

ANÁLISIS DE LA CONCESIÓN EXCEPCIONAL DE SUBVENCIONES, POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO, SOCIAL, ECONÓMICO Y DIVERSAS. EL TEST DE SINGULARIDAD DE LA MEDIDA

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Doctor en Derecho

Jefe del Departamento de Evaluación y

Análisis de Líneas de Subvención.

Ayuntamiento de Madrid

EXTRACTO

La concesión excepcional de subvenciones constituye una acción claramente marcada o influenciada por pautas de orientación política. Esa influencia es legítima, siempre que se haga dentro de un orden y conforme a unos parámetros concretos que permitan dilucidar si es legítima. En este trabajo se analiza el supuesto de concesión directa, el más complejo de todos los contemplados en la Ley General de Subvenciones, y se trata de aportar un criterio para analizarlo e interpretarlo. También se proponen unas pequeñas correcciones de la regulación actual que permitan realizar un tratamiento más homogéneo e igualitario en todo el territorio nacional de esta cuestión, que tantas controversias y problemas interpretativos ha generado.

Palabras claves: subvenciones, concesión directa y control de la concesión.

Fecha de entrada: 12-06-2015 / *Fecha de aceptación:* 30-06-2015

ANALYSIS OF EXCEPTIONAL GRANTS FOR REASONS OF PUBLIC INTEREST, SOCIAL, ECONOMIC AND MISCELLANEOUS. THE TEST OF SINGULARITY OF THE MEASURE

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

ABSTRACT

The exceptional award of grants is clearly marked or influenced by patterns of political orientation action. That influence is legitimate as long as it is done in order and according to specific parameters to determine whether it is legitimate. This work covers the direct award of course, most complex of all those under the General Law on Subsidies, and seeks to provide a criterion to analyze and interpret it. Furthermore, some minor corrections of the current regulation are proposed, allowing for a more consistent and equal treatment across the country on this issue, that so many controversies and interpretive problems has created.

Keywords: subsidies, granted direct and control of the concession.

Sumario

1. Introducción
2. Reflexiones iniciales
3. Los contornos legitimadores de las desigualdades o diferencias de trato realizadas por la Administración
4. Análisis de la regulación estatal de las subvenciones de concesión directa. Valoración crítica
 - 4.1. Consideraciones introductorias
 - 4.2. Valoración crítica de la regulación estatal
5. Análisis de la singularidad del proyecto o actividad que se subvenciona. El test de singularidad
 - 5.1. Introducción. Las herramientas para la toma de decisiones en la Administración
 - 5.2. Primer test. Test de excepcionalidad
 - 5.3. Segundo test. Test de relevancia
 - 5.4. Tercer test. Test de proporcionalidad/racionalidad
6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años en nuestro país hemos vivido un proceso de desvalorización de la política y de las decisiones de esa índole. Ese proceso ha ido acompañado de otro paralelo que ha destacado el valor e importancia de las decisiones técnicas en el seno de la Administración. No debemos olvidar que las decisiones que nacen de la Administración están legítimamente influenciadas por la ideología del partido que la dirige, ya que los partidos políticos son un instrumento para canalizar la voluntad popular (art. 6 CE), toda vez que el pluralismo político es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE).

La concesión de subvenciones, con base en el artículo 22.2 c) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), constituye un lugar en el que se concentran pautas u orientaciones políticas. Se trata de un precepto que tiene una fuerte carga valorativa, lo que le hace especialmente dúctil y modelable para financiar comportamientos, con base en sensibilidades ideológicas. De hecho, se ha llegado a plantear su eliminación, por el uso abusivo que se ha hecho de esta vía de concesión¹.

Lo cierto es que la Administración debe tener capacidad para financiar comportamientos singulares, cuando concurren causas en las que subyace un interés público, social o humanitario. El precepto comentado enlaza con la finalidad que el Constituyente le concedió a la Administración, que no es otra que la defensa de los intereses generales (art. 103.1 CE).

El problema del uso abusivo del precepto igual viene motivado por el hecho de que no se ha producido una conexión adecuada entre las decisiones políticas y las de carácter técnico.

En este trabajo se va a analizar el artículo 22.2 c) de la LGS, entendiendo que su existencia es necesaria, e incluso resulta imprescindible, ya que habilita actuaciones que resultan obligatorias para la Administración².

¹ Así lo dice la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Modificación de la LGS: «... por otra parte, se elimina la posibilidad de tramitar la concesión de subvenciones de forma directa en base a motivos de interés público, social, económico o humanitario, tal y como se recogían en la letra 22.2 c) de la ley, pues, pese a su carácter excepcional, se ha advertido que, con el paso del tiempo, se estaba empleado de forma abusiva, extralimitándose respecto a los márgenes previstos en la ley. Asimismo, el carácter excepcional de la concesión de subvenciones de forma directa determina que deba ser regulada por una norma de rango legal, posibilidad que ya aparece contemplada en la letra 22.2 b) de la propia ley, que, en consecuencia, se mantiene».

² La obligatoriedad de la intervención viene determinada, como veremos, por la cláusula Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE); la obligación de remover obstáculos que tienen los poderes públicos, y por lo tanto la Administración (art. 9.2 CE); y la defensa del interés general que compete a la Administración (art. 103.1 CE).

Un estudio del precepto en cuestión³ mejoraría su uso. También se trata de aportar un sistema o dinámica de trabajo que permita analizar las distintas actuaciones subvencionables para llegar a una utilización correcta del supuesto. A lo anterior se une la necesidad de mejorar la regulación básica para garantizar un núcleo mínimo de condiciones de uso, en particular, la publicidad.

2. REFLEXIONES INICIALES

Abordar el supuesto excepcional de concesión directa de subvenciones recogido en el artículo 22.2 c) de la LGS constituye un reto, toda vez que este precepto condensa todo lo bueno y todo lo malo que implica la figura jurídica de la subvención⁴, estando impregnada su utilización de una alta carga política y valorativa. La configuración legal del precepto abre la puerta a la selección de determinados comportamientos, singularizándolos y distinguiéndolos por cuestiones de sensibilidad u oportunidad política⁵.

Efectivamente, la Ley General de Subvenciones vino a colmar un vacío legal existente en este sector de la actividad administrativa de fomento, como es el que representan las subvenciones⁶. Desde el punto de vista de lo que interesa al presente trabajo, institucionalizó el régimen de concurrencia competitiva como el sistema normal de concesión de las subvenciones⁷ (art. 22.1.1.º LGS), regulando ulteriormente la concesión directa en tres niveles, que en puridad a los efectos son dos:

³ Durante la elaboración de este trabajo no he encontrado ningún estudio que lo analice de forma monográfica. Y los tratados sobre subvenciones hacen una referencia sucinta al mismo, sin aportar elementos de análisis significativos. Entre otros, GARCÉS SANAGUSTÍN, M. y PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas*, Aranzadi, 2011; o varios autores, coordinación MARTÍNEZ GINER, L. A. y NAVARRETE FAURE, A. (coords.): *Régimen jurídico-financiero de las subvenciones públicas*, Valencia: Tirant monografías, 715, 2010.

⁴ Como rasgos positivos de la subvención encontramos la posibilidad de promocionar comportamientos que revisten interés público, de estimular al sector privado de una manera positiva y colaborativa, apostando por los modelos que desea la sociedad civil. Quizá la nota peyorativa que supone la subvención es el halo de discrecionalidad que la rodea.

⁵ El corte político del partido en el gobierno le lleva a seleccionar comportamientos más afines a su ideario. Esta afirmación no es ni buena ni mala, simplemente es una realidad.

⁶ La exposición de motivos de la LGS así lo dice: «A su vez, 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 existen». En este sentido se manifiesta el Dictamen del Consejo de Estado 1756/2003, sobre el proyecto de Ley General de Subvenciones, que dice: «La escasez y la dispersión han sido, por tanto, los dos principales defectos de la regulación de las subvenciones en nuestro país».

⁷ Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de los Planes Estratégicos de Subvenciones elaborados por los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado, núm. 1.052, de 30 de octubre de 2014, pág. 5: «La cuantía más importante correspondió a las subvenciones directas que totalizaron 1.382.521 miles de euros, mientras que las subvenciones otorgadas en régimen de concurrencia competitiva ascendieron a 508.752 miles de euros...». No se dispone del dato desagregado por tipo de concesión directa, de las previstas en el artículo 22.2 de la LGS, no obstante sí que evidencia una desproporción, y que la realidad es que el procedimiento excepcional es el general u ordinario.

Por un lado, están las previstas nominativamente en los presupuestos de las Administraciones públicas [art. 22.2 a) LGS], y las que vienen determinadas por una norma legal [art. 22.2 b) LGS]. Estos dos tipos de concesión directa se encuentran marcados por una importante garantía, cual es que se trata de medidas debatidas entre los diferentes agentes políticos⁸, encontrando en ese debate y procedimiento de aprobación una legitimidad propia⁹.

Por otro lado, encontramos las subvenciones directas a conceder con base en el artículo 22.2 c) de la LGS. Este precepto, o, mejor dicho, las virtuales aplicaciones del mismo, constituyen un reducto de discrecionalidad en materia de subvenciones que debe ser objeto de un análisis riguroso.

El artículo 22.2 c) de la LGS abre la puerta a las sensibilidades políticas a la hora de subvencionar. Esta circunstancia no debe entenderse como una crítica, nada más lejos de la realidad, a los responsables políticos, que son titulares de órganos administrativos, tienen una responsabilidad y representan una opción o sensibilidad de los votantes. Eso les legitima y capacita para distinguir comportamientos singulares, por encima de otros, y premiarlos o fomentarlos con la concesión de una subvención¹⁰, pero se ven limitados por la prohibición de actuar de una manera arbitraria y discriminatoria.

Ahora bien, la amplitud de elección que el precepto otorga aconseja analizar sus elementos esenciales, construyendo un régimen jurídico del mismo, para acotar esa libertad o discrecionalidad, situándola en el lugar que le corresponde en un Estado social y democrático de derecho.

El derecho administrativo, que regula las relaciones de poder, sitúa esta rama del derecho en el espacio complicado que se dibuja entre el derecho y las decisiones políticas. Es cierto que la mayor parte de las decisiones que se toman en el campo del derecho administrativo parten de una pauta o idea de orientación política, no obstante, algunas se encuentran especialmente liberadas de un control que permita racionalizarlas. Estas son precisamente las que ofrecen un mayor interés científico, a la hora de ofrecer sistemas de control.

⁸ En el supuesto 22.2 a) tanto las leyes de presupuestos (Estado, CC. AA), como los presupuestos (en las entidades locales) se debaten entre todos los partidos políticos con representación en la Administración correspondiente. Para el artículo 22.2 b), la garantía y legitimidad se la otorga el procedimiento parlamentario de aprobación de la ley y, por lo tanto, de la ayuda.

⁹ Esa legitimidad viene determinada por el juego de las mayorías parlamentarias.

¹⁰ Se advierte una evolución en la concepción de la actividad de fomento, desde sus orígenes a la actualidad. GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S.: «Los premios, un instrumento para la promoción de comportamientos que revisten interés público», *Ceflegal*, Madrid, CEF, núm. 145, 2013, pág. 138: «De tal forma que si en los orígenes de la actividad de fomento, lo que se ocultaba era una sospecha acerca de la capacidad del sector público para lograr determinados objetivos, actualmente subyace a la misma la necesidad de buscar una mayor implicación de la sociedad en la consecución de los objetivos que revisten interés público...».

3. LOS CONTORNOS LEGITIMADORES DE LAS DESIGUALDADES O DIFERENCIAS DE TRATO REALIZADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

Por la naturaleza de las cosas, en particular del ser humano, se puede afirmar que todos somos distintos. No existe un ser humano exactamente igual que otro, o una empresa u organización idéntica a otra. Ahora bien, hay determinadas diferencias que resultan inaguantables, o que por razones diversas se pueden o deben revertir. Son diferencias relevantes¹¹, que imponen una respuesta activa por parte de los poderes públicos en orden a acabar con ellas. En el caso contrario se podría llegar a hablar de «discriminación por indiferenciación»¹².

Por lo tanto, se advierte todo un abanico de posibilidades entre las diferencias relevantes y la discriminación por indiferenciación. Dentro de ese intervalo de situaciones diversas aparecen una multitud de supuestos en los cuales puede actuar la Administración.

Las subvenciones constituyen una técnica de fomento, que sirve como instrumento para la promoción de determinados comportamientos que revisten interés público. Son un mecanismo de transformación de la realidad. Una característica propia de esta figura jurídica es que constituye una técnica no invasiva¹³, toda vez que sirve para apoyar la acción de los particulares. La Administración, con las subvenciones, se adhiere o asocia con los ciudadanos, apoyando sus iniciativas con una financiación. La elección en este ámbito de actuación se centra en determinar qué comportamientos merecen este apoyo económico. La problemática de la elección o selección de comportamientos aumenta hasta un nivel máximo, en el caso de las subvenciones de concesión directa, con base en el artículo 22.2 c) de la LGS.

Las reflexiones iniciales realizadas tienen una base constitucional, así, la cláusula Estado social y el pluralismo político que impregnan nuestra constitución (art. 1.1 CE) imponen una conducta *pro activa* a los poderes públicos (por lo tanto, a la Administración) en orden a remover los obstáculos que tienen los ciudadanos y los grupos en los que se integran (art. 9.2 CE)¹⁴. Por lo

¹¹ CARMONA CUENCA, E.: «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, abril-junio 1994, núm. 84, pág. 269, dice que: «El principio de igualdad afirma, entonces, que cuando hay diferencias irrelevantes el tratamiento debe ser igual y cuando hay diferencias relevantes el tratamiento debe ser diferenciado. La clave,... la relevancia de los rasgos».

¹² ROCA TRIAS, E. y AHUMADA RUIZ, M.ª Á.: *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España; Roma, octubre de 2013, pág. 21. Alude a este tipo particular de discriminación.

¹³ GIRALDES GUTIÉRREZ, L. S.: *Los premios, un instrumento para la promoción de comportamientos que revisten interés público*, pág. 134, dice que: «A modo de introducción, cabe señalar que el fomento constituye un mecanismo de intervención de la Administración en la vida de los ciudadanos no agresivo o suave. Con este tipo de técnica, la Administración no manda, sino que sugiere, no impone, sino que busca adhesiones por parte de los particulares a un determinado proyecto».

¹⁴ BAÑO LEÓN, J. M.ª: «La igualdad como derecho público subjetivo», *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1987, núm. 114, califica el artículo 9.2 de la Constitución como un mandato de nivelación real.

tanto, la Administración tiene la obligación de intervenir reduciendo o evitando las diferencias relevantes que existen en la sociedad. Esas intervenciones, en cuanto al fondo o la forma, pueden verse condicionadas por la realidad política del país en un determinado momento, siendo esos condicionantes una manifestación del pluralismo político.

Efectivamente, el pluralismo político introduce un nuevo margen legítimo para la apreciación de la realidad y la relevancia de las necesidades, así como de las formas y mecanismos de intervención¹⁵.

Dentro de este abanico de posibilidades de actuación legítimo aparecen toda una serie de riesgos, no válidos en derecho, como la promoción de comportamientos por cuestiones exclusivamente políticas, la deformación de la realidad para implementar una medida arbitraria e ilegítima, la creación grupos privilegiados, la financiación incondicionada de acciones de escaso interés, etc. También en esta serie de medidas entra la posibilidad de que en el proceso de decisión intervengan los grupos de presión o de interés próximos a los centros de decisión, desnivelando la medida hacia un determinado punto¹⁶.

Por lo tanto, cuando existe una desigualdad relevante, en función de la entidad que tenga (la desigualdad) no solo es legítimo, sino que resulta obligatoria la intervención de los poderes públicos. Como se ha señalado, también es legítimo que la elección de la desigualdad, la valoración de la relevancia y de la medida concreta de intervención se haga tomando en consideración la ideología del gobierno que corresponda¹⁷. Los partidos políticos, y en concreto la ideología que los mismos representan, son (o deberían ser) el reflejo de la sociedad, a tal fin, la Constitución les ha conferido el papel de contribuir a la formación de la voluntad popular (art. 6 CE). Por eso, desde el punto de vista ideal¹⁸, la singularización de una determinada situación por parte de una Administración pública, gobernada por un partido político, no es más que el sentir y la sensibilidad de la sociedad que lo ha elegido.

En este cruce de alternativas, potencialidades de actuación, sensibilidades y necesidades se impone establecer un rigor analítico, por medio del cual se puedan diferenciar los comportamientos legítimos de los ilegítimos. El principio de seguridad jurídica exige diseñar un marco

¹⁵ La forma de corregir una determinada desigualdad puede adoptar mecanismos o formas liberales, o más intervencionistas. El sesgo político de la Administración en cuestión hará que se apueste por un sistema u otro. La elección de la subvención como mecanismo de intervención tiene una carga política significativa, en la medida de que se trata de una técnica de intervención no coactiva y respetuosa con la libertad.

¹⁶ Es un fenómeno propio de la complejidad que rodea al mundo actual el hecho de que grupos organizados actúen en el entorno de la Administración, tratando de alentar la adopción de medidas que les sean propicias. La acción de estos grupos no es ilegítima, pero en función de circunstancias diversas podría valorarse negativamente. Ya advirtió de este peligro el genial FORSTHOFF, E.: *El estado de la Sociedad Industrial*, 1971, traducción MUÑOZ, J. N., Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Constitucionales, 2013, pág. 90: «... la fuerza asociativa no es proporcional al peso y a la importancia de las necesidades...».

¹⁷ Se debe admitir, por lo tanto, un margen de valoración política legítimo en las intervenciones.

¹⁸ Este punto de vista ideal obvia los aspectos advertidos de los grupos de interés, la creación de situaciones privilegiadas, etc.

de actuación de la Administración predecible, por medio de cual se seleccionen e implementen medidas ajustadas a la legalidad vigente. Ese marco tiene que servir para canalizar el proceso de toma de decisiones de una manera adecuada eligiendo [en el caso de la concesión directa de subvenciones con base en el art. 22.1 c) LGS] opciones válidas.

Por lo tanto, en el espacio existente entre una desigualdad relevante y la discriminación por indiferenciación, las posibilidades de actuación son múltiples. El principio de seguridad jurídica aconseja fijar unas pautas o criterios que permitan canalizar el proceso de toma de decisiones de una manera adecuada.

4. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ESTATAL DE LAS SUBVENCIONES DE CONCESIÓN DIRECTA. VALORACIÓN CRÍTICA

4.1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

La regulación estatal de la concesión excepcional de subvenciones parte del artículo 22.2 c) de la LGS (que tiene carácter de legislación básica), y se completa con el artículo 28 de ese mismo cuerpo legal (no básico).

Análisis del artículo 22.2 c) de la LGS

El artículo 22.2 c) de la LGS atribuye a la Administración una potestad discrecional para subvencionar determinados comportamientos, cuando concurren circunstancias excepcionales que hacen que no pueda suscitarse concurrencia. Por su importancia pasamos a reproducirlo:

«2. Podrán concederse de forma directa las siguientes subvenciones:

c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública».

Un primer comentario sobre este precepto resulta evidente. El motivo es que, si este procedimiento es la excepción al procedimiento ordinario (conurrencia competitiva¹⁹), la aplicación de los supuestos excepcionales debe ser objeto de una interpretación estricta, primando, en caso de duda, el procedimiento general.

En segundo lugar, el legislador ha optado por establecer un *numerus apertus* de causas excepcionales, que justifican acudir a este procedimiento excepcional, como se comprueba del

¹⁹ Así lo dice el artículo 22.1 de la LGS: «1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva...».

último inciso del precepto objeto de análisis²⁰. Esta medida es razonable, toda vez que lo se pretende es atender situaciones excepcionales, que por su propia naturaleza pueden resultar diversas. Diseñar la excepción de una manera excesivamente restrictiva conduciría a la imposibilidad de subvencionar determinados proyectos o acciones que revisten un indudable interés público. Esta sería la vía para financiar proyectos que revisten un interés cultural, educativo, o los relativos a las estrategias de posicionamiento internacional de España, por ejemplo²¹.

Una cuestión importante a señalar es que los beneficiarios de la concesión pueden ser determinados o determinables. Lo normal sería que el beneficiario estuviera determinado, por tratarse de una concesión directa; no obstante, en determinadas situaciones es posible que sea determinable, es decir, que no se singularice directamente, pero que se conceda la subvención a todos los que se encuentren en una determinada situación. Por ese motivo, sería necesario que los instrumentos jurídicos que establezcan la concesión aporten datos suficientes para singularizar a los beneficiarios. Téngase en cuenta que lo determinante de este tipo de ayudas es la ausencia de concurrencia, esto es, de competición entre los solicitantes²².

Por último, la excepcionalidad a la que se hace referencia en el artículo 22.2 c) de la LGS debe contemplarse de una manera amplia, y en el sentido de supuestos singulares en los que no es posible suscitar concurrencia. La excepcionalidad no debe verse, pues, desde el punto de vista temporal, en el sentido de acciones o comportamientos que suceden en un determinado momento (catástrofes), sino que admite cualquier situación que así lo merezca.

Análisis del artículo 28 de la LGS

En este precepto, con carácter de no básico²³, el legislador desarrolla el régimen de las subvenciones de concesión directa. Este precepto dedica un interés particular a las subvenciones de concesión directa que se amparan en el artículo 22.2 c) de la LGS; al disponer que se les aplican

²⁰ Artículo 22.2 c) *in fine*: «... u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública».

²¹ Tras analizar la normativa reguladora de las subvenciones de varias comunidades autónomas, llama la atención (por lo divergente con el resto de regulaciones) la solución adoptada por Aragón, en la que el artículo 14.5 c) de la Ley 5/2015, de 25 de marzo, de Subvenciones de Aragón, ha limitado los supuestos de concesión directa por causas excepcionales a razones de interés público, social, económico o humanitario, constituyendo, por lo tanto, un *numerus clausus*. Esta decisión tomada por el legislador aragonés entraña un cierto riesgo, que le puede llevar a no financiar determinados proyectos singulares. Tiene como ventaja que restringe la discrecionalidad de la Administración.

²² Pensemos, por ejemplo, en ayudas de emergencia, o en ayudas a las víctimas de un terremoto, o a los ganaderos por las muertes de ovejas causadas por los lobos. En este último caso, la ayuda se da por un importe determinado por oveja a todo ganadero al que los lobos le maten una. Así que, si concurren las condiciones de la concesión directa, se otorgará la ayuda.

²³ La regulación básica en esta materia es excesivamente parca, y abre la puerta a opciones diversas por parte de las diferentes Administraciones públicas. Creo que dentro del núcleo de aspectos básicos de la regulación, y por lo tanto comunes, debería haberse introducido la referencia a los principios del artículo 8 de la LGS.

todos los principios de la ley, salvo los de publicidad y concurrencia. Esa afirmación nos conduce al artículo 8.3 de la LGS, que está dedicado a los principios generales²⁴. De todos los principios que resultan de aplicación, hay tres que resultan especialmente difíciles de aplicar, a saber, en primer lugar, el *principio de objetividad*. Su aplicación resulta dudosa si se tiene en cuenta que con el procedimiento recogido en el artículo 22.2 c) de la LGS lo que se hace es singularizar comportamientos o acciones que hacen personas u organizaciones, lo que en principio tiene un carácter subjetivo; por otro lado, los principios de igualdad y de no discriminación, en este caso, llama la atención que se apliquen estos principios a subvenciones de concesión directa, no obstante, como veremos, el correcto entendimiento de estos principios pasa por aplicar el concepto de discriminación positiva. Con base en el mismo se modulan estos principios.

Desde el punto de vista procesal, el precepto encomienda el establecimiento del régimen jurídico de las subvenciones de concesión directa a un real decreto, al que se le fija un contenido mínimo. De esta manera se consigue proporcionar a este tipo de concesiones una homogeneidad y una estructura interna, por medio de la cual se garantiza un tratamiento común dentro de la diversidad.

Reglamento de desarrollo de la Ley de General de Subvenciones

Una cuestión importante que aclara, para la Administración General del Estado, el artículo 67 del Reglamento de Desarrollo de la Ley General de Subvenciones, es la referente a la naturaleza jurídica del real decreto de normas especiales reguladoras de estas subvenciones de concesión directa, que es el de Bases Reguladoras de este tipo de subvenciones (art. 67.2.2.º RLGs). Esta calificación como tal determina su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 17.1.2.º LGS); y su consideración como disposición de carácter general, con las consecuencias procesales que ello supone²⁵.

El tratamiento que se hace de esta cuestión, a nivel de legislación básica, abre la posibilidad a opciones regulatorias diversas, tales como soluciones que no establezcan la obligatoriedad de publicar la concesión de este tipo de ayudas.

4.2. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN ESTATAL

La atribución de potestades discrecionales a la Administración constituye una solución técnica, que ofrece al órgano administrativo que ejerce la potestad una capacidad de adaptación al

²⁴ El artículo 8.3 de la LGS dice que: «La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios: a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación. b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante. c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos».

²⁵ Por ejemplo, frente al mismo no cabe recurso en vía administrativa. Artículo 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

caso concreto de especial interés, principalmente en un entorno tan cambiante y dinámico como en el que se mueve la Administración actualmente, materializándose muy especialmente esa dinamicidad en un ámbito singular, como es el de las subvenciones de concesión directa, por ser un instrumento de intervención sobre la realidad social especialmente adaptable a esa realidad. No obstante lo anterior, detrás de las potestades discrecionales subyace un recelo, que podríamos calificar de clásico, a las formas de control de su ejercicio²⁶. Dentro de estas técnicas de control están los principios generales del derecho²⁷, que ofrecen puntos de referencia a la hora de analizar la concesión directa de subvenciones. Por ese motivo, la principal crítica que se puede hacer a la regulación contenida en la LGS es precisamente que no declara básico el artículo 28.3 de la LGS y no incorpora para todo el territorio nacional la vinculación de las subvenciones de concesión directa reguladas en el artículo 22.2 c) de la LGS a los principios generales de la misma ley²⁸.

Otro aspecto importante que queda huérfano, a la voluntad de los eventuales desarrollos normativos, es el relativo a la *publicidad* de la concesión de este tipo de ayudas. En la Administración General del Estado el sistema está claro y garantiza el conocimiento de este tipo de concesiones (al ser calificadas de bases reguladoras por real decreto de regulación), pero, al no tener la regulación carácter de básico, se abre la puerta a alternativas diversas. Dentro de estas variantes se podría eludir con relativa facilidad la publicidad. La manera sería sencilla, ya que, si se considera singularmente el acto de concesión, solo existe la obligación de notificarlo a los interesados (art. 58.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante, LRJ-PAC), en este caso, únicamente tendrían la condición de interesados los beneficiarios de la concesión directa. Con esa dinámica limitaría la posibilidad de control, por ejemplo, de terceras personas que tuvieran condiciones análogas que podrían justificar la concesión. Por lo tanto, constituye una carencia importante la falta de medidas que permitan asegurar la publicidad y difusión de este tipo de ayudas, para permitir su mejor conocimiento por parte de potenciales interesados²⁹.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)», *Revista de Administración Pública*, número 38 (1962). Madrid, pág. 167, dice que, citando a HUBER, «el poder discrecional es el verdadero Caballo de Troya en el seno del derecho administrativo en un Estado de Derecho».

²⁷ En este caso, puede consultarse el muy bien fundamentado tratamiento que de esta cuestión hace, que sin lugar a la duda aclarará cualquier cuestión que pudiera suscitar el uso de los principios generales del derecho como técnica de control de las potestades discrecionales. COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de derecho administrativo*, 24.ª edición, Civitas.

²⁸ Es cierto que esta crítica se puede ver atemperada si tenemos en cuenta que muchos de los principios recogidos ya se encuentran enumerados en determinados artículos de la Constitución que inspiran la actuación general de la Administración, como, por ejemplo, el de eficiencia (art. 31.2 CE), o eficacia (art. 103.1 CE). O el principio de igualdad, en sus dos vertientes, la formal (art. 14 CE), y la material (art. 9.2 CE).

²⁹ El artículo 8.1 c) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, establece la obligación de publicar las concesiones de subvenciones, indicando el importe, objetivo o finalidad y beneficios. Esta previsión es adecuada para cumplir con las obligaciones de transparencia, pero no garantiza la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa.

5. ANÁLISIS DE LA SINGULARIDAD DEL PROYECTO O ACTIVIDAD QUE SE SUBVENCIONA. EL TEST DE SINGULARIDAD

5.1. INTRODUCCIÓN. LAS HERRAMIENTAS PARA LA TOMA DE DECISIONES EN LA ADMINISTRACIÓN

La selección de proyectos, comportamientos, actividades y personas u organizaciones que merecen un apoyo económico de la Administración presenta una alta carga valorativa, máxime si tenemos en cuenta que es legítimo que en esta operación influyan las sensibilidades políticas de los responsables públicos, que a la postre representan a la realidad de la sociedad.

La toma de decisiones complejas puede y debe apoyarse en esquemas que sirvan para canalizarlas, asegurando la adecuación de las mismas. En el caso de la Administración, la utilización de esas técnicas es más importante que en cualquier organización compleja, estando influida por su propia naturaleza, por sus rasgos caracterizadores que modulan sus procesos internos.

A mi modo de ver, la clave del artículo 22.2 c) de la LGS es la singularización de proyectos, actividades o comportamientos con respecto a otros. Solo cuando esa singularización tenga una base racional será legítima, ajustada a derecho y, por lo tanto, válida.

Situándonos, como lo estamos en el ámbito, de la igualdad y de la discriminación positiva, es posible traer a este campo de toma de decisiones un instrumento ideado por el Tribunal Constitucional para apreciar la existencia de discriminación o trato no igualitario constitucionalmente inadmisibles, cual es el test o sistema del triple test³⁰, también se utiliza el denominado test alemán para analizar si una medida es proporcional o no³¹. Naturalmente adaptado a las particularidades del artículo 22.2 c) de la LGS.

En este caso, también se deben someter las medidas a un triple test, la superación de una determinada medida de todos los apartados dará lugar a que se afirme su validez, sin embargo, si no los supera, entonces no debería aplicarse. El test tendría los siguientes apartados³²:

En primer lugar, habría que realizar un análisis de excepcionalidad causal. La medida no solo tiene que ser excepcional, sino que debe fundamentarse en razones de interés público, so-

³⁰ ALONSO GARCÍA, E.: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1983, núms. 100-102, pág. 23.

³¹ ROCA TRIAS, E. y AHUMADA RUIZ, M.ª Á.: *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, op. cit., pág. 5: «En el caso del juicio de proporcionalidad, el Tribunal aplica el "test alemán" con sus consabidos tres estadios (controles sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto)».

³² Cada uno de los apartados se corresponde con uno de los puntos clave que son necesarios para tomar la decisión de una manera ajustada a derecho.

cial, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten la convocatoria pública (test de excepcionalidad).

En segundo lugar, la actividad o comportamiento que se promociona tiene que tener una relevancia que justifique la intervención (test de relevancia).

Finalmente, tiene que tener una estructura interna que lo haga racional. Debe ser racional, proporcional, etc. (test de proporcionalidad/racionalidad).

Con el triple test se despieza la medida en tres unidades lógicas, razonado, a su vez, en tres direcciones diferentes para encontrar y calificar la adecuación de la acción de fomento aplicada a la legalidad vigente. Así se contribuye al proceso de toma de decisiones, analizando cada uno de los aspectos que resultan relevantes, con el objetivo de llegar a un estadio concreto que no es otro que el de la medida ajustada a la legalidad. Este test sigue el orden lógico del proceso de toma de decisión, me explico, con los dos primeros test se analiza la oportunidad y adecuación de la medida, mientras que con el tercero se estudia la estructura interna de la medida para ver si la misma guarda relación con las otras dos etapas.

5.2. PRIMER TEST. TEST DE EXCEPCIONALIDAD

Dos son los elementos que llaman la atención en este punto del test, por un lado, el carácter excepcional de la medida; y, por otro, que esa excepción venga motivada por razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten la convocatoria pública.

La determinación de la *excepcionalidad* de la medida exige realizar un análisis comparativo de la misma, con otras realidades con las que pudiera guardar similitudes, llegando a la conclusión de que nos encontramos ante una situación singular, diferente del resto con las que es comparable, o incluso que no hay situaciones comparables. En este sentido resulta esclarecedor el Diccionario de la Real Academia Española, en su acepción segunda, que define la excepción como: «Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie». Por lo tanto, hay que analizar aquellos elementos de la medida que hacen que la misma se aparte de los demás con los que resulta comparable. Ahora bien, este análisis debe realizarse desde la responsabilidad y coherencia, analizando la medida tal y como es, no deformándola o adaptándola, de tal manera que se cree una singularidad artificialmente³³.

³³ En este sentido, el control de los hechos determinantes constituye un instrumento técnico de control de las potestades discrecionales. Aquí, el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, op. cit., pág. 170, señala aludiendo a los elementos de control de las potestades discrecionales: «a) En primer lugar, el control de los hechos determinantes. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho... la realidad es siempre una... (continúa diciendo)... La valoración política de la realidad podrá ser acaso objeto de una facultad discrecional, pero la realidad

El carácter excepcional de la medida tiene que estar vinculado a una *causa concreta*, que viene determinada por el interés que subyace en la intervención que puede ser público, social, económico o humanitario, u otro que dificulte su convocatoria pública³⁴. Esa enumeración constituye un *numerus apertus*. No obstante, la aparición o introducción de causas nuevas debe guardar relación con la cláusula general de actuación de la Administración de defensa del interés general³⁵ (art. 103.1 CE), cualquier nueva causa debe tener esa relación con el interés general, siendo la base de la misma³⁶.

Por lo tanto, la medida excepcional debe estar caracterizada por una causa concreta, siendo esa causa la que justifica su aplicación. Tiene que existir una relación o coherencia interna de la medida con la causa que la provoca.

A modo de *ejemplo*, pensemos que una determinada comunidad autónoma concede una subvención de 100 euros por oveja muerta por lobos a los pastores que trabajan en su territorio. La excepcionalidad de la medida vendría justificada por ser dueño de ovejas muertas por un lobo en el territorio determinado; y la causa sería la protección de la fauna, en particular, de las especies autóctonas³⁷. Esa excepcionalidad no estaría justificada si solo se concediera la ayuda a los pastores que residen en el pueblo del presidente de la comunidad autónoma, o a los de un pueblo sí y al inmediato en proximidad no, ya que ese no es un hecho diferencial suficiente para aplicar la medida, no cumpliría con la excepcionalidad de este primer test.

Para finalizar este apartado, simplemente cabe apuntar que en esta etapa del proceso de decisión es en la que entra en juego la posibilidad de la apreciación política de las situaciones. Esa orientación es lógica, en un Estado como el nuestro que afirma y protege el pluralismo político, las opciones políticas dibujan un margen de apreciación³⁸ legítimo. No obstante, aquí juega un

como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así».

³⁴ Pueden existir medidas que presenten una pluralidad de causas, todas ellas legítimas y justificadas. Por ejemplo, subvenciones a jóvenes de escasos recursos para fomentar la formación. Esa medida tiene un interés social y económico.

³⁵ Cualquier actuación de la Administración debe responder a esa teología. Por ese motivo, son causas válidas el interés cultural, la protección del medio ambiente, el fomento del deporte, etc.

³⁶ BUENO ARMUJO, A.: *El concepto de subvención en el ordenamiento jurídico español*, Serie derecho Administrativo, Universidad Externado Colombia, pág. 121, destaca la obligación de que la subvención tienda a la satisfacción de un fin de interés general.

³⁷ Compensando económicamente a los pastores se logra que los mismos no traten de matar a los lobos. Puesto que la Administración les compensa por los daños que sufren.

³⁸ *Manual de Legislación Europea contra la Discriminación*, Luxemburgo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, pág. 47, dice que: «El TEDH emplea la terminología de "margen de apreciación", que hace referencia a la esfera de discrecionalidad del Estado para determinar si el trato diferente está justificado o no».

papel importante, como veremos, el tercer elemento del test, que sirve para controlar la legalidad de la medida aplicada.

5.3. SEGUNDO TEST. TEST DE RELEVANCIA

En este apartado se trataría de analizar si la situación que se atiende por medio de la medida propuesta es lo suficientemente relevante como para justificar la intervención pública o si, por el contrario, no tiene esa relevancia. Se trata de determinar si la situación tiene o no cierta identidad o entidad³⁹, siendo la misma la que justifica la acción de desigualdad que implica la subvención.

Si, como regla general, todo el mundo tiene que recibir un trato similar, las desigualdades deben venir motivadas por supuestos que tengan unas condiciones determinadas (primer test), debiendo reunir una importancia significativa que la justifique. Este dato de la relevancia o importancia ha sido destacado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como legitimador de desigualdades de trato⁴⁰.

Volviendo al ejemplo del lobo y las ovejas. No pasaría este control de relevancia la concesión de ayudas a ganaderos si se tratara de un hecho aislado. Por ejemplo, si el lobo mata una oveja en un año. En ese caso, la pérdida debería considerarse como un riesgo propio y asumible asociado a la explotación ganadera.

5.4. TERCER TEST. TEST DE PROPORCIONALIDAD/RACIONALIDAD

Una vez identificada la acción a subvencionar, y superados los dos primeros controles, hay que analizar su estructura interna. La misma tiene que guardar relación con el carácter y entidad de la medida. Por eso es esencial analizar la proporcionalidad de la medida, lo que implicará tomar en consideración la relación existente entre los medios empleados y el fin perseguido⁴¹.

³⁹ ALONSO GARCÍA, E.: *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, pág. 31, dice sobre las situaciones desiguales: «... tales situaciones tienen cierta identidad... según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente, el ordenamiento jurídico tiene que valorar de alguna forma tal identidad, pues la presunción es la contraria que todos somos iguales».

⁴⁰ Manual de Legislación Europea contra la Discriminación, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Oficina de Publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo, pág. 46, dice: «... La finalidad perseguida es suficientemente importante como para justificar este grado de interferencia».

⁴¹ *Manual de Legislación Europea contra la Discriminación*, Luxemburgo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, pág. 45, dice que: «La diferencia de trato a personas en sistemas sustancialmente similares...es discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable; en otras palabras, si no persigue un fin legítimo o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el fin perseguido». También, pág. 56: «El trato diferente puede estar justificado cuando persigue una finalidad legítima y los medios para conseguirla son adecuados y necesarios».

En un Estado social y democrático de derecho, en el que los poderes públicos tienen la obligación de mantener una conducta *pro activa* en orden a remover los obstáculos que dificultan la igualdad real entre los ciudadanos (art. 9.2 CE), el principio de proporcionalidad juega un papel nuclear. Ya que, supuesta la necesidad y obligación de los poderes públicos de intervenir, es necesario que la intervención sea adecuada y proporcionada⁴². Así, algunos autores han señalado que «vivimos en la era de la proporcionalidad»⁴³, o que el principio de proporcionalidad es la pieza central del «nuevo constitucionalismo»⁴⁴. El principio de proporcionalidad implica racionalidad, justicia... valores expresados por medio del equilibrio, adecuación e idoneidad de la acción.

En el caso del ejemplo que se ha dado (ovejas/lobo), la medida sería desproporcionada si por medio de la subvención el pastor obtuviera un lucro superior al valor de reposición del animal muerto.

6. CONCLUSIONES

Lo variado de las intervenciones públicas que se pueden canalizar, a través de subvenciones de concesión directa, y la gran cantidad de intereses, sensibilidades y necesidades que confluyen bajo esta modalidad aconsejan ofrecer unos criterios que permitan analizar la medida conforme a un esquema lógico.

Este trabajo presenta los contornos que rodean a la realidad de las subvenciones de concesión directa, basadas en el artículo 22.2 c) de la LGS. El supuesto de concesión analizado, a pesar de la controversia que pudiera suscitar, debe mantenerse, ya que es la mejor forma de atender situaciones específicas o singulares en las que la Administración, por mandato constitucional, debe intervenir. El hecho de que se haya producido un uso inadecuado o abusivo de esta vía no es óbice para que la misma continúe.

Buena parte de los problemas que ha podido suscitar el uso del artículo 22.2 c) de la LGS se podría corregir extendiendo la regulación básica para garantizar un tratamiento más homogéneo de la cuestión, que pusiera el acento en la publicidad y transparencia de las acciones que se subvencionan.

A lo anterior se une la posibilidad de aportar un proceso de toma de decisiones que sirva para discriminar, rechazar o expulsar proyectos o acciones que no merecen respaldo por parte de

⁴² Una intervención desproporcionada produciría el efecto contrario al que pretende, ya que con el objetivo de eliminar una desigualdad, se crea otra.

⁴³ BARAK, A.: *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pág. 457.

⁴⁴ STONE SWEET, A. y MATHEWS, J.: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Yale School Faculty Scholarship Series, pág. 14, 2008.

la colectividad por medio de subvenciones. El sistema del triple test, que, como se ha visto, no constituye una novedad y es muy utilizado en ámbitos similares al de las subvenciones de concesión directa que analizamos, proporciona un proceso lógico para analizar la medida concreta, e intentar llegar al mejor resultado posible.

El derecho es una ciencia social que pretende regular conductas humanas y, como ciencia social que es, admite variantes, pudiendo ocurrir que en el proceso de interpretación y aplicación no se llegue a resultados exactos o unívocos⁴⁵. No obstante, el diseño de procesos para la toma de decisiones permite conseguir mayor acierto de las mismas. El test de singularidad aplicable a la concesión de subvenciones por la vía del artículo 22.2 c) de la LGS proporciona a los gestores de subvenciones públicas y a los potenciales interesados un elemento de análisis, por medio del cual garantizar la adecuación de las acciones.

⁴⁵ Sobre la ambivalencia de los valores y de las ciencias sociales, cabe referenciar el excepcional trabajo de SCHMITT, C.: *La Tiranía de los Valores*, editorial Comares, 2010.