. 4596 (ponente: MARTINEZ-VARES GARCÍA), rechazó la actuación del Director General de Empleo e Inserción de la Junta de Andalucía, que adoptó una resolución de reintegro respecto a una subvención que había sido concedida al Ayuntamiento de Huelva a través de un convenio, dado que “el proceder de la Administración de la Junta de Andalucía no se ajustó a Derecho porque se limitó a solicitar el reintegro de las cantidades no justificadas más los intereses de demora, pero no consta que rescindiese previamente el convenio firmado entre ambas Administraciones”, tal y como se preveía en el propio articulado del convenio. Es decir, la articulación de la subvención a través de un convenio puede implicar ciertos requisitos procedimentales que no concurrirían en caso de que hubiese sido concedida mediante un acto administrativo. Pero, a estos efectos, el hecho de que el beneficiario sea una Administración pública o un particular sigue careciendo de toda relevancia.

la declaración de reintegro tenga verdadero carácter constitutivo y no meramente declarativo.

A partir de aquí cabe interrogarse sobre el margen de discrecionalidad del que goza la Administración para iniciar o no el procedimiento de declaración de reintegro. En efecto, de entender que la declaración de reintegro era un simple acto reglado, una pura formalidad, cabía configurar tal declaración como un verdadero deber exigible a la Administración. Ahora bien, si se asume que el resultado del procedimiento de reintegro es incierto, desaparece el derecho de los posibles interesados a que se dicte la declaración de reintegro.

Este planteamiento, sin embargo, puede ser engañoso. Una cosa es la obligación de la Administración de iniciar el procedimiento de declaración del reintegro y otra cosa es la obligación de declarar el reintegro. La Administración no está obligada a declarar el reintegro, pero sí puede estarlo a iniciar un procedimiento en el que se decida sobre el mismo.

Así lo ha entendido la doctrina, que ha afirmado que el inicio del procedimiento de reintegro es reglado, en tanto que obligado para el órgano competente en caso de que existan indicios de la procedencia del reintegro¹⁶⁰. Ello daría lugar a que la mera denuncia de parte obligaría a la Administración, cuando menos, a realizar diligencias previas encaminadas a determinar si existen indicios de que pueda concurrir alguna causa de reintegro.

Asimismo, y frente al silencio de la LGS, la doctrina había señalado que el contenido mínimo para el acto de iniciación del procedimiento debía, “además de contener los datos generales, identificar la subvención a que se refiere, el obligado al reintegro, la causa o causas del art. 37 LGS que se entiendan concurrentes con indicación de los hechos que la determinan, el importe del reintegro que en principio se juzga pertinente, así como referencia a la obligación de pago de intereses con sus elementos esenciales aunque no necesariamente cuantificada todavía”¹⁶¹. De manera casi coin-

¹⁶⁰ Así lo han sostenido Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 487, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 225, o Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., pp. 171-172, quien deduce lógicamente de ello que la solicitud de inicio del procedimiento presentada por un tercero tendrá que ser atendida y contestada motivadamente y que la correlativa actuación (o inactividad) de la Administración podrá ser objeto de control judicial. También en relación con el procedimiento de declaración de caducidad, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 149, estima que la Administración está obligada a iniciar el procedimiento siempre que pueda existir una causa de caducidad.

¹⁶¹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 488-489. No obstante, considera que no hay ningún motivo para que todos estos datos aparezcan en este primer acto, pudiendo ser comunicados en algún momento posterior: “en este procedimiento no formalizado no están predeterminados todos los trámites posteriores y (...) por tanto, es perfectamente posible que haya un acto de la Administración, posterior al de iniciación y anterior incluso al eventual período de prueba, que concrete más exactamente todas las circunstancias”. Lo fundamental, en efecto, es garantizar los derechos de defensa. La única excepción podría

cidente, aunque más limitada, el art. 94.1 RGS ha establecido que el contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento será, simplemente, “la causa que determina su inicio, las obligaciones incumplidas y el importe de la subvención afectado”.

C. En concreto, iniciación del procedimiento de reintegro por las actuaciones de los órganos de control financiero

De conformidad con el art. 69 LRJPAC, el acuerdo de iniciación que dé comienzo al procedimiento de reintegro podrá adoptarse por propia iniciativa del órgano competente para adoptarlo, como consecuencia de una orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Sin perjuicio de la importancia que pueden tener otras formas de iniciación, como la denuncia de terceros, respecto a la que ya hemos señalado que obligará al órgano competente, como mínimo, a realizar actuaciones que determinen la existencia o no de indicios de que concurre una causa de reintegro, la LGS ha concedido una especial atención (e importancia) a la posibilidad de que el procedimiento de reintegro se inicie como resultado de una denuncia de los órganos de control financiero.

Por cuanto ahora interesa, debe indicarse que entre los distintos controles a los que la LGS prevé que pueda someterse el beneficiario de subvenciones públicas se encuentra el control financiero llevado a cabo por los órganos de la Intervención de la misma Administración a la que pertenezca el órgano concedente. Dicho control financiero, minuciosamente regulado en la LGS en relación con la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), finaliza con la emisión de un informe “comprensivo de los hechos puestos de manifiesto y de las conclusiones que de ellos se deriven” (art. 49.6 LGS). Es este informe, precisamente, el que puede dar lugar a que el órgano competente inicie el procedimiento de reintegro.

En efecto, el art. 51.1 LGS prevé que en caso de que el informe emitido por la IGAE manifieste la procedencia de que se reintegre la subvención, el órgano competente debe acordar la iniciación del procedimiento de reintegro en el plazo de un mes desde que se produzca la recepción de dicho informe. Aparentemente, los informes resultados del control financiero de la IGAE tienen, por tanto, carácter de denuncia vinculante. Así lo justificarían ciertos elementos tanto materiales como formales¹⁶².

venir constituida por el importe del reintegro que se prevea declarar, cuya presencia en el acto de iniciación parece obligatoria según se podría deducir del art. 35.1 LGS.

¹⁶² Desde un punto de vista material, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., pp. 371-372, lo justifica como “consecuencia de la configuración del control financiero de subvenciones como procedimiento específico y especializado que dota al órgano administrativo de control de un conjunto de facultades de investigación (...) que difícilmente podrían encontrar justificación si, una vez concluido el control, se atribuyera a los informes el mismo valor –en cuanto a la exigencia de reintegro– que cualquier otra

Sin embargo, y según admite el mismo art. 51 LGS, cabe la posibilidad de que el órgano concedente se niegue a proceder al reintegro.

En efecto, alternativamente al inicio del procedimiento de reintegro, el órgano competente para adoptar el acuerdo de iniciación puede optar, durante el mismo plazo de un mes, por comunicar a la IGAE su discrepancia con la oportunidad de iniciar el procedimiento de reintegro. Ahora bien, transcurrido dicho plazo de un mes sin que el órgano gestor haya actuado en uno u o en otro sentido, debe entenderse que la propuesta de iniciación del procedimiento de reintegro contenida en el informe de control financiero deviene vinculante. Así parece desprenderse, además, del art. 96.4.c) RGS, que se refiere a la “obligación de iniciar el procedimiento de reintegro” del órgano gestor, lo que tendrá importantes consecuencias, como la posibilidad de que un tercero interesado pueda instar a la Administración a que proceda a dicho inicio y, llegado el caso, impugnar su inactividad ante los tribunales.

Parte de la doctrina ha considerado que el plazo de un mes previsto en el art. 51.1 LGS para iniciar el procedimiento de reintegro debe interpretarse como un plazo de caducidad de la acción¹⁶³. Tales dudas han surgido, probablemente, por el paralelismo existente entre la estructura consagrada por la LGS (procedimiento de control financiero-procedimiento de reintegro) y la estructura propia del ámbito tributario (procedimiento de inspección-procedimiento sancionador) y a raíz del plazo de caducidad de la acción incluido por el Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, en el art. 49 del anterior Reglamento General de la Inspección de los Tributos, de conformidad con el cual, transcurrido un determinado plazo (de uno o tres meses, según los casos) desde la finalización del procedimiento de inspección-liquidación sin que se hubiera ordenado la iniciación del procedimiento sancionador, el mismo no podía ya iniciarse¹⁶⁴.

petición”. Realmente, y como el mismo autor señala más adelante, en p. 373, se trata de facultades, como el deber de colaboración de terceros del art. 46 LGS, que ni siquiera se prevén para el procedimiento de reintegro. Desde un punto de vista formal, se ha destacado que el art. 51.1. LGS use el término “deberá”, con un inequívoco sentido de mandato. Vid., Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 226.

¹⁶³ Entre otros, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 266, considera que “transcurrido ese plazo de un mes ya no será posible la iniciación de un procedimiento de reintegro sobre la base del informe de control financiero de las subvenciones”.

¹⁶⁴ Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, cit., pp. 585-596. En efecto, el anterior art. 49.2.j) del Reglamento General de la Inspección de los Tributos disponía que “(...) si transcurridos los plazos previstos en el apartado 2 del art. 60 de este Reglamento, en relación con las actas de conformidad, y en el apartado 4 del mismo, respecto de las actas de disconformidad, no se hubiera ordenado la iniciación del procedimiento sancionador, el mismo no podrá iniciarse con posterioridad al transcurso de tales plazos, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley General Tributaria en materia de revisión de actos administrativos”. El art. 60.4 del mismo Reglamento establecía por su parte que “cuando el acta sea de disconformidad, a la vista del acta y su informe y de las alegaciones formuladas, en su caso, por el interesado, dictará el acto administrativo que corresponda dentro del mes siguiente al término del plazo para formular alegaciones”. De la lectura conjunta de ambos artículos, y de conformidad con la doctrina mantenida por el TEAC, la jurisprudencia interpretó que se trataba de un plazo de caducidad de la acción para sancionar.

Tal interpretación, sin embargo, debe rechazarse de plano. En primer lugar, la equiparación entre ambos regímenes no parece adecuada. En efecto, el reintegro no es una sanción, como hemos desarrollado más atrás, y, en consecuencia, no parece oportuno trasladar garantías nacidas en la lógica garantista del ámbito sancionador a ámbitos distintos a este, dado el peligro de paralización de la acción administrativa¹⁶⁵.

En segundo lugar, el principio general contenido en el art. 63 LRJPAC impone la consideración del inicio del procedimiento de reintegro fuera de este plazo de treinta días como una mera irregularidad no invalidante. Aún más, la Ley prevé más plazos para otros trámites que eventualmente pueden darse en este momento (en concreto, para el caso en que se sustanciara el procedimiento de discrepancia que a continuación se verá), sin que quepa considerarlos a todos y cada uno de ellos como plazos de caducidad respecto de la acción de reintegro¹⁶⁶.

En tercer lugar, el art. 42.2 LGS, que contiene la regulación genérica acerca del trámite de iniciación del procedimiento de reintegro, no establece ni plazo alguno ni consecuencias por la tardanza en su iniciación. En consecuencia, resultaría sorprendente que el mismo órgano dispusiera y no dispusiera de plazo para iniciar el procedimiento de reintegro (más allá de la prescripción de cuatro años prevista en el art. 39 LGS), dependiendo de algo tan aleatorio como es el origen de la denuncia.

En cuarto lugar, esta interpretación supondría dejar en manos del órgano concedente la decisión de proceder o no proceder a la apertura del procedimiento de reintegro, dado que para no iniciarlo le bastaría con dejar pasar el plazo de un mes. Si esto hubiera sido lo querido por el legislador, es decir, si el legislador verdaderamente hubiera deseado dejar en manos del órgano concedente el poder de decidir la apertura de un procedimiento de reintegro, ¿para qué inventar, entonces, un sistema de resolución de discrepancias tan completo como el del art. 51 LGS?

Las dudas se han despejado, finalmente, con la aprobación del RGS. En efecto, el art. 96.4 RGS, que se encarga de regular las consecuencias del transcurso del plazo

¹⁶⁵ Además, y como acertadamente pone de manifiesto Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, cit., en el ámbito tributario “es el mismo órgano que controla quien instruye el expediente sancionador”, lo que, aunque de forma dudosa, podría justificar la caducidad de la acción por la injustificada inactividad de un órgano que ya ha decidido sobre la necesidad de incoar el procedimiento sancionador y, a pesar de ello, no lo hace. Esta coincidencia orgánica, sin embargo, no se da en el ámbito del control financiero de subvenciones. Ni tampoco, en consecuencia, la coincidencia entre el momento en que se emite un informe favorable al reintegro y el momento en que el órgano competente estima la necesidad de proceder al mismo.

¹⁶⁶ En idéntico sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 132 a p. 438, estima que “la superación del plazo de un mes sin iniciar el procedimiento [de reintegro] ni formular discrepancia dará lugar a la posible reacción de la Intervención o incluso a responsabilidades disciplinarias. Pero desde luego no afectará a la validez de la iniciación tardía ni a la del procedimiento ni a la de la resolución que finalmente se dicte. Desde este punto de vista es sin duda una irregularidad no invalidante (art. 63.3 LRJPAC)”.

de un mes sin que se haya iniciado el procedimiento de reintegro ni se haya planteado la oportuna discrepancia, prevé el levantamiento automático de las medidas cautelares que se hubieran adoptado en el procedimiento de control financiero, así como que no se entenderá interrumpido el plazo de prescripción por las actuaciones de control financiero que dieron lugar a la propuesta de inicio del procedimiento. Sin embargo, “el órgano gestor no quedará liberado de su obligación de iniciar el procedimiento de reintegro”, de lo que se deduce que el plazo de un mes no puede considerarse como un plazo de caducidad de la acción.

Finalmente, y como ya adelantamos, en caso de discrepancia del órgano concedente con la procedencia del reintegro estimada por el informe de control financiero, la IGAE “podrá emitir informe de actuación dirigido al titular del departamento del que dependa o esté adscrito el órgano gestor de la subvención”, dándole traslado también a este último. El titular del departamento, en el plazo de dos meses, comunicará a la IGAE su conformidad (que vinculará al órgano gestor) o su disconformidad con el informe. La IGAE podrá impugnar esta última decisión ante el Consejo de Ministros, en caso de que el importe de la subvención sea superior a 12 millones de euros, o ante la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, en los demás casos.

A través de este sistema, fuertemente inspirado en el sistema de reparos propio del ámbito presupuestario, la iniciación del procedimiento de reintegro dejaría de ser resultado de la “petición razonada de otro órgano” y pasaría a ser, si finalmente se decide iniciar el procedimiento, “consecuencia de una orden superior”¹⁶⁷.

Cabe destacar, asimismo, que en toda esta tramitación previa a la iniciación del procedimiento de reintegro el beneficiario no tiene posibilidad de expresar su opinión. Aún más, ni siquiera será informado de cuanto ocurre, dado que la última información que se le notifica es el informe que ha puesto fin al procedimiento de control financiero (art. 50.2 LGS). De este modo, “la relación del obligado lo es siempre con los órganos gestores”¹⁶⁸. Sin embargo, no es seguro que esta situación sea plenamente respetuosa con los derechos de los administrados¹⁶⁹. En especial si se admite

¹⁶⁷ En este último caso, Cristina BUENO MALUENDA, “El control financiero de subvenciones”, Fernando LÓPEZ RAMÓN (COORD.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 151, entiende que el órgano gestor volverá a contar con un plazo de un mes para iniciar el procedimiento de reintegro.

¹⁶⁸ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 339.

¹⁶⁹ Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, cit., pp. 586 y ss., indica que la jurisprudencia no ha apreciado la necesidad de reconocer aquí trámite de audiencia alguno: “según esta jurisprudencia siempre que el informe de control interno sea puesto en conocimiento del sujeto auditado para formular alegaciones (...) se cumple este trámite de audiencia”. No obstante, dicha jurisprudencia se basaba en el sistema anterior de control financiero, en el que había dos informes: uno provisional, al que el beneficiario podía presentar alegaciones, y otro final que determinaba, en su caso, la procedencia de iniciar el procedimiento de reintegro. La nueva regulación del control financiero de subvenciones, sin embargo, elimina esta posibilidad. El administrado no dispone de ocasión alguna de manifestar su parecer en el seno de tal procedimiento, más allá de presentar los

que, en determinados casos, estos podrían ofrecer argumentos convincentes que se opusieran a la iniciación del procedimiento de reintegro.

D. Excepciones que el beneficiario puede oponer frente al inicio de un procedimiento de reintegro

Lo normal no será que el administrado se oponga a la iniciación del procedimiento, sino que sus alegaciones irán dirigidas, más bien, a evitar la declaración de reintegro a la que se encamina dicho procedimiento. Sin embargo, existen algunas circunstancias que parece que podrían impedir la apertura misma del procedimiento de reintegro.

Entre ellas se encontraría, en todo caso y como mínimo, la expiración del plazo de prescripción de cuatro años previsto en el art. 39 LGS (o el plazo que, en su caso, corresponda) para que la Administración pueda proceder a reconocer o liquidar el reintegro. En efecto, en la medida en que la prescripción constituye una cuestión de orden público, que opera *ope legis*, puede ser apreciada de oficio sin necesidad de tramitar procedimiento alguno¹⁷⁰.

También podría alegarse que la Administración ya hubiera tramitado previamente un procedimiento de reintegro en el que se hubiera llegado a la conclusión de que el beneficiario no había cometido incumplimiento alguno¹⁷¹.

documentos que le sean requeridos por los órganos de control. Podían haber dudas, en consecuencia, sobre la aplicabilidad de esta jurisprudencia en la actualidad. Aún más, esta misma jurisprudencia, interpretada *sensu contrario*, parece que obligaría, al menos, a incluir el trámite de audiencia que la LGS omite en el procedimiento de control financiero.

No parece, sin embargo, que nada de ello vaya a ocurrir. Antes al contrario, la jurisprudencia incluso ha admitido que no resulta necesario notificar a los beneficiarios los informes de control, siempre que no se cause indefensión. En este sentido se expresa la STS de 27 de enero de 2004, Sección cuarta, Ar. 952 (ponente: MARTÍ GARCÍA), confirmando la sentencia de instancia (STSJ de Madrid, de 16 de diciembre de 1999). En los hechos, la entidad *Vinicola del Suroeste, S.A.*, fue objeto de una resolución del Director General del SENPA que disponía la devolución de 2.218.692.579 pesetas en concepto de restituciones a la exportación de mostos de uva concentrados desduanados en Suecia. La tramitación del expediente fue resultado, en último término, de un informe emitido por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de 30 de junio de 1995, que no fue notificado a *Vinicola del Suroeste, S.A.* El TS considera que la falta de notificación del informe no produjo indefensión pues, en palabras de la sentencia objeto de recurso, la recurrente "tuvo conocimiento [del informe] con la resolución administrativa la cual impugnó no solo en vía administrativa sino también en la vía judicial, por lo que no se ha producido indefensión material que es la única que puede determinar la nulidad de las actuaciones administrativas".

¹⁷⁰ En este mismo sentido, Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., pp. 454-455, también estima que la prescripción del reintegro opera *ope legis* y que por ello mismo es apreciable de oficio, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Civil.

¹⁷¹ Tan curiosa situación es la recogida en la STS de 21 de marzo de 2007, Sección cuarta, Ar. 4596 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA). En el supuesto de hecho, la Junta de Andalucía había concedido en noviembre de 1995 una subvención de 75.971.250 pesetas al Ayuntamiento de Huelva para la realización de un programa socio-cultural en el medio urbano. En noviembre de 1998, se le notificó al Ayuntamiento el inicio de un procedimiento de reintegro por no haber presentado la documentación justificativa de los gastos de impartición de los cursos, reclamando la cantidad anticipada, 75% de la subvención, más los intereses generados, y

En tercer lugar, la jurisprudencia también ha considerado como causa que impediría la iniciación del procedimiento de reintegro la caducidad del procedimiento de control financiero, hasta el punto de que, si llegara a tramitarse dicho procedimiento y acabara con una resolución por la que se acordara el reintegro, dicha resolución sería nula¹⁷².

Esta última posibilidad, sin embargo, y aun partiendo de un planteamiento correcto, resulta insostenible. Esto es, debe aceptarse que el plazo del art. 49.7 LGS es un plazo de caducidad. Ahora bien, dicha caducidad solo afectará al procedimiento de control financiero, único existente hasta ese momento. En consecuencia, si con posterioridad a que se produzca la caducidad del procedimiento de control financiero se incoar un procedimiento de reintegro y, dentro del plazo de 12 meses previsto en el art. 42 LGS, se notifica la resolución que le pone fin, dicha resolución de reintegro será perfectamente válida. Como mucho, y aplicando *mutatis mutandis* lo previsto en el art. 96.4 RGS, al que ya hemos hecho referencia, la caducidad del procedimiento de control financiero implicará que las actuaciones seguidas en él no deberán ser tenidas en cuenta a efectos de interrupción de la prescripción de la acción de reintegro, así como el levantamiento automático de las medidas cautelares que se hubieran acordado durante el procedimiento de control financiero. Cualquier otra solución resultaría absurda e incoherente con el resto de la LGS. Piénsese que el acuerdo de iniciación del

concediendo un plazo de quince días para presentar alegaciones. El Ayuntamiento presentó la documentación oportuna, dando lugar a una resolución de la Administración concedente de junio de 1999 por la que se reconocía que el Ayuntamiento había acreditado documentalmente la aplicación de la cantidad percibida y que esta se había aplicado a la finalidad para que se concedió la subvención. Sin embargo, en julio de 2000 la Junta de Andalucía acordó el inicio de un nuevo expediente de reintegro por el total de la subvención más los intereses de demora por no haber presentado el Ayuntamiento la documentación justificativa requerida. A juicio de la sentencia, sin embargo, “este segundo requerimiento no podía ir más allá de la pretensión de que se justificase el empleo del 25% restante de la subvención” pues lo contrario implicaría que la certificación emitida en relación con el primer expediente de reintegro “careciese de valor alguno y no expresase la justificación del empleo de los fondos a los que se refería para el objeto de la subvención, y que dio conformidad a aquella justificación dejando sin efecto el procedimiento de reintegro iniciado”.

El fallo de esta sentencia, por otra parte, no deja de ser peculiar: “Estimamos en parte el recurso (...) y declaramos la obligación del Ayuntamiento de Huelva de justificar que la suma de 18.992.812 pesetas que aparecen contabilizadas en su Tesorería (...) se destinaron en todo o en parte al objeto para el que se otorgaron en concepto de subvención, lo que deberá acreditarse en ejecución de Sentencia, y de no producirse esa justificación declaramos la obligación de reintegro de la cantidad que resulte no justificada más el interés de demora desde el momento del pago de la subvención”. Es decir, se condena a realizar algo que ya se debería haber realizado y a un hipotético reintegro en caso de incumplir una obligación ya incumplida.

¹⁷² A tan sorprendente conclusión, que supone, en la práctica, inventar un nuevo caso de caducidad de la acción, llega la SAN de 11 de febrero de 2009, Sección primera, Ar. 262 (ponente: VEIGA NICOLE), dictada en relación con una resolución de reintegro de restituciones a la exportación acordada por el FEGA contra la entidad *Transporte Urgente Frigorífico, S.L.* La sentencia considera que “el procedimiento de control financiero, con anterioridad a la Ley 38/2003, venía considerándose por la jurisprudencia como actuaciones previas al inicio del expediente. Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2003 es pacífico que el plazo contemplado en el artículo 49.7 de la misma es un plazo de caducidad”, citando en este sentido las SSTs de 24 de enero y 8 de noviembre de 2007. Sentado lo anterior, y dado que “la sentencia de instancia no cuestiona ni que el procedimiento seguido por la Administración corresponda a un procedimiento de control financiero ni que hayan o no transcurrido los 12 meses desde la notificación de su inicio hasta la emisión del informe ni la determinación del día inicial y final de dicho plazo”, la sentencia declara la nulidad de la resolución de reintegro.

procedimiento de reintegro, como la de cualquier otro procedimiento, puede adoptarse por propia iniciativa del órgano competente, por orden superior e incluso por denuncia, no siendo la solicitud motivada de otro órgano (a la que en última instancia se reconduciría, según vimos, la iniciación propuesta por el informe resultado del control financiero), más que una posibilidad entre otras.

Existen, asimismo, otro buen número de circunstancias, que aunque generalmente sean alegadas por los beneficiarios sometidos a un procedimiento de reintegro en el curso del mismo, se orientan, en realidad, a negar la posibilidad misma de su tramitación. Con carácter general, todas ellas son reconducibles, aunque presenten importantes diferencias, a una misma categoría: el reconocimiento, por distintos órganos y con distinto grado de firmeza, de que no se ha producido el incumplimiento que, con posterioridad al informe del control financiero, se les imputa y origina la apertura del procedimiento de reintegro.

Con frecuencia, la alegación va referida a que el mismo órgano concedente, bien con anterioridad al pago, bien con posterioridad al mismo, ha aceptado como válida la justificación presentada por el beneficiario en relación con el cumplimiento de todas sus obligaciones. De este modo, lo que se plantea es que la iniciación de un procedimiento de reintegro en el que se duda de una realidad que previamente se ha reconocido, supondría una vulneración, cuando menos, del principio *venire contra factum proprium non valet*, si no una verdadera anulación encubierta de un acto favorable.

La jurisprudencia, sin embargo, se ha mantenido constante en rechazar este tipo de alegaciones, en todas sus distintas variantes.

Desde luego, se niega todo valor a la aceptación tácita de la memoria justificativa presentada por el beneficiario y que pueda atribuírsele al órgano concedente por no haber expresado rechazo a la misma. En estos casos, los beneficiarios argumentan que “surge una aceptación tácita que impediría una actuación posterior de control y reintegro allí donde hubiera habido ausencia de reparos por parte de la Administración gestora de la subvención cuando el beneficiario presentó (...) la documentación dirigida a justificar su correcta aplicación”. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado que “cabe deducir con toda naturalidad que aquella ausencia de reparos por parte de la Administración gestora de la subvención no excluye en sí misma o por sí sola el posterior control financiero de la Intervención General de la Administración del Estado, ni el reintegro de lo percibido o de parte de ello si así procediera”¹⁷³.

¹⁷³ STS de 15 de abril de 2009, Sección cuarta, Ar. 205955 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ), en relación con una resolución de reintegro dictada contra *Caritas española* por el incumplimiento parcial de la obligación de

Y el mismo tratamiento reciben los simples informes de aprobación parciales del órgano concedente¹⁷⁴. El motivo último se encuentra en la provisionalidad de tales informes o de las manifestaciones equivalentes emanadas del órgano concedente.

La jurisprudencia ha rechazado también que la declaración de cumplimiento de las obligaciones del beneficiario por parte de otras Administraciones pueda impedir la tramitación del procedimiento de reintegro. En estos casos, además, el razonamiento resulta más sencillo por cuanto basta con argumentar que tales declaraciones constituyen simples informes no vinculantes. Ahora bien, que no sean vinculantes no implica que no deban ser tenidos en cuenta por el órgano competente para proceder al reintegro. Antes al contrario, para separarse de ellos la jurisprudencia ha señalado la existencia de una obligación de motivación expresa¹⁷⁵.

El supuesto, sin embargo, no es en absoluto infrecuente. En efecto, dada la compleja estructura de la distribución competencial en materia económica entre Estado y Comunidades Autónomas, no es del todo raro que un régimen de subvenciones implique la participación de Administraciones procedentes de ambos niveles. Así

justificar la aplicación de unas subvenciones. En sentido parecido, la STS de 15 de julio de 2008, Sección tercera, Ar. 3437 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de una ayuda de 37.848.960 pesetas concedidas para la realización de un proyecto en Alajeró (isla de la Gomera) para actividad de fabricación de aglomerados asfálticos, niega que el acto “por el que se aprueba el Presupuesto de subvención sea un acto declarativo de derechos, pues se trata de un acto de mero trámite, consistente en la liquidación de la subvención que es independiente del cumplimiento y que puede ser previo al mismo”.

¹⁷⁴ En el caso enjuiciado por la STS de 10 de mayo de 2007, Sección cuarta, Ar. 5828 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR), el Ayuntamiento de A Coruña recibió una subvención concedida por el INEM para gastos de formación y perfeccionamiento, cuyo pago se realizó de modo fraccionado, a medida que se fueron realizando las distintas fases del proyecto y bajo presentación de la documentación acreditativa requerida. Concluido el proyecto, el INEM dictó resolución de reintegro, que es combatido por el Ayuntamiento con el argumento de que la aprobación en fechas sucesivas de las facturas y justificaciones presentadas por el Ayuntamiento suponía respecto a cada aprobación un acto declarativo de derechos que no cabía revocar. La sentencia, por el contrario, rechaza el argumento indicando que “ello supone ignorar que nada obsta para que se realice una actuación de los órganos competentes en materia de fiscalización e intervención, sino que por el contrario ello resulta propiciado por nuestro ordenamiento jurídico y en el caso de autos dichos órganos no hicieron sino controlar la actividad realizada (la del Ayuntamiento pero también la del INEM) para comprobar si se cumplían los requisitos”.

¹⁷⁵ En este sentido, la STS de 24 de enero de 2007, Sección segunda, Ar. 1327 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), recaída en relación al reintegro de una ayuda concedida a *Thomson Telecom España, S.A.U.*, en el marco de la normativa sobre incentivos económicos regionales, sostiene que “en cuanto a los «controles superados», baste decir que el único realmente determinante para apreciar el grado de cumplimiento es el que incoó la Administración titular de la competencia al efecto, que no es sino la estatal (...) informes anteriores públicos (de la Administración autonómica) o privados (de una empresa auditora) tampoco suplen en modo alguno la actuación de verificación encomendada a aquella Administración. Reiteradamente hemos subrayado que la decisión final no queda en modo alguno vinculada por el contenido de aquellos otros informes y que la Administración estatal puede, *justificándolo debidamente* (...), apreciar el incumplimiento no obstante aquello”. También la STS de 19 de junio de 2007, Sección tercera, Ar. 5258 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), dictada en relación con la pérdida del derecho al cobro de una subvención concedida a *Metals Research, S.A.*, en el marco de los incentivos económicos regionales, afirma que “el informe del órgano autonómico es provisional, y no constituye una aprobación definitiva, que corresponde otorgar a la Administración concedente de la subvención”. De este modo, incluso el hecho de que tenga carácter favorable “no impide que la autoridad que tiene la competencia para resolver pueda apartarse de esos informes no vinculantes, *a la vista de determinadas circunstancias no apreciadas debidamente* en los mismos”.

ocurre con los incentivos económicos regionales regulados en la Ley 50/1985¹⁷⁶, pero también con ciertos regímenes de ayudas de la Unión¹⁷⁷.

Entre estos últimos, y en el ámbito específicamente agrícola, el art. 10.2 del Real Decreto 257/1999, de 2 de febrero, establece que “la Agencia para el Aceite de Oliva [pertenece a la Administración General del Estado], cuando compruebe en el desarrollo de sus funciones el incumplimiento de las condiciones que dan derecho a la obtención de las ayudas, o de hechos que impliquen una infracción administrativa a las normas que regulan el otorgamiento de dichas ayudas, dará cuenta de su actuación al Órgano que tenga la competencia para la gestión de la ayuda [pertenece a una Administración autonómica] a fin de que sea incoado el correspondiente expediente administrativo”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Además de las sentencias ya indicadas, es posible encontrar ejemplos de ello en la STS de 15 de julio de 2008, Sección tercera, Ar. 3437 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), que niega toda relevancia al hecho de que “la Administración autónoma de Canarias informó positivamente el cumplimiento (...) pues tal informe no tiene la consideración de vinculante, pudiendo la Administración del Estado apartarse de él cuando considere que incurre en error o apreciación indebida de los hechos”. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 23 de noviembre de 2007, Sección tercera, Ar. 8863 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), recaída en relación con el reintegro de una subvención concedida a *Golf Cáceres, S.A.*, para un proyecto de hotel con restaurante, en el marco de la normativa sobre incentivos regionales. La beneficiaria alegó la vulneración de los principios de buena fe, seguridad jurídica, derechos adquiridos y confianza legítima, al considerar que la Junta de Extremadura reconoció el cumplimiento de las obligaciones, a pesar de lo cual la AGE declaró su incumplimiento. La sentencia, de conformidad con la normativa aplicable en el momento de los hechos (Real Decreto 1535/1987), señala que “la competencia de la Administración autonómica es de cooperación con la Administración estatal, a la que corresponden las funciones de control de los incentivos (art. 35), de comprobación (art. 34) y de resolución (art. 35), sin que en ningún caso, los informes y decisiones de aquella sean vinculantes para esta a la hora de tomar decisiones (...) El beneficiario de la subvención no puede verse afectado en su confianza ni en su buena fe, cuando conoce o debió conocer los requisitos a que el otorgamiento de los beneficios estaba sometido, y una vez aceptada la subvención no puede invocar su desconocimiento, cuando expresamente se somete al régimen legalmente aplicable”.

¹⁷⁷ Especialmente paradigmática resulta la STS de 25 de noviembre de 2008, Sección tercera, Ar. 6009 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), recaída en relación con el reintegro de una subvención concedida a la Diputación Provincial de Sevilla para la ejecución del Programa Operativo de apoyo a las PYMES de dicha provincia, cofinanciada con fondos de la Unión. La Diputación sevillana consideró vulnerados los principios de seguridad jurídica, buena fe, confianza legítima y el que prohíbe venir contra los actos propios, dado que las ayudas fueron destinadas a inversiones conocidas y amparadas por el Comité de Seguimiento establecido con la finalidad de controlar la gestión de la ayuda, el cual no opuso reparo alguno a los gastos subvencionables. La sentencia estima, sin embargo, que “la actuación del Comité de Seguimiento no vincula la facultad de control por parte de la Administración a través de la Intervención General de la Administración del Estado, como así expresamente lo reconoce la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de Subvenciones”. Debe indicarse, sin embargo, que la LGS no resultaba aplicable al presente supuesto por ir referido a un programa de ayudas varios años anteriores a su entrada en vigor.

¹⁷⁸ Por ello mismo, y como recuerda la STSJ del País Vasco de 13 de julio de 2000, Sección tercera, Ar. 2115 (ponente: DÍAZ PÉREZ), la emisión de un informe en el que se detectan irregularidades, con posterioridad a un primer informe en el que se acepta la solicitud de ayuda presentada, no implica una revisión de oficio de este. En el supuesto enjuiciado, y tras aceptar y pagar una solicitud de ayuda al consumo de aceite de oliva presentada por *Koipe, S.A.*, la Agencia para el Aceite de Oliva emitió un informe en el que establecía que parte de las cantidades de aceite subvencionadas no reunían los requisitos de calidad necesarios para recibir las ayudas (analítica de ceras), ordenando el reintegro de tales cantidades. La sentencia aclara que “no se trata (...) de la revisión de oficio de un acto administrativo sin respetar lo establecido en los artículos 102 y 103 Ley 30/1992, sino del ejercicio por parte de la Agencia para el Aceite de Oliva de actividades de control en cumplimiento de lo establecido [en la normativa aplicable]”.

La misma situación puede producirse en relación con ciertas ayudas de la Unión, concedidas directamente por la Comisión pero en cuyo control colaboran los Estados miembros. También en estos casos el TJCE ha declarado que el informe favorable del Estado no obsta a que la Comisión, en caso de que detecte irregularidades, pueda declarar el reintegro de tales ayudas¹⁷⁹.

En todo caso, el grueso de los problemas se plantean cuando es el propio órgano concedente quien ha emitido un acto declarando la conformidad de la actuación del beneficiario (lo que frecuentemente adoptará la forma de acta de liquidación) y, posteriormente, los órganos de control interno (la IGAE en el caso del Estado y las distintas Intervenciones en el caso de las demás Administraciones públicas) tramitan un procedimiento de control financiero en el que se descubren irregularidades.

La jurisprudencia ha manejado fundamentalmente tres argumentos que justifiquen esta forma de actuar frente a las alegaciones de vulneración de la buena fe, la confianza legítima, el *venire contra factum proprium*, etc.: el carácter provisional de los actos que aceptan el cumplimiento, la imposible aparición de una confianza “legítima” a favor de quien incumple sus obligaciones y la obligación de proceder a controles posteriores a la declaración de cumplimiento y al pago por imposición de la propia normativa reguladora de la subvención¹⁸⁰.

En primer lugar, se ha sostenido el carácter necesariamente provisional e interino de los actos administrativos de los que se pretende deducir la estabilidad de la situación creada. La realidad es que dicho carácter es innegable y que, en la mayor parte de las ocasiones, el órgano concedente se limita a dejar constancia de la recepción de la justificación, sin entrar propiamente a comprobar la realidad y

¹⁷⁹ En este sentido, la STPI de 29 de septiembre de 1999, *Sonasa/Comisión*, as. T-126/97, dictada en relación con una ayuda directa concedida por la Comisión a una empresa portuguesa con cargo al Fondo Social Europeo (FSE), estimó que “la demandante no puede mantener válidamente que el pago total o parcial de las ayudas por el [órgano competente portugués], después de que este aceptase el balance financiero presentado con la solicitud de pago del saldo, hizo nacer su confianza legítima en el pago definitivo de la totalidad de la ayuda inicialmente aprobada”, ap. 40. “Procede recordar que es la Comisión quien se pronuncia sobre las solicitudes de pago del saldo y que es a ella –y solamente a ella– a quien incumbe la facultad de reducir una ayuda económica”, ap. 41. En consecuencia, “todo pago efectuado por las autoridades nacionales competentes debe considerarse provisional, por cuanto está supeditado a la decisión final adoptada por la Comisión”, ap. 42.

¹⁸⁰ A estos argumentos cabría añadir un cuarto, ciertamente marginal en la jurisprudencia: la negación de que el acto (expreso o tácito) por el que se admite el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario sea un acto “declarativo de derechos”. En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Cuentas 16/03, de 23 de diciembre. En el supuesto enjuiciado, el beneficiario de una subvención justificó el cumplimiento de sus obligaciones ante la Administración concedente con facturas duplicadas, siendo aceptadas como justificación suficiente. Posteriormente, la IGAE descubrió el fraude y se inició un juicio de responsabilidad contable ante el Tribunal de Cuentas. Impugnada la legitimación de la Administración concedente por considerar que esta reconoció la debida justificación de la subvención mediante actos que eran declarativos de derechos, el Tribunal de Cuentas establece que “de las actuaciones llevadas a cabo por la AGE, por un lado la admisión de facturas presentadas por la demandada como justificativas de la aplicación de los fondos recibidos como subvención, y por otro, la cancelación de los avales (...), únicamente este último podría considerarse como un acto declarativo de derechos, en cuanto supresión de una carga”.

veracidad de esta¹⁸¹. Cuestión distinta es que, también en la mayor parte de las ocasiones, dicho acto provisional sea el último. Es decir, que tras él la relación jurídica subvencional se dé por terminada, sin que el órgano concedente vuelva a desarrollar nuevas actuaciones¹⁸².

En segundo lugar, y entroncando con un razonamiento que desarrollaremos en un epígrafe posterior, algunos pronunciamientos niegan la posibilidad de que pueda generarse confianza legítima alguna en favor del beneficiario de una subvención que ha incumplido sus obligaciones¹⁸³.

¹⁸¹ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 507, ha sostenido que el carácter interino o provisional del acto en el que se ha declarado el correcto cumplimiento de las obligaciones del beneficiario, así como el hecho de que esté basado en controles formales o sumarios, es un requisito imprescindible en todo caso, dado que, “si no es así, si ya hubo un control pleno, si se discutieron con el interesado los eventuales incumplimientos y si, tras ello, el órgano gestor declaró el incumplimiento, no cabe que después ello no valga nada ante el informe de control financiero de la Intervención”.

¹⁸² Un buen ejemplo de esta situación se encuentra en la STS de 16 de mayo de 2007, Sección cuarta, Ar. 5855 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA). En los hechos, el Instituto Nacional de Empleo, a través de su Dirección Provincial en A Coruña, concedió al Ayuntamiento de Betanzos una subvención para el desarrollo de un proyecto formativo en la Escuela Taller del Pasatiempo de Betanzos. El abono de la subvención se hizo de manera fraccionada, liquidándose a medida que se cumplían las fases del proyecto, produciéndose el último pago el 8 de octubre de 1996. Posteriormente, con fecha de 7 de marzo de 1997, la Dirección Provincial comunicó al Ayuntamiento que, tras el examen de las cuentas justificativas, resultaba un saldo favorable al INEM de 2.096.715 pesetas, saldo que fue abonado por el Ayuntamiento el 2 de julio de 1997, dado que la existencia del mismo había sido ya reconocida en el acta de liquidación firmada el 10 de febrero de 1997 por el Director Provincial y el Alcalde. Sin embargo, y como resultado de un informe realizado por la IGAE, el 9 de diciembre de 1999 se notifica al Ayuntamiento el inicio de un procedimiento de reintegro que concluye con resolución por la que se declara su obligación de devolver 232.115.915 pesetas. Ante estos hechos, el Ayuntamiento argumentó que la resolución de reintegro implicaba la revisión de oficio tácita (y, consecuentemente, con falta total y absoluta de procedimiento) de actos válidos, como el acta de liquidación de 10 de febrero.

La sentencia, sin embargo, consideró que “una cosa es que en ese acta se prestara conformidad inmediata a la documentación que pretendidamente justificaba el empleo de la subvención, y, otra bien distinta, que ese asentimiento que no dudamos en calificar como provisional no pudiera corregirse una vez que la Intervención General del Estado examinó toda la documentación obrante en el expediente, y sobre ella, y oída la Corporación, elevase la propuesta de resolución que dio lugar al acto aquí recurrido, y en el que comprobados los desfases existentes en el cumplimiento de los fines de la subvención se reclamó el importe allí consignado y los intereses de demora correspondientes. En definitiva, el control no se agotó con esa aquiescencia inmediata que se otorgó por medio del acta referida sino cuando realmente se efectuó el examen definitivo completo del empleo y destino de los fondos utilizados”. La sentencia, en definitiva, sostiene que no existe una verdadera revisión porque se dirige contra un acto que no es un acto perfecto, sino meramente provisional, interino.

¹⁸³ En este sentido, la STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación considera que la “naturaleza modal [de la subvención], que permite las comprobaciones ulteriores, obsta a la pretendida aplicación del principio de confianza legítima”. Es decir, el carácter modal de la subvención justificaría tanto la sucesión de controles sobre el mismo beneficiario como la imposibilidad de vulnerar su confianza legítima por los resultados que hayan podido ofrecer los primeros controles.

Con una argumentación distinta, también la STS de 19 de junio de 2007, Sección tercera, Ar. 5258 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), dictada en relación con la pérdida del derecho al cobro de una subvención concedida a *Metals Research, S.A.*, en el marco de los incentivos económicos regionales, niega la existencia de una confianza legítima. En concreto, se niega que el beneficiario haya realizado alguna actuación confiando, sobre la base del comportamiento de la Administración, en la estabilidad de la situación en la que se encuentra. En los hechos, con carácter previo a la resolución de la AGE acordando el reintegro se había dictado un informe favorable de cumplimiento por parte del órgano autonómico encargado del seguimiento de estas ayudas. La sentencia señala que el principio de confianza legítima “supone un actuar del administrado confiando en la previsible actuación de la Administración en el campo de la discrecionalidad, pero aquí, en primer lugar, no hay actuación realizada por el administrado motivada por esos informes, al menos no se indica cuál fue esa actuación, y en

En tercer lugar, y sobre todo, el principal argumento empleado por la jurisprudencia radica en que los controles posteriores a la realización, justificación y pago de la subvención se encuentran, con frecuencia, previstos en la propia normativa reguladora de la subvención y encargados a un órgano distinto del órgano concedente. En consecuencia, dicha normativa, conocida por el beneficiario y expresamente asumida cuando aceptó la subvención, impide que pueda alegar válidamente un desconocimiento de sus derechos cuando, a resultas de los controles exigidos por la misma, se dirija contra él un procedimiento de reintegro.

En efecto, la LGS prevé un doble sistema de control de la aplicación dada a la subvención. En primer lugar, el control del órgano concedente, previsto en el art. 32 LGS, se centra sobre todo en la documentación aportada por el beneficiario. Se trata de un control extensivo en los sujetos a los que se dirige, pero de escasa profundidad, como demostraría el hecho de que no se reconozca la posibilidad de emplear las facultades previstas en el Título III LGS al órgano concedente. En segundo lugar, el control financiero de la IGAE, de carácter intensivo y aleatorio y dirigido a controlar, con carácter exhaustivo, el empleo dado a la subvención percibida que sea objeto de investigación. Para ello se conceden incisivas potestades. Es decir, “el control financiero de subvenciones se regula en la Ley como un control de carácter disuasorio, y por tanto adicional al de gestión, al que en ningún caso sustituye; antes al contrario, el control financiero de la IGAE presupone el control ordinario realizado por los órganos concedentes, parte del mismo sumándose a las actuaciones ya realizadas por el órgano gestor”¹⁸⁴.

Como resulta evidente, es necesario articular ambos procedimientos de modo que no devenga inútil el procedimiento de control financiero como resultado de la aplicación del principio general de la vinculación a los actos propios de la Administración.

segundo término, no se está en el campo de la discrecionalidad, sino en el de la actividad reglada, porque ante un incumplimiento de condiciones la Administración no tiene otra posibilidad de actuación que la de denegar el pago de la subvención, que es lo que le impone el principio de legalidad”. La afirmación, sin embargo, es ciertamente dudosa. Por un lado, porque una de las virtualidades del principio de protección de la confianza es, precisamente, primar el valor de la seguridad jurídica sobre el principio de legalidad. Por otro lado, porque no es cierto (y menos aún en el ámbito de los incentivos económicos regionales, donde incluso se prevé normativamente la posibilidad de modificar el acto de concesión) que la Administración, ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del beneficiario, esté sin más obligada a declarar la pérdida del derecho al cobro.

¹⁸⁴ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 376. Ahora bien, esta simple situación no justifica, necesariamente, que el resultado del control financiero pueda apartarse de las conclusiones alcanzadas por el control realizado por el órgano concedente. Ello solo será posible cuando hayan aparecido nuevos datos que justifiquen un nuevo pronunciamiento en sentido distinto al que se produjo en primer lugar. En este sentido, José PASCUAL GARCÍA, *Las subvenciones públicas*, cit., p. 200, y Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, cit., p. 538.

Esta situación, por lo demás, tiene una especialísima importancia en el ámbito de las ayudas de la Unión, incluyendo destacadamente las ayudas agrícolas. Ejemplo prototípico de ello son las ayudas (restituciones) a la exportación¹⁸⁵. Sin embargo, por su especial claridad nos detendremos mínimamente en analizar la STS de 21 de octubre de 2008, Sección cuarta, Ar. 7146 (ponente: MARTÍ GARCÍA), recaída en relación con el reintegro de una ayuda a la producción del aceite de oliva.

En el supuesto de hecho, la Administración había reconocido y abonado, tras pagar un anticipo, la existencia de un saldo favorable a la entidad *A.R.Q. 2000, S.L.*, en tanto que beneficiaria de la ayuda. El pago de este saldo se realizó el 8 de octubre de 1999 tras la realización de hasta tres controles, efectuados por distintas Administraciones (CCAA y Agencia para el Aceite de Oliva), que confirmaron que el solicitante reunía los requisitos necesarios para ser beneficiario de la ayuda. Más de dos años después, la Administración realizó nuevos controles que le llevaron a determinar la improcedencia de la subvención, reclamando su reintegro. La defensa de *A.R.Q., S.L.*, planteó que tras “más de dos años sin recibir reparo alguno de la Administración y permaneciendo en su patrimonio el importe de la ayuda que, además, le había sido concedida tras superar tres controles, le hizo adquirir confianza en su propiedad definitiva y dispuso del efectivo como tuvo por conveniente, con el consiguiente perjuicio que comporta la tardía reclamación administrativa”. La sentencia, sin embargo, afirma que “en materia de subvenciones y ayudas comunitarias no cabe apreciar la existencia del principio de confianza legítima en los términos en que el recurrente lo aduce, esto es, para privar a la Administración de su derecho a comprobar si el beneficiario de la ayuda ha cumplido o no las condiciones o requisitos a que estaba obligado, pues el recurrente lo que pretende es, que una vez concedida la ayuda y abonada la cantidad que a ella corresponde, la Administración ha de partir obligatoriamente de esa realidad, pero ese no es el régimen aplicable a las ayudas, pues una vez concedidas y abonadas la Administración tiene por las normas que lo regulan el derecho a comprobar la realidad y el cumplimiento de las condiciones y requisitos que eran exigidos, sin que con ello vulnere el principio de confianza legítima, ni esté obligada a declarar lesivo el acuerdo que concede y abona la ayuda, pues este durante el plazo que las normas establecen, cuatro años, está sujeto a las comprobaciones y controles que la Administración realice”.

¹⁸⁵ La sentencia clave a este respecto parece ser la STS de 24 de febrero de 2003, cuya interpretación ha sido después aplicada por numerosos pronunciamientos, como la SAN de 24 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320576 (ponente: MARTÍN VALERO), dictada en relación con el reintegro de unas restituciones a la exportación de carnes de vacuno: “no puede invocarse como prueba de regularidad de las exportaciones que las mismas están correctamente documentadas mediante los certificados FEGA y los certificados sanitarios emitidos por funcionarios públicos, pues (...) la documentación comercial a presentar por los beneficiarios sometidos al control del Reglamento (CEE) 4045/89 no es la documentación que, en cumplimiento del Reglamento (CE) 800/99, incorporaron las solicitudes de restitución (...) y, por tanto, la información contenida en los mismos no permite conocer el verdadero origen, naturaleza, cantidad y calidad del producto exportado”.

En realidad, la pretensión de la entidad no podía ser más correcta: la Administración viene obligada a actuar como si el acto de reconocimiento y pago de la subvención fuera un acto firme y válido y, por tanto, “ha de partir obligatoriamente de esa realidad”. Ahora bien, no es menos cierto, como señala la sentencia en otro pasaje, que “la Administración tiene la obligación de comprobar la realidad y exactitud de las declaraciones efectuadas”, lo cual “está dentro del régimen propio de las ayudas que es y deber ser conocido por los beneficiarios de las mismas y por tanto los beneficiarios de la ayuda nada pueden alegar válidamente en contra de esa actuación inspectora y comprobadora de la Administración, que no solo está habilitada para ello sino hasta obligada para proteger y posibilitar el fin perseguido por la ayuda”. En todo caso, no deben confundirse dos cosas distintas: una cosa es que la Administración tenga la obligación de investigar sus propios actos y otra muy distinta que pueda revisarlos o dejarlos sin efectos libremente.

La relevancia de esta sentencia es aún mayor, si cabe, porque la subvención cuya entrega se había reconocido y abonado constituía, en realidad, una prima. Es decir, una ayuda económica a cuya percepción se tenía derecho simplemente por reunir ciertos requisitos, y cuya concesión se producía una vez que la Administración había comprobado su efectiva concurrencia. Nada que ver, en consecuencia, con las ayudas que se conceden para la realización de una actividad, cuya producción no es segura en el momento de concesión, y a la que quedan afectadas. En efecto, señala la sentencia que “no tiene trascendencia alguna la distinción que el recurrente hace respecto a las ayudas con destino concreto y ayudas o subvenciones de libre aplicación, como es la de autos, pues en unas y otras la Administración está habilitada por la norma para comprobar si se han cumplido o no las condiciones que motivaron la ayuda, que es lo que en el caso de autos la Administración ha hecho”.

Toda esta situación jurisprudencial se ha intentado normativizar a través del art. 43 LGS. Sin embargo, este artículo solo ha recogido parcialmente esta jurisprudencia. En efecto, de conformidad con su tenor literal, “el pronunciamiento del órgano gestor respecto a la aplicación de los fondos por los perceptores de subvenciones se entenderá sin perjuicio de las actuaciones de control financiero que competen a la Intervención General de la Administración del Estado”.

No es difícil apreciar cómo han quedado fuera de este precepto muchos de los supuestos que ocurren en la realidad y frente a los que ya existía solución jurisprudencial. Nada se dice de los casos en que el órgano gestor no se pronuncia (aceptación implícita de memorias justificativas) o en los que el informe procede de un órgano distinto. Asimismo, es criticable que únicamente se haga referencia a la IGAE y no al resto de órganos de intervención de otras Administraciones (ello explica, probablemente, que no tenga carácter básico), aun cuando se limita a consagrar una so-

lución que ya se encontraba en la jurisprudencia y que sería predicable de muchos otros órganos (tanto de la Intervención de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales como de los órganos de control externo)¹⁸⁶. La consecuencia de todo ello es que, a falta de previsión expresa en la normativa autonómica, habrá que estar a las construcciones jurisprudenciales arriba expuestas.

E. Consecuencias del inicio del procedimiento de reintegro. En especial, las medidas cautelares

La iniciación del procedimiento de reintegro dará lugar, en primer lugar, a la obligación de ponerlo en conocimiento del beneficiario de la subvención y del resto de interesados forzosos mediante la debida notificación. Desde el momento de dicha notificación la iniciación del procedimiento de reintegro también supondrá la interrupción del plazo de prescripción de la acción de reintegro de la Administración [art. 39.3.a) LGS].

Asimismo, el inicio del procedimiento permite adoptar todas las medidas cautelares que resulten oportunas y proporcionadas al fin perseguido con el mismo. Igualmente, el órgano concedente puede decidir mantener las medidas cautelares que ya se hubieran impuesto con anterioridad al inicio del procedimiento de reintegro¹⁸⁷. Aunque las medidas cautelares podrían tener un contenido muy diverso¹⁸⁸, la LGS se limita a prever expresamente la posibilidad de que se pueda acordar la suspensión de los libramientos de pagos de las cantidades pendientes de abonar al interesado (art. 35.1 LGS)¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Para Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 507, el art. 43 LGS “peca por defecto y por exceso: por defecto, al solo admitir el reintegro si es la Intervención la que ve un incumplimiento donde antes se declaró el cumplimiento; por exceso, al permitirlo respecto a cualquier pronunciamiento del órgano gestor”. Su segunda afirmación debe ser entendida, como expusimos más arriba, en relación con la exigencia de que el acto declarativo previo fuera un acto verdaderamente provisional.

¹⁸⁷ No se trata de confirmar las llamadas medidas provisionales, cuya aplicación no ha sido prevista por la LGS, lo que impediría su adopción (art. 72.2 LRJPAC). Se trata de confirmar las medidas cautelares que, de conformidad con el art. 49.5 LGS, hubieran podido adoptar los órganos de control financiero durante el procedimiento de control con el fin de “impedir la desaparición, destrucción o alteración de las facturas, documentos equivalentes o sustitutivos y de cualquier otro documento relativo a las operaciones en que tales indicios se manifesten”.

¹⁸⁸ Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, cit., p. 383, señala entre otras posibles medidas cautelares la prohibición de enajenar, la retención de devoluciones tributarias o la constitución de una garantía suficiente por parte del administrado, prevista como sustitución de la retención de pagos en el propio art. 35.3.c) LGS.

¹⁸⁹ José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pp. 241-244, recuerda que en el Derecho presupuestario no se prevé la posibilidad de pago aplazado de las obligaciones de la Hacienda Pública, lo que impide toda retención de pagos que no esté prevista legalmente, de modo que de no haberse incluido expresamente la previsión del art. 35 LGS, la suspensión de los libramientos de pago no habría sido posible. A pesar de esta afirmación, resulta difícil aceptar que sin esta previsión expresa no se podrían adoptar este tipo de medidas cautelares.

El art. 35.1 LGS parece prever la posibilidad de que la suspensión de los pagos venga determinada por una Decisión de la Comisión y, en efecto, así puede ocurrir, de nuevo en el ámbito de las ayudas de Estado, de conformidad con el art. 11.1 Reglamento n° 659/1999¹⁹⁰. Sin embargo, la obligación de cumplimiento de una eventual Decisión de este tipo no debe contemplarse como una medida cautelar ligada al procedimiento de reintegro, lo que conduciría a un callejón sin salida. En efecto, en una situación como la descrita, la Administración concedente no podría iniciar un procedimiento de reintegro dado que, por definición, aún no existiría una Decisión de recuperación de la Comisión. Dicha Decisión, en caso de que finalmente fuera adoptada, lo sería al final del procedimiento de investigación. Procedimiento en el que se inserta, precisamente, la Decisión de la Comisión ordenando la suspensión del pago.

De este modo, si la suspensión del libramiento de pago se prevé únicamente como una medida cautelar inserta en el procedimiento de reintegro, se llegaría a la indeseable consecuencia de que, al no poder iniciar procedimiento de reintegro alguno, tampoco sería posible adoptar dicha suspensión.

En consecuencia, para estos casos parece mucho más adecuado contemplar la suspensión de los pagos como una medida cautelar inserta en el procedimiento de concesión (al igual que las previstas en el art. 34 LGS) en lugar de en el procedimiento de reintegro¹⁹¹.

De esta medida cautelar solo merece destacarse, por lo extraño, la previsión de que la suspensión en ningún caso deberá ser superior al “importe que fijen la propuesta o resolución de inicio del expediente de reintegro, con los intereses de demora

¹⁹⁰ De conformidad con este artículo, “la Comisión, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, podrá requerir a dicho Estado miembro, mediante decisión, que suspenda toda concesión de ayuda ilegal en tanto en cuanto aquella no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común (...)”. A pesar de que el artículo hace referencia literalmente a la suspensión de la “concesión”, no cabe duda de que debe entenderse en el sentido de suspensión del “pago”. En efecto, la situación enjuiciada por la Comisión es siempre una situación fáctica, no meramente jurídica, de modo que lo importante (y, en consecuencia, lo que se trata de impedir en este caso) es que determinados agentes del mercado reciban ayudas que no son compatibles con el mercado interior por mejorar, de hecho, su situación competitiva.

¹⁹¹ Aunque para otros supuestos, también Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., pp. 230-231, parece aceptar que la retención de pagos puede ser acordada no solo en el procedimiento de reintegro, sino en el procedimiento de concesión. En concreto, el supuesto que contempla sería el de un administrado que recibió una subvención y que, posteriormente, solicita y le es concedida una segunda subvención, descubriéndose, antes de que se produzca el pago de la segunda subvención, que existen indicios de que procede el reintegro de la primera: “al igual que la previsión del art. 34.5 LGS, el pago de la subvención queda condicionado a la verificación de una aptitud y buena fe del beneficiario en relación con el cumplimiento de sus obligaciones de reintegro de subvenciones, pudiendo tener en tales casos un sujeto activo distinto del propio órgano concedente que declara la retención de pagos (art. 35 LGS) o la imposibilidad de pagar (art. 34.5 LGS)” (p. 231). Por eso señala más adelante que, en caso de que finalmente se determine la procedencia del reintegro, no se levantará la medida cautelar de suspensión de pagos en aplicación del art. 34.5 LGS: “no podrá realizarse el pago de la subvención en tanto el beneficiario no se halle al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, o sea deudor por resolución de procedencia de reintegro” (p. 234).

devengados *hasta aquel momento*". En efecto, la aplicación literal de este precepto daría lugar a que la medida cautelar nunca cubriría la totalidad de la cantidad que, en su caso, podría ser objeto de reintegro. No puede ser de otro modo, toda vez que el art. 37.1 LGS establece que la obligación de reintegro se extenderá al importe de la subvención y a los intereses devengados desde que se concedió "hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro", por lo que los intereses siempre serán, necesariamente, superiores a los calculados para adoptar la medida cautelar de suspensión del pago.

Asimismo, no deja de causar extrañeza esta opción del legislador (sin duda inspirada por los mejores deseos de aplicar el principio de proporcionalidad, esencial a la adopción de medidas cautelares), sobre todo al compararla con la previsión del art. 34.5 LGS. En efecto, el art. 34.5 LGS impide el pago de una subvención cuando se encuentre pendiente de pago una obligación de reintegro, sin especificar si el importe de la misma debe ser mayor o no que la nueva subvención. En consecuencia, cabría la posibilidad de que el órgano concedente no pudiera pagar una subvención de 1.000.000 de euros, aun cuando la obligación de reintegro pendiente de pago fuera de 500 euros. Lo mismo cabría decir, por lo demás, de las deudas con la Administración tributaria o con la Seguridad Social. En consecuencia, si la LGS prohíbe todo pago de una subvención cuando exista una deuda pendiente de pago, por ínfima que sea, en concepto de reintegro, la coherencia podría haber justificado que la medida cautelar de suspensión del pago lo fuera por la totalidad de la cantidad en que este consistiera. El problema, por supuesto, es la dificultad de calcular de otro modo los intereses, pues es imposible saber por adelantado cuándo se dictará la resolución acordando el reintegro.

Por otro lado, y como ya ha destacado la doctrina, no siempre será fácil calcular *a priori* el importe que pueda ser objeto de reintegro¹⁹².

4. La tramitación del procedimiento

Como ya indicamos, en principio, cada procedimiento de reintegro concreto deberá formarse según lo que estime procedente en cada caso el instructor, a partir de las piezas previstas en la LRJPAC. Así debe entenderse la remisión genérica realizada en la LGS a dicha norma¹⁹³. De hecho, ni siquiera la previsión específica de que en

¹⁹² A este respecto, y entre otros, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 232.

¹⁹³ También Manuel REBOLLO PUIG, "Capítulo X. El reintegro de subvenciones", cit., p. 486, considera que "parece la solución más fácil y acertada". Sin perjuicio de ello, y en la medida en que el reintegro forma parte del régimen jurídico de la subvención, se ha sostenido que los principios generales enunciados en el art. 8 LGS resultan de aplicación también en el procedimiento de reintegro: "los principios de eficacia, transparencia,

todo caso deba evacuarse el trámite de audiencia deberá respetarse con absoluto rigor, según tendremos ocasión de señalar más adelante.

A. *Sobre el deber de colaboración de los ciudadanos*

De conformidad con el art. 39 LRJPAC, la obligación de facilitar informes, inspecciones y otros actos de investigación solo podrá establecerse por ley, reserva legal que parece encontrarse suficientemente satisfecha en relación al beneficiario de la subvención [art. 14.1.c) LGS], a las entidades colaboradoras [art. 15.1.d) LGS] y, al menos parcialmente, a los “terceros relacionados con el objeto de la subvención” (art. 46.1 LGS).

Manuel REBOLLO ha denunciado que la LGS solo prevé potestades de control e inspección para la IGAE y en el marco del procedimiento de inspección y control, y no con carácter general para la Administración y, en particular, para el procedimiento de reintegro, donde también podrían ser necesarias¹⁹⁴.

Y es cierto que muchas de las obligaciones y deberes de colaboración que la LGS impone van referidas al procedimiento de control financiero, pero no al procedimiento de reintegro. Así ocurre, por ejemplo, con la mencionada obligación de los terceros relacionados con el objeto de la subvención (art. 46 LGS) y con la tipificación como infracción leve, en el art. 56.g) LGS, de “la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones *de control financiero*”.

Sin duda, esta situación se debe a que la LGS parece partir de una sucesión ideal de procedimientos en la que se tramitaría, en primer lugar, un procedimiento de control realizado por la IGAE y solo posteriormente un procedimiento de reintegro, al que además seguiría, en su caso, un procedimiento sancionador. La realidad, sin embargo, es que lo más habitual será que solo se produzca el segundo de tales procedimientos y a partir de los indicios recavados por el propio órgano concedente. De este modo, lo más frecuente será que, durante el procedimiento de reintegro, el órgano concedente deba recopilar todos los datos e informaciones necesarios para confirmar la procedencia del reintegro, para lo que necesitará, como no podía ser de otro modo, la colaboración del beneficiario.

no discriminación, eficiencia... En último término el reintegro supone la gestión de un ingreso de Derecho público por parte de la Administración, que como tal ha de responder de los principios consagrados en la Constitución Española (artículo 103) y en la normativa aplicable”. Vid., Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 60.

¹⁹⁴ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 491 y 492, quien también considera necesario recurrir a otras leyes estatales y autonómicas con el fin de conseguir la cobertura legal exigida por el art. 39 LRJPAC para establecer las obligaciones de colaboración en el procedimiento de reintegro.

No obstante, no deben llevarse demasiado lejos estas críticas. En efecto, los arts. 14.1.c) y 15.1.d) LGS, antes citados, recogen con la suficiente extensión la obligación del beneficiario y las entidades colaboradoras de someterse a cualesquiera tipos de actuaciones de comprobación y control por parte de “los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios”, lo que sin duda ampara las actuaciones de control del órgano concedente.

En última instancia, y como apunta el mismo REBOLLO PUIG, como contenido propio de la relación jurídica subvencional, “puede aceptarse una atribución implícita de las mismas potestades para la instrucción de los procedimientos de reintegro y una obligación similar de colaboración con ella”. Además, no es completamente cierto que tales obligaciones no estarán respaldadas por sanciones administrativas. En realidad, y frente a lo sostenido por este y otros autores, no es exacto afirmar que la LGS solo sanciona la resistencia a las actuaciones del control financiero¹⁹⁵. Junto a tales infracciones, que ciertamente existen, y que se reconducirían a las infracciones leves de los arts. 56.g) y h), también el art. 58.c) LGS tipifica como infracción muy grave “la resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de control previstas”, precisamente, en los arts. 14.1.c) y 15.1.d) LGS, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar la realidad y regularidad del cumplimiento de las demás obligaciones.

B. El trámite de prueba

Según expusimos en su momento, la carga de la prueba de que se han cumplido correctamente todas las obligaciones que la aceptación de la subvención acarrea al beneficiario recae sobre este. En efecto, el mismo sentido común hace pensar que es al beneficiario a quien corresponde un especial deber de demostrar que ha cumplido con total pulcritud con sus obligaciones. Así se deduciría, con carácter general del art. 14.1.b) LGS, que expresamente impone al beneficiario la obligación de “justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de *los requisitos y condiciones*, así como *la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad* que determinen la concesión o disfrute de la subvención”. Y así ha sido confirmado, también, por la jurisprudencia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 492. También Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 237.

¹⁹⁶ La STSJ Andalucía/Sevilla de 8 de enero de 2003, Ar. 127567 (ponente: MONTERO FERNÁNDEZ), tras recordar que es un deber legal del beneficiario acreditar el cumplimiento, afirma que “es a la parte actora, al recurrente beneficiario, al que corresponde acreditar que ha cumplido las exigencias legales que justifican la corrección de la subvención o ayuda concedida, es sobre la misma sobre la que pesa la carga de la prueba. A la Administración solo le es exigible una actividad de comprobación. En este contexto la parte recurrente asume la carga de la prueba y las consecuencias desfavorables de no acreditarlo sobre la misma han de pesar”. Es decir, al beneficiario le corresponde probar, a la Administración, comprobar.

Esta situación podría incluso agravarse para el beneficiario de la subvención en el caso de que se hubiera producido actividad inspectora por parte de la Administración, pues, en tal situación, “la actuación inspectora administrativa ha de presumirse correcta mientras no se demuestre lo contrario, por lo que la carga de la prueba recae sobre el solicitante”¹⁹⁷.

Sin embargo, al menos en uno de los supuestos de reintegro previstos en el art. 37.1 LGS será sobre la Administración sobre quien recaiga la carga de la prueba. Se trata de la causa de reintegro recogida en el art. 37.1.h) LGS, esto es, la derivada de una Decisión de recuperación de la Comisión. En efecto, en este caso no se trata solo de que el beneficiario no ha incumplido ninguna de las obligaciones que recaen sobre él, sino que, con carácter general, ni siquiera tendrá conocimiento de que la Decisión de la Unión ha sido adoptada. En efecto, tal decisión se adopta en el seno de un procedimiento de inspección en el que no es extraño que solo sea parte el Estado miembro. En consecuencia, corresponderá a este aportar el texto de la Decisión para probar que concurre la mencionada causa de reintegro.

Respecto a los medios de prueba que pueden emplearse por parte del beneficiario en el procedimiento de reintegro, la regla general parece ser que “no exigiéndose por la normativa aplicable en el presente caso (...) un medio concreto de prueba (...), se hace concluyente con relación al caso y la materia probatoria, que las partes pueden utilizar los medios de prueba que tengan por convenientes y adecuados al objeto probatorio de que se trata (art. 80.1 de la Ley 30/1992, art. 217 y 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –precedente 1214 del Código Civil– en lo atinente a la carga de la prueba y los medios probatorios a utilizar para tal fin); conformando tal posibilidad un derecho fundamental y autónomo de defensa y configuración legal, según se deriva del art. 24.2 de la Constitución e interpreta nuestro Tribunal Supremo [sic] (STC 1/1996)”¹⁹⁸.

Parece deducirse, por tanto, que la norma general será atenerse a los medios de prueba que establezca la normativa, lo que implica tener en cuenta no solo lo dispuesto en el art. 30 LGS, sino también en los arts. 69-82 RGS y en las respectivas bases reguladoras. A falta de que la normativa reguladora establezca algo a este respecto, los medios de prueba serán todos los admitidos en Derecho. Entre ellos,

Por su excepcionalidad, sin embargo, cabe señalar que un pronunciamiento del mismo tribunal, la STSJ Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 2002, Ar. 70389 de 2003 (ponente: GUTIÉRREZ DEL MANZANO), había afirmado con anterioridad que es la Administración “la que venía obligada a explicar con la suficiencia necesaria la concurrencia del incumplimiento que motivaba la reclamación de reintegro”.

¹⁹⁷ STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de marzo de 2003, Ar. 216863 (ponente: ESTEPA MORIANA).

¹⁹⁸ STSJ Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2003, Ar. 112230 (ponente: BORREGO LÓPEZ).

debe admitirse para justificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión de una subvención las pruebas testifical, pericial y documental¹⁹⁹.

C. Trámite de audiencia

Trámite esencial del procedimiento para la declaración del reintegro es el trámite de audiencia. Así lo entiende con carácter general toda la doctrina, hasta el punto de que, según señalábamos más arriba, algunos autores parecen calificar como sanción la declaración de caducidad con el fin de asegurar el respeto a este trámite. En realidad, dicha calificación no resulta necesaria. El trámite de audiencia deviene imprescindible desde el momento en que la declaración de caducidad será un acto necesariamente desfavorable para el administrado²⁰⁰. En todo caso, el art. 42.3 LGS y el art. 94.2 RGS consagran ahora con toda claridad este derecho, que deberá ejercitarse en un plazo de quince días desde que el acuerdo de iniciación del procedimiento sea notificado al interesado²⁰¹.

Ahora bien, el hecho de que el art. 42.3 LGS declare, tan categóricamente, que se garantizará en todo caso el derecho del interesado a la audiencia, no debe interpretarse en el sentido de que su omisión, en toda circunstancia, vaya a determinar la nulidad del procedimiento.

En realidad, resultan de aplicación todas las matizaciones jurisprudenciales elaboradas al hilo de la evacuación de este trámite y que admiten su ausencia cuando ello no haya causado indefensión al administrado²⁰², cuando se deba a causa imputable al administrado²⁰³ o, en aplicación del art. 84.4 LRJPAC, cuando “no figuren en el

¹⁹⁹ Así lo acepta, recogiendo varios ejemplos, la misma STSJ Castilla-La Mancha de 4 de febrero de 2003, Ar. 112230 (ponente: BORREGO LÓPEZ).

²⁰⁰ En este sentido, José Luis VILLAR PALASI, voz “Concesiones administrativas”, cit., pp. 752 y 753, señalaba que “a virtud del principio de seguridad jurídica, la ley exige el respeto al trámite de audiencia, cuya omisión lleva aparejada la nulidad de la declaración de caducidad, en cuanto constituye un vicio sustancial del procedimiento” (...) “la declaración de caducidad sancionadora (...) se basa en un estricto principio de legalidad y de sanción, al que es de aplicar el brocardo *nemo inauditum condemnari*”.

²⁰¹ Dicho plazo ha sido fijado por el art. 94.3 RGS. El art. 42.3 LGS no establecía plazo alguno, pero algún autor ya había defendido la extensión a todos los procedimientos de reintegro del plazo de alegaciones de 15 días previsto en el art. 51 LGS para el caso de procedimientos de reintegro iniciados a resultados de un informe de control financiero. Vid., Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 489-490.

²⁰² Así, como bien señala la STSJ Castilla y León/Valladolid de 29 de noviembre de 2002, Ar. 73194 de 2003 (ponente: CASTRO GARCÍA), a pesar de que la observancia de dicho trámite es esencial, en apoyo de lo cual cita el art. 105.c) CE y los arts. 84 y 79 Ley 30/92, “la jurisprudencia ha relativizado las consecuencias del incumplimiento del trámite que analizamos en función de que se haya producido o no indefensión, como ocurre en general con los vicios de forma. Así, se ha considerado que la existencia de otros trámites equivalentes o la interposición del oportuno recurso administrativo (...) suplen la omisión del trámite de audiencia al eliminarse la indefensión en vía administrativa”.

²⁰³ En concreto, la jurisprudencia ha apreciado que la presentación extemporánea del escrito de alegaciones en el seno del procedimiento de reintegro permite que la Administración no lo tenga en cuenta. Así lo afirma la SAN

procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”²⁰⁴.

En efecto, no debe olvidarse que en el procedimiento de reintegro no llega, en ningún caso, a estar en peligro el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues ni aun negando de plano la posibilidad del trámite de audiencia se vulneraría este derecho. Tal es la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional al menos desde su STC 42/1989, de 16 de febrero, en la que se afirmó que “las garantías del art. 24 de la Constitución, referidas a la tutela judicial efectiva, no pueden trasladarse sin más a las actuaciones administrativas, salvo que estas tengan una naturaleza sancionadora equivalente materialmente a las actuaciones propiamente penales. En los demás casos (...) la defensa de los derechos e intereses legítimos en el procedimiento administrativo es una cuestión que ha de resolverse por los órganos de la jurisdicción competente en aplicación de las leyes”. Doctrina que se ha mantenido en sentencias más recientes, como las SSTC 23 y 30/2007, de 12 de febrero, y que,

de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO), dictada en relación con una resolución de reintegro de unas ayudas por retirada de tomates, por cuanto el escrito de alegaciones fue presentado fuera del plazo de quince días que le había sido considerado a tal efecto. La sentencia estima que “el meritado escrito fue presentado fuera de plazo, razón por la que de ningún modo podía ser considerado a efectos del procedimiento (art. 47 LRJPAC)”. Ello permite desestimar la alegación de la supuesta indefensión causada al beneficiario, dado que, a pesar de haber presentado el escrito de alegaciones en la Delegación del Gobierno de Canarias, esta nunca lo remitió al FEGA, órgano que tramitaba el procedimiento de reintegro. Esta irregularidad procedimental no habría generado indefensión precisamente porque la presentación del escrito ante la Delegación del Gobierno de Canarias se realizó tres días después de que terminara el plazo.

Algo similar parece preverse, implícitamente, en el art. 51.3 LGS, al establecer que “una vez iniciado el expediente de reintegro y a la vista de las alegaciones presentadas o, *en cualquier caso, transcurrido el plazo otorgado para ello*, el órgano gestor deberá trasladarlas, junto con su parecer, a la Intervención General de la Administración del Estado (...)”.

²⁰⁴ En este sentido se pronuncia la STS de 10 de marzo de 2009, Sección tercera, Ar. 1591 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), en relación con el reintegro de una subvención concedida para la modernización de una industria cárnica. A juicio de la sentencia, “la omisión del trámite de audiencia en el expediente de reintegro de la subvención no ha provocado indefensión material y efectiva, pues [el órgano competente para resolver] se ha limitado a aplicar a los hechos aducidos por el beneficiario [un incendio que había destruido todas las instalaciones, impidiendo comprobar que se habían realizado las obras objeto de la subvención] la disposición legal que impone la obligación de devolver el importe de la subvención (...) por lo que cabe estimar que concurre el supuesto de prescindencia [sic] del trámite de audiencia a que alude el referido artículo 84 LRJPAC”. La sentencia de instancia (STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2006, recurso contencioso-administrativo 436/2002) señaló que “no es que por la omisión del trámite de audiencia la recurrente se haya visto privada de la posibilidad de poner en conocimiento de la Administración el incendio acaecido en sus instalaciones, impidiéndole alegar la fuerza mayor, sino que, siendo el incendio conocido, tanto por la Administración como por el interesado, la propia Administración lo tiene en cuenta en la resolución impugnada y valora si puede o no calificarse de fuerza mayor, concluyendo en sentido negativo. De esta forma, ninguna indefensión material se ha producido, pues la actora no se ha visto privada de introducir en el procedimiento administrativo ni el citado elemento fáctico (el incendio) ni el elemento jurídico de la fuerza mayor”.

La misma solución es aplicada por la STS de 16 de enero de 2009, Sección tercera, Ar. 730 (ponente: ESPÍN TEMPLADO), en relación con el reintegro de una subvención concedida para la modernización y ampliación de una central hortofrutícola. En el supuesto de hecho, había sido la entidad beneficiaria la que había comunicado a la Administración el hecho determinante del reintegro, consistente en la transmisión de la explotación antes de que transcurrieran los cinco años previstos en las normas reguladoras de la subvención. Señala la sentencia que “la resolución se adopta a la vista de las propias alegaciones y pruebas aportadas por la actora, de acuerdo con lo prevenido en el art. 84.4 LRJPAC”, dado que “la transmisión de la empresa a los acreedores fue aducida y acreditada por la propia recurrente, dando pie a la Administración a la declaración del incumplimiento”. En consecuencia, resulta irrelevante la omisión del trámite de propuesta de resolución y subsiguiente puesta de manifiesto del procedimiento, que era el previsto en la normativa reguladora de las ayudas.

en última instancia, no hace sino asumir la remisión que la propia CE realiza a la ley ordinaria respecto los derechos de participación de los administrados en el procedimiento administrativo en su art. 105.c): “La ley regulará: (...) c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

De hecho, parte de la doctrina incluso ha llegado a considerar redundante y superflua la inclusión del trámite de audiencia en el procedimiento de reintegro. Por una parte, aquellos autores que, según vimos, afirman que la producción de efectos de la caducidad tiene lugar automáticamente, *ope legis*, consideran que resulta algo paradójico que, al mismo tiempo, se estime imprescindible que se respete el trámite de audiencia. De algún modo, si la producción de la caducidad no depende de la Administración, que se limita a certificar un hecho, parecería que aún menos podrían influir las alegaciones del administrado²⁰⁵. En realidad, y según vimos, la afirmación de una producción verdaderamente automática de la caducidad no puede aceptarse más que en un número ínfimo de casos (y, precisamente, en relación con supuestos más cercanos al cumplimiento de términos y condiciones resolutorias que a la verdadera caducidad). Pero es que, en todo caso, se trata de un razonamiento viciado en su planteamiento: la producción de la caducidad tiene lugar automáticamente con la concurrencia de determinados hechos, pero es necesario aclarar si tales hechos se han producido o no. Es ahí donde resulta esencial la participación del administrado, que podrá presentar las alegaciones que considere convenientes a fin de negar el incumplimiento que le atribuye la Administración. Del mismo modo, el administrado (o su representante)²⁰⁶ podrá alegar otras circunstancias que podrán jugar en su favor, como la concurrencia de circunstancias de fuerza mayor.

Por otra parte, ha sido puesta de manifiesto la posible futilidad del trámite de audiencia en el procedimiento de reintegro cuando este traiga causa de un informe adoptado como consecuencia de la tramitación de un procedimiento de control financiero. En efecto, parece que “de nada serviría un procedimiento de control financiero si los interesados pudieran reservar los elementos de juicio necesarios para determinar la correcta aplicación de la subvención (...) hurtándolos al control

²⁰⁵ En esta línea, Sebastiano CASSARINO, “Considerazioni sulla decadenza...”, cit., nota 95 a p. 116, aunque no de modo claro, parece negar la necesidad del trámite de audiencia.

²⁰⁶ Como no podía ser de otro modo, el trámite de audiencia también es válido cuando es realizado por el representante del beneficiario y no directamente por este último. En este sentido, la STS de 12 de julio de 1996, Sección cuarta, Ar. 5978 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), considera válido el trámite de audiencia evacuado por la Administración en un expediente de reintegro en relación con unas ayudas al aceite de oliva en el cual se tuvo en cuenta “la representación del «grupo familiar», en el que estaba incluido el apelante, que ostentaba don José S. M., con el que se entendió el procedimiento administrativo, según resulta de la presunción de representación establecida en el último inciso del artículo 24 LPA”, dado que el mencionado José S.M. actuó en su propio nombre y como representante de varios familiares al solicitar la subvención.

financiero para aportarlos en el necesario procedimiento posterior de reintegro”²⁰⁷. De este modo, se llega a uno de los puntos más espinosos en la salvaguarda de los derechos procedimentales del beneficiario objeto de un procedimiento de reintegro: la limitación de la posibilidad de presentar todos los documentos y realizar todas las alegaciones que aquel estime oportunas en el curso de este procedimiento.

En efecto, de conformidad con el art. 97.2 RGS “No se tendrán en cuenta en el procedimiento hechos, documentos o alegaciones presentados por el sujeto controlado cuando, habiendo podido aportarlos en el control financiero, no lo haya hecho”. Se traslada así, con una redacción prácticamente idéntica, la regla contenida en relación a los recursos administrativos en el art. 112.1.2º LRJPAC.

No puede negarse parte de sentido a esta previsión. En efecto, si el beneficiario decidiera aportar en el procedimiento de reintegro documentos o datos que voluntariamente no presentó a los inspectores encargados del control financiero, cabría pensar, cuando menos, que hubo una ausencia de buena fe en su comportamiento (si no una verdadera falta de colaboración), por lo que la previsión de no poder presentar tales documentos en un procedimiento posterior vendría a ser la consecuencia del incumplimiento de una carga, en sentido técnico-jurídico, en el momento procedimental oportuno.

Ahora bien, para aceptar esta posibilidad sin reservas sería necesario que en el procedimiento de control financiero existieran plenas posibilidades de defensa, incluyendo trámites expresos de alegaciones, posibilidad de presentar prueba, etc. Esta situación es precisamente la que justifica el art. 112.1.2º LRJPAC en sede de recursos administrativos: en estos casos ya se ha tramitado un procedimiento administrativo en el que se han garantizado plenamente los derechos de defensa del administrado. Pero este no parece ser el caso en el procedimiento de control financiero.

Por eso resulta difícil sostener que en el procedimiento de reintegro propiamente dicho el beneficiario “tuviese limitadas las posibilidades de defensa por lo que supuestamente pudo hacerse y no se hizo en el primero”. Es cierto que puede resultar una solución contraria al principio de eficiencia, y que quizá hubiera sido mejor atribuir la competencia de reintegro a la IGAE o crear un procedimiento bifásico de instrucción y resolución²⁰⁸. Sin embargo, es irremediable albergar serias dudas sobre la legalidad del art. 97.2 RGS en relación con los derechos de defensa del administrado recogidos, con carácter general, en la LRJPAC. Más adecuado

²⁰⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 372.

²⁰⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 495 y 494. Muestra también sus dudas sobre la legalidad de la medida JAVIER GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 182.

habría sido, quizá, limitarse a castigar este tipo de comportamientos con una verdadera sanción administrativa, tal y como ya se prevé en el art. 56.g) y h) LGS.

En todo caso, lo que es seguro es que la medida, dado su carácter ciertamente drástico, debería ser interpretada del modo más restrictivo posible. Así, como primera medida, debería equipararse el error a la imposibilidad de cumplir (se ignoraba que se estaba en posesión de una factura que, por el contrario, se creía perdida). Asimismo, debe advertirse que la jurisprudencia de la Unión ha consagrado, para cierto tipo de supuestos, la solución justamente contraria. Esto es, ha admitido la posibilidad de subsanar la justificación insuficiente en sede de reintegro, tal y como se expone en la STJCE de 21 de junio de 2007, *Laub*, as. C-428/05, cuando la no presentación de los documentos se debió a la creencia errónea de que la Administración ya había dado por acreditado el cumplimiento de la actividad objeto de subvención²⁰⁹.

Debe advertirse, sin embargo, que la traslación de esta jurisprudencia al caso concreto que hemos expuesto no puede realizarse de manera automática. En efecto, en el supuesto enjuiciado *Laub* no había sido sometida a un previo procedimiento de control financiero y, posteriormente, a un procedimiento de reintegro. En realidad,

²⁰⁹ En el supuesto de hecho, la entidad *Laub GmbH & Co.* solicitó y obtuvo dos restituciones a la exportación de carne de cerdo congelada con destino a Rusia. Más de dos años después, la administración alemana informó a *Laub* de que las restituciones se habían abonado indebidamente, al ser incompletos los documentos justificativos presentados para su concesión. Como respuesta, *Laub* presentó los documentos que faltaban aclarando que no se habían presentado pues, a la vista de las resoluciones de la administración alemana de concederle las restituciones, no se había considerado necesario presentarlas. A pesar de esto, la Administración alemana dictó resoluciones de reintegro de las ayudas concedidas. Impugnadas estas últimas, se planteó al TJCE una cuestión prejudicial inquiriendo si el exportador estaba facultado para presentar los documentos necesarios que acreditasen su derecho a una restitución a la exportación en el marco del procedimiento de recuperación de la restitución, recibiendo una respuesta afirmativa. En efecto, la STJCE de 21 de junio de 2007, *Laub*, as. C-428/05, estima que “una restitución a la exportación no puede calificarse de «indebidamente pagada» (...) si el beneficiario presenta las pruebas necesarias para justificar su derecho a la citada restitución en el marco del procedimiento de recuperación de la misma” (ap. 28, cursiva añadida).

Además, la sentencia añade que, dado que “no existen disposiciones específicas de Derecho comunitario que fijen los plazos para la presentación de pruebas suplementarias en el marco del procedimiento de recuperación, incumbe a las autoridades nacionales competentes conceder un plazo suplementario en función de las circunstancias específicas de cada caso, con arreglo al Derecho nacional y respetando los límites que impone el Derecho comunitario (...). El plazo concedido deberá ser razonable, al fin de permitir que el exportador obtenga y presente la documentación requerida, y deberá tener en cuenta, en particular, las eventuales repercusiones sobre el exportador del comportamiento de la autoridad competente” (ap. 27).

La justificación de la solución jurisprudencial es doble. Por un lado, considera que “el derecho de la autoridad competente a exigir del exportador los documentos necesarios para obtener la restitución, incluso después de que esta haya sido abonada (...) tiene como corolario que el exportador, por su parte, debe disponer de la posibilidad de facilitar las informaciones necesarias para acreditar su derecho a la restitución” (ap. 24).

Por otro lado, la sentencia reconoce expresamente que la actuación de *Laub* estuvo determinada en buena medida por el comportamiento de la Administración: “el hecho de que la autoridad competente procediera, de una parte, a abonar la restitución al exportador basándose en pruebas incompletas y no incoara, por otra parte, el procedimiento de recuperación hasta después de transcurrido un determinado periodo afectó directamente a la posibilidad de que *Laub* presentara pruebas suficientes” dentro del plazo previsto por la norma, de doce meses desde la fecha de aceptación de la declaración de exportación (ap. 25). En consecuencia, “negar a los exportadores dicha posibilidad [de presentación de documentos en el procedimiento de reintegro] supondría una violación del principio de buena administración” (ap. 25).

se le somete directamente a este segundo procedimiento. Sin embargo, la *ratio* de la sentencia sí que resulta de gran utilidad: en última instancia, la aceptación de que la beneficiaria pudiera presentar nuevos documentos a la Administración en el seno de un procedimiento de reintegro se encuentra en que las autoridades no garantizaron previamente y de manera suficiente la posibilidad de que *Laub* pudiera presentar tales documentos.

D. Información pública

El trámite de información pública se prevé como trámite obligatorio para la declaración de caducidad de ciertas concesiones demaniales, señaladamente en materia de aguas, y debe reconocerse su sobrada justificación en atención a proporcionar a la Administración todos los datos necesarios para decidir sobre la declaración de caducidad y, en su caso, el alcance de sus efectos.

Ello justifica que el trámite de información pública sea esencial, no solo para que los terceros puedan hacer valer sus derechos, sino porque permite a la Administración recabar los datos necesarios para decidir sobre la conveniencia o no de declarar la rehabilitación en lugar de la caducidad. Es decir, es el elemento perfecto para la ponderación de intereses que pueda justificar la no declaración de caducidad de la concesión incurso en caducidad²¹⁰.

Con carácter general, no parece que tenga mucho sentido incluir un trámite de información pública en el procedimiento de reintegro de subvenciones. Así lo ha entendido, de hecho, el legislador español, que no lo ha incluido en la LGS como trámite obligatorio, a diferencia del trámite de audiencia. Sin embargo, su presencia en ciertos casos podría estar más que justificada. Así podría ocurrir, por ejemplo, en el caso de subvenciones concedidas en el marco de los incentivos regionales a grandes industrias, básicas para la economía de un pueblo y con amplias plantillas de trabajadores que podrían acabar despedidos.

E. Informes de otros órganos

Para proceder a la declaración de caducidad de las concesiones resulta preceptivo, en todo caso, obtener Dictamen del Consejo de Estado. En efecto, de conformidad con el actual art. 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, “la Comisión Permanente del Consejo de Estado deberá ser consultada en

²¹⁰ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 180.

los siguientes asuntos (...) 12. Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las disposiciones aplicables”²¹¹.

Esta situación permite plantearse si no debería haber sido también así en relación con las subvenciones. Desde luego, y en la medida en que la intervención del Consejo de Estado se articula como un medida garantista, no se adivina por qué debería recibir más protección el concesionario de un trozo de acera para poner veladores que el beneficiario de una subvención de miles o millones de euros. Sin embargo, la LGS no prevé en momento alguno la intervención del Consejo de Estado ni órgano consultivo equivalente, lo cual se debe, probablemente, a que sí se establece, para determinados casos, el deber de solicitar informes preceptivos y casi vinculantes a otros órganos.

En efecto, el art. 51.3 LGS prevé que cuando el procedimiento de reintegro se inicie como consecuencia de un informe de control de la IGAE, el órgano gestor deberá dar traslado de las alegaciones presentadas por el interesado a la IGAE, que emitirá informe en el plazo de un mes²¹².

El momento procedimental que se prevé para este informe es un poco extraño: justo después del trámite de audiencia. Ello supone que en el procedimiento pueden acumularse informes nuevos, sobre los cuales se podría fundamentar la decisión final de reintegro, y frente a los que el administrado no habría podido defenderse. El supuesto es aún más problemático por cuanto la segunda parte del art. 51.3 LGS establece que “la resolución del procedimiento de reintegro no podrá separarse del criterio recogido en el informe de la IGAE”. Es decir, frente a este nuevo informe de la IGAE, que ostenta carácter casi vinculante, el administrado no podría ejercer defensa alguna.

Aun más, en caso de que el órgano encargado de resolver pretenda separarse del parecer de la IGAE, la LGS impone la sustanciación de un procedimiento de discrepancia que acaba con una decisión plenamente vinculante (del Consejo de Ministros o la Comisión Delegada para asuntos económicos)²¹³. De conformidad con lo

²¹¹ La omisión de este informe preceptivo supone, además, un vicio esencial del procedimiento que determina su invalidez, de conformidad con el art. 63.2 LRJPAC. Entre las más recientes, STS de 18 de noviembre de 2010, Sección cuarta, Ar. 8546 (ponente: PICO LORENZO).

²¹² A falta de que el beneficiario presente tales alegaciones, y como se encarga de aclarar ahora expresamente el art. 98.1 RGS, el órgano concedente podrá dictar sin más trámite la resolución que ponga fin al procedimiento, sin necesidad de dar traslado del expediente a la IGAE.

²¹³ La obligación de sustanciar este procedimiento viene asegurada a través del art. 51.5 LGS y aún más reforzada en los arts. 101.2 y 101.3 RGS. El art. 51.5 LGS establece, en primer lugar, que “la formulación de la resolución del procedimiento de reintegro con omisión del trámite previsto en el apartado 3 dará lugar a la

acordado en dicha decisión, el órgano instructor formulará la propuesta de resolución y la elevará para que el órgano gestor resuelva²¹⁴.

Pues bien, en todo este procedimiento de discrepancia, tampoco se prevé la concesión de trámite de audiencia a los interesados, a pesar de que se vayan acumulando datos u opiniones novedosos (el parecer del órgano gestor que se niega a proceder al reintegro, el informe en contra presentado por la IGAE, el parecer del superior jerárquico del órgano gestor y el nuevo informe de la IGAE). De este modo, “el déficit de información que recibe el beneficiario durante todo este proceso así como la escasa posibilidad de ejercicio de su derecho de alegaciones (...) merecen un comentario desfavorable, que es consecuencia de una regulación que ha querido poner el acento en el órgano de control y dejar en un plano menos activo al beneficiario y posible obligado al reintegro”²¹⁵.

Irónicamente, el problema no sería tal si el informe fuera totalmente vinculante. En ese caso, la decisión última sobre el sentido de la resolución del reintegro ya estaría tomada, por lo que, a efectos de defensa, el momento procedimental relevante no sería el momento anterior a la redacción de la propuesta de resolución (art. 84.1 LRJPAC), sino el momento anterior al traslado del expediente al órgano encargado de dictar el informe vinculante.

Con esta solución se iría, sin embargo, aún más allá del procedimiento bifásico que, según hemos visto, ha sido propugnado por la doctrina para estos casos y en el que la instrucción correspondería al órgano de control (IGAE) y la resolución al órgano gestor. En efecto, el carácter plenamente vinculante del informe de la IGAE en el seno del procedimiento de reintegro equivaldría, en realidad, a que fuera este órgano, y no el órgano concedente, el encargado de la resolución de los procedimientos de reintegro.

5. Terminación del procedimiento

A. *Órgano competente para resolver el procedimiento. En especial, en relación con las ayudas de la Unión*

La LGS dedica un artículo completo, el art. 41 LGS, a la regulación de quién tiene la competencia para dictar la resolución del procedimiento de reintegro. Con carácter general, el órgano competente para exigir el reintegro de la subvención o, en sentido

anulabilidad de dicha resolución”. En segundo lugar, establece la competencia del Consejo de Ministros para convalidar dicha resolución así como para proceder a su revisión de oficio.

²¹⁴ Especialmente crítico con la configuración de todo este procedimiento sin que se prevea la participación del beneficiario se ha mostrado Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 493-494.

²¹⁵ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 274. También se muestra crítica con esta previsión Begoña SESMA SÁNCHEZ, “El control financiero”, cit., p. 590.

amplio, para declarar su caducidad y los efectos derivados de ella, será el órgano concedente (art. 41.1 LGS). Ello sin perjuicio de que la normativa autonómica prevea alguna otra solución, al carecer este artículo de carácter básico, o, incluso en tales casos, de que dicha competencia pueda ser objeto de delegación²¹⁶.

Sin embargo, esta regla general, aparentemente, se vería excepcionada con relación a ciertas ayudas de la Unión. Ello, al menos, es lo que parece sugerir una primera lectura del art. 41.2 LGS, de conformidad con el cual, “si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos”.

En realidad, el artículo no tiene por objeto señalar el órgano competente para resolver los procedimientos de reintegro relativos a ayudas de la Unión. Más bien, parte de la premisa de que algunos de tales reintegros (sin indicar cuáles) serán acordados por los órganos de la Unión, y se limita a indicar a quién corresponderá la ejecución de tales acuerdos. En consecuencia, lo primero que debe resolverse es en qué casos pueden los órganos de la Unión acordar el reintegro, cuestión que el art. 41.2 LGS no aborda.

Para empezar, únicamente es concebible que los órganos de la Unión puedan acordar una resolución de reintegro (es decir, una resolución que ponga fin a un procedimiento de reintegro), cuando se trate de subvenciones concedidas con cargo a fondos de la Unión. Nunca, desde luego, cuando la subvención haya sido establecida y otorgada por los poderes públicos nacionales con cargo a sus propios fondos.

Esta premisa básica obliga a rechazar, en consecuencia, algunas de las interpretaciones sostenidas por la doctrina y que afirman que el 41.2 LGS intenta, en realidad, ser el correlato del art. 37.1.h) LGS, como si en estos casos simplemente se tratara de ejecutar una resolución de reintegro que ya está tomada²¹⁷. Resolución de reintegro, obsérvese bien, que no se dirigirá a una ayuda de la Unión o financiada con fondos de la Unión, sino a una ayuda estatal u otorgada “mediante fondos estatales” (art. 107.1 TFUE).

En efecto, como ya señalamos en su momento, la Comisión Europea en ningún caso adopta una resolución de reintegro. Por el contrario, las Decisiones de la Comisión que pueden dar lugar al reintegro se denominan, precisamente, “Decisiones de recuperación” (art. 14.1 Reglamento nº 659/1999) porque su contenido es meramente material, fáctico, sin prejuzgar la actuación jurídica que deba llevar a cabo el Estado

²¹⁶ Esto último en virtud de la posibilidad genéricamente prevista en el art. 13 LRJPAC y expresamente admitida por la jurisprudencia. Vid., por ejemplo, dos SSTSJ Andalucía/Sevilla de 30 de septiembre de 2002, Ar. 70388 y 70389 de 2003 (ponente: GUTIÉRREZ DEL MANZANO).

²¹⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 366.

miembro para darle cumplimiento. Es decir, afirmar que una Decisión de recuperación implica una resolución de reintegro es tan erróneo como afirmar que tal Decisión equivale a una revisión de oficio o a una revocación. Cuestión completamente distinta es que el legislador español haya configurado tales Decisiones de recuperación como una de las causas que pueden dar lugar a que se tramite y dicte una resolución de reintegro. Y ello con todos los matices que ya señalamos en su momento.

Las decisiones de la Comisión por las que se declara incompatible con el mercado interior una ayuda de Estado, obligando a su recuperación, solo pretenden esto último: su recuperación. Se trata de un hecho, de una cuestión fáctica y meramente económica: la ayuda de Estado ha provocado una distorsión en el mercado interior, motivo por el que se ha declarado su incompatibilidad con este. En consecuencia, se obliga a la eliminación del elemento distorsionador, esto es, la recuperación de la ayuda, como medida para restaurar las cosas a su estado anterior. Quiere esto decir que a la Comisión importa bien poco que la subvención se recupere a través de reintegro o de cualquier otro mecanismo jurídico (anulación de la resolución de concesión, por ejemplo). Por lo tanto, en materia de Defensa de la Competencia, difícilmente podrá hablarse de “reintegro acordado por los órganos de la Unión Europea”, porque, simplemente, no es un reintegro lo que acuerdan, sino, mucho más ampliamente, la recuperación de la ayuda distorsionadora. En consecuencia, malamente podrán los órganos nacionales limitarse a la ejecución de un acuerdo que no se ha tomado.

La única forma de vincular lógicamente los arts. 37.1.h) y 41.2 LGS sería entendiendo que, al hablar de “reintegro acordado por los órganos de la Unión Europea”, se estaría haciendo referencia a la “decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro” del art. 37.1.h) LGS, de la cual se derivaría la tramitación de un procedimiento de reintegro. Y al proclamar que corresponde su ejecución al “órgano a quien corresponda la gestión del recurso”, se estaría indicando que el órgano encargado de dictar la resolución de reintegro sería el órgano que concedió la subvención, con independencia de la Administración a la que pertenezca, y no el Estado, que, no se olvide, es contra quien se dirige la Decisión de Recuperación. Es decir, exactamente la misma solución que prevé el art. 41.1 LGS.

Retomando el hilo de la exposición, es necesario insistir, por tanto, en que los órganos de la Unión únicamente podrán acordar el reintegro cuando se trate de ayudas concedidas con cargo a fondos de la Unión.

A partir de aquí, caben dos posibilidades. En primer lugar, que toda la gestión de la subvención se haya realizado en régimen de ejecución directa. Es decir, que haya sido el órgano de la Unión competente (con carácter general, la Comisión), quien

haya tramitado todo el procedimiento de concesión de la subvención, con sus propios medios y sin contar en momento alguno con las Administraciones nacionales, lo que implicaría, evidentemente, que sería el mismo órgano de la Unión el encargado de dictar la resolución de reintegro. En segundo lugar, que la gestión se haya realizado en régimen de ejecución indirecta, lo que generalmente implicaría que la Administración española fuera la única que intervendría en la gestión de la subvención (concesión, control, reintegro y sanción), pero que, sin embargo, la Comisión se hubiese reservado el derecho a controlar la actuación de los beneficiarios y, en su caso, a declarar la caducidad de la subvención (pérdida del derecho al cobro y obligación de reintegro de las cantidades entregadas)²¹⁸ o, lo que será el caso más frecuente, que la Comisión obligue al Estado miembro a recuperar las ayudas percibidas por beneficiarios infractores de la normativa de la Unión, que hayan sido descubiertos por ella misma (a través de la OLAF) o por otras instituciones de la Unión (TCUE) en el ejercicio de sus poderes de inspección y control.

Es solo a esta segunda posibilidad a la que puede hacer referencia el art. 41.2 LGS. Y, en efecto, una interpretación histórica de este precepto conduce a la misma conclusión. En efecto, el art. 41.2 LGS trae causa de una norma anterior. Sin embargo, al sacarla de su lugar originario se ha descontextualizado parcialmente, dificultando su interpretación. Es preciso remontarse a la Orden de 12 de septiembre de 1996, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se regulan los flujos financieros entre la Comunidad Europea y la Administración General del Estado. En concreto, hay que acudir al punto 2.4 de la Orden, intitulado “Reintegros de fondos a la Comunidad Europea”, cuyo epígrafe primero establece:

“1. El acuerdo de devolución de ayudas por incumplimiento de las condiciones de otorgamiento de las mismas, en los términos establecidos en el artículo 81.9 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, será dictado por el órgano que concedió la ayuda.

Si la devolución es acordada por la Comunidad Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos”.

Como puede comprobarse, el art. 41.2 LGS trae causa directamente del segundo párrafo del punto 2.4.1 de la Orden de 12 de septiembre de 1996, del Ministerio de Economía y Hacienda, que acabamos de transcribir. Y es en este contexto donde resulta posible confirmar nuestra interpretación. En efecto, el art. 41.2 LGS se refiere, única y exclusivamente, a aquellas subvenciones que, siendo financiadas con fondos de la Unión [nada que ver, por tanto, con las ayudas de Estado a las que se

²¹⁸ Tal es el supuesto de hecho que sirvió de base a las SSTJCE de 4 de junio de 1992, *Consorgan y Cipeke*, as. C-181/90 y C-189/90, respectivamente, relativas a ciertas ayudas concedidas con cargo al Fondo Social Europeo respecto a las cuales la Comisión podía decidir su reintegro, aunque era el Estado portugués quien procedía a su cobro.

refiere el art. 37.1.h) LGS], han sido gestionadas a medias entre la Administración española y algún órgano de la Unión, de modo que es a este último a quien corresponde (o puede, en ciertos casos, corresponder) la decisión de reintegro. Una vez que dicha decisión ha sido adoptada, su ejecución corresponderá al órgano nacional que se ha encargado del resto de la gestión de la ayuda, de modo que el órgano gestor nacional “se limitará a ejecutar dichos acuerdos”²¹⁹.

En conclusión, cabe afirmar que tanto en el caso de ayudas con cargo a fondos nacionales como en el caso de ayudas con cargo a fondos de la Unión, cuya gestión corresponda en exclusiva a la Administración nacional, el órgano encargado de declarar el reintegro será el mismo: el órgano concedente.

B. Contenido del acto de terminación del procedimiento de reintegro

El acto por el que se declara la caducidad de la subvención²²⁰ supone la afirmación, por parte de la Administración, de que concurre alguna o varias de las causas de caducidad o reintegro previstas por el ordenamiento.

En relación con el régimen general de la caducidad, se ha sostenido que su declaración solo es posible si la causa determinante de la misma concurre en el momento en que es declarada. Es decir, debe tratarse de incumplimientos “actuales”, de modo que el incumplimiento exista en el momento de declarar la caducidad²²¹.

Estas apreciaciones resultan sugerentes en relación con las subvenciones. Sobre todo, en relación con ciertas obligaciones como la presentación de justificaciones o las actuaciones de publicidad. De hecho, el sistema de requerimientos previsto para estas dos obligaciones en los arts. 31.3.a) y 70.3 LGS, y al que ya nos referimos más atrás, parece descansar sobre estas mismas consideraciones. No obstante, no resulta posible extender esta regla con carácter general. Es decir, no en todos los casos será necesario que el incumplimiento del beneficiario se mantenga en el momento de

²¹⁹ Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 168.

²²⁰ A pesar de que lo normal será, probablemente, que el procedimiento termine con un acto, y de que así parece preverlo en todo caso la normativa reguladora del reintegro, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 499, ha defendido la posibilidad de que también pueda ponerse fin a este procedimiento mediante terminación convencional, indicando que “pese al carácter reglado del reintegro, su extensión total o parcial y la medida de este último, así como la posibilidad de modificaciones o prórrogas por las circunstancias sobrevenidas y la muy distinta relevancia que las diferentes causas de reintegro pueden presentar en cada caso concreto, lo hacen más flexible o dúctil de lo que pudiera parecer, de modo que muchas veces una terminación convencional que tenga en cuenta todos los factores en juego puede introducir soluciones menos traumáticas y drásticas que el puro reintegro y ser incluso más adecuadas a los intereses públicos”.

²²¹ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, cit., p. 52. En el mismo sentido, en relación con las concesiones de servicios, Juan FRANCISCO MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992, pp. 216-217.

declarar el reintegro, dado que no será infrecuente que algunas de las obligaciones estén sometidas a término esencial. En tales casos, su incumplimiento, por así decir, será insubsanable. Aun así, en ocasiones puede resultar un criterio útil para evitar resultados contrarios a la equidad²²².

La resolución que ponga fin al procedimiento de reintegro tendrá como contenido mínimo, según dispone el art. 94.4 RGS, la identificación del obligado al reintegro, las obligaciones incumplidas, la causa de reintegro que concurre y el importe de la subvención a reintegrar junto con la liquidación de los intereses de demora. De este modo, parece darse cumplimiento a la obligación de motivación que impone para estos casos el art. 54.1.a) LRJPAC²²³.

No obstante, la resolución del procedimiento podría tener otros contenidos. Así, tendrá que declarar definitivamente la pérdida del derecho al cobro de los libramientos de pago que se hubieran suspendido cautelarmente o, en caso de que no se aprecie la concurrencia de causa alguna de reintegro, el levantamiento de dicha medida cautelar [art. 35.4.b) LGS], y la inclusión en la base de datos de subvenciones (art. 20 LGS).

C. Recursos administrativos contra la resolución de reintegro

En principio, la resolución que pone fin al procedimiento de reintegro pondrá fin también a la vía administrativa (art. 42.5 LGS)²²⁴. Ello imposibilita la interposición de recurso administrativo ordinario, pero nada obsta a que el obligado al reintegro pueda interponer el recurso de reposición, cuya importancia, eventualmente, puede ser muy elevada. En efecto, según hemos ido exponiendo, en aquellos casos en que el procedimiento de reintegro deba iniciarse como consecuencia de un informe resultado del control financiero llevado a cabo por los órganos de Intervención,

²²² Piénsese, por ejemplo, en las causas de reintegro previstas en los arts. 37.1.e) y 37.1.g) LGS, en las que las actuaciones descritas (resistencia, excusa, obstrucción, negativa, incumplimiento de obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos o cualquier otro incumplimiento) únicamente dan lugar al reintegro en caso de que imposibiliten conocer la realidad y regularidad del cumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario. Si, durante la tramitación del procedimiento de reintegro, hubiera sido posible comprobar, a plena satisfacción del órgano encargado de resolver, tal realidad y regularidad, podría no ser del todo justo, según los casos, que pudiera llegar a dictarse el reintegro.

²²³ Ahora bien, que la resolución por la que se declare la caducidad deba estar debidamente motivada no conllevará nada similar a una prueba de cargo, en la medida en que en el procedimiento de reintegro, como ya se explicitó, no rige la presunción de inocencia. Como recuerda la STS de 28 de enero de 2002, Sección cuarta, Ar. 898 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR), dictada en relación con una resolución de denegación de ayudas a la producción de oleaginosas (girasol) y de devolución de los anticipos recibidos, “la presunción de inocencia surte sus efectos cuando se trata de delitos o de infracciones administrativa, y ya se ha rechazado (...) que los actos administrativos sobre los que versa el debate sean de carácter sancionador”.

²²⁴ Por excepción, la Disposición Adicional 11ª LGS permite la interposición de recurso de alzada en caso de reintegro dictado por el INEM (actual Servicio Público de Empleo Estatal, de conformidad con la Disposición Adicional 1ª de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo).

el órgano encargado de la resolución del procedimiento se encuentra fuertemente vinculado a lo que establezcan tales órganos de Intervención, tanto para iniciar el procedimiento como en el sentido que debe adoptar la resolución que ponga fin al mismo. Sin embargo, no se prevé participación alguna de los órganos de control interno en los hipotéticos procedimientos que puedan sustanciarse por la interposición de recursos de reposición, “y, ahora sí, por aquí queda un resquicio para poder decidir en contra del informe de la Intervención sin tener que plantear las engorrosas discrepancias”²²⁵.

Ahora bien, no deben olvidarse los límites a las alegaciones del beneficiario impuestos por la normativa reguladora de los recursos administrativos. Es decir, un beneficiario de una subvención, que ha contado con un procedimiento de reintegro en el que ha podido hacer tantas alegaciones como estimase oportunas para rechazar la obligación de reintegro y emplear todos los medios de prueba que tuviera a su alcance, debe ser consciente de que, de conformidad con el art. 112.1.2º LRJPAC “no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho”²²⁶.

6. En concreto, ¿la terminación del procedimiento de reintegro por caducidad del procedimiento?

A. *La caducidad del procedimiento de reintegro antes de la LGS*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LGS, la caducidad del procedimiento de reintegro contaba únicamente con la regulación contenida en el art. 8.2 Real Decreto 2225/1993, cuya aplicación, según vimos, se preveía únicamente para la Administración General del Estado y, además, con carácter supletorio respecto a las normas reguladoras de cada subvención. A pesar de ello, este artículo ha conocido (y aun conoce, dado que aún se encuentran pendientes de resolución muchos pleitos anteriores a la LGS) una profusa aplicación, en especial en relación con muchas subvenciones de la Unión.

En concreto, el artículo establecía que “si no hubiera recaído resolución expresa transcurridos seis meses desde la iniciación [del procedimiento de reintegro], te-

²²⁵ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 500.

²²⁶ En este sentido, la STS de 15 de abril de 2009, Sección cuarta, Ar. 205955 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ), confirma la sentencia de instancia impugnada en la que se rechazó, sobre la base del art. 112.1 LRJPAC, que la Administración estuviera obligada a tener en cuenta la documentación aportada en el recurso de reposición frente a la resolución de reintegro que se impugnaba.

niendo en cuenta las posibles interrupciones producidas por causas imputables a los interesados, se iniciará el cómputo del plazo de caducidad establecido en el art. 43.4 de la Ley 30/1992”. En consecuencia, el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento de reintegro tenía una duración de seis meses más uno, transcurridos los cuales el procedimiento caducaba.

De la lectura del artículo se desprende que el mismo no establecía las consecuencias de la superación del plazo máximo de duración del procedimiento. En realidad, tales consecuencias debían deducirse de la remisión realizada al art. 43.4 de la LRJPAC (actual art. 44.2 LRJPAC), tal y como hizo la jurisprudencia.

En efecto, la única consecuencia de dicha superación prevista en el art. 43.4 LRJPAC era la obligación de ordenar el archivo de las actuaciones. A partir de aquí, la jurisprudencia entendió que la producción de la caducidad impedía a la Administración dictar una resolución posterior que pusiera fin al procedimiento declarando la obligación de reintegro. Y, en caso de que la Administración dictara tal resolución, se consideraba que se encontraba viciada de invalidez y se procedía a su anulación²²⁷.

Ahora bien, del mismo modo, se aceptaba que la caducidad del procedimiento de reintegro de ayudas no impedía la incoación de otro nuevo expediente, siempre que el plazo de prescripción no se hubiese agotado. Así se deducía del art. 92.3 LRJPAC, conforme al cual “la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción”²²⁸.

²²⁷ Son muchas las sentencias dictadas en este sentido. Entre ellas cabe señalar la STS de 15 de julio de 2008, Sección cuarta, Ar. 6779 (ponente: MARTÍ GARCÍA), dictada en relación con una declaración de reintegro de un anticipo de ayudas a la producción de cítricos. La sentencia, tras constatar que entre el día de inicio del expediente (6 de abril de 2000) y el día en que se notificó la resolución (29 de junio de 2001) había transcurrido más de un año y dos meses, concluye que “cuando se notifica la resolución impugnada ya se había producido la caducidad del expediente, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 30/92, al producirse la caducidad lo procedente es declarar el archivo de las actuaciones, es obligado por todo ello estimar el recurso contencioso-administrativo y anular la resolución que en el mismo se impugnaba, pues la Administración una vez que había transcurrido con exceso el plazo de caducidad al efecto establecido, estaba obligada a declarar la caducidad del expediente y el archivo de las actuaciones y no a resolver como hizo sobre el fondo del asunto a que el expediente se refería”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 4580 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), en relación con un procedimiento de reintegro relativo a unas restituciones a la exportación de trigo duro, y, fuera ya del ámbito de las ayudas agrícolas de la Unión, también la STS de 3 de febrero de 2009, Sección cuarta, Ar. 941 (ponente: MARTÍ GARCÍA), que declaró que la resolución de reintegro dictada contra el Concello de Ares, en relación con una subvención concedida por el INEM en el marco del programa de Escuelas Taller, se había producido después de que se generara la caducidad del procedimiento, procediendo a anularla. Finalmente, también la SAN de 26 de junio de 2002, Sección cuarta, Ar. 115 de 2003 (ponente: GARCÍA GONZALO), dictada en relación con una resolución de reintegro dictada por el FEGA contra *Almendras de Aragón, S.A.T.*, relativa a una ayuda a la constitución de un Fondo de Rotación de Frutas de Cáscaras y Algarroba, considera caducado el expediente de reintegro, “lo que conlleva anular la resolución”.

²²⁸ Entre la también numerosa jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido cabe indicar la STS de 26 de febrero de 2008, Sección cuarta, Ar. 2253 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con el reintegro de unos pagos anticipados en concepto de ayudas a la producción de cítricos destinados a la transformación, en la que se afirma que “una cosa es la caducidad de un expediente administrativo y otra que tras esa declaración

La fijación de *dies a quo* o día inicial para computar el plazo de duración del procedimiento fue objeto de ciertas controversias. En particular, se sucedieron varios pronunciamientos judiciales que afirmaron que el inicio del procedimiento y, con él, del cómputo de su duración, se iniciaba con las actuaciones inspectoras desarrolladas por la Administración²²⁹. Esta jurisprudencia, sin embargo, fue expresamente rechazada en la STS de 9 de junio de 2006, dictada en un recurso de casación para unificación de doctrina, en la que se concluyó que “no puede acogerse el razonamiento de que el plazo de caducidad se cuenta desde la fecha de las actas de inspección y control, pues comienza con la comunicación de irregularidades que puede constituir infracción, siendo esta última la doctrina correcta”²³⁰.

No obstante, aun habría de precisarse expresamente que el *dies a quo* del cómputo del plazo es del día en que se dicta el acto de iniciación del procedimiento, y no el de la notificación del acuerdo²³¹. Respecto al *dies ad quem* se aceptó pacífica-

de caducidad pueda reiniciarse otro expediente si no ha transcurrido el plazo de prescripción, conforme al art. 92 de nuestra LRJPAC”. En idénticos términos se expresa la STS de 12 de mayo de 2009, Sección cuarta, Ar. 255390 (ponente: PICO LORENZO), en relación con una decisión de reintegro de una subvención concedida para la construcción de un buque de transporte pesquero y cofinanciada con fondos de la Unión.

²²⁹ Tales pronunciamientos se enmarcan en una única línea jurisprudencial, relativa al reintegro de ayudas a la producción por entrega de cítricos a la transformación correspondiente a las campañas 1998-1999 y siguientes, lo que justifica la aplicación del Real Decreto 2225/1993, entonces vigente. Así, la STS de 3 de junio de 2008, Sección 4ª, Ar. 3113 (ponente: LECUMBERRI MARTÍ), considera que “desde la iniciación de las actuaciones inspectoras (...) hasta que se dictó por el Director de Producción Agraria la resolución de fecha 10 de mayo de 2001, no había transcurrido el plazo que señala el precepto que se invoca como transgredido [art. 8.2 Real Decreto 2225/1993]”, por lo que niega la producción de la caducidad. En idéntico sentido y con términos casi literales, las STS de 17 de diciembre, Sección cuarta, Ar. 7342 (ponente: LECUMBERRI MARTÍ), y STS de 17 de marzo de 2009, Sección cuarta, Ar. 185784 (ponente: LECUMBERRI MARTÍ) señalan que “desde que se iniciaron las actuaciones inspectoras al detectar determinadas irregularidades en la producción de cítricos hasta que se dictó la resolución administrativa impugnada en sede jurisdiccional no había transcurrido el plazo de los preceptos que se invocan como transgredidos”.

²³⁰ Esta jurisprudencia ha sido luego confirmada por sentencias posteriores, como la STS de 21 de abril de 2009, Sección cuarta, Ar. 244496 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ), dictada, precisamente, en relación con el reintegro de unas ayudas a la producción por entrega de cítricos para transformación correspondientes a la campaña 1998/1999, o la STS de 12 de mayo de 2009, Sección cuarta, Ar. 255390 (ponente: PICO LORENZO), dictada en relación con una decisión de reintegro de una subvención concedida para la construcción de un buque de transporte pesquero cofinanciado con fondos de la Unión, que afirma que “las actuaciones de la administración autonómica antes de la emisión del (...) [Informe Definitivo de la Intervención General] no constituyen acuerdos de inicio del expediente de reintegro ni tampoco el ulterior Informe sino preparatorias y de comprobación financiera”.

²³¹ En esta línea, la STS de 3 de febrero de 2009, Sección cuarta, Ar. 941 (ponente: MARTÍ GARCÍA), que establece la caducidad de un procedimiento de reintegro incoado contra el Concello de Ares y relativo a una subvención del INEM enmarcada en el programa de Escuelas Taller. La sentencia señala que “el expediente de reintegro de la subvención se inició por acuerdo de 18 de septiembre de 1998 y se terminó por acuerdo de 26 de abril de 1999, notificado el 27 de abril de 1999, es claro que entre una y otra fecha han transcurrido con exceso el plazo de seis meses”, fijado en la normativa entonces vigente. Es decir, el *dies a quo* sería el del acuerdo de iniciación del expediente (no el de su notificación) y el *dies ad quem* el de la notificación de la resolución que le pone fin. Y aún más clara es la STS de 28 de mayo de 2008, Sección cuarta, Ar. 5426 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ), dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, que afirma que “el cómputo del plazo se inicia con el acuerdo de iniciación del procedimiento, y no desde la notificación del mismo al interesado”.

Cabe señalar, sin embargo, que en ocasiones se han dictado sentencias que sostienen que el *dies a quo* es el día en que se notifica el acto de iniciación del procedimiento al interesado. En esta línea, la SAN de 21 de enero de 2004, Sección cuarta, Ar. 392 (ponente: GUERRERO ZAPLANA), relativa al reintegro de una restitución a la exportación dictada contra la entidad *Bodegas y Bebidas, S.A.*, señala que “la resolución de inicio del expediente es de fecha 4 de julio de 2001 y aparece notificada a la recurrente con fecha 10 de julio. A su vez, (...) el expediente concluye

mente, en todo momento, que era aquel en que se producía la notificación de la resolución que ponía fin al procedimiento. No obstante, cabe precisar que la jurisprudencia ha entendido que a efectos de entender completado el procedimiento dentro del plazo es suficiente el intento de notificación²³².

B. La caducidad del procedimiento bajo la nueva LGS (I): cómputo

Según queda expuesto, el régimen de la caducidad del procedimiento de reintegro anterior a la LGS respondía, en líneas generales, al de cualquier otro procedimiento iniciado de oficio y susceptible de producir efectos desfavorables.

El nuevo régimen de caducidad previsto en la LGS ha traído importantes novedades. Por un lado, ha aclarado definitivamente el momento a partir del cual comienza a computar el plazo (la fecha del acuerdo de iniciación), ha ampliado de 6 a 12 meses su duración máxima²³³ y, finalmente, ha incluido algunas previsiones absolutamente novedosas y difícilmente comprensibles, ligadas a (o a pesar de) la producción de la caducidad, a las que dedicaremos el siguiente epígrafe.

mediante la resolución de fecha 21 de diciembre de 2001, la cual fue notificada con fecha 8 de enero de 2002. Por lo tanto, y como el plazo de caducidad es el de seis meses que señala el artículo 8.2 del Real Decreto 2225/1993, resulta que si realizamos dicho cómputo desde que se notifica la resolución de inicio (10 de julio de 2001) hasta que se notifica la resolución de finalización del expediente (8 de enero de 2002) resulta que no transcurrió en el caso presente el señalado plazo de seis meses. Obviamente (...) resulta que solo es posible proceder al cómputo de los plazos de prescripción atendiendo a las fechas de notificación tanto de la resolución de inicio como de la resolución de finalización del procedimiento". Obsérvese cómo en el caso enjuiciado, de tomar como fecha de inicio del cómputo el día de la notificación del inicio del expediente, este habría debido declararse caducado.

²³² En este sentido, la SAN de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO), dictada en relación con una resolución de reintegro de unas ayudas por retirada de tomates, afirmó que el *dies ad quem* es el momento en que se intentó la notificación. En los hechos, tal día fue el 26 de octubre, si bien "consta en el expediente que en esa fecha, lo que se produjo fue una imposición en Correos para la notificación por medio de burofax de la resolución de reintegro de 23 de octubre de 2006, la cual fue recibida el día 28. A su vez, se cursó notificación por correo con acuse de recibo que fue recibida por la beneficiaria de la subvención el día 9 de noviembre de 2006. A efectos del cumplimiento del plazo máximo de resolución del expediente, es suficiente la primera notificación, conforme a lo establecido en el art. 58.4 LRJPAC".

De este modo, se aplica la doctrina legal establecida sobre el art. 58.4 LRJPAC por la STS de 17 de noviembre de 2003, Sección tercera, Ar. 597 de 2004 (ponente: ESPÍN TEMPLADO). La doctrina legal fijada es: "basta para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59.1 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente. Pero además, en relación con la práctica de la notificación más habitual, la que se efectúa por medio de correo certificado con acuse de recibo (...) ha de señalarse que el mismo queda culminado, a los efectos del artículo 59.4 de la Ley 30/1992, en el momento en que la Administración reciba la devolución del envío de la notificación, al no haberse logrado practicar la misma por darse las circunstancias previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 59 de la Ley 30/1992 (doble intento infructuoso de entrega o rechazo de la misma por el destinatario o su representante)". Debe indicarse, sin embargo, que la última afirmación de esta sentencia no parece muy convincente, esto es, no se entiende por qué sería necesario intentar las dos entregas, ni tampoco por qué el *dies ad quem* debe ser el día en que la Administración tiene noticia de que la notificación no ha sido posible o que el destinatario la ha rechazado. Sobre todo en este último caso: la notificación debe entenderse realizada desde el momento en que es rechazada.

²³³ Según Pablo ARELLANO PARDO, "Título II. Del reintegro de subvenciones", cit., p. 373, la razón se encuentra en la posibilidad de que surjan discrepancias como resultado del trámite previsto en el art. 51.3 LGS: obligación de dar traslado a la IGAE del expediente de reintegro.

Actualmente, por tanto, y según el art. 42.4 LGS, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro se ha ampliado a 12 meses, computados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación²³⁴. Se trata, no obstante, de un plazo general, que convive con algunos plazos específicos, previstos en la normativa propia de ciertas ayudas²³⁵. Vencido este plazo de 12 meses sin que se haya resuelto y notificado (o intentado la notificación), “se producirá la caducidad del procedimiento”.

Este plazo de doce meses disponible para la tramitación del procedimiento, sin embargo, puede ser suspendido temporalmente, con lo que la duración real del procedimiento podría ser aún mayor. En concreto, se ha admitido la posibilidad de suspender el procedimiento a raíz de la solicitud a la Intervención del informe preceptivo (y casi vinculante) previsto en el art. 51.3 LGS²³⁶.

Mucho más dudoso es que el procedimiento de reintegro pueda paralizarse a raíz de la tramitación de un procedimiento sancionador o del inicio de diligencias penales, ya se dirijan al esclarecimiento de un delito o una falta. Dicha posibilidad se ha mantenido alegando que, “en el fondo son los mismos hechos los que serían objeto de análisis tanto en el procedimiento penal como en el de reintegro”, por lo que “tendría poco sentido (...) que el órgano administrativo pudiera determinar la existencia de una causa de reintegro –misma conducta que la del delito de fraude de subvenciones– y por el contrario el juez no apreciara la conducta típica del referido delito”. Y, de manera inversa, en el proceso penal podrían declararse hechos probados que afectarían directa e inmediatamente a la procedencia del reintegro. “Por ello, consideramos que para evitar tales distorsiones sería conveniente que el procedimiento de reintegro se suspendiera igualmente en favor de la vía judicial

²³⁴ En el mismo sentido, la SAN de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO), dictada en relación con una resolución de reintegro de unas ayudas por retirada de tomates, señala que “el plazo de 12 meses ha de computarse desde la fecha de incoación, conforme a la dicción literal del artículo 42.4 LGS” y no “desde la fecha de notificación del acuerdo de incoación”.

²³⁵ Así ocurre con el plazo de caducidad del procedimiento de reintegro de los incentivos económicos regionales. De conformidad con la Disposición adicional 9ª LGS, el reintegro de los incentivos regionales se regula por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales. En consecuencia, cuentan con un plazo específico para la tramitación y resolución del procedimiento de reintegro y, por tanto, de caducidad del mismo. De conformidad con el art. 35.8 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, “el plazo máximo para resolver los procedimientos por incumplimiento será el de seis meses, computado desde el acuerdo de iniciación. Cuando transcurra el plazo de treinta días desde el vencimiento del plazo de seis meses sin resolver, el procedimiento se entenderá caducado, declarándose así, de oficio o a instancia del interesado. Si la paralización del procedimiento fuera imputable al interesado, el plazo para resolver quedará interrumpido mientras subsista la causa que determinó la paralización”.

²³⁶ Así lo estima la tan citada SAN de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO), “a tenor del art. 42.5.c), siendo preceptivo el informe de la Intervención, conforme resulta del art. 51.3 LGS y 82 LRJPAC, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución que pone fin al procedimiento quedó en suspenso entre «el tiempo que medie entre la petición» y «la recepción del informe», en nuestro caso, entre el 22 de septiembre y el 9 de octubre (...). Por lo tanto, si el procedimiento se inició el 18 de octubre de 2005, quedó legalmente suspendido durante diecisiete días, y la notificación tuvo lugar el 28 de octubre de 2006, resulta que la misma se produjo en plazo, puesto que en esa fecha restaban todavía siete días para completar el plazo de doce meses”.

que determinaría los hechos e impondría la pena y en su caso el reintegro de la subvención con intereses en concepto de responsabilidad civil derivada del delito”²³⁷.

Sin embargo, lo cierto es que no puede sostenerse que el procedimiento de reintegro se vea afectado por una verdadera prejudicialidad penal²³⁸. A ello se añadiría, además, que las reglas que rigen la carga de la prueba o su misma valoración son profundamente divergentes entre un proceso penal (y, por extensión, en un procedimiento administrativo sancionador) y en un simple procedimiento administrativo, como es el procedimiento de reintegro. Piénsese, en este sentido, en la distinta distribución de la carga de la prueba que, por mor de la presunción de inocencia, en el proceso penal recaerá en todo caso sobre la acusación, en el distinto valor que se le reconocerá a las actas de inspección o en el juego de principios como el *in dubio pro reo*, todo lo cual puede llevar a que unos mismos hechos puedan o no ser considerados probados y tener consecuencias muy distintas.

La jurisprudencia, por lo demás, se inclina por esta segunda postura, rechazando que la sustanciación de un proceso penal sobre los mismos hechos objeto de un procedimiento de reintegro sea causa de suspensión de este último²³⁹.

C. La caducidad del procedimiento bajo la nueva LGS (II): consecuencias de su declaración

La LGS, como antes el art. 8.2 Real Decreto 2225/1993, no establece cuáles son las consecuencias de la producción de la caducidad, por lo que parecería lógico pensar que estas debían ser las mismas que ya antes había desarrollado la jurisprudencia

²³⁷ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 296.

²³⁸ Respecto a la instrucción de causa penal, considera Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 108 a p. 468, que no “comporta necesariamente y en todo caso la imposibilidad de que la Administración inicie y tramite el procedimiento de reintegro o realice otras actuaciones tendentes a conocer y determinar la existencia de causas de reintegro. No hay aquí prejudicialidad penal ni una situación similar a la que se produce cuando la Administración pretende ejercer su potestad sancionadora”.

²³⁹ En realidad, y según la STS de 27 de enero de 2004, Sección cuarta, Ar. 952 (ponente: MARTÍ GARCÍA) la instrucción de una causa penal no suspende ni siquiera el proceso contencioso-administrativo que resuelve sobre la procedencia del reintegro. En concreto, el Tribunal Supremo estimó que la sentencia de instancia en la que se decidía sobre la procedencia del reintegro acordado contra la entidad *Vinicola del Suroeste, S.A.*, (*Vinisur*) relativo a unas restituciones a la exportación de mostos de uva concentrados desduanados en Suecia, no debía suspenderse por la sustanciación de un proceso penal por los mismos hechos, dado que en el contencioso-administrativo “lo único que se cuestionaba y discutía era si el vino por el que obtuvo la subvención la entidad *Vinisur* había o no sido exportado a Suecia, como era obligado, para tener derecho a la subvención, y ello es ajeno a las actuaciones penales, y por tanto, ni debía apreciar la existencia de cuestión prejudicial, para suspender el procedimiento contencioso-administrativo, que tenía por objeto determinar la validez de una resolución administrativa y no de su ejecución, ni se podía aceptar la alegación de incompetencia de jurisdicción, pues obviamente para revisar jurisdiccionalmente la Orden del Ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación, sobre devolución de cantidades en concepto de restituciones a la exportación por no haberse cumplido las obligaciones de exportación a un determinado país, que fueron la causa de la subvención, es claro que la única competente es la jurisdicción contencioso-administrativa”.

y que hemos expuesto en el epígrafe anterior: archivo de las actuaciones, dando por no interrumpido el plazo de prescripción; prohibición de dictar resolución que ponga fin al procedimiento caducado, con invalidez de la resolución que sea dictada vulnerando dicha prohibición; posibilidad de volver a iniciar el procedimiento de reintegro, siempre que la acción de la Administración no haya prescrito.

El art. 42.4.2º LGS no prevé nada de esto y, de hecho, más bien lo niega. En realidad, se limita a admitir la posibilidad de “continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo”. Nada se dice de la obligación de declarar el archivo de las actuaciones y dar por no interrumpido el plazo de prescripción. Nada se dice de la prohibición de dictar resolución y, en caso de hacerlo, de la invalidez de esta. Nada se dice de volver a iniciar el procedimiento siempre que no se haya producido la prescripción. Nada se dice, en definitiva, de las consecuencias de la producción de la caducidad. Lo único que se afirma es que, a pesar de que se produzca, será posible continuar las actuaciones hasta la terminación del procedimiento²⁴⁰.

A pesar de ello, de la jurisprudencia anterior a la LGS y del nuevo art. 42.4 LGS es posible deducir los resultados de la superación del plazo máximo para resolver el procedimiento sin que este haya sido resuelto y notificado.

En primer término, como el mismo art. 42.4.2º LGS explicita, “se producirá la caducidad del procedimiento”. Se trata de un efecto *ex lege*, de producción automática, en el que la Administración no interviene. Ello dará lugar, como mínimo, al derecho de los interesados a que se les expida certificado en el que se declare la producción de dicha caducidad y a la correlativa obligación de la Administración de expedirlo. Esta declaración tiene su relevancia, por cuanto implicará que ninguna de las actuaciones de dicho procedimiento ha interrumpido el plazo de prescripción de la potestad de la

²⁴⁰ No se trata, por tanto, como ha afirmado María Jesús GARCÍA GARCÍA, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas...”, cit., p. 2563, de una consagración de la jurisprudencia que vimos en el epígrafe anterior. Es decir, no es cierto que “la Ley se ha[ga] eco de la STS de 12 de junio de 2003 que reconoce la posibilidad de volver a iniciar un procedimiento aun cuando se haya producido la caducidad del mismo si no se ha producido la prescripción”. Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 498, en este sentido, ha afirmado que “o no se sabe qué caducidad es esa que permite continuar las actuaciones o no se entiende qué actuaciones son esas que se realizan después de la caducidad ni, en cualquier caso, se entiende qué procedimiento es ese que sigue vivo después de muerto o que suerte de muerte es esa que no mata”. Por ello opta también por considerar que, de manera tortuosa, lo que el art. 42.4 LGS pretende decir es que es posible iniciar un nuevo procedimiento.

Pero no es eso lo que dice la LGS. No se trata de aceptar la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento de reintegro, sino de seguir tramitando el procedimiento de reintegro que ha caducado, aun con las dificultades conceptuales y prácticas que ello conlleva. José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., pp. 340-341, advierte que “la caducidad del procedimiento dejará incólume tanto el derecho de la Administración al reintegro como la acción para exigirlo, no ya en otro procedimiento, como sostiene la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en relación con el artículo 44 LRJPAC, sino en el marco del propio procedimiento, pues no otro alcance puede tener la obligación de continuar las actuaciones hasta su terminación”.

Administración para declarar y liquidar el reintegro²⁴¹. Hasta aquí, por tanto, todo se mantiene igual que en la situación anterior a la LGS. La novedad se introduce en que el art. 42.4.2º LGS levanta la prohibición de que la Administración pueda dictar una resolución en la que se declare el reintegro, y, consecuentemente, elimina la sanción de invalidez que sobre tal tipo de resoluciones hacía recaer la jurisprudencia con anterioridad. Ello hace suponer, en consecuencia, que la declaración de caducidad no implica (al menos no necesariamente) el archivo de las actuaciones²⁴².

Finalmente, nada se opone a que la Administración pueda iniciar un nuevo procedimiento de reintegro, solución que, según veremos, puede resultar más útil que la de proseguir las actuaciones hasta dictar la resolución. En efecto, la continuación del procedimiento de reintegro hasta su terminación una vez producida su caducidad tiene una contrapartida: ninguna de las actuaciones subsiguientes tendrá por efecto la interrupción del plazo de prescripción que, recordemos, se considera que tampoco ha sido interrumpido por ninguna de las actuaciones ocurridas en el seno del procedimiento caducado. Así lo expresa tajantemente el último inciso del art. 42.4.2º LGS: “sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo”²⁴³.

La situación creada por la LGS es contraria a toda lógica jurídica y, especialmente, a las razones que explican y justifican la existencia del instituto de la prescripción. Como tendremos ocasión de comprobar en un epígrafe posterior, la prescripción es el resultado de las exigencias propias del principio de seguridad jurídica y de la estabilidad de las situaciones jurídicas. Su función es evitar que aquellas situaciones que, aun pudiendo, no han sido alteradas en un lapso suficientemente amplio de tiempo, queden libres de ser alteradas en el futuro. La prescripción es consustancial, por tanto, al silencio, a la quietud, a la inacción de aquel que, pudiendo, no hace nada por cambiar una situación jurídica. En consecuencia, asiste plenamente la razón a REBOLLO PUIG cuando sostiene que “afirmar que un procedimiento que puede terminar con resolución no interrumpe la prescripción es absurdo”²⁴⁴.

²⁴¹ Así lo entiende también José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 341.

²⁴² La situación resulta muy similar, como señala Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 243, a la prevista en el nuevo procedimiento de inspección regulado en el art. 104.5 LGT, en el que la superación del plazo de doce meses tiene como único efecto enervar la interrupción del plazo de prescripción, pudiendo proseguirse el procedimiento siempre y cuando no se haya producido la prescripción. La diferencia se encuentra en que en este procedimiento no se declara la caducidad ni el archivo de actuaciones, opción que parece mucho más racional que la elegida por la LGS. En efecto, podría haberse establecido “el efecto de no considerar interrumpido el plazo de prescripción como consecuencia del incumplimiento del plazo para resolver, sin necesidad de vincularle el efecto de la caducidad”.

²⁴³ En sentido contrario, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 244, afirma que “todas las posteriores actuaciones suponen interrupción de la prescripción y además las mismas pueden prolongarse sin límite alguno puesto que una vez caducado el procedimiento de reintegro y no extinguido no se fija ningún límite temporal para la continuación de las posteriores actuaciones en el mismo”.

²⁴⁴ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., en nota 142 a p. 498.

A pesar de todo, la opción del legislador ha sido abandonar la lógica de las instituciones jurídicas y crear un régimen extravagante a las mismas. Y se trata de una opción censurable. No por un mero prurito doctrinal que ve “bueno” todo lo que se ajusta a las categorías dogmáticas y “malo” todo lo que se aparta de ellas, sino porque las normas jurídicas deben servir, en última instancia, para resolver problemas, y cuando generan más problemas de los que resuelven puede concluirse que son malas normas.

En efecto, la situación consagrada por el legislador genera importantes dudas y contratiempos. En primer lugar, las actuaciones que la Administración decida proseguir podrían prolongarse tanto tiempo como se estimase oportuno hasta que se adoptase una resolución o se produjese la prescripción de la acción de reintegro. Ello supone, nada menos, que el procedimiento de reintegro no tenga un plazo de duración de 12 meses, como señala el art. 42.4 LGS, sino de cuatro años. En efecto, al eliminar la prohibición de que la Administración pueda dictar una resolución en un procedimiento que ya se ha declarado caducado, lo que se está afirmando es que la Administración dispone de un plazo de tramitación igual al plazo de prescripción de la potestad que esté ejercitando. Es difícil pensar en un mayor atentando a la eficiencia de la actuación administrativa, la seguridad jurídica, la buena administración y el derecho a que los procedimientos se tramiten en un plazo razonable.

En segundo lugar, esta misma previsión puede volverse contra la propia Administración, incluso cuando actúe con plena eficacia. En efecto, en aquellos supuestos en que la tramitación del procedimiento fuera especialmente complicada y ello diera lugar a su caducidad, la Administración podría, bajo el régimen anterior, volver a iniciar un procedimiento con el que se volviera a interrumpir el plazo de prescripción, lo que podría resultar esencial. Sin embargo, bajo el nuevo régimen instaurado por el art. 42.4.2º LGS, las actuaciones posteriores a la producción de la caducidad no interrumpirán la prescripción, lo que podría dar lugar a que la Administración, aun actuando a pleno rendimiento y estando vivamente interesada en recuperar una subvención indebidamente concedida, no pudiera hacerlo por cumplirse el plazo de prescripción.

Precisamente para evitar esta última posibilidad es por la que debe entenderse, como ya indiqué más arriba, que la Administración siempre podría, en lugar de continuar la tramitación del procedimiento ya caducado y si así lo estimase oportuno, iniciar un nuevo procedimiento que, esta vez sí, interrumpiría la prescripción.

V.

LÍMITES MATERIALES A LA DECLARACIÓN DE REINTEGRO

1. Regla general: el cumplimiento riguroso de las obligaciones impuestas al beneficiario

Como hemos repetido en diversos pasajes, la declaración de caducidad de la subvención o declaración de reintegro es el resultado, por norma general, del incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas al beneficiario de la subvención en el marco de la relación jurídica subvencional.

En consecuencia, resulta esencial determinar el grado de exigencia en la observancia de tales obligaciones, dado que serán frecuentísimos los supuestos en los que, sin llegar a producirse un incumplimiento, el cumplimiento tampoco sea completo. Cuestión distinta y posterior será la de determinar las consecuencias de que el cumplimiento no haya sido total. Ahora de lo que se trata, más modestamente, es de averiguar los criterios de exigencia que recaen sobre el beneficiario. En definitiva, se trata de comprobar cuándo un incumplimiento es suficientemente reducido como para entender que ni siquiera debe considerarse incumplimiento, de modo que no debería dar lugar, ni siquiera, al reintegro parcial.

A este respecto, cabe señalar que, en principio, para considerar que el beneficiario ha satisfecho plenamente sus obligaciones, se exige un cumplimiento total y absoluto, sin margen a la más mínima desviación sobre las obligaciones inicialmente impuestas. La regla general, por tanto, es la del máximo rigor en el cumplimiento de las obligaciones.

La justificación se encontraría en que, “quien pretende obtener en su provecho caudales públicos por la vía de la subvención debe guardar una conducta respetuosa con las obligaciones, materiales y formales, a cuyo cumplimiento se subordina la entrega de aquellos”, por lo tanto, “la observancia de las condiciones impuestas ha de ser rigurosa”²⁴⁵.

²⁴⁵ Así se expresa la STS de 22 de abril de 2009, Sección tercera, Ar. 205849 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) en relación con una obligación de reintegro de 495.544.420 pesetas concedidas como incentivo regional a la entidad *Campofrío S.A.*, por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en materia de creación de empleo. Ante las alegaciones de una interpretación excesivamente rigorista de la Administración para apreciar el cumplimiento de tales obligaciones, la sentencia señala que “los argumentos de la demandante sobre el enfoque «parmenideo» y no «heraclitiano» que censura a la Administración en materia de creación y mantenimiento de los puestos de trabajo; sus afirmaciones sobre el dinamismo de la realidad empresarial y los «cambios cualitativos» de las cifras de empleo, así como respecto de los cambios en el sector de los productos cárnicos desde 1997 en adelante y respecto de la conveniencia de fusiones empresariales en dicho sector, todos esos argumentos y afirmaciones, decimos, serían apropiados si viniesen referidos a la actividad empresarial en cuanto tal, dentro de las reglas del libre mercado; pero no lo son tanto cuando con ellos lo que

Esta exigencia se vería aún más reforzada en el caso de que las obligaciones impuestas al beneficiario hayan sido no solo asumidas, sino incluso propuestas por él mismo. Por ejemplo, cuando tales obligaciones sean dictadas sobre la base de un proyecto formulado por el propio beneficiario, lo que suele ser habitual en las subvenciones concedidas en el marco de la normativa sobre incentivos regionales, pero también en muchas de las subvenciones de la Unión concedidas en el marco del desarrollo rural²⁴⁶.

No obstante, debe advertirse que la misma jurisprudencia, siguiendo criterios puramente casuísticos y de los que es difícil extraer reglas generales, ha venido a reconocer en ciertos pronunciamientos que la interpretación rigurosa de las condiciones impuestas al beneficiario no debe llegar al punto de ser exorbitante²⁴⁷. Aun más, el art. 86.1 RGS parece haber consagrado la posibilidad de que, en ciertas ocasiones, el beneficiario pueda incumplir parte de sus obligaciones sin que ello lleve forzosamente a la Administración a considerar que se ha producido incumplimiento alguno.

se trata precisamente es de respaldar o atenuar el incumplimiento de una decisión administrativa de naturaleza subvencional que por sus propias características (se trata en realidad de entregar fondos públicos a personas privadas) ha de someterse a requisitos, repetimos, de estricta observancia”.

Otro ejemplo de interpretación especialmente rigurosa en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario se encuentra en la STS de 9 de marzo de 2007, Sección cuarta, Ar. 2583 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR), dictada en relación con el reintegro de una subvención concedida a *Air Líquide España, S.A.*, en el marco de la normativa sobre incentivos económicos regionales. En el supuesto enjuiciado, la entidad beneficiaria se obligó a crear un número determinado de puestos de trabajo fijos, pero lo hizo tanto en la propia entidad matriz como en una filial participada en un 100% por ella misma. La Administración consideró que se habían incumplido las condiciones a las que se sujetaba el pago de la subvención, dado que en el acto de concesión no se decía nada de la posibilidad de crear los puestos de trabajo en una filial, y el Tribunal Supremo estimó que “es conforme a derecho la declaración de que había que estar a los términos del acto por el que se otorgó la subvención”. Es de destacar cómo en este supuesto la finalidad esencial de la subvención (creación de un número de puestos de trabajo) se había cumplido materialmente, lo que no impide el reintegro de la subvención.

²⁴⁶ En este sentido, la STS de 12 de febrero de 2008, Sección tercera, Ar. 1886 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de una ayuda concedida en el marco de los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de Canarias. En sentido similar a lo establecido en esta última sentencia parece que debe interpretarse la afirmación realizada por la STS de 23 de julio de 2001, Sección tercera, Ar. 5893 (ponente: MENÉNDEZ PÉREZ), y luego profusamente repetida, conforme a la cual resulta criterio esencial en la interpretación de las subvenciones “la procedencia de estar a lo pactado y, por tanto, a lo que resulte de la resolución individual de concesión, luego pactada”.

²⁴⁷ Así lo entiende la STS de 20 de mayo de 2008, Sección tercera, Ar. 2767 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), en relación con el reintegro parcial de una subvención concedida a *Aguas de Cuevas, S.A.*, en el marco de la normativa de incentivos regionales. En el supuesto, se dudaba si la entidad había cumplido el compromiso de invertir las 316.686.000 pesetas acordadas, toda vez que solo era segura la inversión de 304.186.000 pesetas, y se consideraba como inversión dudosa la de 12.500.000 pesetas destinados a la compra de terrenos para realizar la inversión por haberse adquirido con pago aplazado. La sentencia considera cumplida la inversión y recuerda que “en el ámbito de las relaciones jurídico-administrativas nacidas en el marco aplicativo del Derecho subvencional, la Administración debe respetar el principio de proporcionalidad, que promueve que se deban evitar interpretaciones exorbitantes de las condiciones particulares impuestas en la Orden ministerial de concesión, que se revelen incompatibles con la tutela de los intereses públicos presentes en la actividad de fomento y contrarias al principio *pro civem*”. Sin embargo, y como resulta evidente, estos mismos argumentos podrían haber llevado a considerar también realizadas algunas de las obligaciones que se consideraron incumplidas en las sentencias antes citadas.

De conformidad con este artículo, “cuando el beneficiario de la subvención ponga de manifiesto en la justificación que se han producido alteraciones de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la misma, que no alteren esencialmente la naturaleza u objetivos de la subvención, que hubieran podido dar lugar a la modificación de la resolución conforme a lo establecido en el apartado 3.1) del artículo 17 de la Ley General de Subvenciones, habiéndose omitido el trámite de autorización administrativa previa para su aprobación, el órgano concedente de la subvención podrá aceptar la justificación presentada, siempre y cuando tal aceptación no suponga dañar derechos de tercero”.

De este modo, se admite la posibilidad de que el beneficiario, por su cuenta y riesgo, sin informar a la Administración concedente ni solicitar de ella la preceptiva autorización, cambie las condiciones de cumplimiento de la subvención. Cuando ello ocurra y la Administración lo descubra, podrá, a pesar del incumplimiento de sus obligaciones, aceptar estos cambios sin exigir el reintegro. De algún modo, lo que parece consagrarse es una modificación tácita del acto de concesión de la subvención cuya producción parece configurarse como una potestad discrecional concedida a la Administración, con el único límite de que la aceptación de las modificaciones introducidas por el beneficiario “no suponga dañar derechos de tercero”.

2. El principio de proporcionalidad: la posibilidad de un reintegro parcial

Una vez que se ha determinado el incumplimiento de alguna de las obligaciones del beneficiario, debe procederse a la declaración de caducidad de la subvención y, con ella, a la extinción de sus efectos. Ahora bien, como ya hemos adelantado, no será raro que el incumplimiento, aun habiéndose producido, no haya sido total. En consecuencia, emerge por sí misma la cuestión de si cabe una declaración de caducidad parcial. Esto es, si en atención al grado (y tipo) de incumplimiento sería posible mantener algunos de los efectos de la relación jurídica subvencional que resulten favorables al beneficiario.

De lo que se trata, en definitiva, es de determinar la aplicabilidad y alcance del principio de proporcionalidad en la declaración de reintegro de las subvenciones.

Obsérvese que el planteamiento parte del incumplimiento de sus obligaciones por parte del beneficiario, lo cual, según hemos indicado, no subyace en todas las causas de reintegro. Sin embargo, no parece que pudiera ser de otra forma. En efecto, no resulta fácil imaginar cómo podría operar el principio de proporcionalidad en relación con aquellas causas de reintegro basadas en la ausencia de los presupuestos de hecho para dictar la resolución de concesión [art. 37.1.a) LGS] o en el cumplimien-

to de una condición resolutoria ajena a la voluntad del beneficiario [art. 37.1.h) LGS]. En estos casos, sencillamente, o se reúnen los presupuestos de hecho o no se reúnen²⁴⁸, o se produce la condición resolutoria o no se produce²⁴⁹.

En consecuencia, y por exigencias de la propia institución de la caducidad, las consideraciones que a continuación se expondrán acerca del reintegro parcial deben ser entendidas, casi necesariamente, en relación con aquellas causas de reintegro basadas en incumplimientos de obligaciones del beneficiario.

Aclarado lo anterior, debe indicarse que el punto de partida lo ofrece el propio legislador, quien ha previsto, dentro de la misma LGS, la posibilidad de una atenuación en el alcance del reintegro de la subvención. Esto es, ha sido el propio legislador quien ha calibrado, al redactar la norma, el alcance que debe darse al principio de proporcionalidad.

Ya en el art. 17.3.n) LGS, que carece de carácter básico, se establece que en las bases reguladoras de cada subvención deberán incluirse “criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de subvenciones²⁵⁰. Estos criterios resultarán de aplicación para determinar la cantidad que finalmente haya de percibir el beneficiario o, en su caso, el importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad”. En conexión directa con esta previsión, el art. 37.2 LGS establece por su parte, justo después de enumerar las causas de reintegro en sentido estricto, que “cuando el cumplimiento por el beneficiario

²⁴⁸ Cabe, sin embargo, que los datos objeto de falseamiento u ocultación no fuesen únicamente determinantes de la concesión o denegación, sino también de la cuantía entregada. Ello podría tener especial relevancia en el caso de las primas: un número de caballos efectivamente exportado inferior al que se declaró para obtener las restituciones a la exportación, una cantidad de trigo producida o de hectáreas plantadas inferior a la declarada, etc.

²⁴⁹ Un ejemplo de lo afirmado en texto, en relación con la falta de presupuestos de hecho necesarios para dictar la resolución de concesión, se encuentra en la STS de 28 de enero de 2002, Sección cuarta, Ar. 898 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR). En el supuesto de hecho, la entidad agrícola *Dabeu, S.A.*, solicitó una ayuda por retirada temporal de cultivos herbáceos, para lo cual presentó una superficie de 31,50 has que, sin embargo, plantó de girasol, lo que determinó la denegación de la ayuda y la devolución de las cantidades percibidas como anticipo, junto con el pago de los intereses generados. Sin embargo, la entidad alegó que había padecido un error material, dado que las 31,50 has se habían dejado efectivamente en barbecho, solo que en una finca distinta a la declarada. La sentencia, aparte de rechazar la invocación del art. 111 LPA realizada por *Dabeu, S.A.*, explicando, como no podía ser de otro modo, que tal artículo “se refiere a la rectificación por la Administración de errores padecidos por ella misma y no por los particulares”, niega toda relevancia al hecho de que pareciese concurrir una verdadera voluntad cumplidora.

²⁵⁰ La aclaración de que debe tratarse de obligaciones impuestas “con motivo de la concesión de subvenciones” debe entenderse en el sentido adecuado. Como ya hemos señalado, no es raro que las subvenciones se remitan al incumplimiento de obligaciones ya existentes para determinar posibles causas de reintegro. En consecuencia, no parece que las bases reguladoras de una subvención sean el lugar idóneo para calibrar los distintos grados de incumplimiento de dichas obligaciones. Ahora bien, esto no debe entenderse en el sentido de que el incumplimiento de tales obligaciones no deba valorarse con sujeción al principio de proporcionalidad. Es decir, un incumplimiento levisimo de la normativa medioambiental no debería dar lugar, probablemente, al reintegro total de una subvención. Este inciso del art. 17.3.n) LGS sencillamente debe entenderse en el sentido de que la determinación de la gravedad del incumplimiento de una obligación preexistente a la subvención corresponderá a su específica normativa reguladora.

(...) se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite por estos una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la cantidad a reintegrar vendrá determinada por la aplicación de los criterios enunciados en el párrafo n) del apartado 3 del artículo 17 de esta Ley o, en su caso, las establecidas en la normativa autonómica reguladora de la subvención”²⁵¹.

La conexión entre ambos artículos, sin embargo, no debe conducir a equívocos. En concreto, no cabe sostener que la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en el art. 37.2 LGS solo será posible en la medida en que las bases reguladoras o la normativa autonómica hayan determinado previamente los criterios para su aplicación. Como resulta evidente, son cosas distintas. En primer lugar, debe determinarse si procede declarar el reintegro parcial y, solo en segundo lugar, procederá la determinación de la cuantía exacta del mismo, que es a lo que hace referencia el art. 17.3.n) LGS²⁵².

En definitiva, el art. 37.2 LGS y, por ende, el principio de proporcionalidad, resultarán de aplicación incluso aunque las bases reguladoras no indiquen nada²⁵³. De hecho, la jurisprudencia reconocía y aplicaba este principio con anterioridad a la aparición de la LGS, hasta el punto de que, en realidad, el art. 37.2 LGS solo supone la consagración normativa y con carácter general de una solución jurisprudencial creada a partir de las subvenciones concedidas en el marco de los incentivos regionales²⁵⁴.

²⁵¹ Este artículo debe completarse con lo prevenido en el art. 34.3.2º LGS, conforme al cual “se producirá la pérdida del derecho al cobro total o parcial de la subvención en el supuesto de falta de justificación o de concurrencia de alguna de las causas previstas en el artículo 37 de esta Ley”. Del mismo modo, del propio texto de la LGS se desprenden otros casos de reintegro parcial (aunque no son necesariamente aplicación del principio de proporcionalidad). Por ejemplo, en el caso del art. 37.3 LGS, y como dice el propio artículo “procederá el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad subvencionada, así como la exigencia del interés de demora correspondiente”. No se exige, en consecuencia, el reintegro de toda la subvención.

²⁵² Aunque el precepto solo parezca contemplar la posibilidad de que tales criterios se incluyan en las bases reguladoras o en la normativa autonómica reguladora de la subvención, debe entenderse que también los Entes locales en sus Ordenanzas generales de subvenciones, podrían establecer sus propios criterios.

Por otra parte, en ausencia de todo criterio de graduación, es posible que se deba “aminorar el importe de la subvención en proporción directa al porcentaje del incumplimiento”, tal y como propone Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, p. 77, pero en el bien entendido de que se cumplan los dos requisitos marcados por el legislador, con carácter general, en el art. 37.2 LGS, del que ahora nos ocupamos en texto. De otro modo, esta solución sería contraria a la LGS.

²⁵³ Y ello aunque solo sea “por el valor y eficacia directos de los principios generales del Derecho”, como señala Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 445.

²⁵⁴ El origen de esta jurisprudencia se encuentra en la STS de 28 de febrero de 1997, Ar. 1533 (ponente: LEDESMA BARTRET), en la que se consideró que “la posibilidad de moderar el efecto devolutivo de las cantidades percibidas procede sólo en aquellos casos en los que el incumplimiento de las obligaciones se aproxima al cumplimiento total, y cuando además se acredita una actuación tendente a la satisfacción de los compromisos adquiridos”.

Esta formulación concreta del principio de proporcionalidad, cuyos requisitos de aplicación se estudian a continuación en texto, fue prontamente recogida por la jurisprudencia menor, extendiéndose a todo tipo de subvenciones y excediendo, por tanto, del marco original en el que fue concebida. Así, la STSJ Castilla León/Valladolid de 29 de noviembre de 2002, Ar. 73194 de 2003 (ponente: CASTRO GARCÍA), la STSJ Castilla y León de 28 de febrero de 2003, Ar. 191703 (ponente: REINO MARTÍNEZ), o la SAN de 26 de junio de 2002, Sección cuarta, Ar. 124 de 2003 (ponente: SANZ CALVO), esta última dictada en relación con el reintegro de una ayuda agrícola de la Unión a la producción de semillas.

En todo caso, de la lectura del art. 37.2 LGS se deduce que la aplicación del reintegro parcial tiene que reunir dos condiciones cumulativas: que el cumplimiento “se aproxime de modo significativo al cumplimiento total” y que “se acredite (...) una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos”. La dificultad para comprobar si concurren o no en cada caso los dos criterios marcados por el art. 37.2 LGS, sin embargo, es considerable, y así ha sido puesto de manifiesto por la doctrina.

Respecto al primero, se ha señalado que “de la literalidad de la terminología empleada puede inferirse, como regla de mínimos, la procedencia de la modulación en aquellos supuestos en que sean más significativas las obligaciones cumplidas que las incumplidas, tanto en términos cuantitativos como cualitativos”²⁵⁵, lo que no deja de ser asimismo bastante vago. Un poco más preciso, pero sin otro apoyo más sólido que el sentido común, MARTÍNEZ GINER considera que “se requiere que al menos se haya cumplido con más de la mitad de obligaciones y compromisos para entender que es posible el reintegro parcial”²⁵⁶.

En todo caso, lo que debe retenerse es que cualquier grado de cumplimiento no es suficiente para dictar el reintegro parcial. O, dicho en otros términos, que a partir de un cierto nivel de incumplimiento la Administración podrá actuar como si el incumplimiento fuera total, aunque en la realidad ello no haya sido así. De esta situación, que podría parecer excesivamente gravosa, ya tuvimos ocasión de ocuparnos más arriba para aclarar, precisamente, que no tiene naturaleza sancionadora.

Respecto al segundo requisito, que presenta un matiz más subjetivo, en el sentido de ir vinculado a la intencionalidad del beneficiario incumplidor, se ha planteado como “una exigencia de buena fe del subvencionado que, en cualquier caso, deberá ser acreditada por él mismo”²⁵⁷. En efecto, tradicionalmente, uno de los elementos que han sido señalados como criterio para establecer el alcance del reintegro ha sido la intencionalidad del administrado al incumplir sus obligaciones. La idea de proporcionalidad parece repudiar un mismo tratamiento según se trate de un incumplimiento producido por causas de fuerza mayor, por negligencia o por una voluntad dolosa y deliberada de vulnerar las obligaciones asumidas. Ahora bien, esto no debe

²⁵⁵ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 334.

²⁵⁶ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 157. Por su parte, Teresa DE MENDIZÁBAL, “Retirada improcedente de subvención por incumplimiento de requisitos de concesión”, *Actualidad Administrativa* n° 22, diciembre de 2007, considera que “habrá que valorar la incidencia que supone en el conjunto de las relaciones Administración-beneficiario”.

²⁵⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 334. En sentido contrario, Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., p. 78, considera que la buena fe del beneficiario incumplidor se presume, por lo que “corresponde a la Administración comprobar y justificar la ausencia de la misma en cada caso concreto” (p. 79). Parece, sin embargo, que el requisito al que hace referencia el art. 37.2 LGS (“actuación inequívocamente tendente...”) debe identificarse con una actitud de diligencia que excede, con mucho, a la simple buena fe por lo que, aun admitiendo que esta deba presumirse, no es seguro que sea suficiente para colmar las exigencias derivadas del art. 37.2 LGS.

llevar al punto de exigir, como requisito necesario para proceder a la declaración del reintegro, la existencia de un incumplimiento culpable. Ni es eso lo que prevé el art. 37.2 LGS ni, en realidad, resultaría lógico. Como ha sido señalado, “la imposibilidad de llevar a cabo las actividades para las que se concedió la subvención por causa no imputable al beneficiario no supone que los fondos queden liberados, y puedan aplicarse a los fines que este tenga por conveniente. Ello generaría un beneficio económico en el perceptor con cargo al erario público que no contribuiría a la satisfacción de interés público alguno”²⁵⁸.

El reintegro, por tanto, es exigible con independencia de la intencionalidad²⁵⁹. Cuestión distinta es que, cuando se haya producido un cumplimiento casi total de sus obligaciones y además el incumplimiento no haya sido querido por el beneficiario, pueda dictarse una obligación de reintegro parcial. Es decir, la culpabilidad del beneficiario carece de toda virtualidad por sí sola para negar el incumplimiento o, aceptado este, para dar lugar al reintegro parcial. Es solo uno más de los requisitos que deben reunirse para poder dictar este último.

Lo que deberá apreciarse en este caso, por tanto, son los medios que el beneficiario haya puesto para intentar cumplir sus obligaciones y los esfuerzos desplegados en dicho sentido. De este modo, la mera pasividad ante un obstáculo que dificulta o impide el cumplimiento será, generalmente, un fuerte indicio en contra de que haya existido una “actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos”²⁶⁰.

²⁵⁸ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 322. A la misma conclusión llega, en relación con las concesiones de dominio público, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 130, quien señala que la voluntariedad en la conducta del particular “únicamente debe ser valorada por la Administración para determinar el alcance de los efectos de la declaración de caducidad”. Y, más adelante, apunta que “si el concesionario puede demostrar que el incumplimiento no fue culpable, por no haber intervenido en él ni dolo ni negligencia, la Administración deberá tenerlo en cuenta para modular los efectos que derivan de la declaración de caducidad de la concesión” (p. 153). En consecuencia, “la valoración subjetiva de la conducta del particular influirá únicamente en la concreción de los efectos jurídicos y no en la decisión de la Administración de declarar o no la caducidad de la concesión administrativa” (p. 166).

²⁵⁹ Debe rechazarse, por tanto, la postura de Javier MEDINA GUIJARRO, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, cit., p. 33, quien exige que el incumplimiento del beneficiario que pueda dar lugar al reintegro debe ser, necesariamente, un incumplimiento culpable. Dicha afirmación, sin embargo, debe situarse en el contexto de la normativa reguladora del reintegro por alcance propia de la responsabilidad contable, que sirve de modelo al autor para la configuración de cualquier reintegro.

²⁶⁰ Un interesante ejemplo de esta situación se encuentra en las SSTs de 12 de marzo y 2 de diciembre de 2008, ambas de la Sección tercera, Ar. 3721 (ponente: CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) y 8046 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ). En los supuestos enjuiciados, la entidad *Grupo Correo Media Trader, S.L.*, resultó beneficiaria de dos anticipos reembolsables para la financiación de sendos proyectos por valor de 574.567,57 euros y 423.112,52 euros. Debido a que habría cometido un presunto error administrativo, la beneficiaria presentó la documentación justificativa de haber realizado los proyectos con más de siete meses de retraso sobre el plazo previsto, lo que determinó la resolución de la Administración concedente declarando la cancelación de los beneficios y el reintegro de las cantidades percibidas junto con los intereses de demora. A juicio de la entidad, dar el mismo tratamiento a quien incumple la obligación de presentar en plazo una documentación administrativa, habiendo ejecutado el proyecto, que a quien no cumple y no ejecuta el proyecto subvencionado podría suponer una vulneración del principio de proporcionalidad. Las sentencias reconocen que, en ciertos casos, podría ser así, pero que no se trata de una operación automática. Así, en los supuestos enjuiciados

Finalmente, es necesario señalar que, a pesar de que el art. 37.2 LGS se inspira directamente en la jurisprudencia recaída sobre casos de reintegro de incentivos regionales, la regla que dicho artículo consagra no siempre coincide con la interpretación que la jurisprudencia realiza de la normativa sobre tales incentivos.

En efecto, a pesar de que el cumplimiento del beneficiario se aproxime de modo significativo al cumplimiento total y se acredite una actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, la jurisprudencia entiende que el incumplimiento de ciertas “condiciones esenciales” impide el reconocimiento del reintegro parcial.

Es decir, en la aplicación del principio de proporcionalidad, además de los requisitos marcados por el art. 37.2 LGS, también se tiene en cuenta, como no podía ser de otra forma, un elemento cualitativo que distingue entre los incumplimientos en atención a la importancia de la obligación a la que van referidos. No se trata solo, por tanto, de aproximarse de manera significativa al cumplimiento total, sino también de que dicho cumplimiento casi total vaya referido a las obligaciones más importantes que recaen sobre el beneficiario²⁶¹.

“no se ha alegado ni probado que el incumplimiento del plazo de justificación (...) se debiera a alguna razón distinta de la mera falta de diligencia del beneficiario de la ayuda en la gestión de los fondos públicos que se le entregaron, ni que concurriesen circunstancias excepcionales explicativas de las razones de su actividad. En ningún momento, por lo demás, el interesado solicitó de la Administración –como podía haber hecho– la ampliación del plazo para presentar la justificación documental a que venía obligado”. En consecuencia, “en ausencia de cualquier explicación satisfactoria no podemos aplicar, sin más, el principio de proporcionalidad como obstáculo a la exigencia de reintegro, pues ello equivaldría, en definitiva, a negar toda virtualidad a las exigencias de justificación en plazo del cumplimiento de las condiciones. Los beneficiarios de las ayudas podrían demorar a su voluntad el cumplimiento de esta obligación, en el convencimiento de que una eventual acreditación a posteriori vendría a «sanar» la omisión precedente”.

²⁶¹ La jurisprudencia dictada en este sentido es numerosísima y encuentra su apoyo en la propia Ley 50/1985, de 27 de diciembre, de incentivos regionales para la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales, y en su Reglamento de Desarrollo, aprobado por Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre. Tales normas incluyen sus propios criterios de graduación de los incumplimientos, al modo en que el art. 17.3.n) LGS prevé que se establezca en la normativa autonómica o en las bases reguladoras de cada subvención. A partir de tales criterios, una jurisprudencia constante ha determinado qué obligaciones deben considerarse “esenciales”, de modo que su incumplimiento, aun cuando el resto de obligaciones se haya cumplido, impedirá en todo caso el reintegro parcial.

Así se afirma en la STS de 15 de julio de 2008, Sección tercera, Ar. 3437 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ). En el supuesto de hecho, a pesar del cumplimiento de los demás requisitos, la entidad beneficiaria, *Craur, S.L.*, incumplió su compromiso de crear y mantener siete puestos de trabajo por haber utilizado contratos de obras y servicios, en lugar de cualquiera de las demás figuras contractuales que la resolución de concesión preveía. Frente a su reclamación de que el reintegro fuese solo parcial, la sentencia señala que “el incumplimiento total de una de las condiciones esenciales, como lo es la relativa al empleo, determina que, aún en el supuesto de cumplimiento de las otras condiciones o incluso de la otra condición también relativa al empleo, no pueda entenderse que estamos en presencia de un incumplimiento parcial, a los efectos de permitir un cobro proporcional de la subvención”. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 20 de mayo de 2008, Sección tercera, Ar. 2767 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), que también distingue entre condiciones esenciales y no esenciales, situando dentro de estas últimas la obligación de mantener un determinado nivel de fondos propios. Igualmente la STS de 30 de enero de 2008, Sección tercera, Ar. 1591 (ponente: ESPÍN TEMPLADO), dictada en relación con el reintegro total de una subvención concedida a *Rostoy, S.A.*, para la ampliación de una actividad de elaboración de zumos y néctares, considera condiciones esenciales las relativas a la creación de puestos de trabajo y la realización de la inversión, de tal modo que “el incumplimiento total de alguno de ellos acarrea la pérdida total de la subvención”. Finalmente, y por no insistir más, también la STS de 19 de junio de

En realidad, esta jurisprudencia es igualmente extensible al resto de subvenciones. Ello explicaría, justamente, y según expusimos en su momento, que el incumplimiento de las obligaciones formales, como la obligación de justificar en tiempo y forma, aun cuando se hubiera cumplido plenamente con el resto de obligaciones, dé lugar al reintegro total, sin posibilidad de aplicación del art. 37.2 LGS²⁶².

3. La interpretación teleológica de la norma: el cumplimiento del objetivo mediato perseguido por la Administración con la concesión de la subvención

Como ya tuvimos ocasión de exponer en su momento, y tal y como hemos reiterado en diversos pasajes, la concesión de toda subvención persigue dos objetivos distintos. En primer lugar, un objetivo inmediato, consistente en conseguir que el beneficiario asuma y cumpla unas obligaciones concretas. En segundo lugar, un objetivo mediato, que no puede ser otro que alcanzar la satisfacción de algún interés general. El cumplimiento del primer objetivo justifica la entrega de la subvención. El del segundo, el ejercicio de la potestad concedida por la norma a la Administración (art. 103 CE). La vinculación entre ambos objetivos, también llamados primario y secundario, se produce en tanto que el cumplimiento del primer objetivo debe conllevar, al menos en principio, la consecución del segundo. Y, del mismo modo, el incumplimiento del objetivo inmediato también debería dar lugar a que no se alcance el objetivo mediato.

Sin embargo, puede ocurrir que esta correspondencia no siempre se cumpla. Es decir, cabe la posibilidad de que se produzca el cumplimiento del objetivo inmediato pero no se alcance la satisfacción del interés general perseguido con la concesión de la subvención. Y, del mismo modo, es posible que el beneficiario incumpla sus obligaciones y, a pesar de ello, se alcance el fin secundario de la subvención.

En el primer caso, esto es, cuando no se haya conseguido la satisfacción del interés general perseguido por la Administración aun habiendo ejecutado el proyecto, realizado la actividad o adoptado el comportamiento, la principal consecuencia deberá ser la modificación o eliminación de la subvención del Plan Estratégico de Subvenciones donde se enmarque²⁶³.

2007, Sección tercera, Ar. 5258 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), estima que “no puede decirse que no tenga la consideración de grave los [incumplimientos] que se refieren a obligaciones fiscales y de Seguridad Social, o del cumplimiento del deber de transparencia en la información”.

²⁶² De este modo, se ha mantenido que el principio de proporcionalidad nunca se podrá aplicar cuando de lo que se trata es del cumplimiento fuera de plazo. En ese caso la obligación era cumplir en plazo, y si no se cumple en plazo, no se cumple más o menos, sino que no se cumple. En este sentido se expresa la ya citada STSJ Valencia de 25 de septiembre de 2002, Ar. 119942 de 2003 (ponente: COTINO HUESO).

²⁶³ Así lo prevé el art. 15 RGS, de carácter básico, de conformidad con el cual, “si como resultado de los informes de seguimiento emitidos por los Ministerios y de los informes emitidos por la Intervención General

Pero, a nuestros efectos, resultan más interesantes las consecuencias que puedan derivarse del segundo caso. Es decir, del supuesto en que se alcancen los fines secundarios o mediatos de la subvención a través de medios distintos a los estipulados en las bases y el acto de concesión.

En principio, y de conformidad con lo que expusimos más arriba, al tratar la causa de reintegro del art. 37.1.b) LGS, el cumplimiento del objetivo mediatamente perseguido por la Administración con la concesión de la subvención no puede evitar la procedencia del reintegro si dicho objetivo no se ha alcanzado mediante la realización de la actividad que constituía el objetivo inmediato de la subvención. Así lo estima también la doctrina, que parte de considerar que lo que da lugar al reintegro es el incumplimiento del fin primario (las obligaciones expresamente asumidas), no del fin secundario (el interés general perseguido).

Esta separación tajante entre ambos tipos de fines lleva, necesariamente, a afirmar la irrelevancia absoluta de que se satisfagan los fines de interés público si se han incumplido las obligaciones asumidas por el beneficiario: “estos fines (fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública), ni son exigibles del beneficiario ni, en consecuencia, puede considerarse que su realización al margen de los compromisos efectivamente asumidos haya de tener efectos liberatorios para el beneficiario. Ello es así debido a que el compromiso (carga, condición, obligación o modo) asumido por el beneficiario al que la ley atribuye relevancia jurídica y efectos resolutorios es el objetivo, actividad, proyecto o comportamiento que se fijó en la concesión”²⁶⁴.

de la Administración del Estado, existen líneas de subvenciones que no alcanzan el nivel de consecución de objetivos deseado, o el que resulta adecuado al nivel de recursos invertido, podrán ser modificadas o sustituidas por otras más eficaces y eficientes o, en su caso, podrán ser eliminadas”.

²⁶⁴ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 324. También Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 110, niega toda relevancia a la satisfacción del interés general a través de un comportamiento del administrado distinto a aquel para el cual se le concedió la subvención: “cuando el beneficiario realice un comportamiento o actividad distinta de aquella a las que se comprometió y estaban establecidas en el acuerdo de concesión, procederá el reintegro y ello aunque con esos otros comportamientos –distintos de los que debió realizar– se satisfaga igualmente el interés público o la finalidad pública para la que se concedió la subvención”.

Yendo aún más lejos, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español”, *RAP*, n° 113 (mayo-agosto 1987), p. 45, llega a negar toda utilidad a la propia distinción entre fin primario o secundario, al estimar que “en realidad, no tiene mayor relevancia atendiendo a la relación jurídica que vincula a la Administración otorgante del beneficio o ayuda con el particular destinatario. Los fines secundarios, en efecto, no trascienden ni se reflejan en la relación surgida del acto de otorgamiento del beneficio”. En nota 9 a la misma página, se reafirma en tales opiniones, indicando que “el fin perseguido con la previsión de subvenciones a favor de la iniciativa privada (...) ninguna incidencia tendrá, evidentemente, en la concreta relación jurídica que llegue a entablarse entre el particular beneficiario de la ayuda y la Administración, relación presidida por el fin u objetivo concreto y específico”.

El mismo razonamiento justificaría la irrelevancia de que la actividad la hubiera realizado un tercero si era el beneficiario quien debía realizarla personalmente²⁶⁵. Y estas apreciaciones aun se reforzarían más en caso de una subvención concedida en un procedimiento de concurrencia competitiva cuando se trataba de seleccionar un proyecto entre los varios presentados²⁶⁶.

Pero estas posturas, sin embargo, podrían resultar en exceso radicales. En efecto, en ocasiones se ha propuesto a los tribunales, y estos han aceptado, la negación o, al menos, la atenuación de las obligaciones de reintegro impuestas a los administrados en atención a una interpretación teleológica de las normas reguladoras de cada subvención. Dicha interpretación teleológica apunta, en última instancia, a que lo perseguido por el ordenamiento jurídico al conceder a la Administración la potestad para conceder subvenciones es la consecución de un determinado interés general. En consecuencia, parecería plenamente lógico que se tuviera en cuenta si, a pesar de haber incurrido en una causa de reintegro, se ha alcanzado el objetivo o satisfecho el interés público que, en última instancia, justificaban el establecimiento de la subvención²⁶⁷.

En este sentido, existe jurisprudencia menor que rechaza la procedencia del reintegro si el fin de la subvención se ha cumplido. Es decir, si se ha satisfecho el interés general que, en última instancia, justificaba la concesión de la subvención²⁶⁸. Del mismo modo, y con mayor razón, es posible rastrear también pronunciamientos que, sin afirmar que el cumplimiento del fin mediato tiene efectos liberatorios, ad-

²⁶⁵ Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 110.

²⁶⁶ En efecto, como señala, Pablo ARELLANO PARDO, "Título II. Del reintegro de subvenciones", cit., p. 325, en estos casos "una valoración *a posteriori* del incumplimiento de estos fines (...) impediría garantizar un mismo tratamiento a todos aquellos beneficiarios que desarrollaron actividades distintas de las subvencionadas".

²⁶⁷ En realidad, este mismo razonamiento sería extensible a otras situaciones. Por ejemplo, al supuesto de un administrado que ocultó o falseó los requisitos para convertirse en beneficiario, obteniendo la concesión de la subvención por parte de la Administración y cumpliendo posteriormente con las obligaciones que justificaban el pago de la subvención. De conformidad con el art. 37.1.a) LGS, la Administración puede, y aun debe, exigir el reintegro de la subvención recibida. Sin embargo, y desde cierta óptica, el resultado parece injusto, simplemente eso, contrario a la equidad, dado que la Administración habrá conseguido que el administrado, haciendo un esfuerzo que solo ha recaído sobre él, adapte su comportamiento a la satisfacción de los intereses generales.

²⁶⁸ Así, la STSJ Cataluña de 24 de diciembre de 2002, Ar. 101943 de 2003 (ponente: BERLANGA RIBELLES): en el caso, se trataba de una ayuda a la contratación indefinida que establecía como requisitos el mantener la plantilla de trabajadores fijos durante un mínimo de 3 años. Habiendo causado baja por jubilación una trabajadora fija de la plantilla, el empresario, en lugar de sustituirla con otra trabajadora a tiempo completo contrata ("con el fin de cubrir mejor la estructura organizativa de la empresa") a dos trabajadoras, también fijas pero a tiempo parcial, cuya jornada conjunta era muy superior a la de la trabajadora jubilada. Razona la sentencia que "una interpretación teleológica de la citada Ley (...), cuyo confesado propósito es la adopción de medidas para potenciar las políticas activas de empleo (...), ha de llevar a la estimación del recurso. Sin que pueda prevalecer sobre tal interpretación la mayor rigidez de los requisitos exigibles para ser beneficiario de los incentivos". En el mismo sentido, y en relación con un supuesto de hecho muy parecido, se pronuncia la STSJ Baleares de 11 de septiembre de 2002, Ar. 263546 (ponente: MASOL MIQUEL).

En esta línea también se sitúa la STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2003, Ar. 115750 (ponente: ALBERDI LARIZGOITIA). En el caso, la convocatoria prohibía la cesión *inter vivos* de la vivienda usada adquirida gracias a la subvención concedida, haciendo el tribunal una interpretación finalista de la norma (que en última instancia pretende favorecer el acceso a la vivienda evitando la especulación) para evitar que la adjudicación de toda la vivienda a uno de los cónyuges por el Convenio de separación diese lugar al reintegro.

miten que tiene cierta relevancia, al menos, a efectos de atemperar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones asumidas, dando lugar al reintegro parcial²⁶⁹. Cuando menos, el hecho de haber alcanzado el objetivo de la subvención, aunque por medios distintos a los previstos en la resolución de concesión, podría ser tomado como prueba de un leal y recto proceder en la actuación del beneficiario, lo que permitiría reconducirlo al segundo de los requisitos que, según hemos visto, exige el art. 37.2 LGS para admitir la declaración de reintegro.

Ahora bien, es preciso señalar que estos pronunciamientos son absolutamente minoritarios y que, por regla general, los tribunales, al igual que la doctrina, tienden a rechazar este tipo de interpretaciones. Tendencia que se convierte en norma cuando se trata de ayudas agrícolas de la Unión²⁷⁰. La postura contraria, de hecho, resultaría ciertamente peligrosa, por cuanto que la tendencia creciente de las ayudas agrícolas de la Unión es a configurarse como formas de ayuda a la renta de los agricultores, siendo esta su verdadera finalidad. A partir de aquí, una interpretación teleológica de las normas de la Unión en el sentido que hemos expuesto podría conducir a afirmar que el cumplimiento de los deberes accesorios impuestos a los agricultores beneficiarios de estas ayudas sería irrelevante, en la medida en que la finalidad última y confesa de la norma, que es ayudar al sostenimiento de sus rentas, se cumpliría con la simple entrega del dinero²⁷¹.

²⁶⁹ La STS de 20 de mayo de 2008, Sección tercera, Ar. 2767 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT), recaída en relación con el reintegro de una subvención concedida en el marco de la normativa de incentivos regionales, señala como elementos para apreciar la procedencia de un reintegro parcial que “ha quedado acreditado en autos que el incumplimiento referido al mantenimiento de nivel de fondos propios lo fue con carácter temporal y de ningún modo ha supuesto esta desviación financiera la desnaturalización de los objetivos económicos y sociales vinculados a la ejecución del proyecto de inversión, que afecta (...) a una zona de reconversión industrial, contribuyendo a la diversificación industrial”. Esto es, se toman como elementos de apreciación el incumplimiento temporal y la consecución de los objetivos de interés público.

²⁷⁰ En esta línea se sitúa la STS de 28 de enero de 2002, Sección cuarta, Ar. 898 (ponente: BAENA DEL ALCÁZAR), a la que también hicimos referencia más arriba. En el supuesto de hecho, la entidad agrícola *Dabeu, S.A.*, solicitó una ayuda por retirada temporal de cultivos herbáceos, para lo cual presentó una superficie de 31,50 has que, sin embargo, plantó de girasol, lo que determinó la denegación de la ayuda y la devolución de las cantidades percibidas como anticipo, junto con el pago de intereses. En realidad, la entidad había dejado efectivamente en barbecho las 31,50 has, solo que en una finca distinta a la declarada. En consecuencia, solicitó el reconocimiento del pago de la subvención alegando que sus normas reguladoras debían interpretarse de conformidad con el art. 3.1 CC, dado que la finalidad perseguida por las normas de la Unión (dejar en barbecho una determinada superficie) se había visto cumplida, salvo por el dato accidental de haberlo hecho en una finca distinta de la declarada. La sentencia rechaza la alegación limitándose a señalar que la propia entidad reconocía el incumplimiento de sus obligaciones y que “los requisitos reglamentarios fueron incumplidos, no habiéndose puesto en su cumplimiento la debida diligencia”.

²⁷¹ En este sentido se manifiesta la STS de 12 de marzo de 2001, Sección cuarta, Ar. 1107 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), relativa a la denegación de unas ayudas a la producción de soja por no haberse presentado en plazo la “declaración de cosecha”. Frente a la invocación del art. 3.1 CC y al carácter de estas ayudas como ayudas a la renta, la sentencia señala que “aunque se acepten tales principios teóricos, no es posible deducir de ellos una interpretación de la norma aplicable que suponga aceptar como único requisito para la percepción de la ayuda la siembra (...) de la semilla de soja y la irrelevancia o el desentendimiento de la cosecha, haciendo intrascendente la exigencia formal de la «declaración» de esta. Las ayudas comunitarias, también para el cultivo de la soja de segunda cosecha, no parece que puedan desentenderse de la realidad de la cosecha, de los trabajos necesarios para su obtención y, por consiguiente, de su comprobación, por lo que no puede considerarse, desde la perspectiva finalística de la norma, irrelevante el cumplimiento en tiempo de la carga formal establecida para la percepción de aquellas”.

4. Los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima

En ocasiones, también se ha planteado la posibilidad de que el principio de seguridad jurídica, generalmente en su manifestación de principio de protección de la confianza legítima, pudiera servir de límite frente a la declaración de reintegro.

En realidad, la confianza legítima tiene dos ámbitos de actuación distintos en materia de recuperación de subvenciones. En primer lugar, en relación a las causas de invalidez de la resolución de concesión, cabe recordar la posibilidad de rechazar la declaración de invalidez cuando puedan invocarse los límites previstos en el art. 106 LRJPAC, donde precisamente se enmarcaría la protección de la confianza legítima. Pero, en segundo lugar, el principio de protección de la confianza legítima también podría resultar de aplicación en relación con las causas de reintegro en sentido estricto previstas en el art. 37 LGS.

Es cierto, como sabemos, que casi todas las causas de reintegro previstas en dicho artículo están ligadas a un incumplimiento del beneficiario. En consecuencia, en la medida en que la concurrencia de la causa de reintegro será resultado de su propio comportamiento, y que la producción de la caducidad de la subvención por tal motivo constituía una situación que el beneficiario conocía de antemano, malamente podrá alegar su creencia en la estabilidad de la situación creada por la entrega de la subvención²⁷².

A pesar de ello, no es descartable la existencia de situaciones en las que se haya generado una confianza en la estabilidad de las situaciones, cuya protección sea exigible por el ordenamiento. De este modo, la buena fe del beneficiario, o su confianza legítima, podrían actuar, eventualmente, como límites al reintegro.

Desde luego, puede ser así en el caso de que la causa de reintegro sea absolutamente independiente de la actuación del beneficiario de la subvención, como en el supuesto del art. 37.1.h) LGS, es decir, en relación con la obligación de reintegro que sea resultado de la adopción de una Decisión de recuperación por parte de la Comisión europea. De hecho, y según expusimos, tanto la normativa de la Unión aplicable como la jurisprudencia del TJCE admiten que la protección de la confianza legítima pueda actuar como límite frente a la exigencia del reintegro al beneficiario de la ayuda declarada incompatible con el mercado interior²⁷³.

²⁷² En este sentido se manifiesta Martina SINISI, “Il «potere» di revoca”, cit., nota 50 a p. 648, siguiendo en este punto a Maria Alessandra SANDULLI, y señalando que, con carácter general, la confianza legítima nunca puede estar presente en los casos de caducidad por incumplimiento, como el reintegro de una subvención, dado que esta es producto, precisamente, de la conducta del particular.

²⁷³ Así se recoge expresamente, según indicamos, en el art. 14.1 Reglamento n° 659/1999 *in fine*: “la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general del Derecho comunitario”.

Pero, incluso cuando la causa de reintegro sea el resultado directo de una conducta atribuible al beneficiario, es posible imaginar supuestos de aplicación del citado principio, si no para negar el reintegro, tal vez sí para modularlo. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el principio de confianza legítima (a veces bajo nombres distintos o incluso sin nombre alguno) a casos de reintegro, aunque esta posibilidad tenga un carácter absolutamente excepcional.

Así ha ocurrido cuando el cumplimiento de la actividad a la que se comprometió el beneficiario, y por la cual se le abonó por anticipado la subvención, se deja a medias por producirse un cambio sorpresivo de las circunstancias causado por la actuación de los poderes públicos, que da lugar a que el cumplimiento del resto de la obligación sea insoportablemente gravoso. En tal caso, y aun habiendo incumplido la mayor parte de la obligación, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de un reintegro parcial²⁷⁴. Y aún son imaginables otros supuestos. Por ejemplo, cuando el incumplimiento viniese provocado por una determinada información errónea facilitada por la Administración²⁷⁵, o por el posible incumplimiento de la Administra-

No obstante, y como también indicamos ya, la jurisprudencia es muy reacia a estimar la existencia de una confianza digna de protección, no habiéndolo hecho más que en una ocasión (STJCE 24 de noviembre de 1987, RSV, as. C-223/85), y a raíz de la excesiva dilación de la Comisión en adoptar la Decisión de recuperación.

²⁷⁴ En este sentido resolvió la STS de 17 de enero de 2001, Sección cuarta, Ar. 2281 (ponente: ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ), en relación con una decisión de reintegro acordada contra la empresa *Richco Rotterdam Bv*, beneficiaria de una subvención para la importación de determinadas cantidades de maíz en España, importación que interrumpió ante la caída en picado de los precios del maíz originada por el anuncio de un acuerdo entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos relativo a la importación de maíz y sorgo. Es de señalar, sin embargo, que la sentencia no habla, propiamente, de confianza legítima, sino de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Debe indicarse, sin embargo, que la STS de 4 de junio de 2001, Sección cuarta, Ar. 448 de 2002 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), se separó expresamente de esta interpretación, en aplicación de la STJCE de 15 de diciembre de 1994, *Transafrica, S.A.*, as. C-136/93, al considerar que unos hechos como los descritos debían entenderse como “un riesgo comercial ordinario”, no generando, en consecuencia, confianza digna de protección alguna.

²⁷⁵ Sobre esta posibilidad, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 508, afirma que, en ocasiones, “puede haber confianza legítima basada en las indicaciones dadas por la Administración al beneficiario y en lo que haya expresado en los certificados de cumplimiento o equivalentes (...) la protección de esa confianza puede ser un límite efectivo a la potestad de reintegro”.

En este preciso sentido, es posible extraer de la STS de 17 de junio de 2008, Sección cuarta, Ar. 4211 (ponente: LECUMBERRI MARTÍ) un interesante supuesto en el que podría haberse reconocido la existencia de una confianza legítima. En los hechos, el Ayuntamiento de La Palma del Condado fue requerido para reintegrar parcialmente una subvención concedida con cargo al Fondo Social Europeo dentro de la iniciativa comunitaria de adaptación de los trabajadores de la Unión a las transformaciones industriales (ADAPT), durante el periodo 1994-1999. En concreto, el proyecto consistía en la creación de una granja-escuela como centro de formación, asesoramiento y formación para agricultores. El Ayuntamiento onubense argumentó que el desarrollo del proyecto se había realizado siguiendo las indicaciones de la Subdirección General de la Unidad Administrativa del Fondo Social Europeo (UAFSE), dado que el Ayuntamiento carecía entonces de Secretario y de Interventor. Esta situación habría generado una confianza legítima y digna de protección en tanto que se actuaba siguiendo la instrucción del órgano competente para el control del desarrollo del proyecto. La sentencia de instancia consideró que no se había probado que la UAFSE diera en momento alguno su visto bueno a las irregularidades. Ahora bien, cabe preguntarse qué habría pasado en caso contrario, ¿se habría visto amparado el Ayuntamiento de La Palma del Condado en su confianza legítima?

Una posible respuesta se encuentra en la STSJ de Galicia de 14 de julio 2003, Sección tercera, Ar. 11845 de 2004 (ponente: FERNÁNDEZ LÓPEZ), dictada en relación con el reintegro acordado contra el Ayuntamiento de Láncara (Lugo) por el incumplimiento de sus obligaciones asumidas en tanto que beneficiario de una

ción, pues en la medida en que la Administración concedente no proceda a realizar los pagos anticipados o a abonar los pagos fraccionados a medida que se realiza el proyecto, de conformidad con los términos aprobados en las bases reguladoras o la resolución de concesión, podría situarse al beneficiario en un situación de necesidad que le impidiera cumplir con sus obligaciones total o parcialmente²⁷⁶.

Obsérvese que en cualquiera de estos casos el art. 37.2 LGS podría resultar de imposible aplicación. Así ocurriría cuando el cumplimiento de las obligaciones del beneficiario no se aproximase, ni de lejos, al cumplimiento total. A pesar de ello, podría resultar de justicia renunciar al reintegro o, cuando menos, limitarse a exigir un reintegro parcial, según las circunstancias concurrentes en cada caso. Lo contrario incluso podría generar un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, como parece insinuar algún pronunciamiento²⁷⁷.

5. La concurrencia de fuerza mayor

A pesar del silencio de la LGS y el RGS respecto a las consecuencias de la concurrencia de fuerza mayor, no es infrecuente encontrar en la jurisprudencia alegaciones de los beneficiarios en el sentido de que la existencia de un supuesto de fuerza mayor les ha impedido cumplir con sus obligaciones, dando lugar a una declaración de reintegro que consideran injusta.

En efecto, con carácter general se afirma que “la fuerza mayor (*damnum fatale*, «actos de Dios» o *force majeure*) se considera como una circunstancia que puede justificar que un particular no ejecute una obligación o incumpla una determinada prohibición que le vincula, o que las consecuencias de tal inobservancia no le sean aplicadas”²⁷⁸.

subvención del INEM destinada a la impartición de ciertos cursos en una Escuela-Taller. La sentencia consideró probado que el Ayuntamiento siguió las instrucciones verbales del INEM y que fueron tales instrucciones las que le llevaron a incumplir sus obligaciones, en tanto que resultaban contrarias a la normativa reguladora de las ayudas. Sin embargo, niega que tal circunstancia sea suficiente para excluir la obligación de reintegro dictada contra el Ayuntamiento, pues “no legitima una actuación del particular (aquí el ente local) fuera de los casos establecidos en la norma”.

²⁷⁶ En este sentido, Javier SALAS HERNÁNDEZ, “El régimen de acción concertada”, cit., p. 458, señalaba como circunstancia que exoneraría al beneficiario de las “sanciones” propias del incumplimiento “la *mora* de la Administración en el cumplimiento efectivo de las prestaciones que le correspondieren”.

²⁷⁷ En concreto, la STSJ de Galicia de 14 de julio 2003, Sección tercera, Ar. 11845 de 2004 (ponente: FERNÁNDEZ LÓPEZ), antes citada.

²⁷⁸ Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 19 (diciembre 2001), pp. 101-102.

La doctrina se ha mostrado receptiva a este tipo de alegaciones²⁷⁹. La jurisprudencia parece aceptar, en abstracto, que la concurrencia de un supuesto de fuerza mayor podría justificar la inexigencia del reintegro de la subvención. Sin embargo, y a pesar de algún pronunciamiento favorable a las pretensiones de los beneficiarios²⁸⁰, la jurisprudencia española es bastante reacia a reconocer la existencia de causas de fuerza mayor²⁸¹.

²⁷⁹ En este sentido, Julio NIEVES BORREGO, "Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención", cit., p. 113, estimaba que si el incumplimiento de las obligaciones por parte del beneficiario se debía a la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, "la regla general es la ausencia de responsabilidad para el beneficiado, señalándose en algunos casos que no se produce la pérdida de la subvención, y en otros que cabe prórroga en los plazos prefijados, asimismo sin pérdida de la ayuda". Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 430, estima que la fuerza mayor podría llegar a jugar como exonerante en casos "verdaderamente excepcionales", pero que, con carácter general, no eliminaría el deber de dar cumplimiento a la actividad que justifica la entrega de la subvención, propiciando el otorgamiento de una prórroga, lo que más bien nos conduciría a la modificación del acto de concesión de la subvención. También Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 117, estima que, frente a los supuestos de fuerza mayor ("como la destrucción accidental de documentación justificativa"), "se aconseja una interpretación no literal de la norma, con la finalidad de adaptar tales supuestos a los postulados más elementales de justicia".

Frente a estas posturas, sin embargo, Mercedes LAFUENTE BENACHES, *La concesión de dominio público...*, cit., p. 165, rechaza expresamente que la fuerza mayor pueda impedir la declaración de la caducidad de la concesión, al entender que "la declaración de caducidad es una modalidad extintiva objetiva".

²⁸⁰ Parece aceptar la concurrencia de fuerza mayor como elemento que evite el reintegro de la subvención la STSJ de Asturias de 7 de abril, Sección primera, Ar. 95 de 2006 (ponente: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ). En el supuesto enjuiciado, un administrador recibió una subvención para la realización de una actividad de reforestación consistente en la plantación de pinos y su mantenimiento. Realizada la actividad, un incendio provocado por la caída de un rayo quemó los árboles plantados, lo que motivó que la Administración del Principado de Asturias dictara resolución de reintegro. La sentencia, sin embargo, estima que el beneficiario "cumplió con su obligación de plantar los pinos en la finca, lo que constituía el objeto del Programa, así como con la de proceder a la obligada limpieza de la misma, como se deduce del informe del funcionario del Servicio de Montes obrante de dicho expedientes, siendo únicamente motivada la destrucción de dicha plantación por la caída de un rayo en el mes de marzo de 1998 (...) que provocó un gran incendio (...) y no pudiendo, lógicamente, imponerse al beneficiario en supuestos semejantes la obligación de proceder a la reposición de marras".

²⁸¹ Por ejemplo, la STS de 12 de marzo de 2001, Sección cuarta, Ar. 1107 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), relativa a la denegación de unas ayudas a la producción de soja por no haberse presentado en plazo la "declaración de cosecha", niega que constituya un supuesto de fuerza mayor la enfermedad del único empleado de la sociedad que se ocupaba de la gestión y tramitación de las ayudas, subvenciones, etc. A juicio de la sentencia, "si la enfermedad del empleado o encargado de la gestión puede considerarse extraña a la empresa e inevitable como elemento causal de una situación que dificultaba el cumplimiento de la obligación formal de presentar dentro de plazo la «declaración de cosecha», no puede entenderse que lo sea en cuanto a la consecuencia del incumplimiento, pues este podía haberse evitado, con la diligencia que cabe esperar del empresario, mediante la sustitución del enfermo por otra persona en la gestión".

Tampoco la STS de 2 de diciembre de 2003, Sección cuarta, Ar. 600 de 2004 (ponente: MARTÍ GARCÍA), dictada en relación con la denegación de unas ayudas a la siembra de trigo duro, considera que concurra fuerza mayor. En el supuesto de hecho, en 177,62 has de las 915,89 has declaradas no prosperó la siembra, lo que implicaba una reducción en un 30% del derecho a percibir ayuda por la superficie donde sí había prosperado, salvo concurrencia de fuerza mayor. La sentencia señaló que la siembra de las 177,62 has en las que no prosperó el cultivo se realizó "en lugar dificultoso, tanto por la incidencia de las propias condiciones del terreno como por la existencia de conejos en la zona", lo que exigía "un especial cuidado y atención de parte del agricultor", que no se dio. Por lo que "hay que entender, cuando menos (...), que no fueron circunstancias extrañas o ajenas a la actuación del agricultor las que motivaron que las 177,62 has no llegaran a la fase de floración".

Finalmente, en la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2006, sección novena, confirmada por la STS de 10 de marzo de 2009, Sección tercera, Ar. 1591 (ponente: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT) se rechaza también la existencia de fuerza mayor en un supuesto en el que se debatía, directamente, sobre el cumplimiento o incumplimiento de la condición a la que se vinculaba la subvención y, en consecuencia, sobre el reintegro de la misma. En los hechos, la entidad mercantil *Campocarne, S.A.*, resultó beneficiaria de una subvención para llevar a cabo un procedimiento de modernización y mejora tecnológica de una sala de despiece de porcino y una fábrica de productos y elaborados cárnicos. Tras acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, y

El Derecho de la Unión también conoce y ampara, desde primera hora, la figura de la fuerza mayor²⁸², habiendo adoptado una noción propia de la misma y que “no se limita a la imposibilidad absoluta, sino que debe entenderse en el sentido de circunstancias anormales, extrañas al operador, y cuyas consecuencias solo podrían haberse evitado al precio de sacrificios excesivos, a pesar de todas las diligencias empleadas”²⁸³. A partir de esta noción, la jurisprudencia de la Unión entiende que “la fuerza mayor consta de un elemento objetivo, relativo a las circunstancias anormales y ajenas al operador, y de un elemento subjetivo, relativo a la obligación, por parte del interesado, de tomar precauciones contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando medidas adecuadas, sin aceptar sacrificios excesivos”²⁸⁴.

El elemento objetivo “hace referencia a las circunstancias ajenas (y anormales) a aquel que invoca la fuerza mayor como justificación del incumplimiento de su obligación. Este carácter «ajeno» implica que el operador no tenga ninguna facultad para intervenir en aquellas actividades que hayan dado lugar al incumplimiento”²⁸⁵. Según la Comisión, “la circunstancia «anormal» es aquella que debe considerarse como imprevisible o, por lo menos, improbable hasta tal punto, que un comerciante diligente pueda considerar que el riesgo es despreciable (ejemplos: rayos, bloqueo de los canales por el hielo, bloqueo de las carreteras normalmente practicables en invierno por una avalancha, etc.)”²⁸⁶.

pocos días antes de que, de conformidad con la normativa reguladora, se produjese la inspección física de los miembros de la Intervención de la Comunidad de Madrid, se produjo un incendio que destruyó absolutamente las instalaciones. Tales hechos dieron lugar al inicio de un procedimiento de reintegro, en la medida en que el cumplimiento de la actividad no había podido quedar acreditado, que concluyó con una resolución acordando el reintegro de la subvención concedida. La sentencia de instancia, a partir de lo establecido en la STS de 24 de diciembre de 2001, Ar. 10239, la STS de 23 de noviembre de 2004, Ar. 7383, y en la STJCE de 17 de octubre de 2002, rechaza que concorra fuerza mayor: “el incendio se produjo en el establecimiento en el que desarrollaba su actividad industrial la recurrente (así como la actividad objeto de la subvención), sometida, por tanto, a su vigilancia y control, y como consecuencia de unas obras de reforma por la actora decididas y contratadas con otra empresa cuyos trabajadores, con el soplete, al parecer, fueron la causa más probable del incendio, por ello, bien por *culpa in eligendo*, por no elegir adecuadamente a la empresa que realizaba las obras, bien por *culpa in vigilando*, por no tener la adecuada y permanente vigilancia de las citadas obras de reforma o de su establecimiento, resulta claro que la actora no adoptó las medidas propias de un empresario diligente para evitar el incendio de su establecimiento empresarial. Y son estas circunstancias las que excluyen la concurrencia en el presente caso de fuerza mayor como causa que exonere a la actora de responsabilidad por el incumplimiento de su obligación de acreditar la realización de la actividad objeto de la subvención a cuyo reintegro le ordena la resolución impugnada”.

²⁸² El primer pronunciamiento sobre la fuerza mayor realizado por el TJCE se produjo en la STJCE *Schwarzwaldmilch*, as. 4/68.

²⁸³ Tal fue la noción acuñada por la STJCE *Internationale Handelsgesellschaft*, as. 11/70, expresamente aceptada por la “Comunicación C (88) 1696 de la Comisión, relativa a «la fuerza mayor» en el derecho agrario europeo”, y que aún sigue siendo válida.

²⁸⁴ STPI de 28 de marzo de 2007, *España c. Comisión*, as. T-220/04, ap. 176.

²⁸⁵ Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, cit., p. 114. Según señala la Comisión, “la circunstancia «ajena al operador» es la que está fuera de su control en sentido lato (catástrofe natural, acto de soberanía, huelga sin preaviso, etc.)”.

²⁸⁶ Por ejemplo, no serían imprevisibles los actos, incluso fraudulentos, cometidos por los contratantes del beneficiario incumplidor, en tanto que se trata de una eventualidad posible y previsible en el tráfico comercial.

El elemento subjetivo, por su parte, se refiere “a la observancia de la diligencia debida frente a un acontecimiento enteramente «anormal». De esta manera, las circunstancias de fuerza mayor deben ser inevitables, aun en el caso de haberse desplegado toda la diligencia que se podía esperar en ese supuesto”²⁸⁷. La Comisión considera respecto al “elemento subjetivo” que “el operador deberá vigilar cuidadosamente el desarrollo de la operación y reaccionar inmediatamente cuando compruebe la existencia de una anomalía”.

Respecto al análisis del elemento subjetivo por parte de la jurisprudencia del TJCE GARCÍA URETA llama la atención sobre un distinto tratamiento según se trate de relaciones entre un operador privado y la Administración o de relaciones entre dos operadores privados. “En el primer caso, las posibilidades de una invocación satisfactoria de la fuerza mayor pueden resultar mayores porque (...) generalmente el interesado no puede influir en la ordenación de las relaciones jurídicas entre él mismo y la Administración”²⁸⁸. Por el contrario, en el caso de relaciones entre particulares, el TJCE, aun reconociendo que se trata de circunstancias “ajenas” al incumplidor, ha negado que sean imprevisibles, pues “tales acontecimientos forman parte del riesgo comercial habitual en estas operaciones y, por tanto, incumbe a la parte que sí cumplimentó sus obligaciones adoptar las precauciones adecuadas (la debida diligencia)”²⁸⁹.

Así lo ha confirmado el TJCE, por ejemplo en la STJCE de 11 de julio de 2002, *Káserei Champignon Hofmeister*, as. C-210/00. En el supuesto enjuiciado, un exportador de productos fabricados por una tercera empresa fue obligado a devolver las restituciones a la exportación y fue sancionado por exportar quesos cuyas características no cumplían los requisitos exigidos por la normativa aplicable. La sentencia entendió que “aunque el comportamiento culposo de un cocontratante o el error que haya cometido puedan constituir una circunstancia ajena al exportador, no es menos cierto que constituyen un riesgo comercial habitual y no pueden considerarse imprevisibles en las transacciones comerciales. El exportador puede elegir libremente a sus cocontratantes y le incumbe tomar las adecuadas precauciones, bien mediante la inclusión de cláusulas a tal efecto en los contratos pertinentes, bien mediante la contratación de un seguro específico”, ap. 80, remitiéndose a *Theodorakis*, ap. 8, y *Boterlux*, aps. 35 y 36. En consecuencia, la sentencia concluye que “no constituye un caso de fuerza mayor la situación en la que un exportador cumplimenta, de buena fe, una solicitud de restitución a la exportación basándose en una información errónea facilitada por el fabricante de las mercancías exportadas, cuando el exportador no podía descubrir la inexactitud de la información o únicamente habría podido hacerlo mediante controles efectuados en la fábrica”, ap. 86. Esta solución también se había adelantado ya en la STJCE de 12 de mayo de 1998, *Steff-Houlberg Export*, as. C-366/95, relativa a la recuperación de ayudas concedidas a varias empresas por la exportación de carne de bovino a países árabes que, posteriormente, se descubrió que contenía carne de cerdo por un comportamiento únicamente atribuible a la empresa suministradora de las mercancías. En la decisión del TJCE fue determinante “el hecho de que la culpa de un tercero con el que el beneficiario de la ayuda mantiene relaciones comerciales se halla comprendida dentro de la esfera del beneficiario de la ayuda más que en la de la Comunidad”, ap. 28.

²⁸⁷ Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, cit., p. 115.

²⁸⁸ Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, cit., p. 116. Por ejemplo, en la STJCE *Molkerei-Zentrale*, as. C-50/92, se aceptó la existencia de fuerza mayor en un retraso que fue provocado por causa imputable a la Administración del Estado. Dice la sentencia en su ap. 13 que “El requisito relativo al carácter anormal e imprevisible de las circunstancias que dan lugar a consecuencias perjudiciales para el operador económico se cumple cuando, en el marco de un régimen de gestión de los mercados agrícolas, el comportamiento de una Administración, a cuyos servicios debe recurrir obligatoriamente el operador económico, sitúa a este último en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que le impone la normativa comunitaria”.

²⁸⁹ Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, cit., p. 117. Esta postura se mantiene incluso cuando uno de los “privados” era una agencia de un tercer Estado, según se afirmó en la STJCE *An Bord Bainne Co-Operative Ltd*, as. C-124/92, relativa a una empresa que no pudo vender aceite de mantequilla a Rusia por un sorpresivo cambio en la normativa de este país, tras treinta años sin modificarse.

En todo caso, la jurisprudencia de la Unión considera que la apreciación de la concurrencia de una causa de fuerza mayor debe hacerse con las mayores cautelas. Por un lado, debe interpretarse siempre restrictivamente²⁹⁰. Por otro, sus efectos son únicamente los determinados por la normativa aplicable al caso. Por ejemplo, en materia de restituciones a la exportación, en que la fuerza mayor solo está prevista como cláusula de exclusión de la imposición de sanciones, no es posible que tenga como efecto evitar el reintegro de los anticipos recibidos con relación a exportaciones que no llegan a producirse²⁹¹.

Esta situación conforme a la cual el alcance concreto de la fuerza mayor en cada caso debe contextualizarse dentro del Reglamento que resulte aplicable y que contenga esta cláusula ha servido para sostener que la aplicación de la cláusula de fuerza mayor no poseería la naturaleza de principio general del Derecho de la Unión²⁹². Sin embargo, de la jurisprudencia de la Unión parece deducirse lo contrario, en la medida en que acepta que resulte aplicable en relación con aquellas normas que no lo recojan de manera expresa, lo que permite concluir su existencia en el ordenamiento jurídico de la Unión en tanto que principio general del mismo. En efecto, el TJCE estima que resulta posible invocar la fuerza mayor incluso cuando en la normativa pertinente no estaba prevista de forma explícita²⁹³. De

²⁹⁰ Lo que se justificaría, según la STPI de 28 de marzo de 2007, *España c. Comisión*, as. T-220/04, ap. 178, en que “la fuerza mayor constituye una excepción a la norma general del estricto cumplimiento de la normativa en vigor (...) por este motivo, debe interpretarse y aplicarse de forma restrictiva, lo que justifica que las pruebas que se exigen a los operadores que la invocan sean irrefutables”. Ello sin perjuicio de que, además, la carga de la prueba corresponde a quien alega la existencia de fuerza mayor. Vid., Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, cit., nota 64 a p. 115, donde cita las SSTJCE *Misset*, as. 142/85, y *Pomar*, as. 317/85.

²⁹¹ Esa es la doctrina consagrada en la STJCE de 29 de septiembre de 1998, *First City Trading y otros*, as. C-263/97. En el supuesto de hecho, dos compañías dedicadas a la exportación de carne de vacuno desde el Reino Unido estaban exportando varias partidas, por las que habían recibido anticipos de las restituciones a la exportación, cuando entró en vigor la Decisión 96/239, por la que la Comisión prohibió la exportación de carne de vacuno del Reino Unido a otros Estados miembros y a terceros países. Como consecuencia, las partidas fueron reexportadas al Reino Unido y se exigió la devolución de los anticipos percibidos en concepto de restituciones a la exportación a ambas compañías, dado que las mercancías no habían llegado a despacharse a consumo en sus países de destino. Ambas compañías se negaron a hacerlo, aduciendo un caso de fuerza mayor. El TJCE, sin llegar a afirmar con total claridad que se tratara de un supuesto de fuerza mayor (aunque así parece asumirlo en el ap. 31), se limita a señalar que “debido a que el concepto de fuerza mayor no posee un contenido idéntico en los diversos ámbitos de aplicación del Derecho comunitario, su significado debe determinarse en función del marco legal en el que esté destinado a producir efectos” (ap. 41, remitiéndose a la STJCE de 7 de diciembre de 1993, *Huygen y otros*, C-12/92, ap. 30), y dado que en la normativa aplicable al caso la fuerza mayor solo podía suponer la exclusión de las sanciones, considera correcta la obligación de devolver los anticipos percibidos: “*FCTL y Meatal* no podían invocar ninguna confianza legítima en cuanto a la posibilidad de conservar en su poder las restituciones a la exportación percibidas por anticipado, aun cuando se probara la existencia de un caso de fuerza mayor” (ap. 47).

²⁹² Agustín GARCÍA URETA, “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, cit., p. 123. En el mismo sentido, la Comisión niega que se trate de un principio general del derecho: “se trata más bien de una excepción a la regla general del respeto escrupuloso de las disposiciones legislativas. Por consiguiente, en cuanto que excepción, la regla de fuerza mayor debe interpretarse y aplicarse de forma estricta”.

²⁹³ En este sentido, vid., la STPI de 28 de marzo de 2007, *España c. Comisión*, as. T-220/04, ap. 165, con remisión a STJCE de 19 de abril de 1988, *Inter-Kom*, as. 71/87, ap. 10 y 15, STJCE de 7 de diciembre de 1993, *Huygen y otros*, C-12/92, ap. 31.

este modo, la fuerza mayor puede considerarse como un principio general del Derecho de la Unión, lo que ocurre es que no constituye un principio de rango constitucional, sino un simple principio de Derecho administrativo y, en consecuencia, resulta disponible por el legislador, que en cada caso podrá darle un alcance determinado.

En última instancia, la conclusión que debe obtenerse del tratamiento de la fuerza mayor en la jurisprudencia de la Unión es que las Administraciones nacionales que deban aplicarla, han de hacerlo con la máxima prudencia.

VI. LÍMITES TEMPORALES A LA DECLARACIÓN DE REINTEGRO: LA PRESCRIPCIÓN

Como ya adelantamos en su momento, al tratar de las posibles excepciones que los beneficiarios podían oponer al inicio de un procedimiento de reintegro, el ejercicio de la potestad atribuida a la Administración por el ordenamiento para reconocer o liquidar el reintegro debe realizarse dentro de un plazo de tiempo determinado, transcurrido el cual se considera que ha prescrito dicho derecho de la Administración²⁹⁴.

En realidad, la prescripción no se identifica, sin más, con el vencimiento de un término, sino que en ella operan dos elementos distintos: por un lado, una dejadez de la Administración en el ejercicio de sus potestades, “una especie de inactividad o silencio de la relación jurídica manifestada como falta de ejercicio de la misma”²⁹⁵; por otro, el transcurso de un periodo de tiempo en que eso ocurre.

En realidad, la Comisión ya adelantó esta posibilidad vinculándola al principio de proporcionalidad: “puede considerarse que la fuerza mayor es simplemente una forma concreta del principio de proporcionalidad”: SSTJCE *Internationale Handelsgesellschaft*; *Koster*, as. 25/70; *Merkur*, as. 147/81. “No puede rechazarse totalmente, por lo tanto, que el respeto del principio de proporcionalidad pueda exigir, en determinados casos excepcionales, la aplicación de una regla de fuerza mayor no escrita. De todos modos, y como regla general, ha de seguirse la regulación al pie de la letra, ya que en un gran número de casos, la aplicación por analogía de una regla de fuerza mayor no escrita podrá malograr el buen funcionamiento y la finalidad de la regulación de que se trate y no estará, por ello, amparada por el principio de proporcionalidad”.

²⁹⁴ En realidad, como acertadamente matiza Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., nota 83 a p. 453, siguiendo a Ramón FALCÓN Y TELLA, “Prescripción de tributos y sanciones”, *Revista española de Derecho Financiero*, n.º 98 (1998), pp. 190-191, a pesar de que sea frecuente referirse al “derecho a reconocer o liquidar el reintegro”, y que así lo haga el propio art. 39 LGS “no se trata en ningún caso de un derecho sino de una potestad de liquidar y de exigir la deuda, potestad que no es propiamente lo que prescribe sino la obligación del deudor”.

²⁹⁵ Vitelio TENA PIAZUELO, “El reintegro de subvenciones”, cit., p. 128. En efecto, el reintegro “aun cuando concurra alguna de las causas previstas para ello, solo es exigible bajo determinadas condiciones temporales que implican una activa disposición de la Administración otorgante tendente a la aplicación de la Ley que denote alguna actividad tendente al reintegro (...) La prescripción ganada habilita al incumplidor a oponerse a la exigencia administrativa de reintegro, ya que [el reintegro] no opera de manera automática o inmediata” (p. 127).

Los dos elementos esenciales para apreciar si se ha producido la prescripción, por tanto, son el cómputo del periodo de tiempo marcado por la norma y las actuaciones que interrumpen dicho plazo en tanto que rompen el silencio de la relación, y a ellos dedicaremos los siguientes epígrafes. Ahora bien, es necesario indicar que, en relación con la prescripción de la acción de reintegro, y a diferencia de lo que suele ser habitual, existe normativa de la Unión que resulta directamente aplicable. En consecuencia, las normas españolas reguladoras de la prescripción del reintegro solo resultarán aplicables a las ayudas agrícolas de la Unión concedidas en régimen de ejecución indirecta en la medida en que no se opongan a la normativa de la Unión o, en su caso, cuando esta lo permita expresamente.

1. Plazo de prescripción: duración según las normativas nacional y de la Unión

La LGS regula la prescripción del derecho a reconocer o liquidar el reintegro, lo que es extensible a la prescripción de los intereses²⁹⁶, estableciendo para ello un plazo de cuatro años (art. 39.1 LGS)²⁹⁷.

Este precepto, que carece de carácter básico (aunque la normativa autonómica suele coincidir con la estatal), consagra legislativamente lo que antes era una construcción jurisprudencial, esto es, que el plazo de prescripción del derecho de reintegro es el mismo que el de cualquier crédito de derecho público²⁹⁸. Con anterioridad,

²⁹⁶ La STS de 8 de noviembre de 2006, Sección segunda, Ar. 9636 (ponente: GARZÓN HERRERO) confirma la sentencia de instancia, que consideró que “la obligación de satisfacer dichos intereses es un crédito accesorio de la indemnización principal y una obligación legal del artículo 1108 del Código Civil, por lo que no puede apreciarse la prescripción de dicha obligación accesoria cuando en el único expediente de reintegro constan sucesivos actos y escritos del recurrente y de la Administración, no solo interrumpiendo los plazos de prescripción, sino poniendo de manifiesto que la actora conocía de la existencia de la obligación de pagar los intereses de demora”.

²⁹⁷ En efecto, de conformidad con el art. 39.1 LGS, “prescribirá a los cuatro años el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro”. Cuestión distinta es la prescripción del derecho a recaudar el reintegro y los intereses una vez declarados y liquidados. Dicha prescripción se regula en el art. 15 LGP, es decir, se aplica el régimen general de los ingresos de derecho público, tomando como *dies a quo* de dicho plazo la fecha de la notificación de la resolución de reintegro (notificación que es preceptiva según señala el art. 42 LGS).

Por otra parte, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de aplicar retroactivamente este nuevo plazo de cuatro años. En este sentido, la STS de 12 de febrero de 2008, Sección tercera, Ar. 1886 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ) considera que, de conformidad con la Disposición transitoria 2ª LGS, “la retroactividad solo es para el régimen sancionador más favorable. Acotada de esta forma la retroactividad, el resto de los procedimientos que carezcan de esa naturaleza sancionadora se regirán por la normativa que estaba vigente en cada momento, como la propia Disposición transitoria se encarga de señalar”. Tampoco aplica retroactivamente el plazo de cuatro años la SAN de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO), dictada en relación con una resolución de reintegro de unas ayudas por retirada de tomates concedidas en la campaña 1997-1998. A pesar de que el expediente de reintegro se inició en octubre de 2005, una vez en vigor la LGS, la sentencia considera que “el plazo de prescripción aplicable al caso era el de cinco años, de acuerdo con el régimen vigente en el momento de otorgamiento de la subvención”.

²⁹⁸ En efecto, de conformidad con el art. 15.1.a) LGP, “(...) prescribirá a los cuatro años el derecho de la Hacienda pública estatal: a) a reconocer o liquidar créditos a su favor, contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse”.

y a falta de normativa expresa en el TRLGP, el Tribunal Supremo elaboró distintas teorías interpretativas sobre el plazo de prescripción de la acción de reintegro hasta llegar a la STS de 13 de abril de 1998, Ar. 3323 (ponente: LEDESMA BARTRET), en la que se identificó este plazo con el plazo general previsto en el art. 40 TRLGP, entonces de cinco años²⁹⁹.

Ahora bien, el Reglamento n° 2988/1995 establece previsiones propias sobre la duración del plazo de prescripción. En efecto, de conformidad con el art. 3.1 Reglamento n° 2988/1995, cuya directa aplicabilidad ha sido expresamente reconocida por el TJCE³⁰⁰, “el plazo de prescripción de las diligencias será de cuatro años a

²⁹⁹ Se abandonó así una interpretación mucho más alambicada [STS de 16 de octubre de 1995, Ar. 7762 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ); STS de 16 de julio de 1997, Ar. 6000 (ponente: CID FONTÁN)], en la que se consideraba que el plazo de prescripción no comenzaba a correr hasta que la Administración, dentro de un plazo de 15 años, decidía si declaraba o no la caducidad de la subvención, computando, a partir de dicho momento, un plazo de prescripción de cinco años. La motivación de esta solución se encontraba en la consideración de que las subvenciones tenían cierto carácter contractual, lo que permitía acudir a la regla del art. 1964 CC, conforme al cual, en los contratos entre privados, cuando una parte incumple, la otra puede escoger entre resolver el contrato o exigir el cumplimiento, para lo que contaría con un plazo de 15 años.

Toda esta evolución fue sintetizada con especial acierto en la STS de 4 de mayo de 2004, Ar. 3999 (ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO): “el criterio sostenido en antiguas sentencias –entre las que pueden citarse las de 13 de abril de 1995 y 16 de julio de 1997 (Ar. 6000)– era que el plazo de prescripción no empezaba a computarse sino a partir de la fecha en que la Administración hubiese adoptado la resolución de declarar la caducidad de los beneficios, resolución que podía ser adoptada dentro del plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tengan señalado un plazo especial de prescripción. Y a partir de la sentencia de 13 de abril 1998 se inaugura un nuevo criterio, reiterado en sucesivos pronunciamientos (SSTS de 4 y 10 de febrero, 14, 16, 23 y 28 de junio, y 13 de julio de 1999, Ar. 884, 1525, 6020, 5105, 5485, 6024, 5172), según el cual a partir del momento en que deben quedar cumplidas las condiciones puede ya ejercitarse el derecho a reclamar el reintegro de la subvención por causa de incumplimiento y constituye el día inicial o *dies a quo* a partir del cual ha de computarse el plazo de prescripción de cinco años que establece el art. 40.1.a) TRLGP”.

Con carácter quizá anecdótico, cabe señalar que la STS de 16 de mayo de 2007, Sección cuarta, Ar. 5855 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA), dictada en relación con el reintegro de una subvención percibida por el Ayuntamiento de Betanzos para el desarrollo de un proyecto formativo en una Escuela Taller, parece aceptar que el plazo de prescripción aplicable a las subvenciones debía ser el de cinco años previsto en el art. 64 de la Ley General Tributaria, y no el plazo previsto en el art. 40.1.a) TRLGP. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, el plazo aplicable al reintegro de subvenciones habría quedado reducido al de cuatro años previsto en su art. 24.

³⁰⁰ En concreto, en la STJCE de 24 de junio de 2004, *Handlbauer*, as. C-278/02, dictada en relación con el reintegro de unas restituciones a la exportación, se afirmó que este artículo, “al establecer en materia de diligencias un plazo de prescripción de cuatro años a partir de la realización de la irregularidad, no deja margen de apreciación alguno a los Estados miembros ni les obliga a adoptar medidas de ejecución”, ap. 27, por lo que resultaba de directa aplicación.

La misma STJCE de 24 de junio de 2004, *Handlbauer*, as. C-278/02 aclaró, frente al criterio de la Comisión, que el plazo de cuatro años previsto en este artículo resultaba aplicable tanto a las medidas sancionadoras como a las medidas no sancionadoras de simple restablecimiento de la legalidad, previstas respectivamente en los art. 5 y 4 del Reglamento n° 2988/95. El argumento del TJCE resulta sencillo: el art. 3.1 Reglamento n° 2988/95 señala que el plazo de prescripción de cuatro años comenzará a contar “a partir de la realización de la *irregularidad* prevista en el apartado 1 del artículo 1”. En consecuencia, y en la medida en que la definición de irregularidad se refiere tanto a infracciones administrativas que dan lugar a sanción como a infracciones que solo dan lugar a medidas de restablecimiento de la legalidad, el TJCE concluye que el art. 3.1 Reglamento n° 2988/95 “resulta aplicable tanto a las irregularidades contempladas en el artículo 5 como a aquellas a las que se refiere el artículo 4 de dicho Reglamento, que perjudiquen los intereses financieros de las Comunidades” (ap. 34). En el mismo sentido se ha expresado la STJCE de 15 de enero de 2009, *Bayerische Hypotheken- und Vereinsbank*, as. C-281/07, que ha señalado que “ciertamente, el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento n° 2988/95 es aplicable tanto a las irregularidades que puedan dar lugar a una sanción administrativa, con arreglo al artículo 5 del citado Reglamento, como a las que sean objeto de una medida

partir de la realización de la irregularidad (...). Esta previsión, sin embargo, debe completarse con lo previsto en el art. 3.3 Reglamento nº 2988/1995, conforme al cual “Los Estados miembros conservarán la posibilidad de aplicar un plazo más largo que el previsto (...) en el apartado 1 (...)”.

La situación, por lo tanto, no varía sustancialmente respecto a lo que habíamos adelantado. En España resultan de aplicación el plazo de cuatro años previsto en el art. 39.1 LGS y, en relación con las subvenciones concedidas antes de la entrada en vigor de la LGS, el plazo de cinco años previsto en el antiguo art. 40 TRLGP³⁰¹. Debe recordarse, sin embargo, que el art. 39.1 LGS no es básico. Por lo tanto, las CCAA podrán establecer el plazo de prescripción que estimen oportuno, pero siempre y cuando sea superior al plazo de cuatro años previsto en el art. 3.1 Reglamento nº 2988/1995³⁰².

En última instancia, y para aclarar cualquier posible duda, debe remarcarse que este plazo de prescripción no resulta de aplicación a la recuperación de las ayudas

administrativa en virtud del artículo 4 del propio Reglamento, medida que da lugar a la privación de la ventaja indebidamente obtenida, sin tener, no obstante, el carácter de sanción”, ap. 18. En idéntico sentido, la STJCE de 29 de enero de 2009, *Josef Vosding Schlacht, Kühl und Zerlegetrieb*, as. ac. C-278 a 280/07, ap. 22. Y antes, la STPI de 13 de marzo de 2003, *Martí Peix c. Comisión*, as. T-125/01.

³⁰¹ Así lo señala también la jurisprudencia. Entre otras, la STS de 27 de febrero de 2009, Sección segunda, Ar. 196017 (ponente: MARTÍNEZ MICO). También la SAN de 31 de octubre de 2007, Sección cuarta, Ar. 339868 (ponente: MANGAS GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de un anticipo de restitución a la exportación, señala, siguiendo a la STJCE de 24 de junio de 2004, as. C-278/02, que “el plazo de prescripción establecido en el art. 3.1 del Reglamento (CE) 2988/1995 [4 años] resulta directamente aplicable a los Estados miembros incluso en materia de restituciones a la exportación de productos agrícolas, siempre que no exista ninguna normativa comunitaria sectorial que prevea un plazo más breve, pero no inferior a tres años, ni ninguna normativa nacional que establezca un plazo de prescripción más largo”. Finalmente, resulta de especial interés la SAN de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO), al entender que el plazo aplicable era el de los cinco años previstos en el TRLGP, al encontrarse amparado por el art. 3.3 Reglamento nº 2988/1995: “no resulta de aplicación el plazo de cuatro años previsto en el Reglamento (CE, Euratom) nº 2988/95 del Consejo de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, sino el de cinco [años] previsto en la LGP”.

³⁰² El TJCE ha señalado que cualquier plazo establecido por un Estado miembro será válido, siempre y cuando sea superior a cuatro años, y tanto si existía con anterioridad a la aprobación del Reglamento nº 2988/1995 como si ha sido establecido con posterioridad al mismo. De este modo, la STJCE de 29 de enero de 2009, *Josef Vosding Schlacht, Kühl und Zerlegetrieb*, as. ac. C-278 a 280/07, ap. 42, aceptó expresamente la validez del plazo de prescripción de treinta años previsto en el ordenamiento jurídico alemán, indicando que “los Estados miembros pueden, por una parte, seguir aplicando los plazos de prescripción más largos existentes en la fecha en que se adoptó dicho Reglamento y, por otra, establecer nuevas normas de prescripción que prevean tales plazos con posterioridad a dicha fecha”. Incluso se admite que “los plazos de prescripción más largos (...) pueden resultar de disposiciones de Derecho común anteriores a la fecha de adopción de tal Reglamento”, ap. 47 y fallo, refiriéndose al plazo de prescripción de treinta años previsto en el art. 195 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán para las acciones que tienen por objeto la recuperación de restituciones indebidamente percibidas por los operadores.

En contra de esta solución se mostró en sus Conclusiones al presente caso la Abogado General Eleanor SHARPSTON, quien consideró, de una parte, que el plazo que los Estados miembros aplicaran debía ser un plazo expreso, lo que no ocurría en el caso alemán, en el que los Tribunales aplicaban el plazo de treinta años del art. 195 BGB por analogía. A su juicio, “la aplicación de un plazo de prescripción más largo sobre la base de una analogía judicial infringiría directamente los requisitos inherentes al principio de seguridad jurídica”, ap. 68. De otra parte, tampoco se mostró favorable a un plazo de prescripción de treinta años, por considerar que “sería, en todo caso, desproporcionado”, ap. 71.

indebidamente pagadas por la autoridad competente cuando no se ha cometido irregularidad alguna³⁰³. A partir de esta afirmación cabe inferir, *sensu contrario*, que no resultará aplicable a los supuestos de invalidez, revocación, pago realizado por error material, aritmético o de hecho, etc.

Finalmente, debe señalarse que el art. 3.1.2º Reglamento nº 2988/1995, *in fine*, prevé otro plazo de prescripción distinto para ciertos supuestos. En concreto, establece que “para los programas plurianuales, el plazo de prescripción se extenderá en todo caso hasta el cierre definitivo del programa”. Esta previsión, en principio, no afectará a las ayudas agrícolas de la Unión concedidas en el marco del primer pilar, que son aquellas de las que nos estamos ocupando. Sin embargo, sí que tendrá una repercusión de gran alcance en relación con las ayudas concedidas en el marco del segundo pilar de la PAC y financiadas, principalmente, con cargo al FEADER, dado que todas ellas se imputan a Programas Operativos plurianuales³⁰⁴.

2. Plazo de prescripción: la regulación del cómputo en la normativa española

Donde la LGS se ha separado de la regulación general prevista en el anterior TRLGP y en la actual LGP es en la determinación del *dies a quo* a partir del cual se entiende que empieza a computarse el plazo de prescripción³⁰⁵.

³⁰³ En este sentido se pronunció la Abogada General Eleanor SHARPSTON, en sus Conclusiones a la STJCE de 29 de enero de 2009, *Josef Vosding Schlacht, Kühl und Zerlegebetrieb*, as. ac. C-278 a 280/07, ap. 49.

³⁰⁴ Para el caso concreto de los fondos estructurales, el cierre de los Programas Operativos tendrá lugar, a más tardar, en 2017, según establece el art. 89 del Reglamento nº 1083/2006, de Disposiciones Generales relativas al FEDER, al FSE y fondo de Cohesión. Se pueden plantear, por tanto, situaciones complejas. Por ejemplo, un beneficiario que reciba una ayuda, dentro de un Programa Operativo, para impartir en 2007 un curso financiado por el FSE, podrá ser objeto de control financiero y, en su caso, de reintegro, hasta 2017, fecha en que se cierra el Programa Operativo. Es decir, el plazo de prescripción habrá durado 10 años. Ante plazos tan largos, el riesgo de que se destruyan o dejen de conservarse los documentos justificativos, incluso de buena fe, es muy elevado. Sin embargo, tales comportamientos, de conformidad con el art. 37.1.e) LGS, podrían dar lugar al reintegro. En este sentido, vid., Juan Miguel BÁSCONES RAMOS, “Régimen jurídico de los Fondos Estructurales de la Unión Europea para el periodo 2007-2013. Principales novedades e incidencia del nuevo reglamento de la Ley General de Subvenciones”, *Revista Española de Control Externo*, vol. VIII, nº 24 (septiembre 2006), p. 97.

³⁰⁵ Del mismo modo, también se ha separado de la jurisprudencia que ha interpretado las normas previas a la aprobación de la LGS, y que solían identificar el *dies a quo* del plazo de prescripción con el día en que se produjo el pago o, en caso de pago fraccionado, el del último pago: STSJ Madrid de 30 de octubre de 2002. También la SAN de 4 de julio de 2007 (JUR 246336), confirmada por la STS de 27 de febrero de 2009, Sección segunda, Ar. 196017 (ponente: MARTÍNEZ MICO), en relación con ciertos anticipos concedidos con cargo a una subvención que finalmente fue denegada, señala que “el *dies a quo* ha de computarse a partir del momento en que se realizó el pago de la subvención (...) momento en que nació la acción de la Administración para proceder al reintegro”. La solución aportada, sin embargo, es dudosa: más bien parece que la acción de la Administración no nació en el momento del pago, sino en el momento de la denegación de la ayuda. En el mismo sentido se expresa la SAN de 31 de octubre de 2007, Sección cuarta, Ar. 339868 (ponente: MANGAS GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de un anticipo de restitución a la exportación, que con cita de jurisprudencia anterior (SAN de 7 de junio de 2000) estima que “tratándose del reintegro de la cantidad recibida en calidad de subvención, el *dies a quo* será el del pago”.

De este modo, en lugar de recoger la regla de la *actio nata*, es decir, que el plazo de prescripción dé comienzo “el día en que el derecho pudo ejercitarse” [art. 15.1.a) LGS] la LGS ha previsto un sistema un tanto complejo en el que se combinan distintas soluciones según la causa de reintegro de que se trate³⁰⁶. A pesar de ello, y como habrá ocasión de comprobar, la regulación que se establece en el art. 39 LGS resulta incompleta, lo que se agrava al no haber previsto una regla general que sirva de aplicación supletoria. En concreto, el art. 39.2 LGS prevé tres supuestos.

En primer lugar, el art. 39.2.a) LGS fija el *dies a quo* “desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora”. Esta previsión nos remite a otro lugar de la Ley, al art. 30 LGS, donde se establece que la justificación (rendición de la cuenta justificativa) deberá producirse en el plazo que marquen las bases reguladoras o, en su defecto, en el plazo máximo de tres meses desde la finalización del plazo para realizar la actividad. Este último supuesto supone, por tanto, una nueva remisión, esta vez al plazo para la realización de la actividad, que, en principio, deberá ser fijado en las bases reguladoras de cada subvención o, en su defecto, en el acto de concesión de la subvención.

Según REBOLLO PUIG, el *dies a quo* previsto en el art. 39.2.a) LGS podría producir la extraña circunstancia de que el plazo de prescripción comenzara a correr después de que el reintegro ya fuera exigible. En concreto, entiende este autor que así ocurriría cuando se hubiera producido el incumplimiento de la actividad. En efecto, con carácter general, primero terminará el plazo de cumplimiento (deviniendo el reintegro exigible) y después terminará el plazo de justificación (comenzando entonces a correr el plazo de prescripción). Como resultado, “es posible que el plazo para ejercer el derecho sea superior a cuatro años”³⁰⁷.

Pero la explicación a tan extraña situación no es difícil de entender. En efecto, aunque se haya producido el incumplimiento de las obligaciones materiales del beneficiario, es probable que la Administración no tenga conocimiento de ello. En consecuencia, no resultaría sensato hacer comenzar a correr el plazo de prescripción del ejercicio de una potestad que, de facto, no puede ejercerse porque se ignora que concurren los presupuestos de hecho necesarios para ello. Es decir, si aún no

³⁰⁶ Como ha denunciado Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 461, “el resultado no es fácil de comprender, aunque forzoso es reconocer que el reintegro presenta peculiaridades que hacen difícil una regulación de su prescripción similar a la de otras obligaciones”. En el mismo sentido, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 349, justifica la introducción de una previsión propia para establecer el *dies a quo* de la prescripción en materia de subvenciones indicando que la regla general de la *actio nata*, solo sirve para algunos supuestos, pero no para todos.

³⁰⁷ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., pp. 461-462. La explicación a tan extraña situación, como apunta el mismo autor, podría venir del hecho de que se sucedieran dos causas de reintegro y que la LGS hubiera optado por fijar como día inicial el del último incumplimiento. REBOLLO PUIG rechaza esta posibilidad, por entender que el beneficiario podría incumplir y luego, sin embargo, cumplir “escrupulosamente sus obligaciones formales de justificación de lo que realmente ha hecho”, nota 97 a p. 462.

se ha producido la justificación, la Administración ignorará que se ha producido el incumplimiento, por lo que dicho plazo no será, de hecho, superior a cuatro años. Por eso resulta más lógico anudar el comienzo del plazo de prescripción al momento en que la Administración tendrá (o debería tener) todos los datos necesarios para saber si se ha producido algún incumplimiento.

Aun así, es cierto que pueden concurrir casos en que el plazo de prescripción sea superior a cuatro años. Por una parte, cuando la Administración tenga conocimiento cierto de que se ha producido un incumplimiento por cualquier otra vía distinta y previa al momento de la justificación. Por otra parte, cuando el beneficiario presente la justificación antes del plazo máximo previsto para ello y, de la misma, se deduzca que ha incumplido alguna de las obligaciones que dan lugar al reintegro³⁰⁸.

En segundo lugar, el art. 39.2.b) LGS prevé que el cómputo del plazo de prescripción comenzará a correr “desde el momento de la concesión en caso de subvenciones concedidas por encontrarse en determinada situación”. De este modo, se cubre una de las principales lagunas dejadas al descubierto por la regla del art. 39.2.a) LGS, dado que, en efecto, en el caso de las primas, o subvenciones concedidas en atención a la concurrencia de una determinada situación, el momento de la justificación coincide con el de la acreditación de los requisitos necesarios para convertirse en beneficiario. De hecho, y como ya expusimos en el capítulo primero, lo cierto es que en estas subvenciones no existe, en principio, obligación de justificar, dado que en el momento de su concesión la Administración ya dispone de todos los datos para saber si proceden o no tanto la concesión como el pago de la subvención. De lo que se trata es de acreditar la veracidad de los datos alegados en la solicitud de subvención, lo que es cosa bien distinta.

³⁰⁸ En efecto, como señala Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 190, “lo importante no es cuándo se presentó la justificación, sino cuándo debió presentarse como máximo. Por lo tanto, aunque la justificación se presente antes de que venza el plazo de justificación, el inicio del cómputo del plazo de prescripción será el último día del plazo de justificación”.

De este modo, además, resultaría irrelevante que el cumplimiento de las obligaciones se hubiera fraccionado y que, correlativamente a la justificación del cumplimiento de cada fase, la Administración hubiera reconocido provisionalmente una fracción del pago de la subvención total. Así, al menos, lo entiende la STS de 16 de mayo de 2007, Sección cuarta, Ar. 5855 (ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA). Como ya hemos relatado, en el supuesto de hecho, el Ayuntamiento de Betanzos fue declarado beneficiario de una subvención para el desarrollo de un proyecto formativo en la Escuela Taller del Pasatiempo de Betanzos cuyo abono se hizo de manera fraccionada, liquidándose a medida que se cumplían las fases del proyecto, produciéndose el último pago el 8 de octubre de 1996. Posteriormente, y como resultado de un informe realizado por la IGAE, el 9 de diciembre de 1999 se notificó al Ayuntamiento el inicio de un procedimiento de reintegro que concluyó con resolución por la que se declara su obligación de devolver 232.115.915 pesetas. La sentencia aclaró que “no es posible poner en duda que el inicio del plazo de prescripción comienza cuando concluye el programa para el que se concedió la subvención de fondos públicos para el cumplimiento de los fines para los que se otorgó la ayuda, en nuestro caso el 31 de diciembre de 1996. La idea de que ese plazo comienza a correr desde el instante en que se recibe cada una de las entregas parciales en la Tesorería de la entidad beneficiaria o colaboradora carece de consistencia, puesto que aún cuando en cada uno de los tramos o fases en que se divide el programa es evidente que se han de ir justificando las actuaciones que se desarrollan es únicamente al finalizar el proyecto cuando se está en condiciones de evaluar el cumplimiento de los objetivos a conseguir, así como de justificar el modo en que se han empleado los fondos dispuestos para el logro de los fines perseguidos por la actuación realizada”.

Finalmente, el art. 39.2.c) LGS establece, para el caso de obligaciones que debieran ser cumplidas durante un plazo determinado de tiempo, la fijación del *dies a quo* “desde que venció dicho plazo”. Evidentemente, esta causa de reintegro debe entenderse referida a aquellas obligaciones que deban mantenerse durante un plazo determinado de tiempo y cuyo mantenimiento no deba justificarse. De otro modo, si tuvieran que ser justificadas al final de dicho plazo, se generaría un conflicto de normas entre los arts. 39.2.a) y c) LGS. En dicha situación, debería tomarse como *dies a quo* del plazo de prescripción el del final de este segundo plazo de justificación [art. 39.2.a) LGS], en la medida en que ofrecería una mayor garantía a los intereses de la Administración³⁰⁹.

La importancia de esta última regla contenida en el art. 39.2.c) LGS resulta de la máxima importancia en relación con cierto grupo de primas respecto a las cuales la previsión del art. 39.2.b) LGS resultaba insuficiente.

En efecto, como sabemos, es posible que se conceda la subvención en atención a la concurrencia de una situación (prima) y que, al mismo tiempo, se impongan determinadas obligaciones al beneficiario para su cumplimiento con posterioridad a dicha concesión y a su pago. Así ocurre, por ejemplo, en relación con muchos de los pagos agrícolas directos de la Unión y, en especial, con el pago único. En efecto, en tales casos la concesión de la subvención se realiza en atención a la concurrencia de una serie de circunstancias, pero la Administración impone ciertas obligaciones al beneficiario cuyo incumplimiento puede dar lugar a la declaración de caducidad de la subvención y, con ella, a la pérdida del derecho al cobro de la misma.

Dada esta situación, resultaría contrario a la lógica que el plazo de prescripción comenzara a correr, de conformidad con el art. 39.2.b) LGS, en el momento de la concesión, dado que en dicho momento aun no será posible saber si el beneficiario cumplirá o no con las obligaciones que se le impongan. En su lugar, resulta más apropiado que el plazo de prescripción comience una vez concluido el plazo durante el cual debió cumplir tales obligaciones.

Las reglas previstas por el art. 39.2 LGS parecen capaces de resolver satisfactoriamente todos los supuestos de prescripción que pueden generarse en atención a las causas de reintegro previstas en el art. 37 LGS. Sin embargo, como ya indicamos, ello no resulta así, al menos con una de ellas.

En principio, las principales causas de reintegro deberán reconducirse al supuesto previsto en el art. 39.1.a) LGS. Esto es, para todas ellas el plazo de prescripción de

³⁰⁹ En el mismo sentido, Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit.

cuatro años comenzará a contar desde el día en que terminó el plazo de presentación que, de hecho (pero no por designación expresa del legislador), viene a erigirse en la regla general.

Así ocurrirá con el falseamiento u ocultación de datos que habrían impedido la concesión de la subvención [art. 37.1.a) LGS]³¹⁰, con el incumplimiento de la obligación principal que fundamentó el pago de la subvención [art. 37.1.b) LGS] y con la falta de justificación [art. 37.1.c) LGS].

En segundo lugar, existen dos causas de reintegro que, en atención a las circunstancias del caso, podrán reconducirse al art. 39.1.a) LGS o al art. 39.1.c) LGS. Así ocurre con el incumplimiento de las obligaciones de publicidad [art. 37.1.d) LGS] y el incumplimiento de los deberes accesorios [art. 37.1.f) LGS], dependiendo de si su cumplimiento se configura como una obligación anterior o posterior al momento de la justificación. Probablemente, ocurra lo mismo con la causa de reintegro prevista en el art. 37.3 LGS, esto es, la financiación con sobrecoste. En efecto, cuando dicha financiación se haya producido antes de que concluya el plazo de justificación, resultaría de aplicación el art. 39.2.a) LGS. Por el contrario, cuando el beneficiario incumpla el principio de no rentabilidad con posterioridad a dicho momento, y en la medida en que seguía vinculado al cumplimiento de tal obligación, el *dies a quo* debería fijarse de acuerdo con el art. 39.2.c) LGS.

Finalmente, en relación con las causas de reintegro vinculadas al incumplimiento de obligaciones formales cuyo resultado sea la imposibilidad de conocer la realidad y regularidad del cumplimiento de las demás obligaciones [arts. 37.1.e) y g) LGS], parece que la fijación del día inicial de la prescripción debe establecerse aplicando la regla del art. 39.2.c) LGS, en tanto que todas ellas pueden entenderse como el incumplimiento de obligaciones en todo caso posteriores a la concesión y pago de la subvención, con excepción, quizá, del incumplimiento de las obligaciones contables o registrales, que, en consecuencia, deberían regirse por el art. 39.2.a) LGS.

Como ya indicamos, en todos estos supuestos el comienzo del plazo de prescripción no coincide necesariamente con la producción de la circunstancia que da lugar al reintegro. A lo sumo, coincidirá con el momento en que la Administración tiene o puede tener conocimiento de que tales incumplimientos se han producido. De este modo, el legislador ha optado voluntariamente por el *dies a quo* más tardío que podía marcar.

Ahora bien, ninguna de las reglas previstas en el art. 39.2 LGS parece adecuada para fijar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción en relación con la causa

³¹⁰ Cuando se trate de una subvención concedida en atención a la concurrencia de ciertas circunstancias (prima), el plazo de prescripción aplicable a esta causa de reintegro se regirá, sin embargo, por el art. 39.2.b) LGS.

de reintegro prevista en el art. 37.1.h) LGS. O, en caso de hacerlo, el resultado no parece el más adecuado.

En efecto, como ya advertimos al analizar este precepto, la opción del legislador de configurar como causa de reintegro lo que, en realidad, más bien parece una condición resolutoria, genera todo tipo de distorsiones del régimen general aplicable al reintegro.

En principio, una aplicación literal del art. 39.2 LGS llevaría a fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción relativo a esta causa de reintegro en el día en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora. A partir de dicho momento, comenzaría a correr el plazo de cuatro años previsto en el art. 39.1 LGS. Sin embargo, esta solución implica que la causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS devenga inútil en la práctica. Y es lógico, porque de este modo se hace que el plazo de prescripción comience a correr mucho antes de que la causa de reintegro pueda siquiera producirse. De este modo, y en contra de la lógica que justifica la institución de la prescripción, no es que la Administración se muestre inactiva o pasiva en el ejercicio de su potestad de reintegro: es que no existen (ni se sabe si llegarán a existir) los presupuestos de hecho necesarios para que pueda ejercitarla, esto es, la Decisión de recuperación de la Comisión.

Debe tenerse en cuenta que el art. 15.1 Reglamento nº 659/1999 prevé que “las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas estarán sujetas a un plazo de prescripción de diez años” desde la concesión de la ayuda, plazo que comenzará a contarse desde el principio tras cada interrupción y que, asimismo, puede ser objeto de suspensión en tanto la Decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento pendiente ante el TJCE.

De este modo, no será en absoluto infrecuente que, de fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción en el momento de presentar la justificación, cuando finalmente se dicte la Decisión de recuperación la Administración se encuentre con una potestad que no podrá ejercer porque habrá prescrito antes, incluso, de poder ejercerla.

Como resultado, resulta esencial fijar un *dies a quo* distinto que, en principio, no debería ser otro que el previsto como regla general para la prescripción de los derechos de la Hacienda pública. Esto es, el principio de la *actio nata* consagrado en el art. 15.1.a) LGP, conforme al cual, “(...) prescribirá a los cuatro años el derecho de la Hacienda Pública estatal: a) A reconocer o liquidar créditos a su favor, *contándose dicho plazo desde el día en que el derecho pudo ejercitarse*”³¹¹.

³¹¹ También Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 518, considera respecto a esta concreta causa de reintegro que, “frente a la literalidad de la LGS, la forma de interpretarla de la manera que

En último lugar, cabe precisar que el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción respecto a los obligados subsidiarios y solidarios no será ninguno de los enunciados hasta ahora. En efecto, para tales obligados el día inicial es aquel en que la Administración pudo ejercer su derecho contra ellos: cuando acaba el periodo de pago voluntario sin que el obligado principal haya pagado (para el responsable solidario) o una vez que se produzca la declaración de fallido (para el responsable subsidiario)³¹².

3. Plazo de prescripción: la regulación del cómputo en la normativa de la Unión

Al igual que con el plazo de prescripción, la normativa de la Unión también prevé especialidades en relación con el *dies a quo* que debe tenerse en cuenta para empezar a contar dicho plazo. En concreto, el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de reintegro de subvenciones agrícolas de la Unión es el día en que se haya cometido la irregularidad. Así lo establece el ya mencionado art. 3.1 Reglamento n° 2988/95: “el plazo de prescripción de las diligencias será de cuatro años a partir de la realización de la irregularidad”.

La normativa de la Unión se aparta, por tanto, de las reglas previstas con carácter general en el art. 39.1 LGS. Además, la jurisprudencia de la Unión ha señalado que en este ámbito (y a diferencia de lo que hemos indicado que ocurre con la duración del plazo) la norma no deja margen alguno a los Estados miembros³¹³.

la haga más conforme al Derecho comunitario lleva a entender que, pese a todo, y de acuerdo con la teoría de la *actio nata*, en el supuesto de la causa de reintegro del art. 37.1.h) el plazo cuatrienal de prescripción se cuenta desde que el reintegro pudo ejercitarse, es decir, desde que la Comisión adopta la decisión de recuperación” o, cabe precisar, desde que dicha decisión sea notificada a la Administración competente, momento en que tendrá conocimiento de ella y podrá, en consecuencia, ejercer su potestad de recuperación.

³¹² Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 456. En el mismo sentido, dice la STSJ de Asturias, de 24 de mayo de 2006, Ar. 1429 de 2007 (ponente: NIÑO ROMERO), que “el plazo de prescripción respecto de la obligación del responsable ha de empezar a contar desde que se pueda ejercitar la acción contra él, en aplicación del principio de la *actio nata* y no desde la fecha en la que se devenga originariamente la liquidación en la que se fija la obligación del sujeto pasivo”. Cabe hacer, no obstante, una última salvedad: si ha prescrito el plazo para ejercitar la acción de reintegro contra el deudor principal, tampoco será ya posible dirigirse contra los demás responsables. Así parece deducirse de la STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 1999 cuando afirma que, “en resumen, existen dos periodos diferentes: el que se refiere a la prescripción de las acciones frente al deudor principal, que abarca todo el tiempo que transcurra hasta la notificación de la derivación de responsabilidad, y el que se abre con tal acto, *siempre que la prescripción no se hubiese producido con anterioridad*, que afecta a las acciones a ejercitar contra el responsable”. En el mismo sentido, la STSJ Andalucía/Sevilla de 22 de octubre de 2002, Ar. 70836 de 2003 (ponente: MORENO CARRILLO), también afirma que los responsables subsidiarios o solidarios pueden invocar la producción de la prescripción.

³¹³ De este modo, la STJCE de 29 de enero de 2009, *Josef Vosding Schlacht, Kühl und Zerlegebetrieb*, as. ac. C-278 a 280/07, ap. 34 y fallo, ha afirmado que el plazo de prescripción “se computa a partir de la fecha en que se haya cometido la irregularidad de que se trate”.

En realidad, la normativa de la Unión parece volver a consagrar el principio de la *actio nata*. Esto es, situar el inicio del plazo de prescripción del derecho a declarar el reintegro desde el momento en que tal derecho pudo ejercitarse, esto es, desde que se produjo la “infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por estas (...) mediante un gasto indebido”, pues tal es el concepto de irregularidad previsto en el art. 1.2 Reglamento n° 2988/1995.

Asimismo, presenta peculiaridades el *dies a quo* en caso de irregularidades continuas o reiteradas, categoría expresamente prevista en el art. 3.1.2° Reglamento n° 2988/1995, conforme al cual: “para las irregularidades continuas o reiteradas, el plazo de prescripción se contará a partir del día en que se haya puesto fin a la irregularidad”.

La existencia de esta extraña previsión obedece, sin duda, a que el concepto de irregularidad manejado por el Derecho de la Unión y definido en el art. 1.2 Reglamento n° 2988/1995, es un concepto único en el que se engloban tanto los incumplimientos de los beneficiarios de ventajas concedidas por la Administración como auténticas infracciones administrativas. De ahí que, sin más justificación, resulte aplicable la categoría de las “irregularidades continuas” (trasunto evidente de las infracciones continuadas) a los incumplimientos de sus obligaciones por parte de los beneficiarios.

Esta aplicación, por lo demás, ha sido expresamente bendecida por el TJCE, quien además ha aclarado qué debe entenderse por “irregularidades continuas o reiteradas”.

Para su estudio se hace necesaria la exposición de la STJCE de 11 de enero de 2007, *Vonk Dairy*, as. C-279/05. Su supuesto de hecho era el siguiente: la entidad *Vonk Dairy Products Bv* exportó a los Estados Unidos, entre 1988 y 1994, 2.100 partidas de queso italiano “pecorino”, por las que obtuvo las correspondientes restituciones a la exportación. Posteriormente se descubrió que, durante dicho periodo, habían sido reexportadas casi inmediatamente 75 partidas de queso a Canadá, lo que a juicio de las autoridades nacionales holandesas podría determinar la devolución de las restituciones a la exportación concedidas a tales partidas. En consecuencia, y ante la posibilidad de encontrarse ante unas “irregularidades continuas o reiteradas” las autoridades judiciales holandesas elevaron como cuestión prejudicial ante el TJCE la de saber si podía tomarse como *dies a quo* el de la última exportación, realizada en 1994. Asimismo, planteaba si debía darse alguna relevancia al hecho de que las irregularidades afectaran a una parte relativamente pequeña de todas las transacciones efectuadas.

La STJCE de 11 de enero de 2007, *Vonk Dairy*, as. C-279/05, contesta indicando que “a efectos del artículo 3, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento n° 2988/95, una irregularidad es continua o reiterada cuando sea cometida por un operador comunitario que obtenga beneficios económicos de un conjunto de operaciones similares que infrinjan la misma disposición del Derecho comunitario. El hecho de que la irregularidad afecte a una parte relativamente pequeña del conjunto de las operaciones realizadas en el periodo determinado y de que las operaciones en que se haya comprobado la irregularidad se refieran siempre a partidas diferentes es irrelevante a este respecto” (ap. 44). En consecuencia, en el caso enjuiciado el *dies a quo* debía identificarse con el de la última exportación.

4. En concreto, la interrupción del plazo de prescripción en la normativa española

La LGS también ha previsto un conjunto de causas que, en la medida en que denotan que la relación jurídica sigue viva, interrumpen el plazo de prescripción del reintegro³¹⁴. Se pone así remedio a la situación anterior de silencio, que había sido suplida judicialmente mediante la aplicación de las causas de interrupción de la deuda tributaria previstas en el antiguo art. 66 LGT.

La principal consecuencia de esta interrupción será que el plazo de cuatro años previsto en el art. 39.1 LGS comience a contar de nuevo³¹⁵. De ahí la importancia de fijar convenientemente qué circunstancias son las que pueden dar lugar a la misma. A estos efectos, el art. 39.3 LGS agrupa hasta tres categorías de eventos que pueden interrumpir la prescripción de la acción de reintegro.

En primer lugar, el art. 39.3.a) LGS establece que “el cómputo del plazo de prescripción se interrumpirá: a) Por cualquiera acción de la Administración, realizada con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora, conducente a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro”.

³¹⁴ Y, en principio, solo del reintegro. Esto es, las causas de interrupción de la prescripción de la acción de reintegro, no tienen que coincidir necesariamente con las causas de interrupción de la prescripción de la responsabilidad infractora o de la responsabilidad penal. Por ejemplo, el inicio del procedimiento de control financiero interrumpe el plazo de prescripción de la obligación de reintegro, pero no el plazo de prescripción de las infracciones que hubieran podido cometerse, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 254. Por su parte, la interrupción del plazo del cobro del reintegro ya reconocido se rige por el art. 15.2 LGP.

³¹⁵ Así lo afirma la STS de 12 de febrero de 2008, Sección tercera, Ar. 1886 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de una ayuda concedida en el marco de los incentivos regionales en la Zona de Promoción Económica de Canarias: “efectuada la interrupción, para que la prescripción se produzca con posterioridad es necesario que el plazo establecido corra íntegramente, sin que quepa acumular los diversos periodos de inercia administrativa”. Con idéntica redacción, la STS de 23 de noviembre de 2007, Sección tercera, Ar. 8863 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ), recaída en relación con el reintegro de una subvención concedida en el marco de la normativa sobre incentivos regionales.

Resulta una previsión lógica y ciertamente sensata. En efecto, con carácter previo a la adopción de una resolución de reintegro la Administración se verá obligada a realizar toda una serie de actuaciones que, precisamente, ponen de manifiesto su intención de resolver si procede o no el reintegro³¹⁶. Sin embargo, debe advertirse que su interpretación genera algunas dudas.

Por una parte, no es segura la amplitud con que deba interpretarse la referencia a la acción de “la Administración”. Esto es, no queda claro qué debe entenderse por “Administración” a los efectos de este artículo. Evidentemente, deben considerarse incluidos en dicho término tanto el órgano concedente de la subvención como los órganos de Intervención pertenecientes a la misma Administración y encargados del control interno. Asimismo, debe asimilarse plenamente a estos efectos a ciertos órganos de la Unión y, en especial, a la Comisión, tanto en su papel de órgano concedente como en su función de órgano inspector, lo que tendrá lugar generalmente a través de la OLAF.

Más complicado resulta entender incluidos al TCU y a los OCEX de las Comunidades Autónomas, dado que ninguno de ellos forma parte, en sentido estricto, de la Administración pública. E igual juicio parece que merecería la actuación de otros órganos de la Unión como el TCUE. No obstante, una interpretación sistemática e integradora de la norma parece que debe llevar a poner en relación este art. 39.3.a) LGS con los arts. 14.1.c) y 15.1.d) LGS, que establecen la obligación del beneficiario y las entidades colaboradoras, respectivamente, de someterse a las actuaciones de comprobación y control “que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios”. De este modo, las actuaciones de cualquiera de los órganos o instituciones mencionadas, en tanto que cumplan el resto de requisitos del precepto, deberían entenderse aptas para interrumpir la prescripción.

Por otra parte, en principio, y con carácter general, la interrupción de la prescripción solo podrá tener lugar en caso de que las actuaciones de la Administración hayan sido puestas en conocimiento de los beneficiarios o entidades colaboradoras, “lo que destruye la apariencia de regularidad amparada por el principio de seguri-

³¹⁶ Por su expresividad y paralelismo con la situación descrita, y aunque vaya referida a las causas de interrupción de la prescripción sancionadora previstas en materia tributaria, merece citarse la STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2005, Ar. 1157 de 2006 (ponente: BERBEROFF AYUDA), que justifica esta causa de interrupción así: “piénsese, en definitiva, que la postura contraria colocaría a la Administración en una situación bastante absurda, pues se encontraría con que, realizada en tiempo y forma la actividad comprobadora, cuyo carácter previo es ineludible para establecer, en su caso, la comisión de una infracción grave –o sea, que al mismo tiempo que comprobadora es, por sí misma, investigadora de una posible infracción tributaria–, no tendría efectos interruptivos de la prescripción de la acción sancionadora, siendo así que, además, es la única actividad que la Administración puede realizar al fin de conocer si hubo o no infracción y presupuesto ineludible para poder abrir un expediente sancionador, que sin esa actividad carecería de sentido y no podría existir”.

dad jurídica que fundamenta la institución”³¹⁷. De ello se deduciría que la prescripción no quedaría interrumpida por notificaciones defectuosas, sin perjuicio de lo establecido en el art. 58.4 LRJPAC³¹⁸.

La actuación de la Administración, además, y según ha exigido expresamente la jurisprudencia debe orientarse verdaderamente a avanzar en un procedimiento de comprobación, control o reintegro. De otro modo, no tendrá eficacia interruptiva.

Como ejemplo paradigmático de actuación que interrumpe el plazo de prescripción se encuentra el inicio del procedimiento de reintegro y todos y cada uno de sus trámites, cuando sean debidamente notificados al beneficiario³¹⁹. También las acciones que tengan como objeto la comprobación de la subvención (art. 32 LGS), la comprobación de valores (art. 33 LGS), el control financiero a cargo de la IGAE (arts. 44-51 LGS)³²⁰ o la fiscalización de la subvención por parte de los órganos de control externo, entre otras muchas³²¹.

³¹⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 351.

³¹⁸ Ello resulta así incluso en relación con la causa de reintegro del art. 37.1.h) LGS, a la cual resultan de aplicación, a estos efectos, las mismas reglas que al resto de causas de reintegro. Debe rechazarse, por tanto, la interpretación sostenida por Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., nota 390 a p. 196. Este autor parte de señalar que, de conformidad con el art. 15 Reglamento n° 659/1999, la prescripción se interrumpe por cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionada con la ayuda ilegal. De este modo, y siguiendo a J. A. RODRÍGUEZ MÍGUEZ, “Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del Caso *Scout*”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión europea*, n° 226, 2003, p. 70, considera que “es irrelevante que los beneficiarios de la ayuda tengan o no conocimiento de la citada solicitud para que esta pueda interrumpir la prescripción, atendiendo al tradicional carácter bilateral del procedimiento en materia de ayudas estatales, en el que los beneficiarios tienen limitadas facultades”. En realidad, se confunden aquí dos prescripciones distintas. Por un lado, la prescripción del plazo de diez años referido a las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas, cuya interrupción, en efecto, podrá producirse sin conocimiento del beneficiario. Por otro lado, la prescripción del plazo de cuatro años referido a la potestad de la Administración concedente para dictar el reintegro, y que comenzará a contar, según hemos indicado, una vez dictada la Decisión de recuperación por parte de la Comisión.

³¹⁹ En este sentido se pronuncia la STS de 3 de mayo de 2007, Sección tercera, Ar. 3290 (ponente: ESPIN TEMPLADO). También Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 229, afirma (aunque sin hacer referencia a la necesidad de notificación) que “la interrupción de la prescripción no solo se produce en el momento de inicio del procedimiento de reintegro, sino que el efecto interruptivo se mantiene a lo largo de ese procedimiento, dado que todas las actuaciones que en el curso del mismo se desarrollen tienden a la liquidación del reintegro, de tal manera que la interrupción del cómputo de prescripción se mantiene durante la sustanciación del procedimiento de reintegro hasta su resolución”. Ahora bien, si el procedimiento se interrumpe, por causa no imputable al administrado, durante un plazo superior al plazo de prescripción, se entenderá que se ha producido esta. En este sentido, vid., Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 352.

³²⁰ No obstante, el control financiero por parte de la IGAE deberá cumplir otros requisitos para producir esta interrupción. Particularmente, el procedimiento no debe durar más de 12 meses desde que se notificó a los beneficiarios. De otro modo, el procedimiento habrá caducado y entre las consecuencias de dicha caducidad se encontrará la negación de sus efectos interruptivos respecto a la prescripción. De la misma opinión es Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 470, que, sin embargo, critica esta solución dado que produce una “situación paradójica porque, interrumpiendo la prescripción actuaciones mucho menos significativas y formales, no tiene ni siquiera esa consecuencia todo un procedimiento en el que hay muchas actuaciones de la Administración realizadas con conocimiento formal del interesado”.

³²¹ A partir de los pronunciamientos jurisprudenciales cabe espigar algunos ejemplos concretos que encajarían dentro de esta primera forma de interrupción del plazo de reintegro:

El art. 39.3.b) LGS prevé, en segundo lugar, que el cómputo del plazo de prescripción se interrumpirá “por la interposición de recursos de cualquier clase, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora en el curso de dichos recursos”. Esta segunda causa de reintegro agrupa a varias circunstancias que, en realidad, pueden diferir bastante entre ellas. De un lado, la interposición de recursos por parte del beneficiario, lo que supone una actuación positiva por su parte y, en consecuencia, el fin del silencio de la relación³²². De otro lado, el inicio de actuaciones penales que, en realidad, ni tienen por qué haber sido provocadas por la actuación de ninguna de las partes de la relación, ni se entiende bien por qué han de afectar a dicha relación, lo que supone “entremezclar dos problemáticas jurídicas bien distintas”³²³. En este sentido, no debe olvidarse que el inicio de actuaciones penales ni impide ni interrumpe el procedimiento de reintegro³²⁴.

En todo caso, y aunque nada se dice de si es necesario para la interrupción de la prescripción que las actuaciones penales se pongan en conocimiento del beneficiario o entidad colaboradora, las exigencias del principio de seguridad jurídica al que,

- Dirigir un escrito al beneficiario en el que, entre otras indicaciones, se le requiere para que acredite todas las ayudas oficiales percibidas o solicitadas con destino al proyecto de inversión que motiva el expediente, STS de 23 de noviembre de 2007, Sección tercera, Ar. 8863 (ponente: GONZÁLEZ GONZÁLEZ).
- El informe definitivo que pone fin al procedimiento de control financiero, notificado al beneficiario, SAN de 17 de septiembre de 2008, Sección cuarta, Ar. 320643 (ponente: SANGÜESA CABEZUDO).
- Las comunicaciones de los resultados analíticos de las muestras extraídas, efectuadas por el Departamento de Aduanas, a pesar de que el órgano competente para decidir el reintegro era el FEGA, SAN de 31 de octubre de 2007, Sección cuarta, Ar. 339868 (ponente: MANGAS GONZÁLEZ).

³²² Un caso de interrupción de la prescripción por esta causa, será la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra una resolución de reintegro dictada en el seno de un procedimiento caducado. Un ejemplo de esta situación se encuentra en la SAN de 31 de octubre de 2007, Sección cuarta, Ar. 339868 (ponente: MANGAS GONZÁLEZ), dictada en relación con el reintegro de un anticipo de restitución a la exportación. Sin embargo, la situación es ciertamente paradójica, dado que lo que se pretendía con la impugnación era que se declarara caducado el expediente y, consecuentemente, que no se tuviera por interrumpido el plazo de prescripción durante el periodo que duró su tramitación. Sin embargo, este mismo hecho determinó la interrupción de la prescripción.

Esta circunstancia ha llevado a algún autor, como José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 330, a encontrar de difícil justificación la interrupción de la prescripción cuando es el beneficiario quien interpone el recurso, pues juega en su contra. En realidad, lo que sería difícil de justificar sería la situación contraria: la actuación del beneficiario reconociendo la posible existencia de un comportamiento contrario a la normativa de subvenciones que no interrumpa el silencio establecido, precisamente, sobre dicho asunto.

³²³ Javier GARCÍA LUENGO, *El reintegro de subvenciones*, cit., nota 58 a p. 162.

³²⁴ Respecto a esta segunda causa de interrupción también cabe formularse algunas cuestiones y, en especial, si interrumpe la prescripción la iniciación de un proceso de enjuiciamiento de responsabilidad contable, cuestión ni siquiera mencionada por la norma. En principio, la respuesta debería ser positiva. En efecto, si un simple procedimiento de fiscalización puede interrumpir dicha prescripción, aun cuando su finalidad es meramente el esclarecimiento de los hechos, cuanto más deberá entenderse interrumpida la prescripción cuando lo que se pretende es la declaración, por parte de órganos con rango jurisdiccional (TCU), del incumplimiento de las obligaciones del beneficiario.

precisamente, obedece la institución de la prescripción, obligan a entender preceptiva dicha puesta en conocimiento³²⁵.

Finalmente, el art. 39.3.c) LGS prevé la interrupción de la prescripción “por cualquier actuación fehaciente del beneficiario o de la entidad colaboradora conducente a la liquidación de la subvención o del reintegro”. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el beneficiario solicite el último de los pagos fraccionados en que se haya dividido la subvención o la liberación del aval o garantía que haya debido constituir para recibir el pago. Las actuaciones del beneficiario o de la entidad colaboradora solo interrumpen la prescripción que afecta a cada uno de ellos³²⁶. No obstante, cuando existan varios beneficiarios de una misma subvención, según lo previsto en el art. 11 LGS (por ejemplo, una federación de asociaciones a la que se concede una subvención y en la que se reconoce la calidad de beneficiarios no solo a la federación, sino también a cada una de las asociaciones federadas), la actuación interruptora de la prescripción realizada por cualquiera de ellos afectará a todos. En efecto, si la prescripción ganada por uno de los obligados beneficia a los demás, también la interrupción operada por uno parece que debe interrumpir la prescripción para los demás.

Una última cuestión que afecta a las causas de interrupción de la prescripción, es si los actos nulos interrumpen la prescripción. En principio, la respuesta debe ser negativa. En efecto, la prescripción no debe quedar interrumpida por actos inválidos, en tanto que tales actos no deben producir efectos³²⁷. Sin embargo, en la práctica (y a salvo, quizá, del supuesto de actos puramente inexistentes), el resultado será la interrupción efectiva. En efecto, como señala REBOLLO PUIG, “si la actuación con vicios de nulidad no es impugnada se presumirá válida y, por tanto, interrumpirá la prescripción; y si fue impugnada y efectivamente anulada, habrá interrumpido la prescripción la interposición del recurso conforme a la letra b) del mismo art. 39.3 LGS”. De este modo, y sea como sea, lo cierto es que “ya no hay silencio de la relación jurídica sino una actuación administrativa que, al menos como mero hecho, interrumpe la prescripción”³²⁸.

³²⁵ En este sentido, Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 352, argumenta que “en la medida en que la prescripción sirve al principio de seguridad jurídica, no parece apropiado a la naturaleza de la institución admitir que esta quede interrumpida sin necesidad de que tal circunstancia sea conocida por parte del afectado. En consecuencia, habría que entender que la exigencia del conocimiento formal por parte del beneficiario o entidad colaboradora con la que se cierra el precepto, podría resultar extensiva también a estos supuestos”. En el mismo sentido, Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 199, considera que “el conocimiento formal del interesado debe ser un requisito implícito en toda causa de interrupción en aras a la protección más adecuada de la seguridad jurídica; de otra forma el instituto de la prescripción podría perder parte de su fundamento”.

³²⁶ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 46.

³²⁷ Pablo ARELLANO PARDO, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, cit., p. 351. Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, cit., p. 199, señala, sin embargo, la existencia de pronunciamientos contradictorios a este respecto.

³²⁸ Manuel REBOLLO PUIG, “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, cit., p. 466 y nota 105 a la misma.

5. En concreto, la interrupción del plazo de prescripción en la normativa de la Unión

También en relación con la interrupción del plazo de prescripción la normativa de la Unión aporta una regulación propia. De conformidad con el art. 3.1.3º Reglamento nº 2988/1995, “la prescripción de las diligencias quedará interrumpida por cualquier acto, puesto en conocimiento de la persona en cuestión, que emane de la autoridad competente y destinado a instruir la irregularidad o ejecutar la sanción contra la misma. El plazo de prescripción se contará de nuevo a partir de cada interrupción”.

En principio, las consecuencias de la interrupción del plazo de prescripción son las mismas en el Derecho nacional y en el Derecho de la Unión. Sin embargo, y como resulta evidente, las causas de interrupción previstas en el art. 3.1.3º Reglamento nº 2988/1995 son considerablemente más limitadas que las previstas en la normativa española.

La consecuencia de esta situación, aunque pueda resultar perjudicial para los intereses financieros de la Unión, parece ser, inevitablemente, que el art. 39.3 LGS resulte inaplicable frente al art. 3.1.3º Reglamento nº 2988/1995. En efecto, a diferencia de lo que acontece en relación con el plazo de prescripción (pero a semejanza de lo que ocurre con la determinación del *dies a quo*), el legislador de la Unión no ha previsto la posibilidad de que los Estados miembros puedan prever una normativa más rigurosa que la establecida en la norma de la Unión.

Por lo tanto, la prescripción de la acción de reintegro dirigida contras las subvenciones agrícolas de la Unión concedidas en régimen de ejecución indirecta solo podrá interrumpirse cuando concurra alguna de las circunstancias recogidas en el art. 3.1.3º Reglamento nº 2988/1995.

Este precepto parece coincidir, a grandes rasgos, con el art. 39.3.a) LGS, del que nos hemos ocupado, a pesar de que su alcance, a primera vista, parezca más reducido. En efecto, en apariencia, la referencia a la “autoridad competente” parece incompatible con una interpretación tan amplia como la que hemos propuesto para el término “Administración”, y el hecho de que el concreto acto deba ir “destinado a instruir la irregularidad” parece circunscribir los actos susceptibles de interrumpir el plazo de prescripción únicamente al procedimiento de reintegro.

En realidad, no es así, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJCE, que ha aceptado (sin ni siquiera entrar a cuestionarlo), que los actos de los órganos de control puedan interrumpir la prescripción, siempre y cuando va-

yan verdaderamente orientados a aclarar la existencia de una posible irregularidad³²⁹. Por lo tanto, y en principio, podría plantearse, en un ejercicio de interpretación conforme, que las causas de interrupción del plazo de prescripción deben identificarse con las previstas en el art. 39.3.a) LGS, a cuya exposición nos remitimos.

VII. JURISPRUDENCIA DE LA UNIÓN SOBRE LOS LÍMITES NACIONALES A LA DECLARACIÓN DE REINTEGRO

1. El punto de partida: aceptación de límites nacionales a la recuperación de ayudas de la Unión

Los órganos judiciales de la Unión, y especialmente, el TJCE, han desarrollado una línea jurisprudencial que acepta la posibilidad de que los derechos nacionales puedan establecer límites a la recuperación de ayudas de la Unión gestionadas en régimen de ejecución indirecta. Pero antes de abordar su exposición son necesarias dos matizaciones.

³²⁹ En realidad, en este punto la jurisprudencia de la Unión parece más exigente que la normativa española. En efecto, la STJCE de 24 de junio de 2004, *Handlbauer*, as. C-278/02, dictada en relación con el reintegro de unas restituciones a la exportación, exige que para entender interrumpida la prescripción no basta cualquier actividad de inspección o control. Antes al contrario, tales actividades deben estar motivadas por sospechas concretas sobre ciertas irregularidades, lo que parece una nueva traslación, innecesaria y peligrosa, de las garantías propias de las infracciones administrativas.

En efecto, en el supuesto enjuiciado, tras la percepción de varias restituciones a la exportación en el año 1996, la empresa austriaca *Handlbauer* recibió una comunicación en diciembre de 1999 de la Administración aduanera en la que se le informaba que había sido incluida entre las empresas que serían objeto de control, en aplicación del Reglamento n° 4045/89, en relación con las exportaciones correspondientes al ejercicio de 1996. Ante la duda de si esta comunicación interrumpió el plazo de prescripción de la acción de reintegro, el TJCE comienza señalando, con carácter general, que “es preciso subrayar que los plazos de prescripción tienen, con carácter general, la misión de garantizar la seguridad jurídica” (ap. 40, con remisión a la STJCE de 15 de julio de 1970, ACF *Chemiefarme/Comisión*, as. 41/69). Y continúa: “tal como ha observado el Abogado General en los puntos 82 y siguientes, la referida misión no se cumpliría en su plenitud si el plazo de prescripción establecido en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 2988/95 pudiera quedar interrumpido por cualquier acto de carácter general de la Administración nacional sin relación alguna con sospechas de irregularidad que afecten a operaciones delimitadas con la suficiente precisión”, ap. 40.

Y, sentado lo anterior, estima que “en el presente caso, consta en autos que la notificación a *Handlbauer* del control decidido con arreglo al Reglamento 4045/89 se refería indistintamente a todas las exportaciones realizadas por esa empresa en 1996 en el ámbito de las organizaciones comunes de mercado en los sectores de la carne de vacuno y la carne de porcino. Una notificación de este tipo, que no contenía indicación alguna sobre sospechas de irregularidades suficientemente determinadas, no podía, como tal, interrumpir el plazo de prescripción para recuperar la restitución concedida”, ap. 41. Lo cual le permite afirmar, como doctrina general, que “la notificación de un control aduanero a la empresa de que se trate únicamente constituirá un acto destinado a instruir una irregularidad o a ejecutar la acción contra la misma, que interrumpe el plazo de prescripción establecido en el párrafo primero del apartado 1 (...) [del art. 3 Reglamento n° 2988/95], en el supuesto de que las operaciones sobre las que versen las sospechas de irregularidad hayan sido delimitadas por el acto con la suficiente precisión”.

Por un lado, el TJCE aplica la misma jurisprudencia respecto a los límites que pueden oponerse frente a la causas de reintegro y a las causas de revisión de oficio. En realidad, y como tendremos ocasión de ver a continuación, esta jurisprudencia se desarrolló originariamente en relación con los límites a la revisión de oficio de actos nacionales a través de los que se concedían ayudas de la Unión. Pronunciamientos posteriores y relativamente cercanos en el tiempo a nosotros, han reconocido, sin solución de continuidad, la aplicación de esta misma jurisprudencia a los eventuales límites que puedan oponerse frente al reintegro de subvenciones.

Por otro lado, la excepción a esta extensión jurisprudencial se encuentra en las ayudas de Estado declaradas incompatibles con el mercado interior. En efecto, cuando se trata de recuperar estas ayudas de Estado, la jurisprudencia, aun partiendo de los mismos presupuestos dogmáticos, es considerablemente más severa³³⁰.

El punto de partida se encuentra en la afirmación del TJCE de que “el Derecho comunitario no se opone a que la legislación nacional aplicable tome en consideración, para excluir la reclamación de ayudas indebidamente pagadas, criterios como la protección de la confianza legítima, la desaparición del enriquecimiento sin causa, la extinción de un plazo o la circunstancia de que la administración supiera que otorgaba equivocadamente las ayudas de que se trate o que lo ignorara como consecuencia de una negligencia grave por su parte, sin perjuicio, no obstante, de que los requisitos exigidos sean los mismos que para la recuperación de prestaciones económicas puramente nacionales y de que se tenga plenamente en cuenta el interés de la Comunidad”, STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 33.

En el supuesto de hecho de este interesantísimo pronunciamiento, la empresa *Deutsche Milchkontor GmbH* y otras más, habían estado recibiendo ayudas para la transformación en pienso de leche desnatada en polvo adquirida a una tercera empresa, *Milchwerke Auetal-Beyer KG (Auetal)*. Tras una investigación realizada por la Administración alemana, se descubrió que la mercancía adquirida a esta última no era, realmente, leche en polvo, sino un polvo fabricado artificialmente mezclando lactosuero en polvo, caseinato de sodio y lactosa, lo que daba lugar a un producto de composición idéntica a la leche en polvo. Cuando se produjeron los hechos, ni

³³⁰ Por ejemplo, la STJCE de 20 de marzo de 1997, *Alcan Deutschland*, as. 24/95, dictada en el marco de un procedimiento de recuperación de ayudas de Estado ilegales incompatibles con el mercado interior, había declarado que la objeción a la recuperación basada en la desaparición del enriquecimiento haría prácticamente imposible la recuperación exigida por el Derecho de la Unión, descartando, en consecuencia, que pudiera ser válidamente alegada por el Estado miembro. Sin embargo, la STJCE de 16 de julio de 1998, *Oelmühle*, as. C-298/86, ap. 37, señala que “esta apreciación, realizada en el marco del artículo 93 del Tratado CE, no puede trasladarse a la repetición de ayudas comunitarias indebidamente pagadas. En efecto (...), estas dos situaciones no son comparables; en particular, la ventaja competitiva concedida a las empresas nacionales, que caracteriza a las ayudas de Estado, no existe en el marco de las ayudas comunitarias en el ámbito de la política agrícola común”.

las empresas ni los laboratorios públicos podían comprobar, a través de los análisis químicos habituales en la época, si se trataba de leche en polvo fabricada a partir de leche desnatada fresca o el producto artificial fabricado por *Auetal*. Ante esta situación, el órgano judicial alemán mostró sus dudas respecto a la posibilidad de revocar (declarar la invalidez de) las ayudas concedidas a *Deutsche Milchkontor* y el resto de empresas, al oponerse a ello distintas normas del Derecho interno. Se planteó, consecuentemente, al TJCE la duda de si el ordenamiento jurídico de la Unión se oponía a la aplicación de las normas nacionales que impiden la revisión de oficio. En última instancia, lo que se planteaba era si la revisión de un acto de la Unión de contenido económico dictado por las autoridades nacionales y viciado de invalidez debía ser anulado en todo caso, con objeto de salvaguardar los intereses financieros de la Unión (y el principio de legalidad), o si cabía su no declaración de invalidez en virtud de otros principios (seguridad jurídica) y de conformidad con el ordenamiento nacional.

El TJCE comenzó señalando que “los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica forman parte del ordenamiento jurídico comunitario. Así pues, no se puede considerar contrario a este mismo ordenamiento jurídico que una legislación nacional garantice la protección de la confianza legítima y la seguridad jurídica en un ámbito como el de la reclamación de ayudas comunitarias indebidamente pagadas”, ap. 30. “Puesto que las normas y el procedimiento aplicados por las autoridades nacionales en materia de reclamación de ayudas comunitarias son iguales a los aplicados por las mismas autoridades en casos comparables relativos a las prestaciones económicas puramente nacionales, no puede suponerse en principio que estas reglas y este procedimiento sean contrarios a las obligaciones de las autoridades nacionales (...) Esto es especialmente aplicable a las causas de exclusión de la reclamación que se refieren a un comportamiento de la propia administración y que esta puede, por tanto, evitar”, ap. 31.

Probablemente no había otra salida que el reconocimiento de estos principios, pues todos los Estados miembros se encontraban en una situación parecida³³¹. Y ello sin contar con que también “el principio de seguridad jurídica constituye un principio fundamental de Derecho comunitario”, como se afirma, por ejemplo, en la STJCE de 20 de noviembre de 1997, *Wiener*, as. C-338/95, ap. 19.

³³¹ “De un estudio de los Derechos nacionales de los Estados miembros en materia de revocación de actos administrativos y de reclamación de prestaciones económicas indebidamente concedidas por la Administración pública resulta que el afán por asegurar, de diferentes formas, un equilibrio entre el principio de legalidad, por una parte, y el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, por otra, es común a los Derechos de los Estados miembros”, STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 30.

2. En concreto, el “comportamiento de la propia Administración” y los límites temporales para proceder a la recuperación

Una primera aplicación de esta misma jurisprudencia se encuentra en la STJCE de 12 de mayo de 1998, *Steff-Houlberg Export*, as. C-366/95, relativa a la recuperación de ayudas concedidas a varias empresas por la exportación de carne de bovino a países árabes. A través de unos análisis efectuados en Oriente medio se descubrió que la mercancía contenía carne de cerdo, lo que se debía a un comportamiento únicamente atribuible a la empresa suministradora de las mercancías y que había pasado absolutamente desapercibido a los controles del Ministerio y de la Administración aduanera daneses.

En relación con el “comportamiento de la propia Administración” como posible causa que excluya la posibilidad de recuperación, la sentencia recuerda que “las autoridades nacionales están obligadas a comprobar, mediante los oportunos controles, la conformidad de los productos para los cuales se han solicitado ayudas comunitarias con el fin de garantizar que estas no se paguen para aquellos productos que no deben disfrutar de las mismas (...). Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar cuáles eran los controles necesarios para ello y, por consiguiente, las posibles negligencias así como su gravedad, habida cuenta de las circunstancias del caso y de los métodos técnicos disponibles en la época de autos para el producto de que se trata. En el supuesto de que se acrediten las circunstancias evocadas por el órgano jurisdiccional remitente, nada parece oponerse *prima facie* a que el comportamiento de las autoridades nacionales se califique de negligencia que puede excluir un reembolso”, ap. 32.

En relación con el transcurso de un plazo de tiempo máximo para proceder a la revisión del acto, la sentencia considera que “el Derecho comunitario no se opone a que se tenga en cuenta dicho motivo de equidad, siempre que, no obstante, cumpla los requisitos establecidos en la sentencia *Deutsche Milchkontor*”, ap. 35. Es decir: igualdad de trato respecto de las ayudas nacionales y toma en consideración del interés de la Unión.

Y resume: “el Derecho comunitario no se opone, en principio, a que una normativa nacional permita excluir la recuperación de ayudas comunitarias indebidamente pagadas, tomando en consideración, siempre que se acredite la buena fe del beneficiario, unos criterios como el comportamiento negligente de las autoridades nacionales y el transcurso de un periodo de tiempo considerable desde el pago de las citadas ayudas, sin perjuicio, no obstante, de que los requisitos previstos sean los mismos que para la recuperación de prestaciones económicas puramente nacionales y de que se tome plenamente en consideración el interés de la Comunidad”, ap. 36.

Hay un detalle muy importante: se ha añadido un nuevo requisito, el de la buena fe, que en *Deutsche Milchkontor* no aparecía por ninguna parte. En efecto, en el ap. 21 el TJCE aclara que “las empresas exportadoras únicamente pueden impugnar la recuperación si han actuado de buena fe en lo que se refiere a la conformidad de la mercancía con la declaración que han presentado con objeto de recibir la restitución de que se trata”.

3. En concreto, la desaparición del “enriquecimiento injusto”

Esta exigencia de la buena fe se mantiene en la STJCE de 16 de julio de 1998, *Oelmühle*, as. C-298/96, dictada en relación con la recuperación de varias ayudas a la transformación de semillas de colza, concedidas a almazaras alemanas que adquirieron partidas de colza procedentes de unos Estados miembros cuando, en realidad, procedían de otros Estados miembros distintos. Ante esta situación, las almazaras pretendían la aplicación de la norma alemana que impide la revisión de los actos administrativos cuando ha desaparecido el enriquecimiento y el administrado no conocía las circunstancias que motivaron la ilegalidad del acto. En efecto, la sentencia asume que “el objetivo de la medida de política agrícola común, a saber, la concesión de ayudas a productores de semillas oleaginosas cosechadas y transformadas en la Comunidad, se alcanzó, fundamentalmente, cuando las almazaras trasladaron la ayuda a los productores o a los proveedores a través del precio de venta”, ap. 26. Y, en consecuencia, estima que “en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional afirma la existencia de buena fe en las almazaras, el Derecho comunitario no se opone a que se tome en consideración el motivo basado en la desaparición del enriquecimiento sin causa. En efecto (...), en la medida en que este principio forma también parte del ordenamiento jurídico comunitario, no puede considerarse contrario a este mismo ordenamiento jurídico el que una legislación nacional lo aplique en un ámbito como el de la repetición de ayudas comunitarias indebidamente pagadas”, ap. 31. Asimismo, recuerda que “uno de los requisitos exigidos para invocar la desaparición del enriquecimiento es que el órgano jurisdiccional nacional demuestre, en el caso concreto, que el operador económico no dispone de ninguna posibilidad de ejercitar una acción contra sus proveedores”, ap. 34.

Y resume: “el Derecho comunitario no se opone, en principio, a que una normativa nacional permita excluir la repetición de ayudas comunitarias indebidamente pagadas, tomando en consideración criterios tales como la desaparición del enriquecimiento, cuando:

- En el momento en que se concede la ayuda, el beneficiario ha trasladado ya la ventaja patrimonial que de ella resulta al pagar el precio indicativo previsto por el Derecho comunitario, y
- carece de utilidad un posible derecho a ejercer una acción contra sus proveedores.

No obstante, ello exige:

- Que se acredite previamente la buena fe del beneficiario, y
- que los resultados previstos sean los mismos que para la recuperación de prestaciones económicas puramente nacionales”, ap. 38.

4. En concreto, la confianza legítima y la seguridad jurídica

En la STJCE de 9 de octubre de 2001, *Flemmer*, as. ac. C-80 a 82/99, parece volverse a la línea primigenia desarrollada por *Deutsche Milchkontor*, al aceptarse que el principio de confianza legítima puede impedir la revocación de un acto y, por consiguiente, la recuperación de la ayuda de la Unión indebidamente abonada, sin indicar expresamente que sea necesaria, además, la exigencia de buena fe en el receptor (aunque quizá va implícita en el propio concepto de confianza *legítima*, lo que explica que en la jurisprudencia posterior vuelva a exigirse). En los hechos, la Administración alemana concedió a varios agricultores ayudas (que denominan indemnizaciones) por el abandono de la comercialización de leche, las cuales fueron canalizadas a través de convenios. Posteriormente, se descubrió que algunos de tales agricultores no reunían los requisitos para beneficiarse de estas ayudas, por lo que se procedió a su revocación, frente a la cual se planteó la posibilidad de que fuera alegable la protección de la confianza legítima de los beneficiarios.

El TJCE comienza indicando que “en lo que se refiere al principio de confianza legítima (...) las exigencias derivadas de la protección de los derechos y de los principios fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, vinculan asimismo a los Estados miembros cuando aplican normativas comunitarias”, ap. 59. “Como quiera que los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, no se puede considerar contrario a este mismo ordenamiento jurídico que el Derecho interno de un Estado miembro garantice la protección de la confianza legítima y la seguridad jurídica”, ap. 60. Por lo tanto, “el Derecho comunitario no se opone a la aplicación del principio de confianza legítima previsto en el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trata para apreciar el alcance de convenios celebrados por las autoridades na-

cionales en nombre y por cuenta del Consejo y de la Comisión, siempre que se tenga en cuenta el interés comunitario”, ap. 63 y fallo.

Parecen despejarse todas las dudas sobre la exigencia de buena fe en la STJCE de 19 de septiembre de 2002, *Huber*, as. C-336/00. Las circunstancias del caso, sin embargo, son un poco peculiares. En el supuesto de hecho, el señor Huber, agricultor austríaco, solicitó y obtuvo una ayuda para el fomento de la agricultura extensiva y compatible con las exigencias de la protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural (ÖPUL). Las condiciones concretas del programa, a las que se obligaban los beneficiarios, no fueron sin embargo puestas directamente en su conocimiento ni debidamente publicadas, limitándose la Administración austríaca a ponerlas a disposición del público en los servicios del Ministerio competente en Viena. Asimismo, las ayudas se canalizaron a través de contratos de derecho privado. Cuando la Administración descubrió el incumplimiento de ciertas obligaciones (utilización de varios productos fitosanitarios prohibidos), procedió a reclamar la cantidad abonada más los intereses de demora generados, frente a lo cual el Sr. Huber esgrimió la protección de su confianza legítima. El TJCE repite su doctrina de que “no se puede considerar contrario al Derecho comunitario que el Derecho nacional, en materia de revocación de actos administrativos y de repetición de prestaciones financieras indebidamente pagadas por la Administración pública, tome en consideración, además del principio de legalidad, los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, dado que estos últimos forman parte del ordenamiento jurídico comunitario”, ap. 56. Pero señala que “el beneficiario de la ayuda únicamente puede impugnar la repetición si ha actuado de buena fe en lo que se refiere a la regularidad de la misma”, ap. 58, e insiste: “la aplicación del principio de protección de la confianza legítima supone que se demuestre la buena fe del beneficiario de la ayuda de que se trate”, ap. 59.

Es muy interesante destacar que, en esta sentencia, por primera vez, se extiende esta jurisprudencia más allá de la revocación de actos: la aplicación de estos principios se predica, genéricamente, de la “repetición de prestaciones financieras indebidamente pagadas”. La misma formulación encontraremos en la STJCE de 21 de junio de 2007, *ROM-projecten*, as. C-158/06, en el que tampoco se trataba de una anulación en sentido estricto, y en la STJCE de 13 de marzo de 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, as. ac. C-383 a 385/06, ap. 52, en la que sí parecía tratarse de una anulación.

En el supuesto enjuiciado en la STJCE de 21 de junio de 2007, *ROM-projecten*, as. C-158/06, la Administración holandesa concedió una ayuda a la entidad *ROM-projecten*, con cargo a una Decisión de la Unión por la que se aprobaba el programa operativo de la Iniciativa PYME para los Países Bajos. De conformidad con esta De-

cisión, los compromisos de gasto debían haber sido contraídos por el beneficiario de la ayuda a más tardar el 31 de diciembre de 1999. Sin embargo, la administración holandesa no informó de este extremo, llegando a indicar que los gastos debían ir referidos al periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2000. Como consecuencia, frente al acuerdo de reintegro de las cantidades abonadas ante el incumplimiento del plazo fijado por la Decisión de la Unión, *ROM-projecten* opuso la vulneración del principio de seguridad jurídica. Como resultado, se planteó la cuestión prejudicial ante el TJCE de si el incumplimiento de la obligación de recuperar la ayuda que recaía sobre los poderes públicos holandeses resultaba contraria al ordenamiento de la Unión.

El TJCE comienza recordando que “no se puede considerar contrario al Derecho comunitario que el Derecho nacional, en materia de revocación de actos administrativos y de repetición de prestaciones financieras indebidamente pagadas por la Administración pública, tome en consideración además del principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica, dado que este último forma parte del ordenamiento jurídico comunitario”, ap. 25. “En particular, dicho principio de seguridad jurídica exige que una normativa comunitaria permita a los interesados conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone (...)”, ap. 26. “Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras”, ap. 26. Y, a continuación, señala que “como se desprende del artículo 9 de la Decisión de concesión, el Reino de los Países Bajos es el único destinatario de dicha Decisión. Ahora bien, a pesar de que la referida Decisión no ha sido publicada y solo la conocían, por tanto, las autoridades neerlandesas, estas no comunicaron los requisitos de concesión establecidos en aquella a *ROM-projecten*”, ap. 27. “Además, al conceder una ayuda en el marco de la Decisión de concesión a *ROM-projecten* el 29 de diciembre de 1999, es decir, solo dos días antes de que expirase el plazo fijado en el artículo 6 de la citada Decisión, sin que *ROM-projecten* fuera informada de dicho plazo, el Secretario de Estado creó una situación que conducía casi inevitablemente al incumplimiento de los requisitos de concesión”, ap. 28.

Como consecuencia, “En tal situación, caracterizada por el desconocimiento por parte del beneficiario final de los requisitos establecidos en la Decisión de concesión, el principio de seguridad jurídica se opone a que dichos requisitos sean invocados frente a este último”, ap. 30.

Ahora bien, “el referido beneficiario únicamente puede impugnar la supresión y la devolución de la ayuda financiera si hubiese actuado de buena fe en lo que se refiere

a la regularidad de dicha ayuda”, ap. 31, lo que corresponderá valorar al órgano jurisdiccional nacional.

La consagración definitiva de la exigencia del principio de buena fe se produce en la STJCE de 13 de marzo de 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, as. ac. C-383 a 385/06, relativa al reintegro exigido a varias entidades que, sin perjuicio de recibir indebidamente ciertas ayudas con cargo al Fondo Social Europeo, lo que de por sí podía motivar su recuperación, además incumplieron los proyectos a los que se vinculaban tales ayudas. Frente a la pretensión de que la Administración neerlandesa no podía recuperar las ayudas porque la culpa de su indebida concesión fue exclusivamente suya y, en consecuencia, a dicha recuperación se opondría el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, el STJCE señala que “en el supuesto de que el beneficiario no haya ejecutado el proyecto de formación respetando las condiciones a las que estaba supeditada la concesión de esa ayuda, dicho beneficiario no puede ampararse en los principios de protección de la confianza legítima y de los derechos adquiridos para obtener el pago del saldo del importe total de la ayuda concedida inicialmente (...) El principio de protección de la confianza legítima no puede ser invocado por un beneficiario que es culpable de una infracción manifiesta de la normativa vigente”, ap. 56.

La sentencia no es un dechado de claridad en la exposición de los hechos que dieron lugar a los litigios principales, pero parece barruntarse que la solución ofrecida por el TJCE no es plenamente satisfactoria. Esto es, no deben mezclarse la procedencia (o improcedencia) de revisar un acto ilegal indebidamente dictado por la Administración, a lo cual podrá oponerse, en su caso, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima, y la procedencia de reclamar el reintegro por incumplimiento de las obligaciones asumidas por el beneficiario, en cuyo caso no cabrá oponer confianza legítima ni seguridad jurídica algunas. Es decir, la ilegalidad del acto de concesión no puede depender, en modo alguno, de un comportamiento posterior del administrado.

5. La imposibilidad de recuperación no excluye, sin embargo, el deber de reembolsar los gastos a la Comunidad

Según queda expuesto, el Derecho de la Unión acepta que los Estados no puedan recuperar ciertas ayudas porque así lo impidan ciertos principios comunes a ambos ordenamientos. Ahora bien, eso no significa que los gastos deban ser soportados por la Comunidad. Como recordó el Abogado General VERLOREN VAN THEMAAT en sus Conclusiones a la STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkon-*

tor, as. ac. 205 a 215/82, “si la acción de reclamación de una ayuda injustamente concedida y financiada por la Comunidad queda excluida en virtud de la aplicación de principios generales del Derecho, ello tampoco puede implicar automáticamente que el FEOGA esté, no obstante, obligado a financiarla. Por el contrario (...) el Tribunal de Justicia [ha afirmado] que, en caso de que se produzca una distorsión de la competencia entre los Estados miembros como consecuencia de una diferencia en la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, dicha distorsión no puede ser financiada por el FEOGA, sino que, en todo caso, debe quedar a cargo del Estado miembro interesado (...) este principio debe aplicarse *a fortiori* cuando las autoridades nacionales implicadas hayan incurrido en falta grave o en negligencia a la hora de aplicar el Derecho comunitario (...). No obstante, las normas aplicables a la liquidación de las cuentas entre la Comunidad y los Estados miembros no deben, en cuanto tales, tener incidencia alguna sobre la aplicación de principios generales del Derecho dentro de los Estados afectados por la reclamación de ayudas injustamente concedidas como consecuencia de una negligencia. Por consiguiente, los Estados miembros no siempre tienen la posibilidad de evitar tanto el Escila de la violación de los propios principios generales del Derecho como el Caribdis de la no aceptación por la Comunidad de su cálculo de los gastos financiados por el FEOGA”.

El propio TJCE ha tenido ocasión de confirmarlo, vinculando esta solución a la obligación de tener en consideración el interés de la Unión. En efecto, desde *Deutsche Milchkontor* se señala como criterio para aceptar que un Estado miembro no recupere una ayuda de la Unión indebidamente pagada, junto a la concurrencia de buena fe y de alguno de los principios vinculados a la seguridad jurídica, la obligación de tomar plenamente en consideración el interés de la Unión. En este sentido se expresa también la STJCE de 21 de junio de 2007, *ROM-projecten*, as. C-158/06, antes expuesta, que aceptó que las autoridades neerlandesas no recuperasen una ayuda pagada con fondos de la Unión, a pesar del incumplimiento de uno de los requisitos por parte del beneficiario, por aplicación del principio de seguridad jurídica al no haber comunicado aquellas a este dicho requisito. Ahora bien, la sentencia señala que “procede recordar (...) que cuando el principio de seguridad se opone a que el beneficiario de una ayuda financiera comunitario sea obligado a devolverla, debe tenerse en cuenta, sin embargo, el interés de la Comunidad en la recuperación de dicha ayuda”, ap. 32. De lo que deduce que “en una situación como la descrita en el asunto principal, en el que la no devolución de la ayuda por parte del beneficiario se debe a una negligencia de las autoridades nacionales, del principio de cooperación enunciado en el artículo 10 CE se desprende que el Estado miembro afectado puede ser considerado responsable de las cantidades no recuperadas para dar efectividad al derecho de la Comunidad a obtener la devolución del importe de la ayuda”, ap. 33.

No se olvide que la imposibilidad del Estado de recuperar los importes así abonados se deriva de unos principios generales que son comunes a los ordenamientos nacionales y al ordenamiento de la Unión. Es decir, si no existieran en el ordenamiento nacional, estos principios impedirían la recuperación de todas formas, porque así lo exigiría el ordenamiento de la Unión: “en lo que se refiere al principio de confianza legítima (...) las exigencias derivadas de la protección de los derechos y de los principios fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, vinculan asimismo a los Estados miembros cuando aplican normativas comunitarias”, STJCE de 9 de octubre de 2001, *Flemmer*, as. ac. C-80 a 82/99, ap. 59. No se olvide, además, que el principio de autonomía tiene como primer límite que “el Derecho comunitario, *incluidos sus principios generales*, no contenga reglas comunes a este respecto”, STJCE de 21 de septiembre de 1983, *Deutsche Milchkontor*, as. ac. 205 a 215/82, ap. 17. En el mismo sentido, STJCE de 19 de mayo de 1998, *Jensen*, as. C-132/95, ap. 48, STJCE de 9 de octubre de 2001, *Flemmer*, as. ac. C-80 a 82/99, ap. 55. En consecuencia, el Estado miembro no puede no aplicarlos.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM, Valérie, “Les droits à paiement, une création juridique innovante de la réforme de la Politique agricole commune”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, nº 475 (febrero 2004), pp. 96-105.

ADAM, Valérie, y Daniel BIANCHI, “La PAC à l’heure du découplage. Une «dernière» réforme du soutien à l’agriculture européenne”, *Revue du Marché commun et de l’Union européenne*, nº 475 (febrero 2004), pp. 89-90.

AGUDO ZAMORA, Miguel, (coord.), *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007.

ALBI, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, “Criterios constitucionales sobre la subvención pública”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 21 (1984), pp. 205-208.

ALENZA GARCÍA, José Francisco, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de subvenciones agrícolas. En particular, el régimen competencial de las ayudas procedentes del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 24 (julio-diciembre 1997), pp. 191-217.

ALESSI, voz “Banditi e riserve”, en *Enciclopedia di Diritto*, vol. V.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *El juez español y el Derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ALONSO OLEA, Manuel, “De nuevo sobre la revocación de los actos administrativos (ahora sobre los actos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social)”, en *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Prof. Jesús González Pérez*, tomo I, Civitas, Madrid, 1993, pp. 587-597.

ALONSO OLEA, Manuel (dir.), *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. VII, 1989, Civitas, Madrid, 1990.

ARELLANO PARDO, Pablo, “Título II. Del reintegro de subvenciones”, en Jesús DEL BARCO FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 299-380.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier, *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, Oñati, 1998.

AUVRET, Patrick, “La notion de droit acquis en Droit administratif français”, *Revue de droit public*, nº 1, 1985 (janvier-février), pp. 53-101.

AYMERICH CANO, Carlos I., *Ayudas públicas y Estado autonómico*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1994.

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, “Sobre el concepto de fomento”, *RAP*, nº 54 (1967), pp. 43-86.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; PÉREZ MANZANO, Mercedes y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª ed., Madrid, 1993.

BALLBÉ, Manuel, *Sistemática del Derecho administrativo*, Barcelona, 1947.

BÁSCONES RAMOS, Juan Miguel, “Régimen jurídico de los Fondos Estructurales de la Unión Europea para el periodo 2007-2013. Principales novedades e incidencia del nuevo reglamento de la Ley General de Subvenciones”, *Revista Española de Control Externo*, vol. VIII, nº 24 (septiembre 2006), pp. 81-134.

BIANCHI, Daniel, “La conditionnalité des paiements directs ou de la responsabilité de l'agriculteur bénéficiant des paiements directs dans le cadre de la Politique agricole commune (PAC)”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 475 (febrero 2004), pp. 91-95.

BLASCO LAHOZ, José Francisco, *El régimen de clases pasivas del Estado*, Bomarzo, Albacete, 2006.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

- *La teoría del acto administrativo*, Iustel, 2005.

BUENO ARMIGO, Antonio, “La recuperación de las ayudas de Estado incompatibles con el Derecho europeo de la competencia: nuevas soluciones en la reciente Ley General de Subvenciones”, en Juan Ignacio FONT GALÁN y Manuel PINO ABAD (coords.), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 303-321.

- *La Organización Mundial del Comercio y la transformación de las políticas agrícolas nacionales*, Analistas Económicos de Andalucía-Fundación Unicaja, Málaga, 2007.

BUENO MALUENDA, Cristina, “El control financiero de subvenciones”, Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 133-156.

BUENO PADILLA, Luis Miguel, “Sudanese report: Dummy managers in charge? Lack of leadership and squandering of opportunities in a torrid climate”, *Agrícola Externa*, nº 233 (may-june 2008), pp. 13-24.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M^a, *Desarrollo rural y gestión sostenible del monte*, Iustel, Madrid, 2005.

CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael, “Nacimiento y evolución del instituto de la caducidad en el Derecho Administrativo”, *RVAP*, nº 55 (septiembre-diciembre 1999), pp. 9-69.

CABREROS DE ANTA, Marcelino, “Los rescriptos”, en Marcelino CABREROS DE ANTA; Arturo ALONSO LOBO y Sabino ALONSO MORÁN, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, T. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963, pp. 215-238.

CABREROS DE ANTA, Marcelino; ALONSO LOBO, Arturo y ALONSO MORÁN, Sabino, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, T. I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1963.

CANO CAMPOS, Tomás, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- “La revocación de las autorizaciones en el ámbito económico por razones de ilegalidad sobrevenida”, en Luis COSCULLUELA MONTANER (coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa-Ibercaja-Civitas, Madrid, 2003, pp. 821-840.

CANTÓN VÁZQUEZ, Rosalía; CARMONA RUIZ, Rafael y GONZÁLEZ POL, Enrique, “La política de subvenciones de las Administraciones públicas”, *Auditoría Pública*, nº 8 (enero 1997), pp. 23-28.

CARBAJO VASCO, Domingo, “Algunas cuestiones relativas al régimen fiscal de las subvenciones”, *Impuestos*, nº 21 (noviembre 2005), pp. 14-55.

CARRETERO PÉREZ, Adolfo, “Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria”, en *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, nº 213, 1991, pp. 419-443.

CASADO OLLERO, Gabriel, *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*, Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981.

CASANA MERINO, Fernando, *La responsabilidad contable: naturaleza jurídica y elementos que la integran*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.

CASSARINO, Sebastiano, “Considerazioni sulla decadenza da rapporti amministrativi”, en *Studi in Onore di Gaetano Zingali*, vol. II, Diritto pubblico, Giuffré, Milán, 1965, pp. 83-118.

CASSESE, Sabino, “Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 3/1991, pp. 769-774.

CASSESE, Sabino, (dir.) *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. III, Giuffré Editore, Milán, 2006.

CHAPUS, René, “Georges Vedel et l’actualité d’une «notion fonctionnelle» d’une bonne administration de la justice”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique à France et à l’étranger*, nº 1, 2003, pp. 3-18.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente, “Los impuestos con fines no fiscales: notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”, *REDF*, nº 40 (octubre-diciembre 1983), pp. 505-516.

CHITI, Mario P., “Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma”, en *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb, Bolonia, 2003, pp. 15-45.

- “Diritto Amministrativo Europeo”, en Sabino CASSESE (dir.) *Dizionario di Diritto Pubblico*, vol. III, Giuffré Editore, Milán, 2006, pp. 1.939-1.944.

- *Derecho Administrativo Europeo*, traducción de la primera edición por Luis ORTEGA, Civitas, Madrid, 2002.

CHITI, Mario P., y GRECO, Guido (dirs.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, T. I, 2ª ed., Giuffré Editore, Milano, 2007.

CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “La manifiesta ilegalidad de los actos administrativos”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 102 (noviembre-diciembre 1958), pp. 832-845.

COBO DEL ROSAL, Manuel, (dir.), *Compendio de Derecho penal español (parte especial)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

COLLADO BENEYTO, Javier, *Comentario a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

COMISIÓN DE LA COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Preparándose para el «chequeo» de la reforma de la PAC*, Bruselas, 20.11.2007, COM (2007) 722 final.

CORRAL GUERRERO, Luis, “Las funciones contables de la Intervención General de la Administración del Estado”, *REDF*, nº 5 (enero-marzo 1975).

COSCULLUELA MONTANER, Luis M., “La determinación constitucional de las competencias de las comunidades autónomas”, *RAP*, nº 89 (mayo-agosto 1979), pp. 7-60.

- “El sistema de autonomías en el contexto de la Unión Europea”, en José Manuel DE BERNARDO y Santiago MUÑOZ MACHADO (dirs.), *El Estado-nación en dos encrucijadas históricas*, Iustel, 2006, pp. 371-389.

- *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 20ª ed., 2009.

COSCULLUELA MONTANER, Luis M., y LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 3ª ed., 2009.

COSCULLUELA MONTANER, Luis M. (coord.), *Estudios de Derecho público económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Endesa, Ibercaja, Civitas, Madrid, 2003.

CUADRADO ZULOAGA, Daniel, “Reintegro de subvenciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 2 (enero 2009), pp. 211-223.

DASTIS, Alfonso, “La Administración española ante la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 90, octubre-diciembre 1995, pp. 323-349.

DE BERNARDO, José Manuel, y MUÑOZ MACHADO, Santiago (dirs.), *El Estado-nación en dos encrucijadas históricas*, Iustel, 2006.

DE LA CASA QUESADA, S. y HERMOSILLA, MOLINA O., “La renta activa de inserción: una cierta incursión estatal en el ámbito de las políticas de inserción. Comentario al Real Decreto 781/2001, de 6 de julio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 224/2001.

DE MENDIZÁBAL, Teresa, “Retirada improcedente de subvención por incumplimiento de requisitos de concesión”, *Actualidad Administrativa*, nº 22 diciembre de 2007, pp. 2.703-2.710.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles, “La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen”, en *RAP*, nº 159 (septiembre-diciembre 2002), pp. 401-416.

DE QUADROS, Fausto, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004.

DE ROVIRA MOLA, Alberto, “Los llamados «arbitrios con fines no fiscales»”, *Revista de Estudios de la Vida Local*, nº 99 (mayo-junio 1958), pp. 364-392.

DE TORRES HUERTAS, Rafael, “El sostenimiento de sindicatos representativos de empleados públicos mediante subvenciones: ¿criando cuervos?”, *Boletín de Recursos Humanos*, nº 15 (2008), pp. 36-49.

DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, Jesús, “Título Preliminar. Disposiciones generales”, en Jesús DEL BARCO FERNÁNDEZ MOLINA et al., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 33-180.

DEL BARCO FERNÁNDEZ MOLINA, Jesús, et al., *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

DÍAZ LEMA, José Manuel, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985.

- “Concepto de subvención y ámbito de aplicación de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre”, *Justicia Administrativa*, nº 27 (abril 2005), pp. 5-34.

DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, Tecnos, 8ª ed., 1992.

D'OCÓN, Joaquín, “La actividad administrativa de fomento en el ámbito local: las técnicas subvencionales y el principio de legalidad tributaria”, *Revista de Hacienda Local*, nº 89 (mayo-agosto 2000), pp. 305-329.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Apuntes de Derecho Administrativo*, curso 1958-1959.

ERICE ECHEGARAY, María Asunción, “Reflexiones acerca del carácter discrecional de las subvenciones públicas: la importancia del reglamento del procedimiento para su concesión (Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre)”, *Revista jurídica de Navarra*, nº 18 (1994), pp. 181-194.

ESTEVE PARDO, José, “La protección de la ignorancia. Exclusión de la responsabilidad por los riesgos desconocidos”, *RAP*, nº 161 (mayo-agosto 2003), pp. 53-82.

ESTOA PÉREZ, Abel, *El control de las ayudas de Estado*, Iustel, Madrid, 2006.

FALCÓN Y TELLA, Ramón, “Prescripción de tributos y sanciones”, *Revista española de Derecho Financiero*, nº 98 (1998), pp. 189-212.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana, “La colaboración económica del Estado con las confesiones religiosas”, *RAP*, nº 108 (septiembre-diciembre 1985), pp. 365-404.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Potestad tarifaria y equilibrio económico-financiero en las concesiones de servicios de las Corporaciones locales. (A propósito de una reciente jurisprudencia)”, *RAP*, nº 87 (1978), pp. 373-395.

- “El control por la Comunidad Económica Europea de las subvenciones y ayudas estatales”, *Presupuesto y gasto público*, nº 12 (1982), pp. 75-93.

- “El control de las subvenciones a los particulares por el Tribunal de Cuentas”, en AAVV, *El Tribunal de Cuentas en España, vol. I*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, pp. 507-534.

- *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- “Problemática del control de las subvenciones por el Tribunal de Cuentas”, en *Seminarios 1984*, Asociación de censores letrados y contables y Servicio de estudios del Tribunal, Madrid, 1985, pp. 1-22.
- “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español”, *RAP*, nº 113 (mayo-agosto 1987), pp. 39-75.
- “El Derecho comunitario y el régimen de las ayudas financieras nacionales a la actividad económica”, en Fernando M. MARIÑO MENÉNDEZ (dir.), *Derecho español y Derecho comunitario europeo. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1987, pp. 377-388.
- *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad europea*, Cuadernos de Estudios Europeos, nº 9, Civitas, Madrid, 1993.
- “La actividad administrativa de fomento. Los incentivos económicos. Estudio especial de las subvenciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES; Antonio JIMÉNEZ-BLANCO y Tomás QUINTANA LÓPEZ, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Carperi, Madrid, 1995, pp. 86-108.
- “La actividad de fomento en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (Régimen jurídico de las subvenciones y de la acción concertada)”, *RAP*, nº 139 (enero-abril 1996), pp. 309-323.
- *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Iustel, Madrid, 2005.
- “La aplicabilidad de la Ley General de Subvenciones a las entidades locales y, en particular, a las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias de cooperación económica a los municipios”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 5 (junio 2005), pp. 7-33.
- “Capítulo I. El concepto de subvención y los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 29-63.
- “Las entidades locales ante la actividad de fomento mediante subvenciones de las Comunidades Autónomas”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 21 (octubre 2009), pp. 28-39.

FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), Germán, *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y QUINTANA LÓPEZ, Tomás, *Derecho Administrativo. Parte especial*, Carperi, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón, “Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario”, en *Revista de Administración Pública*, nº 125, mayo-agosto 1991, pp. 281-316.

- *La Política Agraria Común. Régimen jurídico de la agricultura europea y española*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000.

- “La recuperación de las ayudas de Estado, una exigencia de difícil cumplimiento”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Sebastián Martín-Retortillo*, coord. Luis Cosculluela Montaner, Civitas, Madrid, 2003, pp. 779-794.

FIGUEIRA LOURO, Miguel, “Las subvenciones y los planes de inversiones”, *REVL*, n° 123 (mayo-junio 1962), pp. 371-376.

FIORITTO, Alfredo, “La Administración de la agricultura en Italia y la PAC”, *Derecho Agrario y Alimentario*, n° 18 (enero-marzo 1992), pp. 34-37.

- “Agricultura”, en Mario P. CHITI y Guido GRECO (dirs.), *Trattato di Diritto Amministrativo Europeo*, T. I, 2ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2007, pp. 25-64.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, y PINO ABAD, Manuel (coords.), *Estudios de Derecho de la Competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

FRANCHINI, Claudio, “L’impatto dell’integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell’amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 3/1991, pp. 775-782.

- “I principi dell’organizzazione amministrativa comunitaria”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 3/2002, pp. 651-682.

GALERA RODRIGO, Susana, *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998.

- “Sobre los documentos COM y su función en la concreción de un modelo europeo de urbanismo sostenible”, ponencia presentada al III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 8 y 9 de marzo de 2008.

GALETTA, Diana-Urania, Recensión al libro de Lorenzo SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milán, 2007, publicada en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2008, pp. 883-886.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración”, *Libro homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1980, pp. 191-260.

- “Prólogo” en José Manuel DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales-Instituto de Crédito Oficial, Madrid, 1985.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel y otros, *Lecciones de Derecho Administrativo II. Acto y procedimiento*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, *La actividad subvencional en el sector público español. Revocación, régimen sancionador y control*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, 2001.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario, y PALOMAR OLMEDA, Alberto (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo, “Infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones”, en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 159-198.

GARCÍA AZCÁRATE, Tomás, “La reforma de la PAC vista desde Bruselas: de la importancia de la teoría de la bicicleta o el que avisa no es traidor”, *Noticias de la Unión europea*, nº 275 (diciembre 2007), pp. 11-16.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, *RAP*, nº 2, 1950, pp. 83-108.

- “El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera”, *RAP*, nº 17 (mayo-agosto 1958), pp. 269-293.

- “El problema jurídico de las sanciones administrativas”, *REDA*, nº 10 (1976), pp. 399-430.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (11ª ed.) y *II* (8ª ed.), Madrid, 2002.

GARCÍA GARCÍA, María Jesús, “La nueva regulación jurídica de las subvenciones públicas, comentario a la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, de subvenciones públicas”, en *Actualidad Administrativa*, nº 21 (diciembre) 2004, pp. 2.549-2.564.

GARCÍA LUENGO, Javier, *El reintegro de subvenciones*, Civitas, Madrid, 2010.

GARCÍA OVIEDO, Carlos, y MARTÍNEZ USEROS, Enrique, *Derecho Administrativo*, 8ª ed., EISA, Madrid, 1962.

GARCÍA RUBIO, Fernando, “Procedimiento de subvenciones”, *Actualidad Administrativa*, nº 9 (mayo 2004), pp. 1.118-1.124.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, “Caducidad de concesiones hidráulicas”, *RAP*, nº 16 (enero-abril 1955), pp. 261-271.

- *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1968.

- *Los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1991.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, “Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos”, *REDA*, nº 91 (julio-septiembre 1996), pp. 415-436.

GARCÍA URETA, Agustín, *Procedimiento administrativo y derecho comunitario. Silencio, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, IVAP, 1998.

- “Aspectos sobre la fuerza mayor y el Derecho comunitario”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 19 (diciembre 2001), pp. 101-143.

GARRIDO FALLA, Fernando, “Transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa”, *RAP*, nº 11 (mayo-agosto 1953), pp. 11-32.

- “Efectos económicos de la caducidad de las concesiones de los servicios”, en *RAP*, nº 45 (septiembre-diciembre 1964), pp. 231-242.

- “La idea de fomento en el profesor JORDANA DE POZAS”, en *Maestros complutenses de Derech.*, Luis JORDANA DE POZAS, *creador de ciencia administrativa*, Universidad Complutense, Madrid, 2000, pp. 417-421.

GIANNINI, Massimo Severo, “Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 4/2003, pp. 979-988.

GIL IBÁÑEZ, Alberto, *El control y la ejecución del Derecho comunitario: el papel de las administraciones nacionales y europea*, INAP, Madrid, 1998.

GIL IBÁÑEZ, José Luis, “El régimen de las becas y ayudas al estudio”, en *Aspectos administrativos del Derecho a la educación. Especial consideración de las Universidades públicas*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 221-257.

GIMENO FELIÚ, José María, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad de las medidas de fomento del desarrollo económico (Ayudas y subvenciones)”, *RAP*, nº 137 (mayo-agosto 1995), pp. 147-187.

GOMÁ LANZÓN, Javier, “Nuevo procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos: el art. 93 del Tratado CEE”, en *REDA*, nº 83 (1994), pp. 411-423.

GÓMEZ BARAHONA, Alberto, “La legislación sobre incentivos económicos regionales”, *REALA*, nº 255-256 (julio-diciembre 1992), pp. 777-811.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia”, *REDA*, nº 14 (julio-septiembre 1977), pp. 387-400.

GÓMEZ RIVERO, Carmen, y NIETO MARTÍN, Adán, “El delito de fraude de subvenciones ante la Ley General de Subvenciones”, en *REDF*, nº 123 (julio-septiembre 2004), pp. 603-646.

GONZÁLEZ BERENGUER, “La ineficacia de los actos administrativos declaratorios de derechos”, *REVL*, nº 157, 1968.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos”, en *REVL*, nº 211 (julio-septiembre 1981), pp. 409-454.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, *RAP*, nº 1 (enero-abril 1950), pp. 149-161.

- “El método en el Derecho administrativo”, *RAP*, nº 22 (1957), pp. 11-98.

- “La extinción de la autorización de farmacia”, *RAP*, nº 37 (enero-abril 1962), pp. 143-153.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, *El contratista de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- GUAITA, Aurelio, “La Administración de fomento”, revista *Las Ciencias*, 1959.
- “Introducción al Derecho Administrativo Especial”, en AA.VV. *Estudios en Homenaje a Jordana de Pozas*, Tomo III, vol. 2º, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pp. 263-279.
- *Nueva bibliografía española de Derecho administrativo*, Escuela Nacional de Administración pública, Madrid, 1969.
- HARDING, Christopher, *European Community investigations and sanctions. The supranational control of business delinquency*, Leicester University Press, Leicester, 1993.
- HERRÁIZ SERRANO, Olga, “Régimen jurídico de los productos lácteos en la Unión Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 9, 1996, pp. 149-196.
- HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “Marco general de las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el nuevo Estatuto de autonomía”, en Miguel AGUDO ZAMORA (coord.), *El Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2007, pp. 199-223.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, y REBOLLO PUIG, Manuel, “El régimen de infracciones y sanciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 597-702.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, “La legislación sobre reconversión y reindustrialización”, *REDA*, nº 47 (julio-septiembre 1985), pp. 355-375.
- “El condicionamiento de las licencias”, *Poder Judicial*, nº 1, marzo 1986, pp. 117-122.
- JORDANA DE POZAS, Luis, *La Administración consultiva de Fomento*, Zaragoza, 1917.
- *Estudios de Administración local y general*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1961.
- “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 48, 1949, pp. 41-54.
- LABANDEIRA, Eduardo, *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Eunsa, Navarra, 1992.

LAFUENTE BENACHES, Mercedes, *La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1988.

- “La declaración de caducidad en las concesiones de dominio público marítimo-terrestre”, *REDA*, nº 63 (julio-septiembre 1989), pp. 395-409.
- “Régimen jurídico de las subvenciones estatales en la Ley de Presupuestos 31/1990, de 27 de diciembre”, *RVAP*, nº 30/1991, pp. 239-247.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, *La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas: las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991.

LASAGABASTER, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994.

LAMO DE ESPINOSA, Jaime, “Transformación y modernización de la agricultura española: 1978-2003”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº 2 y 3 (2004), pp. 3-29.

LE ROY, Anne, “La production agricole ne se limite plus á ce que l'on croit... Mieux comprendre la production agricole pour mieux l'accompagner”, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 518 (mayo 2008), pp. 313-319.

LEGUINA VILLA, Jesús, en “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 19 (enero-junio 1995), pp. 9-14.

LEGUINA VILLA, Jesús, y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Acción administrativa y desarrollo rural*, Tecnos, Madrid, 1994.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1993.

- “Agricultura. Régimen general”, en AAVV, *El Estado de las Autonomías*, vol. I., ed. Ceura-BCH-Consejo Económico y Social de Madrid, Madrid, 1996.
- “El desarrollo de las competencias autonómicas de Andalucía en materia de agricultura”, *Veinte años vigencia del Estatuto de Autonomía de Andalucía. Desarrollo de las competencias autonómicas*, RAAAP, nº extraordinario, vol. II, pp. 431-472.
- “Colaboración administrativa e iniciativa social (algunas manifestaciones de este problema en el campo de la agricultura)”, en FRANCISCO SOSA WAGNER (COORD.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 1.581-1.604.
- *Regulación jurídico-administrativa del sector oleícola*, Fundación Unicaja, Málaga, 2006.

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, y COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Derecho público económico*, Iustel, Madrid, 3ª ed., 2009.

LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *RAP*, nº 129 (septiembre-diciembre 1992), pp. 19-77.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *REALA*, nº 243 (julio-septiembre 1989), pp. 563-610.

- “Agricultura”, en Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (dir.), *Derecho Administrativo Económico*, Tomo II, La Ley, Madrid, 1991, pp. 279-404.
- “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, *RAP*, nº 165 (septiembre-diciembre 2004), pp. 29-52.
- “Ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones”, en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones. (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 17-38.

LÓPEZ RAMÓN Fernando (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones. (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MALARET I GARCÍA, Elisenda, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991.

MARCOU, Gérard, “L’information du citoyen et les aides publiques à la presse. À propos de la réforme du régime fiscal de la presse”, *Revue du Droit Public*, 1978, pp. 1.273-1.349.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., (dir.), *Derecho español y Derecho comunitario europeo. Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1987.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho público de la economía*, CEURA, Madrid, 1985.

- “La promoción de la investigación y el desarrollo”, *REDA*, nº 27 (octubre-diciembre 1980), pp. 545-552.
- “La cláusula de precario en las concesiones de dominio público”, *RAP*, nº 56 (mayo-agosto 1968), pp. 93-121.

MARTÍN MATEO, Ramón, y SOSA WAGNER, Francisco, *Derecho Administrativo económico. El Estado y la empresa*, Pirámide, Madrid, 2ª ed., 1977.

MARTÍN REBOLLO, Luis (COORD.), *El futuro de las autonomías territoriales: Comunidades Autónomas, balance y perspectivas*, 1991.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, “La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de *Daseinsvorsorge*”, *RAP*, nº 38 (mayo-agosto 1962), pp. 35-65.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, *Derecho Administrativo económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1988.

- *Derecho Administrativo económico*, Tomo II, La Ley, Madrid, 1991.
- *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MARTÍN SAMPEDRO, José M^a, “Los arbitrios municipales con fines no fiscales”, *Revista de Economía y Hacienda local*, n^o 8 (mayo-agosto 1973), pp. 439-455.

MARTÍNEZ DE ARAGÓN CARRERA, Javier, “El Tribunal de Cuentas Europeo y los fondos estructurales”, *Auditoría Pública*, n^o 11 (octubre 1997), pp. 12-17.

MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso, *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso, y NAVARRO FAURE, Amparo (coords.), *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, “Las administraciones públicas españolas ante la agricultura y la industria agroalimentaria: Administración del Estado, Administración Autonómica y Administración Local”, *Derecho Agrario y Alimentario*, n^o 9-10 (julio-diciembre 1987), pp. 17-25.

- “Subvenciones e igualdad. STS 3^a, 28 mayo 1985, y STC 2^a, 39/1989, 16 de febrero”, *REDA*, n^o 65 (enero-marzo 1990), pp. 119-129.

- “La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública”, *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 751-768.

MARTÍNEZ USEROS, Enrique, y GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Derecho Administrativo*, 8^a ed., EISA, Madrid, 1962.

MASSERA, Alberto, “Il ruolo della Amministrazione alla luce dell’Atto unico europeo”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n^o 3/1991, pp. 783-795.

MASSOT I MARTÍ, Albert, “La aplicación de la nueva política de estructuras agrarias comunitarias en Cataluña”, *Aunomies*, n^o 6 (mayo 1987), pp. 29-49.

- “Hacia un nuevo modelo de aplicación de la política de precios y mercados agrarios en el Estado de las autonomías”, *Agricultura y Sociedad*, n^o 83 (mayo-agosto 1997), pp. 45-74.

MATTARELLA, Bernardo Giorgio, “Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n^o 4/2006, pp. 909-928.

MEDINA GUIJARRO, Javier, “El reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, *Auditoría Pública*, n^o 11, octubre 1997, pp. 32-34.

- “Competencias y procedimientos para el reintegro de subvenciones y ayudas públicas”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 1, n^o 1 (enero de 1999), pp. 143-161.

MEILÁN GIL, José Luis, “El estudio de la Administración económica”, *RAP*, n^o 50 (mayo-agosto 1966), pp. 51-81.

- “Delimitación conceptual del error material y de cuenta”, *RAP*, n^o 55 (enero-abril 1968), pp. 151-188.

- MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, “La codificación del procedimiento administrativo en la Unión administrativa europea”, en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 51-85.
- MIRAS, Jorge; CANOSA, Javier y BAURA, Eduardo, *Compendio de Derecho Administrativo Canónico*, Eunsa, Navarra, 2005.
- MONEREO LÓPEZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 1999.
- MONTORO CHINER, M^a Jesús, “La revocación de los actos administrativos en la Ley 30/1992”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, n^o 17 (enero-marzo 1994), pp. 11-30.
- MORA BUENO, Salvador, “Los sujetos de la relación jurídica subvencional. Beneficiarios y entidades colaboradoras: régimen singular de las asignaciones a grupos políticos y de las subvenciones a las asociaciones de vecinos”, *Cuadernos de Derecho Local*, n^o 6, octubre 2004, pp. 120-130.
- MORELL OCAÑA, Luis, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Aranzadi, Elcano, 3^a ed., 1998.
- MORENO MOLINA, Ángel Manuel, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- MORENO REBATO, Mar, “La protección de la tercera edad”, *Documentación administrativa*, n^o 271-272 (enero-agosto 2005), pp. 271-290.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español (parte especial)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 541-561.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 18^a ed., 2010.
- MUÑOZ DE JUAN, Enrique, “Las ayudas y subvenciones en el Derecho Comunitario”, *Auditoría Pública*, n^o 13 y 14, junio de 1998, pp. 72-77.
- MUÑOZ LÓPEZ-CARMONA, Rafael, en “Prólogo” a José PASCUAL GARCÍA, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, BOE, Madrid, 4^a edición, 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agricultura”, *Agricultura y Sociedad*, nº 21 (1981), pp. 265-332.

- “La ordenación de las relaciones del Estado y las Comunidades Autónomas con la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15 (mayo-agosto 1985), pp. 9-76.
- *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1985.
- *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.
- “El impacto de la adhesión a la Comunidad Europea sobre la organización del Estado”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 12, 1986, pp. 79-84.
- “El Derecho de la Comunidad Económica Europea: estructura y relaciones con el Derecho español”, *Documentación laboral*, nº 18, 1986, pp. 9-30.
- “La aplicación y el desarrollo del Derecho comunitario europeo por las Comunidades Autónomas”, en Luis MARTÍN REBOLLO (COORD.), *El futuro de las autonomías territoriales: Comunidades Autónomas, balance y perspectivas*, 1991, pp. 79-91.
- “La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 7 (1991), pp. 9-38.
- “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *REDA*, nº 75 (julio-septiembre 1992), pp. 329-358.
- *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.
- *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Iustel, Madrid, 2007.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento*, Iustel, Madrid, 2ª ed., 2006.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. II. El ordenamiento jurídico*, Iustel, Madrid, 2ª ed., 2007.
- *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general. Vol. III. La organización territorial del Estado: las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, y DE BERNARDO, José Manuel (dirs.), *El Estado-nación en dos encrucijadas históricas*, Iustel, Madrid, 2006.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, y REBOLLO PUIG, Manuel (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

MURILLO CERRATO, Agustín, “Distinción entre «justificación» y «cuenta justificativa» de las subvenciones recibidas por las entidades locales”, *Revista de Hacienda Local*, nº 90 (septiembre-diciembre 2000), pp. 861-878.

NAVARRO DEL CACHO, Carlos, "Sobre la indemnizabilidad de la revocación de las autorizaciones de funcionamiento. El caso de las carteleras de Zaragoza (STSJ Aragón, 296/1993, de 3 de julio)", *Revista aragonesa de Administración pública*, nº 3 (diciembre 1993), pp. 299-310.

NAVARRO FAURE, Amparo, y MARTÍNEZ GINER, Luis Alfonso (coords.), *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NAZ, R., voz "Rescrit", en R. NAZ (dir.) *Dictionnaire de Droit Canonique*, T. VII, Letouzay et Ané, París, 1965, pp. 607-635.

NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 2002.

NIEVES BORREGO, Julio, "Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención", *RAP*, nº 42 (septiembre-diciembre 1963), pp. 17-120.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David, "Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea", *Cuadernos de Derecho local*, nº 7 (febrero 2005), pp. 115-141.

- "La concesión y el control de las subvenciones en la Unión Europea: la gestión por la Comisión Europea y por las autoridades españolas (la experiencia española)", *Revista Española de Control Externo*, vol. VI, nº 17 (mayo 2004), pp. 163-196.

- "La gestión y el control de los fondos estructurales europeos en España. «Guía para juristas»", *Revista del Poder Judicial*, nº 63 (III-2001), pp. 11-70.

PALACIO Y DE MONTEMAYOR, Gloria, "Las subvenciones y ayudas públicas en la Comunidad Autónoma de Aragón", *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 8 (junio 1996), pp. 353-396.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, y GARCÉS SANAGUSTÍN, Mario (coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, *Apuntes de Derecho Administrativo 2º*, Tomo II, de la Cátedra del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Facultad de Derecho, Madrid, 1971-1972.

- *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, 14ª ed., Madrid, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "Prólogo" a Ángel Manuel MORENO MOLINA, *La ejecución administrativa del Derecho comunitario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio y ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Manual de Derecho Administrativo I*, Ariel, Barcelona, 1994.

PAREJO GÁMIR, Roberto, y MARTÍNEZ GEREZ, José Luis, "A la búsqueda de nuevas técnicas: obrepción y subrepción", *RAP*, nº 49 (enero-abril 1966), pp. 323-343.

PASCUAL ECHALECU, José Carlos, y PASCUAL GARCÍA, José, *Las ayudas de la Unión Europea. Perspectivas financieras 2007-2013*, 2ª ed., BOE, Madrid, 2008.

PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, BOE, Madrid, 4ª edición, 2004.

- *Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control*, BOE, Madrid, 1999.

- *Las subvenciones públicas*, BOE, Madrid, 2007.

PELLISÉ PRATS, Buenaventura, voz “Fomento”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo X.

PINIELLA I SORLI, Joan-Sebastià, “La subvención pública: doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 (1992), pp. 643-671.

POMED SÁNCHEZ, Luis, “La distribución de competencias sobre agricultura en el marco de la Unión Europea”, *RAJ*, nº 148 (enero-abril 1999), pp. 133-174.

- “Capítulo II. Los ámbitos territorial y temporal de aplicación de la Ley”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 65-129.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás, “¿Una futura ley de ordenación de la agricultura y el desarrollo rural? La cuestión competencial”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 38 (enero-junio 2001), pp. 20-24.

REBOLLO PUIG, Manuel, “La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad”, *RVAP*, nº 54 (1999), pp. 247-282.

- “Derecho de la Administración pública y Derecho Administrativo”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, pp. 243-286.

- “Monisme ou dualisme du droit de l’administration et unité ou dualité de juridiction en matière administrative”, *Revue Européenne de Droit Public-European Review of Public Law*, vol. 12, nº 2, 2000, pp. 427-460.

- “El contenido de las sanciones”, *Justicia Administrativa*, nº extraordinario 1/2001, pp. 151-206.

- “Capítulo X. El reintegro de subvenciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 407-527.

- “Comentario al art. 84”, en Manuel REBOLLO PUIG (dir.), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 2.153-2.255.

REBOLLO PUIG, Manuel, y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, “El régimen de infracciones y sanciones”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 597-702.

REBOLLO PUIG, Manuel, y MUÑOZ MACHADO, Santiago (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

REQUERO IBÁÑEZ, Luis, “El régimen jurídico de las subvenciones locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 0 (octubre 2002), pp. 44-58.

- “Nota sobre la nueva Ley General de Subvenciones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 5 (junio 2004), pp. 34-49.

RIVAS ANDRÉS, José, y GUTIÉRREZ GISBERT, Juan, “Un comentario crítico al Reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado, Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 209, septiembre/octubre 2000, pp. 40-58.

RIVAS CARRERAS, Víctor Rafael, “La *reformatio in peius* administrativa en la jurisprudencia”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3, 1991, pp. 89-102.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *La caducidad en el Derecho Administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1993.

- “Reflexiones sobre la caducidad en el Derecho público”, en *Revista Aragonesa de Administración pública*, nº 5 (diciembre 1994), pp. 341-355.

RODRÍGUEZ CUIEL, José Wenceslao, “Al fin, se aprueba un reglamento de procedimiento sobre ayudas de Estado (aplicación del artículo 93 del Tratado CE)”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 201, 1999, pp. 51-58.

- “Principios generales del derecho y recuperación de ayudas de estado ilegales. En especial, la confianza legítima”, en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 209 (septiembre-octubre 2000), pp. 32-39.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 200 (abril-mayo 1999), pp. 11-25.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, José Antonio, “Algunas precisiones de la jurisprudencia sobre la prescripción de las ayudas estatales: a propósito del Caso *Scout*”, *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión europea*, nº 226, 2003, pp. 60-70.

RODRÍGUEZ MORO, Nemesio, “Los arbitrios con fines no fiscales en el Decreto de 25 de enero de 1946”, *REVL*, nº 27 (1946).

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, Manuel Ángel, “Competencias sobre agricultura, ganadería, pesca, acuicultura y marisqueo (Comentario al art 48)”, en Manuel REBOLLO PUIG y Santiago MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 423-444.

- *Tasa láctea y ayudas comunitarias a la ganadería*, Fundación Unicaja, Málaga, 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Defraudación y malversación de subvenciones”, en *Auditoría Pública*, nº 11, octubre 1997, pp. 28-31.

ROMERO BURILLO, Ana M^a y MORENO GENÉ, Josep, *El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción. (A propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Cuadernos de Aranzadi Social, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

RUFFERT, Matthias, “De la europeización del Derecho Administrativo a la unión administrativa europea”, en FRANCISCO VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 87-107.

RUSSO, Luigi, “La condizionalità da condizione a fine”, *Rivista di Diritto Agrario*, año LXXXVI, fasc. 2 (abril-junio 2007), pp. 231-245.

SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.

SALA ARQUER, José Manuel, *La revocación de los actos administrativos en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

SALAS HERNÁNDEZ, Javier, “El régimen de acción concertada”, *RAP*, n° 56 (mayo-agosto 1968), pp. 435-484.

SALAS HERNÁNDEZ, Javier, y BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés, “La incidencia organizativa de la integración europea en la Administración española”, *RAP*, n° 125, mayo-agosto 1991, pp. 495-538.

SALTARI, Lorenzo, “La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n° 5/2007, pp. 477-483.

SANDULLI, Maria Alessandra, voz “Decadenza (Diritto Amministrativo)”, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991.

SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, “La reforma del artículo 105.1 LPC y la revocación de los actos administrativos”, *RAP*, n° 151 (enero-abril 2000), pp. 441-464.

SANTANIELLO, Giuseppe, voz “Decadenza (Diritto amministrativo)”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Giuffrè, Milán, 1962, pp. 800-802.

SANZ RUBIALES, Íñigo, “La rectificación de errores materiales, aritméticos y de hecho en la jurisprudencia”, *REDA*, n° 90 (abril-junio 1996), pp. 299-321.

- “Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad”, *RAP*, n° 148 (enero-abril 1999), pp. 359-385.

SARASOLA GORRITI, Silbia, *La concesión de servicios públicos municipales. Estudio especial de las potestades de intervención*, IVAP, Oñati, 2003.

SCHNEIDER, Jens-Peter, “Estructuras de la unión administrativa europea. Observaciones introductorias”, cit., en Francisco VELASCO CABALLERO y Jens-Peter SCHNEIDER (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pp. 25-49.

SCHWARZE, Jürgen, *European administrative law*, Sweet and Maxwell, revisión de la 1ª edición, Londres, 2006.

SERRANI, Donatello, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971.

SESMA SÁNCHEZ, Begoña, *Las subvenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998.

- “El control financiero”, en Germán FERNÁNDEZ FARRERES (dir.), *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 529-595.

SFEZ, Lucien, *Critique de la décision*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1973.

SIERRA ANDRÉS, Javier, “La integración de las demandas de la sociedad en la PAC: la condicionalidad de la PAC”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 275 (diciembre 2007), pp. 35-43.

SINISI, Martina, “La «doverosità» dell’esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari” [comentario a la Sentencia de 28 de septiembre de 2007 del Tribunal Administrativo Regional de Sicilia, sez. II], *Il Foro Amministrativo*, TAR, vol. VI, octubre 2007, nº 10, pp. 3.265-3.277.

- “Il «potere» di revoca”, *Diritto Amministrativo*, nº 3/2007, pp. 625-663.

SOCIÁS CAMACHO, Joana, “Error material, error de hecho y error de derecho. Concepto y mecanismos de corrección”, *RAP*, nº 157 (enero-abril 2002), pp. 157-211.

SOLER ROCH, María Teresa, “Prólogo”, en Luis Alfonso MARTÍNEZ GINER, *El reintegro de subvenciones públicas*, Iustel, Madrid, 2006.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, “La participación de las Comunidades autónomas en el ejercicio del poder exterior y la ejecución autonómica de la legislación comunitaria”, *Autonomies*, nº 10, 1989, pp. 73-88.

SOSA WAGNER, Francisco, (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SOSA WAGNER, Francisco, y MARTÍN MATEO, Ramón, *Derecho Administrativo económico. El Estado y la empresa*, Pirámide, Madrid, 2ª ed., 1977.

TENA PIAZUELO, Vitelio, “El reintegro de subvenciones”, en Fernando LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones. (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 105-129.

- “Parte Quinta. Administración y Economía”, en José BERMEJO VERA (dir.), *Derecho Administrativo. Parte especial*, Civitas, 1994.

TONETTI, Alessandro, voz “Aussili finanziari”, en Sabino CASSESE (dir.) *Dizionario di Diritto Pubblico*, Giuffré, Milán, 2006, pp. 550-559.

TORNOS MAS, Joaquín, “La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía”, *REDA*, nº 21 (abril-junio 1979), pp. 221-239.

- “El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica”, *REDA*, nº 29 (abril-junio 1981), pp. 319-138.

- “Políticas comunitarias y ejecución interna. La política agrícola, el FEOGA orientación y las competencias autonómicas”, en Alberto PÉREZ CALVO (coord.), *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, INAP, Madrid, 1990, pp. 179-192.

- “Ley de bases y legislación de desarrollo. El problema de su articulación por modificación de la Ley de Bases. La cláusula de prevalencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33 (septiembre-diciembre 1991), pp. 29-45.

- “Título competencial del Estado, ámbito de aplicación y entrada en vigor”, en Joaquín TORNOS MAS (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.

- “Capítulo VI. Fomento”, en Joaquín TORNOS MAS (coord.), *Ordenación económica*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 147-171.

TORNOS MAS, Joaquín (coord.), *Administración pública y procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley 30/1992*, Bosch, Barcelona, 1994.

- *Ordenación económica*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

TORTUERO PLAZA, José Luis, “Sentencia 12/1989, de 25 de enero. La intangibilidad de lo reconocido en pensión firme. A propósito de pensión SOVI, con consideraciones sobre la naturaleza de esta”, en Manuel ALONSO OLEA (dir.) *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, vol. VII, 1989, Civitas, Madrid, 1990, pp. 53-59.

TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informes anuales relativos al ejercicio 2007*, aprobados los días 24 y 25 de septiembre de 2008.

- *Informe Especial nº 8/2008. ¿Constituye la condicionalidad una política eficaz?*, aprobado el 6 de noviembre de 2008.

UREÑA SALCEDO, Juan Antonio, “La consideración de algunos créditos y participaciones empresariales de las Cajas de Ahorros como ayudas públicas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 11 (enero-abril 2002), pp. 155-176.

VECIANA BATLLE, Ramón, “El reintegro de prestaciones por desempleo por percepción indebida ante la jurisdicción”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 1994, pp. 171-177.

VELASCO CABALLERO, Francisco, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996.

VELASCO CABALLERO, Francisco, y SCHNEIDER, Jens-Peter (coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

VERA FERNÁNDEZ-SANZ, Alberto, “Las subvenciones otorgadas por las Corporaciones locales”, *REVL*, nº 129 (mayo-junio 1963), pp. 368-386.

VIEIRA JIMÉNEZ-ONTÍVEROS, Emilio, “El derecho a pago único”, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, nº 45 (2005), pp. 89-118.

VILLAR PALASÍ, José Luis, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *RAP*, nº 1 (enero-abril 1950), pp. 79-116.

- “La eficacia de la concesión y la cláusula «sin perjuicio de tercero»”, *RAP*, nº 5 (mayo-agosto 1951), pp. 147-234.

- “Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político”, *RAP*, nº 14 (mayo-agosto 1954), pp. 11-122.

- Voz “Concesiones administrativas”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo IV, Barcelona, 1981, pp. 684-771.

WEIL, P., “Une résurrection: la théorie de l’inexistence en droit administratif”, *Rec. Dalloz*, 1958, Chron.

WEILER, Joseph H. H., *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bolonia, 1985.

