



El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía

Francisco A. Aranguren Baena

*Economista. Verificador de Fondos Europeos en la Agencia IDEA (Junta de Andalucía)
Profesor de la Universidad de Córdoba (UCO)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzo Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Extracto

En las distintas convocatorias públicas de ayudas a las pymes, el denominado «efecto incentivador de la inversión» se está convirtiendo en la obligación más difícil de cumplir por parte de la beneficiaria, dada en la práctica su indeterminación jurídica. El presente artículo, enmarcado en la problemática de la pretendida simplificación administrativa, intenta presentar el *statu quo* de la polémica y delimitar su alcance y concreción conceptual, a través del análisis de la experiencia de Andalucía.

Palabras clave: efecto incentivador; pymes; subvenciones; jurisprudencia.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Aranguren Baena, F. A. (2020). El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía. *Revista CEFLegal*, 228, 81-114.

The incentive effect of investment in subsidies to SMES and their controversial interpretation. The case of Andalusia

Francisco A. Aranguren Baena

Abstract

In the different public financial support programs for SMEs, the so-called «incentive effect of investment» is becoming the most difficult obligation for the beneficiary to fulfill, given, in practice, its legal indeterminacy. This article, framed in the issue of the alleged administrative simplification, tries to show the *statu quo* of the controversy and to define its scope and conceptual realization, through the analysis of the experience of Andalusia.

Keywords: incentive effect; SMEs; subsidies; jurisprudence.

Citation: Aranguren Baena, F. A. (2020). El efecto incentivador de la inversión en las subvenciones a las pymes y su controversial interpretación. El caso de Andalucía. *Revista CEFLegal*, 228, 81-114.



Sumario

1. Las subvenciones y la dificultad de su simplificación administrativa
2. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (1998-2013)
3. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (2014-2020)
4. El efecto incentivador de la inversión, ¿concepto jurídico indeterminado?: el marco interpretativo según las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
 - 4.1. STSJA 16312/2017, de 5 de abril de 2017
 - 4.2. STSJA 16627/2017, de 13 de junio de 2017
 - 4.3. STSJA 6799/2017, de 21 de junio de 2017
 - 4.4. STSJA 16293/2017, de 12 de diciembre de 2017
 - 4.5. STSJA 2428/2018, de 10 de enero de 2018
 - 4.6. STSJA 7810/2018 de 29 de enero de 2018
 - 4.7. STSJA 2346/2018, de 14 de marzo de 2018
 - 4.8. STSJA 5578/2018, de 9 de mayo de 2018
 - 4.9. STSJA 10214/2018, de 23 de julio de 2018
5. Resumen y conclusiones
 - 5.1. Resumen
 - 5.2. Conclusiones
6. Anexo legislativo
 - 6.1. Normativa comunitaria
 - 6.2. Normativa estatal
 - 6.3. Normativa autonómica

Referencias bibliográficas

1. Las subvenciones y la dificultad de su simplificación administrativa

En el contexto del actual Derecho administrativo, en general, y la administración de la empresa, en particular, las subvenciones públicas han ido cobrando relevancia creciente, cuantitativa y, sobre todo, cualitativamente. Aunque, según los datos del Anuario de Administraciones Públicas que elabora Axesor¹, en 2017 las ayudas totales cayeron el año pasado un 41,7% y se situaron en 2.358 millones de euros, el nivel más bajo de la presente década (las pymes percibieron 1.049 millones de euros, el 44% del total), la Guía dinámica de ayudas e incentivos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad², que ofrece información sobre ayudas e incentivos para la creación de empresas con plazo de solicitud abierto, a fecha 31 de enero de 2019 recoge más de 100 convocatorias de subvenciones en el ámbito nacional convocadas por la Administración General del Estado, Administraciones autonómicas, Administraciones locales y otros organismos públicos.

En paralelo con lo anterior, no hay estudio y/o encuesta sobre esta materia que no muestre los altos porcentajes que la demanda de ayudas públicas suscita por parte de los empresarios, sobre todo los más jóvenes. Como muestra representativa, baste recordar que, según la II Encuesta Adecco Jóvenes Emprendedores (2015)³, más de 9 de cada 10 jóvenes españoles (92%) consideran que no existen suficientes ayudas públicas para financiar nuevos proyectos empresariales frente al 8% que cree que sí. Asimismo, 3 de cada 4 encuestados opinan que son necesarias más ayudas económicas por parte de las Administraciones públicas para emprender.

Asimismo, cuando expresan su opinión o grado de satisfacción con los incentivos públicos existentes, los empresarios invariablemente también suelen mostrar su descontento o insatisfacción al respecto debido a la dificultad para su acceso, por lo que resulta ya tautológico hablar de complejidad, dificultad y burocracia al referirnos a las subvenciones (sus

¹ Recuperado el 11 de marzo de 2019 de https://www.axesor.es/docs/default-source/estudios/anuario_aapp_2017.pdf.

² Recuperado el 31 de enero de 2019 de <http://www.ipyme.org/es-ES/GuiasDinamicas/Paginas/GuiaGeneral.aspx>.

³ Recuperado el 24 de enero de 2019 de <https://adecco.es/wp-content/uploads/notas-de-prensa/661.pdf>.

distintas convocatorias, pero también sus distintos procedimientos de solicitud, justificación y desembolso), lo que hace del uso y disfrute de las ayudas públicas un mundo esotérico solo reservado para iniciados. Tampoco escapan a este tópico los discursos públicos que, mientras por un lado apelan al incremento y refuerzo del estricto cumplimiento del Derecho administrativo y de la norma preceptiva de aplicación, por otro, y al mismo tiempo, abogan por la simplificación, agilización y eliminación de trámites. Así, son numerosas (y contradictorias muchas veces) las iniciativas que pretenden la difícil tarea de conciliar ambos supuestos, muchas veces irreconciliables aunque, paradójicamente, proliferan los intentos de mejora de los procedimientos administrativos y la agilización del procedimiento de las bases reguladoras de las subvenciones mediante la genérica apelación a su «simplificación»⁴.

Establecido lo anterior, no deja de resultar llamativo que, en las distintas normas reguladoras de las ayudas y subvenciones públicas, sigan apareciendo, con carácter de obligación, determinados requisitos a cumplir cuya indeterminación taxativa, lejos de ayudar a la pregonada simplificación, aumenta su complejidad y, lo que es más importante, se convierte en fuente de inseguridad jurídica para las posibles beneficiarias de los incentivos públicos. Entre dichas obligaciones, el cumplimiento del denominado «efecto incentivador de la inversión» es ejemplo paradigmático.

2. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (1998-2013)

En puridad, no puede afirmarse que el tal efecto incentivador a la inversión vinculado a las ayudas a las pymes⁵ sea algo novedoso. Ya desde el año 1998 las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional correspondientes al periodo 2000-2006 establecían su definición, aunque de manera muy vaga y escueta (punto 4.2 *in fine*), entendida esta como la obligación de que «los regímenes de ayudas deben establecer que

⁴ Como simple muestra, y para el caso de Andalucía, baste citar el Decreto 282/2010. Este, sustentándose en la «utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos», por un lado, y en el empleo sistemático de las declaraciones responsables a suscribir por las personas solicitantes relativas al cumplimiento de los requisitos establecidos, en lugar de la presentación masiva de los documentos acreditativos por todas las personas interesadas en el momento inicial del procedimiento, por otro, intenta dar cumplida respuesta a los anhelos y ansias de claridad y simplicidad demandados por todas las partes concernidas.

⁵ Dos apostillas metodológicas: 1. A los efectos aquí pretendidos, se entiende por pyme lo establecido en el Anexo I del Reglamento (UE) 651/2014; 2. Asimismo, en el presente trabajo nos centraremos en las ayudas a la inversión a las pymes. Bajo otra consideración y tratamiento, que no son los que nos interesa aquí, se situarían las ayudas a las no pymes y a las actividades de I+D+i y medioambiente, en los que el concepto de efecto incentivador debe demostrarse, según determinados y tasados indicadores.

la solicitud de la ayuda se presente antes del *inicio de la ejecución de los proyectos*»⁶. Esta vaguedad terminológica ni siquiera se trasladó, paradójicamente, al Reglamento (CE) 994/98 que no recoge referencia alguna sobre el efecto incentivador de la inversión (ni sobre la solicitud de la ayuda ni sobre el inicio de los proyectos)⁷.

Como ha quedado expuesto, el referente normativo comunitario respecto a esta obligación se limitaba a fijar la existencia de dos momentos procedimentales distintos, que se concretaban en dos fechas también distintas: el de la solicitud de la ayuda ante la administración correspondiente, por un lado, y el del inicio de la ejecución de los proyectos, de la inversión, por otro, debiendo ser *prior in tempore* el primero para poder ser incentivado el proyecto. Así, ya desde su primera formulación normativa, desde las instancias comunitarias, nos encontramos ante dos hechos que marcarán el devenir de toda la futura controversia jurídica a este respecto: la prohibición de actuar por parte de la pyme *ante tempus* y la evidente falta de concreción conceptual, la indeterminación, de dicho mandato (¿qué debe entenderse, en la práctica mercantil y contable, por tal «inicio de la ejecución» de los proyectos?) que acabará contaminando la legislación y su interpretación por parte de los Estados miembros (en sus distintos ámbitos territoriales), vía su transposición y aplicación concreta y práctica.

Y es que, evidentemente, una vez establecido el marco general de actuación, y como no podía ser de otra manera dado el principio de jerarquía normativa imperante, todas las distintas regulaciones a escala inferior a la comunitaria vinculadas a la concesión de ayudas y/o subvenciones a pymes debieron incorporar en su corpus legislativo dicha exigencia y obligación⁸.

Verbigracia, y por lo que atañe concretamente a Andalucía, el Decreto 24/2001, en su artículo 7.1 c) sobre requisitos de los proyectos subvencionables, establecía que «los proyectos no podrán estar *iniciados* antes de la fecha de presentación de la *solicitud de la ayuda*». Se comprueba que, en la incorporación al corpus normativo andaluz de la exigencia comunitaria, el legislador ha apostado por seguir fielmente las anteriores directrices, mante-

⁶ Salvo referencia expresa en contrario, todos los destacados en cursiva son nuestros.

⁷ Aunque no sea este el lugar más adecuado para ello, recordamos que mientras los reglamentos son actos jurídicos que se aplican de manera automática y uniforme en todos los países de la UE desde su entrada en vigor, sin necesidad de incorporación al Derecho nacional, es decir, son obligatorios, en todos sus elementos, en los Estados miembros; las directrices (o directivas) imponen a los Estados miembros de la UE la consecución de un determinado resultado, dándoles libertad para elegir los medios. Para alcanzar los objetivos fijados por cada directiva, los países de la UE deben adoptar medidas que permitan incorporarla al Derecho nacional mediante la transposición (Fuente: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_es). Según el principio de jerarquía normativa los primeros prevalecen sobre las segundas.

⁸ Resaltamos aquí que, en el ámbito nacional, ni la Ley General de Subvenciones ni su reglamento de aplicación recogen referencia alguna respecto al efecto incentivador.

niéndose tanto la mención expresa a los dos momentos procedimentales de referencia (el inicio de los proyectos y el de la solicitud de la ayuda) como la indeterminación conceptual y descriptiva respecto al *dies a quo*. Sorprende, eso sí, la supresión de toda mención a «la ejecución» de los proyectos, quedando una genérica vinculación a su «inicio», referencia esta que tiende a añadir confusión a la indeterminación originaria.

Enmarcada normativamente en el anterior decreto según el principio de jerarquía normativa, se publica la Orden de 24 de mayo de 2005, prorrogada y modificada por la Orden de 19 de septiembre de 2006. En esta convocatoria de ayudas, el cumplimiento del efecto incentivador se residencia en el apartado de «Documentación de carácter genérico», concretamente en su artículo 18.1.1.5, vinculándose a la simple acreditación por parte de la pyme beneficiaria de una «declaración de *no haber iniciado* la inversión o gasto objeto de la incentivación».

Lo anterior, lejos de seguir el mandato normativo del decreto andaluz (y de las directrices comunitarias), supone un cambio cualitativo y, si cabe, una mayor incertidumbre operativa e inseguridad, ya que, aparte de continuar la indefinición jurídica sobre qué debe entenderse por tal inicio, introduce como elemento central de la carga de la prueba una mera declaración, que ha de suponerse *pro domo sua*, de la beneficiaria en lugar de la certeza del registro de fecha de entrada de la solicitud. Asimismo, llama la atención que dicha declaración (considerada como de «carácter genérico» por la convocatoria) no establezca una fecha concreta (el *dies a quo*) a partir de la cual declarar (y dar por cumplida, o no), la citada obligación.

Sentado el precedente, en 2006 se vino a consolidar la importancia del efecto incentivador de la inversión al volver a recogerse *in extenso* en las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013. En concreto, es en su punto 38 donde se indicaba que

es importante garantizar que las ayudas regionales produzcan verdaderos efectos de incentivación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas. Por ello, únicamente podrán concederse ayudas con arreglo a regímenes de ayuda cuando el beneficiario haya presentado una *solicitud de ayuda* y la autoridad responsable de la administración del régimen haya *confirmado por escrito* que, en espera de una verificación detallada, el proyecto cumple en principio las condiciones de elegibilidad establecidas en el régimen antes de *iniciarse los trabajos en el proyecto*. Todos los regímenes de ayuda recogerán una referencia expresa a ambos requisitos.

La novedad, que a algunos pasó desapercibida, de las nuevas directrices comunitarias respecto a las inmediatamente anteriores se establecía a dos niveles: respecto al primero, de índole más formal, puede observarse que ahora toda la configuración del cumplimiento del citado efecto incentivador se residenciaba ya no en torno a dos conceptos/fechas, sino a tres, complementarios pero claramente distintos: por un lado, la «solicitud de ayuda» entendida

como registro de entrada administrativo de la solicitud del proyecto o iniciativa empresarial; por otro, vinculado al anterior y también como elemento fehaciente, público y notorio que marca el que debe ser el comienzo, a nivel administrativo y a efectos de subvencionabilidad, del proyecto empresarial, la «comunicación por escrito» del órgano administrativo a la empresa de la solicitud y la confirmación apriorística de la posible incentivabilidad de su proyecto empresarial; en tercer lugar, «el inicio de los trabajos», como elemento no fehaciente, no público y no notorio, de la fecha real de comienzo, a nivel empresarial, del proyecto a incentivar.

Con ser importante lo indicado, la novedad de índole más conceptual o de fondo, de las nuevas directrices se residenciaba en su nota al pie número 40 en la que, como aclaración *ad hoc*, se explicitaba que «por “*inicio de los trabajos*” se entiende, o bien el *inicio de los trabajos de construcción*, o bien el primer *compromiso en firme* para el pedido de equipos, con exclusión de los estudios previos de viabilidad».

La trascendencia de la citada nota al pie era doble: en primer lugar, se consagraba en el corpus normativo comunitario referente a las ayudas a las empresas de una distinta tipología en relación con la demostración del efecto incentivador de la inversión, según su distinta naturaleza: bienes inmuebles y bienes muebles de equipo. Para los primeros, rige el momento de su construcción, mientras que para los segundos se daba carta de naturaleza al concepto de compromiso en firme como elemento vertebrador y nuclear (pero también indeterminado) de su efecto incentivador. Quedan excluidos expresamente de esta obligación los estudios de viabilidad previos a toda inversión a realizar y a incentivar.

Las directrices no parecen establecer ni una relación ni una prelación temporal entre ambos tipos de bienes, configurándose a modo de compartimentos estancos sin posibilidad de confusión ni solapamiento. Como si el proyecto de inversión pudiera ser dividido en partes distintas y a cada una le deba ser aplicada su propio efecto incentivador. La trascendencia de esto se fundamenta en la posibilidad de aplicar, o no, el llamado principio de proporcionalidad y considerar contaminado (y, por lo tanto, sin posibilidad de ser subvencionado) el proyecto en su totalidad o solo el bien correspondiente, inmueble o mueble, afectado por el posible incumplimiento.

En segundo lugar, y una vez delimitado tipológicamente el ámbito referencial del efecto incentivador, en cambio no quedaba fijada taxativamente, sea cual sea la tipología, su concreción documental práctica, por lo que, en el ámbito de la realidad empresarial y mercantil se seguía manteniendo una indeterminación que podría, como así ha sido, ser fuente de inseguridad jurídica y controversia administrativa y judicial para el uso y disfrute de las subvenciones públicas y, llegado el caso, su posible reintegro, con las repercusiones económicas y empresariales que esto implica.

Al contrario que en el marco de programación anterior, el efecto incentivador de la inversión encontró su refrendo normativo en el Reglamento (CE) 1628/2006. En su punto 16, una vez reconocida su importancia, se establece que

antes de que dé comienzo el trabajo sobre el proyecto objeto de la ayuda, las autoridades responsables deben *confirmar por escrito* que el proyecto cumple a primera vista las condiciones de subvencionabilidad. La confirmación por escrito debe incluir la comunicación por telefax o por correo electrónico.

Asimismo, y aunque se ha sustituido en la redacción del reglamento la mención al «inicio» de las directrices por el de «comienzo», su artículo 2.1 j) define el tal inicio de manera ligeramente distinta a lo recogido en las correspondientes directrices: «*el comienzo del trabajo de construcción o el primer compromiso que obliga legalmente a realizar un pedido de equipamiento, el que tenga lugar en primer lugar, excluidos los estudios de viabilidad previos*».

Por último, el artículo 5.1 (necesidad de la ayuda) establece que:

el presente reglamento solo declarará exenta la ayuda concedida en virtud de regímenes de ayuda regional a la inversión si, *antes del comienzo de la ejecución del proyecto*, el beneficiario ha presentado una *solicitud de ayuda* [...], la autoridad responsable de la gestión del régimen ha *confirmado por escrito* que, sujeto al resultado final derivado de una verificación detallada, el proyecto cumple las condiciones de subvencionabilidad establecidas en el régimen. Una referencia expresa a ambos requisitos también deberá incluirse en el régimen de ayuda. Si el *trabajo comienza antes* que se cumplan las condiciones fijadas en el presente artículo, la totalidad del proyecto no podrá obtener ayuda regional.

De lo reglamentado, se comprueba que desaparece la separación establecida en las directrices según el tipo de bien a incentivar y, por tanto, se excluye toda posibilidad de aplicación del principio de proporcionalidad, lo que introduce una importante valoración cuantitativa de la importancia del efecto incentivador, pues «*la totalidad del proyecto*» no podrá ser incentivado si se incumpliera. Asimismo, para los bienes de equipo se sustituye el concepto de compromiso en firme por el de todo aquel compromiso que genere obligación legal de realizar un pedido para su adquisición. Por último, se consagra una estructura trimembre de configuración formal de esta obligación: solicitud, escrito a la solicitante y comienzo/inicio de los trabajos.

Por lo que atañe concretamente a Andalucía, el nuevo marco normativo de referencia a este respecto se plasmó en el Decreto 21/2007. Concretamente, es en su artículo 8 c) sobre requisitos de los proyectos subvencionables, donde se establece que

los proyectos deberán *cumplir con las normas sobre el efecto de incentivación de la inversión*. Para ello se requerirá el cumplimiento de dos condiciones antes del *comienzo de los trabajos* en el proyecto: 1. Que el beneficiario haya presentado una *solicitud de ayuda* y 2. Que la autoridad nacional competente *confirme por escrito* que el proyecto, en principio, puede recibir la ayuda con arreglo al régimen.

De este artículo, podemos resaltar que: 1. Se sigue el esquema de las directrices y del reglamento comunitarios y se configura una trimembre estructura procedimental (solicitud, escrito de confirmación y comienzo o inicio de los trabajos); 2. No se traslada a la norma andaluza ni el concepto de compromiso en firme, ni el de compromiso que obligue legalmente, como definición de comienzo/inicio, consolidándose aún más la inconcreción documental de lo que debe entenderse por tal comienzo/inicio: cómo definirlo y concretarlo a nivel práctico empresarial.

Enmarcada en este decreto, se publica la Orden de 19 de abril de 2007. En esta, el efecto incentivador se recoge expresamente en su artículo 17.5:

Los proyectos no podrán estar iniciados antes de la presentación de la solicitud. Además de lo anterior, en los supuestos de solicitudes de incentivos para proyectos de inversión, se notificará al solicitante fehacientemente, que el proyecto de inversión sujeto al resultado final derivado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en la presente convocatoria para ser considerado incentivable. [...] Estos proyectos no podrán iniciarse hasta no haber recibido dicha comunicación.

Como se observa, la orden recoge expresamente lo establecido en el decreto (aunque ahora vuelve a sorprender la sustitución en la Orden del término «comienzo» por el de «inicio»). No obstante, y a modo de resumen, en ambos textos legales se echa en falta la inclusión de las aclaraciones recogidas en los textos comunitarios (bien la nota al pie n.º 40 de las directrices, bien el artículo 2.1 j) del reglamento) apostando el legislador andaluz por la simple enumeración expositiva de los tres momentos procedimentales a tener en cuenta, sin definirse nada respecto a lo que debe entenderse por inicio o comienzo.

El Decreto 21/2007 fue actualizado y modificado por el Decreto 394/2008. Su artículo 7.1 c) establecía que

los proyectos deberán cumplir con las normas sobre el efecto de incentivación de la inversión. Para ello se requerirá el cumplimiento de dos condiciones siguientes antes del comienzo de los trabajos en el proyecto: i. Que el beneficiario haya presentado una solicitud de ayuda y ii. Que la autoridad competente confirme por escrito que el proyecto, en principio, puede recibir la ayuda con arreglo al presente régimen.

Como se comprueba, se sigue manteniendo el espíritu del anterior decreto, tanto por lo que se refiere a los tres momentos procedimentales a tener en cuenta, como por el mantenimiento de la indefinición sobre lo que debe entenderse prácticamente por comienzo de los trabajos.

Publicado el anterior, las nuevas y distintas convocatorias regionales de ayudas a la inversión para pymes establecieron distintas fórmulas para recoger la exigencia normativa del mencionado efecto incentivador de la inversión. Así, la Orden de 9 de diciembre de 2008

indicaba en su artículo 17.2 *in fine* que «los proyectos *no podrán estar iniciados antes de la presentación de la solicitud*».

Asimismo, su artículo 17.5 establecía que

en los proyectos ligados a la realización de una inversión además se les notificará que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en la convocatoria para poder ser considerado incentivable y que ello no prejuzga el sentido de la resolución que se adopte. Estos proyectos no podrán iniciarse hasta no haber recibido dicha comunicación.

Con posterioridad a esta, la Orden de 18 de enero de 2012 establecía dentro de los requisitos de los proyectos a incentivar (artículo 3.1 c) que

aquellos que supongan la realización de inversiones no podrán iniciarse hasta que se haya notificado por escrito al solicitante que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en estas bases reguladoras para poder ser considerado incentivable, sin que ello prejuzgue el sentido de la resolución que finalmente se adopte [...]. El resto será susceptible de incentivarse siempre que los mismos no se hubiesen iniciado antes de la fecha de la presentación de la solicitud.

Como se ve, las Órdenes de 2008 y 2012 trasladan lo establecido a estos efectos en el decreto regulador base, continuándose con la configuración trimembre procedimental y manteniéndose la indeterminación sobre la concreción práctica, fehaciente y documental del inicio de las inversiones, elemento fundamental a dilucidar.

En resumen, en el periodo 1998-2013, y tras la aparición en el marco legal comunitario (y español y andaluz) del denominado efecto incentivador de la inversión como nueva obligación con carácter de prohibición para las ayudas a las pymes, su evolución terminó configurándose en torno a tres momentos procedimentales distintos (solicitud de ayuda, notificación por escrito a la solicitante e inicio o comienzo de la inversión), de los que los dos primeros no parecen prestarse a controversia alguna al ser públicos, notorios y fehacientes, centrándose la indeterminación conceptual y jurídica en el tercero, solo matizada esta, a nivel comunitario, por su vinculación conceptual al comienzo de la construcción, por un lado, y a lo que se denomina compromiso en firme o compromiso que genere obligación legal para la realización de un pedido, por otro.

Evidentemente, y fundamentado en lo anterior, parece claro que un nuevo corpus normativo (comunitario, pero también estatal y autonómico) debiera intentar centrarse en la definición y determinación de este tercer *momentum*, para su pacífica interpretación por parte de los actores intervinientes y como medio cierto, veraz y verificable de determinar el cumplimiento o incumplimiento del efecto incentivador de la inversión por la pyme.

3. El efecto incentivador de la inversión en la normativa comunitaria y las ayudas a la inversión de las pymes en Andalucía (2014-2020)

Como continuación y actualización de las anteriormente existentes, en 2013 se publicaron las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020. Sobre el marco regulatorio anterior, y respecto al asunto que nos ocupa, ya en el mismo punto introductorio número 8 se afirma que era necesario «un examen más profundo del efecto incentivador»⁹.

Desde lo anterior, y al centrarse el texto en los regímenes de ayuda a la inversión, precisamente los que nos conciernen en el presente artículo¹⁰, se indica que:

Los trabajos de una inversión individual solo pueden comenzar después de presentar el formulario de solicitud de ayuda. Si los trabajos comienzan antes de presentar el formulario de solicitud de ayuda, toda ayuda concedida en relación con esa inversión individual se considerará que no es compatible con el mercado interior.

Así, la nueva regulación, aun entroncando directamente con la axiomática anterior, establece ahora la precisión del «después», adverbio temporal que incide en el no comienzo «antes» de los trabajos a realizar y a incentivar. A mayor abundamiento, cuando las nuevas

⁹ Como consecuencia de dicho examen, lo primero que llama la atención es que, en su punto 26 d), la nueva regulación vincula, con carácter general, el efecto incentivador a que

la ayuda debe *cambiar el comportamiento de la empresa* o empresas en cuestión de tal manera que estas emprendan una actividad complementaria que no realizarían sin la ayuda, o que realizarían de una manera limitada o diferente o en otro lugar.

Abundando en esto, en el nuevo marco regulatorio europeo se le dedica a dicho efecto un tratamiento singular y exclusivo (punto 3.5) por el que se viene a establecer que:

La ayuda de finalidad regional solo podrá ser considerada compatible con el mercado interior si tiene un efecto incentivador. Existe un efecto incentivador cuando la *ayuda cambia el comportamiento de una empresa* de modo que esta emprenda una actividad adicional que contribuya al desarrollo de una zona, actividad que no habría realizado sin la ayuda, o que solo habría emprendido de una manera limitada o diferente o en otro lugar. Si la ayuda *no modifica la conducta del beneficiario* estimulando la inversión (adicional) en la zona en cuestión, puede considerarse que la misma inversión se produciría en la región incluso sin la ayuda. Dicha ayuda carece de efecto incentivador para lograr el objetivo regional y no puede autorizarse como compatible con el mercado interior.

¹⁰ Normativamente, las nuevas directrices configuran distintas tipologías de ayuda, aparte los regímenes de ayuda a la inversión: las ayudas a las no pymes, las de inversión individual notificada y los regímenes de ayudas de funcionamiento. Respecto a las primeras, «no es probable que tenga un efecto incentivador» (punto 15 de las directrices); las segundas, por su importe no tienen cabida en los regímenes de ayuda de finalidad regional a la inversión; los últimos, no se configuran como ayudas para reducir los gastos corrientes de una empresa que no están relacionados con una inversión.

directrices recopilan su marco de «definiciones» (punto 20 v) establecen la de inicio de los trabajos y lo definen como:

o bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, o bien el *primer compromiso en firme* para el pedido de equipos u *otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior*; la compra de terrenos y los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad no se consideran el inicio de los trabajos; en el caso de los traspasos, “inicio de los trabajos” es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

A nuestro parecer, el nuevo marco regulatorio comunitario viene a: 1. Otorgar mayor importancia y relevancia jurídica al efecto incentivador, reconociéndose que era necesario «un examen más profundo» respecto al periodo anterior (¿dada su indeterminación conceptual?); 2. Se establece una nueva estructura procedimental, ya no trimembre sino bímembre: desaparece la obligación de la confirmación por escrito del órgano administrativo a la pyme beneficiaria, vinculándose la prueba del efecto incentivador a solo dos instantes: por un lado, la fecha de la solicitud de la ayuda; y, por otro y en comparación a esta, la fecha del inicio de los trabajos o primer compromiso en firme y, esto es novedad respecto al marco anterior, a cualquier otro compromiso que haga la inversión irreversible. Es decir, se otorga mayor relevancia al que podemos denominar ahora compromiso en firme y/o irreversible. Además, se sigue manteniendo la doctrina de la no aplicación del principio de proporcionalidad, considerándose afectada la totalidad de la ayuda pública involucrada en el posible incumplimiento. Como novedad, y aparte los estudios previos de viabilidad, se exoneran de esta obligación y cautela los terrenos y, aunque de algún modo ya quedaban incluidos por analogía en los de viabilidad, los trabajos preparatorios de la inversión (permisos, licencias, etc.).

Tras las directrices, se publicó el Reglamento (UE) 651/2014. El efecto incentivador de la inversión aparece expresamente tratado tanto en su punto 5: «las condiciones generales de aplicación del presente reglamento deben definirse sobre la base de un conjunto de principios comunes que garanticen que las ayudas contribuyen a un objetivo de interés común, tienen un efecto incentivador claro [...]», como en su punto 18: «si el *trabajo en el proyecto o actividad subvencionados empieza después* de que el beneficiario haya presentado por escrito una *solicitud de ayuda*» y, sobre todo, en su artículo 2.23 (definiciones) donde se define inicio de los trabajos como

o bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, o bien el *primer compromiso en firme* para el pedido de equipos u *otro compromiso que haga la inversión irreversible, si esta fecha es anterior*; la compra de terrenos y los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad no se consideran el inicio de los trabajos; en el caso de los traspasos,

sos, inicio de los trabajos es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

Asimismo, el artículo 6 (efecto incentivador) establece que: «se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, *antes de comenzar a trabajar en el proyecto o actividad*, el beneficiario ha presentado por escrito una *solicitud de ayuda* al Estado miembro de que se trate».

Como se comprueba, el Reglamento consolida la línea programática ya introducida en las nuevas directrices: se simplifican los momentos procedimentales a dos (solicitud e inicio), se refuerza la vinculación del compromiso en firme a su irreversibilidad y no a la obligación legal de la realización de un pedido y se mantiene la indeterminación conceptual de la concreción de qué debe entenderse como tal irreversibilidad, desde el punto de vista de la práctica empresarial y mercantil.

Consecuencia del nuevo contexto normativo comunitario (pero no andaluz, ya que seguía vigente el Decreto 394/2008), entra en vigor la Orden de 27 de junio de 2013. El nuevo marco de ayudas, basándose, tal y como expresamente afirma en su preámbulo, en las nuevas Directrices de ayudas regionales 2014-2020, en su artículo único 2.Dos modifica la anterior orden y establece respecto a los proyectos de las pymes a incentivar que:

aquellos que supongan la realización de inversiones *no podrán iniciarse hasta que se haya notificado por escrito* al solicitante que el proyecto, sujeto al resultado de una verificación detallada, cumple en principio las condiciones establecidas en estas bases reguladoras para poder ser considerado incentivable, sin que ello prejuzgue el sentido de la resolución que finalmente se adopte; todo ello, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 c) del Decreto 394/2008. El resto será susceptible de incentivarse siempre que los mismos *no se hubiesen iniciado antes de la fecha de presentación de la solicitud*, situación sobre la que aportarán una *declaración expresa responsable*.

Se entenderá por inicio de las inversiones, inicio del proyecto o inicios de los trabajos, o bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, o bien el *primer compromiso en firme* para el pedido de equipos. Los trabajos preparatorios, como la realización de estudios previos de viabilidad, no se considerarán inicio de las inversiones, inicio del proyecto o inicio de los trabajos.

En el caso de que los proyectos se hubieran iniciado antes de haberse cumplido las condiciones establecidas en el primer párrafo de este subapartado, la totalidad del proyecto no podría optar a la ayuda.

Pero lo más significativo se recoge en su punto Cuatro, por el que se modifica el artículo 16, incluyendo un nuevo apartado d) con la siguiente redacción:

Una vez *recibida la comunicación* indicada en el apartado anterior el *solicitante deberá acreditar*, en el trámite procedimental previsto en el artículo 21 (Documentación), *que el proyecto no se ha iniciado antes de la fecha de recepción de la misma* mediante una *declaración responsable de no inicio de las inversiones*. (Se) *deberá constatar de forma fehaciente*, a través de un *acta de comprobación*, acompañada de fotografías del lugar donde va a ejecutarse el proyecto, el *no inicio de las actividades proyectadas* por el solicitante.

Dado que la nueva convocatoria de ayudas, aun fundamentándose en las nuevas directrices comunitarias, sigue entroncando jurídicamente con el Decreto 394/2008, se producen incongruencias manifiestas: mientras, por un lado, se sigue manteniendo la antigua estructura del triple momento procedimental (modificada, como hemos visto, por el nuevo marco regulador europeo), por otro, y por primera vez en una orden reguladora de ayudas andaluzas a las pymes, se da carta de naturaleza oficial al concepto de compromiso en firme vinculado al de efecto incentivador, aunque este en la orden no se vincule expresamente al compromiso que haga la inversión irreversible. Pero lo más significativo es la innovación de la norma andaluza a este respecto con la introducción *ad probationem* de un nuevo elemento documental para el solicitante de la ayuda: la declaración responsable de no inicio a través de su constatación fehaciente mediante un acta de comprobación. Esto, como se puede entender, lejos de apaciguar el debate y la controversia, los avivaban. Por no entrar en que, lejos de aportar simplicidad al trámite, esto supone un alto grado de complejidad para el solicitante pyme.

Hasta tal punto lo anterior que, menos de un año después, la Orden de 1 de abril de 2014, en su introducción, reconoce expresamente que:

teniendo en cuenta que la modificación introducida en el artículo 16 de la citada Orden de 18 de enero de 2012 por lo dispuesto en el apartado cuatro de la Orden de 27 de junio de 2013, *plantea dificultades de cumplimiento* respecto a la visita, acta de comprobación y fotografías que deben efectuarse en proyectos en los cuales las *inversiones previstas consistan en la adquisición de bienes de equipo, equipamiento e incluso activos inmateriales* ya que la inexistencia de los mismos no estaría basada en hechos constatables, sino, a lo sumo, en una declaración responsable del solicitante en presencia del personal técnico del órgano gestor sin que este pueda llevar a cabo actuación alguna, se hace necesario volver a modificar el citado apartado para *añadir tales tareas de comprobación solo a los proyectos que contemplen inversiones ligadas a la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles*.

Y en su artículo único.Dos, establece que:

una vez *recibida la comunicación* indicada en el apartado anterior el solicitante deberá acreditar, en el trámite procedimental previsto en el artículo 21 (Documen-

tación), que las *inversiones del proyecto no se han iniciado antes de la fecha de recepción de la misma* mediante una declaración responsable de no inicio de las *inversiones* según el modelo que le será entregado con la notificación de la comunicación indicada. Además, en los casos de los *proyectos que contemplen la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles*, se *deberá constatar de forma fehaciente, a través de un informe de comprobación*, acompañada de fotografías del lugar donde va a ejecutarse el proyecto, el *no inicio de las inversiones proyectadas* por el solicitante.

Esta nueva orden sigue manteniendo el espíritu de la anterior: tres momentos procedimentales, la declaración responsable de no inicio para las inversiones en bienes de equipo y, como novedad, el acta de no inicio se sustituye por un informe de comprobación y se vincula su necesidad solo a los bienes inmuebles. Por otra parte, se mantiene el silencio sobre la definición del concepto de compromiso en firme vinculado al de efecto incentivador.

En aplicación concreta de lo establecido en las nuevas normas comunitarias a Andalucía, el Decreto 114/2014, en su parte expositiva, ya viene a reconocer que «el efecto incentivador es un requerimiento esencial con el que han de cumplir las ayudas previstas en el Decreto» para, a continuación (artículo 6 c), establecer como requisito de los proyectos incentivables que «la ayuda deberá tener un efecto incentivador».

Tal es la relevancia que en el nuevo marco regulador andaluz se le otorga al efecto incentivador que el nuevo decreto le reserva la totalidad del artículo 7. Y así, su apartado 2 establece expresamente que

se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, antes de que se produzca el *inicio de los trabajos*, el beneficiario ha presentado por escrito una *solicitud de ayuda* que deberá contener al menos: nombre y tamaño de la empresa; descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización; ubicación del proyecto; lista de costes del proyecto; forma del incentivo e importe de la ayuda necesaria para el proyecto.

Antes de lo anterior, y como complemento necesario, el artículo 2.14 ha definido lo que debe entenderse por «inicio de los trabajos»:

bien el *inicio de los trabajos de construcción* en la inversión, bien el primer *compromiso en firme* para el pedido de equipos u otro *compromiso que haga la inversión irreversible*, si esta fecha es anterior. No se consideran inicio de los trabajos ni la compra de terrenos, ni los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad. En el caso de los traspasos, inicio de los trabajos es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

A diferencia de las Órdenes de 2013 y 2014, el Decreto de ayudas ya bebe directamente tanto de las directrices como del reglamento comunitarios, estableciendo normativamente el doble momento procedimental de referencia y dando entrada en la legislación andaluza a los conceptos de compromiso en firme y/o compromiso que haga la inversión irreversible.

Ya encuadrada en el anterior decreto, la Orden de 19 de febrero de 2015 establece expresamente (artículo 6.2) lo siguiente:

se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, *antes de que se produzca el inicio de los trabajos*, el solicitante ha presentado una *solicitud de ayuda* que deberá contener al menos: nombre y tamaño de la empresa; descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización; ubicación del proyecto; lista de costes del proyecto; forma del incentivo e importe de la ayuda necesaria para el proyecto.

Como puede comprobarse, a estos efectos se sigue manteniendo la estrategia ya conocida de vincular «efecto incentivador» con «inicio de los trabajos» y este con «fecha de solicitud». No obstante, y en desarrollo de lo anterior y, sobre todo, como novedad más significativa a este respecto en todo el corpus normativo regional, el artículo 6.3 de la citada orden (apartándose, eso sí, de las normas superiores) por primera vez concreta lo que debe entenderse como tal y concreto «inicio de los trabajos»:

en relación con el inicio de los trabajos, se considerará que los *trabajos se encuentran iniciados cuando* se constate, en la fase de análisis o de justificación, *la existencia de contratos anteriores a la fecha de solicitud o de facturas, recibos, pedidos, albaranes de entrega, créditos/deudas o compromisos en firme entre el solicitante/beneficiario y un tercero que consten debidamente documentados, estén fechados con anterioridad a la fecha de solicitud, que hayan sido pagados o cumplidos total o parcialmente, o constituyan una deuda dineraria líquida, vencida y exigible o una obligación de dar o hacer susceptible de reclamarse judicialmente.*

Asimismo, su artículo 17.2. establece que:

una vez presentada la *solicitud*, el solicitante deberá acreditar, en el trámite procedimental previsto en el artículo 22 (Documentación) que las *inversiones* o, en su caso, las nuevas contrataciones de personal *no se han iniciado antes de la fecha de presentación de la misma*, bien mediante *declaración expresa responsable de no inicio de las inversiones* para proyectos que únicamente contemplen inversiones en bienes de equipo, equipamientos, intangibles y, en su caso, nuevas contrataciones de personal o la contratación de servicios, o bien mediante *acta notarial de presencia de no inicio* de proyectos para aquellos que contemplen la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles. El acta notarial de presencia deberá realizarse con fecha posterior a la de la solicitud de la ayuda y debe-

rá presentarse en documento original debiendo, en su caso, incluir fotografías que reflejen claramente el estado del lugar donde se van a ejecutar tales inversiones.

De dicho articulado bien puede afirmarse que, con la completa taxonomía introducida, el legislador andaluz, apostando por el *quod abundant non nocet*, da un salto cualitativo en la interpretación legal del denominado efecto incentivador de la inversión según las dos fechas referenciales contempladas (solicitud e inicio). No solo esto. Estableciendo una enumeración exhaustiva limita las posibilidades de controversia, fijando fehacientemente el ámbito de los supuestos concretos a considerar bajo la rúbrica genérica del inicio de los trabajos (aunque, eso sí, sigue sin concretarse el alcance del concepto compromiso en firme y no se da cabida expresa, aunque sí tácita, al de compromiso irreversible, siempre sujetos a distintas interpretaciones, aunque se circunscribe su validez a «su constancia documental»).

Por otro lado, sorprende que, también alejándose de normas de rango superior, se mantenga el uso de la declaración expresa responsable de no inicio (bienes muebles, empleo y servicios) y/o el acta notarial de presencia de no inicio (bienes inmuebles), documentación que puede ser considerada redundante y que añade complejidad (y encarece por la preceptiva presencia notarial) al trámite administrativo.

Por último, y la más cercana en el tiempo, se publica la Orden de 5 de junio de 2017 (prorrogada según Resolución de 20 de noviembre de 2018, BOJA n.º 251, de 31 de diciembre), por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2017-2020 (BOJA n.º 108, de 8 de junio).

De acuerdo a la anterior, el artículo 5.1 d) establece como uno de los requisitos de los proyectos a incentivar que estos deben «cumplir que la ayuda solicitada tiene efecto incentivador». A este respecto, se remite a la definición que a tal efecto se efectúa en la misma norma (anexo V.3):

se considerará que las ayudas tienen un efecto incentivador si, *antes de que se produzca el inicio de los trabajos, el beneficiario ha presentado una solicitud de ayuda* que deberá contener al menos el nombre y tamaño de la empresa, la descripción del proyecto, incluidas sus fechas de inicio y finalización, la ubicación del proyecto, la lista de costes del proyecto, la forma del incentivo y el importe de la financiación pública necesaria para el proyecto.

Lo anterior se completa con la definición de «inicio de los trabajos» (anexo V.15):

bien el inicio de los trabajos de construcción en la inversión, bien el primer *compromiso en firme* para el pedido de equipos u otro *compromiso que haga la inversión irreversible*, si esta fecha es anterior a la fecha de la presentación de la solicitud.

No se considerará “inicio de los trabajos”, ni la compra de terrenos, ni el arrendamiento de bienes inmuebles, ni los trabajos preparatorios como la obtención de permisos y la realización de estudios previos de viabilidad. En el caso de los trasposos, “inicio de los trabajos” es el momento en que se adquieren los activos vinculados directamente al establecimiento adquirido.

Asimismo, el artículo 19.1 d) impone el

acta notarial de presencia de no inicio de los trabajos del proyecto para aquellos que contemplan la adquisición, construcción, ampliación o reforma de bienes inmuebles, o una *declaración expresa responsable de no inicio de los trabajos* para proyectos que contemplen únicamente, inversiones para la adquisición de bienes de equipo, equipamientos e intangibles. El acta notarial de presencia deberá realizarse con fecha posterior a la de la presentación de la solicitud y deberá presentarse en documento original debiendo incluir fotografías que reflejen claramente el estado del lugar donde se van a ejecutar tales inversiones.

Significativamente, y en comparación con la orden inmediatamente anterior, se sustituye toda referencia concreta y específica al detalle y enumeración explicativos de lo que, en la práctica mercantil, puede entenderse como inicio de trabajos (contratos, facturas, recibos, albaranes, etc.), optando el legislador por trasladar lo establecido en las normas comunitarias e introducir la referencia al compromiso irreversible, concepto que, como se ha señalado y podrá comprobarse, resulta equívoco y polémico. Igualmente, se mantiene la estructura ya conocida de los dos momentos procedimentales a tener en cuenta (solicitud e inicio) y la obligatoriedad de la declaración responsable de no inicio y/o acta notarial de presencia de no inicio.

4. El efecto incentivador de la inversión, ¿concepto jurídico indeterminado?: el marco interpretativo según las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

Como se ha intentado plasmar, desde el mismo nacimiento normativo-jurídico del denominado efecto incentivador de la inversión, en la práctica administrativa y empresarial se produjo una gran controversia en la concreta definición y delimitación de tal obligación prohibitiva entre, por una parte, la administración (la andaluza, en nuestro caso concreto) y, por otro, los administrados (las pymes beneficiarias de incentivos a la inversión).

La polémica jurídica, como no podía ser menos, se concretó en la indefinición del tal inicio de trabajos, el cual ha ido pivotando, a lo largo del tiempo, sobre la focalización en distintos momentos temporales que han evolucionado desde los tres originarios (solicitud, escrito a la solicitante e inicio), hasta los actuales dos (se prescinde del escrito a la

solicitante). Entre tanto, la distinta normativa (comunitaria, pero también andaluza) ha ido dotando de trascendencia al cumplimiento del efecto incentivador y ha intentado concretar su indefinición conceptual inicial. Desde este punto de vista, se ha pasado del silencio más absoluto a la introducción como elemento clave de los conceptos de compromiso en firme y/o irreversible. Entremedias, la legislación ha impuesto una distinta exigencia según la doble tipología considerada (bienes muebles e inmuebles), ha eliminado cualquier posibilidad de graduación proporcional de la obligación establecida, ha añadido redundancia documental, etc. Lo que no ha hecho, a excepción de la mencionada Orden de 2015, ha sido detallar exhaustiva y fehacientemente lo que ha de entenderse, en la práctica mercantil empresarial, como elemento de prueba documental a los efectos de dar por cumplido, o incumplido, la obligación establecida.

Esta indefinición mantenida en el tiempo bien podría hacernos considerar que nos encontramos, en la práctica administrativa, ante uno de aquellos supuestos conocidos como conceptos jurídicos indeterminados, interpretados estos no tanto, que también, como de vaguedad, indeterminación lingüística o semántica en el ámbito conceptual del lenguaje utilizado por los distintos legisladores¹¹ como de, y esto es lo relevante, de conceptos «habitualmente asumidos con significados diferentes por parte de los destinatarios de sus enunciados» (Ara, 2004, p. 108).

Esta diferente asunción suponía, como así ha sido en la práctica, que se produjeran discrepancias entre las partes implicadas (la Administración andaluza y las pymes) sobre el cumplimiento, o no, del susodicho efecto incentivador lo que, en muchas ocasiones, conducía a la primera a dictar resoluciones de pérdida de derecho al cobro de los incentivos concedidos o de reintegro de los ya abonados, lo que venía a agravar el problema a la pyme beneficiaria, tras las revisiones de los órganos intervinientes. Y es que la paradoja resulta tal que puede darse el caso de que en este *totum revolutum* interpretativo en un primer momento procedimental un órgano de la Administración considerara cumplido el tal efecto incentivador, mientras que en un segundo momento, otro órgano superior de la misma lo considerara incumplido¹².

Y dado que, como afirma Núñez (2013, p. 23):

Quando existe un concepto jurídico indeterminado, un operador jurídico como el juez habrá de tener una participación mucho más sustancial si tiene que resolver una controversia jurídica originada al calor de un término indeterminado. Y, por supuesto, la tarea judicial será absolutamente determinante en la construcción de

¹¹ Entendido esto como «la falta de claridad en la aplicación de expresiones lingüísticas que puede generar indeterminación jurídica» (Endicott, 2006, p. 34).

¹² Con carácter general, las resoluciones de incumplimiento del efecto incentivador se fundamentaban jurídicamente en el incumplimiento por parte de la beneficiaria de los artículos 37.1 y 37.2 de la Ley General de Subvenciones y, por extensión de estos, al concreto articulado de la orden reguladora de referencia.

la solución que resuelve dicha controversia, atribuyendo, a través de unos u otros mecanismos (de determinación del derecho) un significado preciso (y no otro/s) a ese concepto indeterminado para ese caso particular.

Así, y desde un punto de vista administrativo procesal, en la mayoría de las ocasiones en las que se producía dicha resolución de pérdida de derecho al cobro y/o de reintegro, el desenlace de la controversia interpretativa debía ser resuelto en vía contenciosa por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), el cual acabó convirtiéndose en el dirimente conceptual del indeterminado efecto incentivador de la inversión.

Por este motivo, y entendiendo que «al dejar intencionalmente indeterminado el concepto, el legislador trasfiere la tarea de rellenar en cada caso su contenido semántico por el receptor del lenguaje jurídico. Esta remisión permite que el destinatario del derecho complete el mandato normativo» (Ara, 2004, p. 112), para intentar dilucidar el verdadero significado de lo que debe entenderse por efecto incentivador de la inversión (y por inicio de trabajos y por compromiso en firme o irreversible) resulta del todo relevante conocer las sentencias más recientes y relevantes a este respecto del citado TSJA¹³. Tras esto, efectuaremos un resumen con los hechos, a nuestro juicio, más relevantes consecuencia de las anteriores y, lo que es más importante, las consecuencias dimanantes de dichas sentencias y su relevancia para la conceptualización del efecto incentivador de la inversión.

4.1. STSJA 16312/2017, de 5 de abril de 2017

La primera sentencia que presentamos se pronuncia sobre el reintegro de los incentivos concedidos y abonados a la recurrente al amparo de la Orden de 9 de diciembre de 2008, siendo el motivo que el proyecto se había iniciado antes de la fecha de la comunicación fehaciente del efecto incentivador, sobre la base de la existencia de varias facturas con *referencias a albaranes de entrega y/o partes de trabajo con fechas anteriores a la de comunicación del efecto incentivador*.

¹³ A efectos metodológicos, consideramos de interés presentar las distintas sentencias según un criterio cronológico (de más antigua a más reciente), lo que nos permitirá aprehender la doctrina imperante así como las modulaciones jurisprudenciales respecto al hecho –al concepto– juzgado.

Aquí entendemos jurisprudencia siguiendo la acepción de la RAE: «criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes».

Para el análisis y consulta de las sentencias utilizamos el acceso al buscador de Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Andalucia--Ceuta-y-Melilla/Jurisprudencia/Jurisprudencia-del-TSJ/>).

Al no resultar relevantes para el objetivo aquí pretendido, se ha suprimido cualquier referencia expresa a actores intervinientes, empresas, fechas y demás. Estas omisiones, evidentemente, no alteran el sentido de lo expuesto.

La recurrente reconoce la existencia de partes de trabajo y albaranes anteriores a la fecha de emisión, si bien estos no acreditarían la realización de un trabajo o prestación del servicio, de modo que través de los mismos no se habría puesto de manifiesto el inicio efectivo de la inversión sobre la que posteriormente se solicitó la subvención.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente (la pyme beneficiaria) y afirma que si bien la *inclusión de los albaranes en las anteriores categorías pudiera suscitar mayor duda*, la relación de partes de trabajo en algunas de las facturas, anteriores a la fecha de comunicación del efecto incentivador, sí se subsume plenamente en la primera. Salvo prueba en contrario, que no concurre en este supuesto, *el parte de trabajo ilustra acerca de tareas efectivamente realizadas y pone de manifiesto el inicio de trabajos vinculados al proyecto subvencionable*.

4.2. STSJA 16627/2017, de 13 de junio de 2017

Esta sentencia versa sobre la procedencia de la pérdida del derecho al cobro de incentivos concedidos al amparo de la Orden de 18 de enero de 2012, siendo el motivo que existen *facturas de adquisición de bienes y un pedido en firme anterior a la fecha de la comunicación del efecto incentivador*.

La recurrente alega que las facturas y pedido son de fecha posterior a la comunicación del incentivo y los trabajos del proyecto no comenzaron hasta después de recibir la comunicación de que el proyecto cumplía las condiciones establecidas en la convocatoria para ser considerada incentivable.

El TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente al considerar que *se adquirieron bienes y se realizó un pedido a través de una oferta con validez hasta fecha anterior a la comunicación del incentivo por escrito*, por lo que se incumple dicha condición esencial para ser beneficiario.

4.3. STSJA 6799/2017, de 21 de junio de 2017

Esta sentencia gira sobre una resolución por la que se declara el reintegro y la pérdida del derecho de cobro de los incentivos concedidos al amparo de la Orden de 18 de enero de 2012, motivada por la existencia de un *acuerdo de adjudicación de los terrenos*, anterior a la fecha de comunicación del efecto incentivador.

Alega la recurrente que no vulnera la prohibición de iniciar el proyecto el hecho de haber concurrido a una subasta convocada para la enajenación de patrimonio municipal del suelo, teniendo en cuenta que la transmisión de la propiedad y pago del precio no ha tenido lugar

con anterioridad a la notificación de la comunicación de que el proyecto era susceptible de ser incentivable.

El TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente (la pyme beneficiaria) al fijar que sobre la *adquisición de la propiedad de los terrenos*, la doctrina jurisprudencial atribuye al *acto de adjudicación al rematante de una finca subastada el carácter de tradición simbólica ficta y, en consecuencia, se opera la consumación del contrato*, permitiendo la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad. Por tanto, la propiedad se adquirió en virtud de subasta por lo que la adjudicataria gozaba de título bastante para inscribir, ya que la adquisición de la propiedad estaba perfeccionada y consumada. Teniendo en cuenta que el proyecto consiste en la adquisición de suelo industrial y posterior construcción de nave industrial, solo cabe interpretar que el proyecto se ha iniciado con la adjudicación del suelo mediante Decreto del Ayuntamiento, con el efecto traslativo de la propiedad que la jurisprudencia otorga al acto de adjudicación.

4.4. STSJA 16293/2017, de 12 de diciembre de 2017

Esta sentencia analiza la pérdida del derecho al cobro de los incentivos concedidos al amparo de la Orden de 9 de diciembre de 2008, debido a la existencia de diversas *facturas vinculadas a pedidos* realizados con fecha anterior a la comunicación del escrito a la beneficiaria del efecto incentivador.

La recurrente alega que la inversión se inició después de la comunicación del efecto incentivador como acredita toda la documentación obrante en el expediente, facturas y documentos de pago, todos posteriores a dicha fecha, y que los documentos que la Administración califica de pedido no son compromisos en firme, sino pedidos marcos consistente en un listado de precios que se suscriben sin ninguna referencia ni relación con obra de inversión, sino para atender necesidades habituales y propias de la empresa como lo demuestran los suscritos en ejercicios anteriores. Es decir no pueden equipararse bajo ningún concepto a un compromiso en firme de adquisición de equipos ni de servicios que hicieran irreversible la inversión, ya que ni siquiera se alude a la misma en el texto del pedido marco.

El TSJA estima el recurso interpuesto por la recurrente (la pyme beneficiaria) al considerar que

se deduce claramente que la inversión no tuvo lugar hasta después de la comunicación y que en los documentos del que la administración trata de deducir el inicio de la actividad no son más que meros *pedidos marcos* para la actividad general de la empresa que marca el listado de precios que regirán los futuros encargos. Es por ello que las facturas todas posteriores (extremo indubitado) obedecen a trabajos realizados con posterioridad a esa fecha aunque en la misma exista *referencia al número de pedido marco, que no equivale a compromiso en firme*. No

existe incumplimiento determinante de la pérdida del derecho, ya que *las referencias contenidas en las facturas a un número de pedido marco no equivale al inicio de los trabajos o construcción*, pues de toda la documentación obrante en el expediente y aportada en los autos y testifical practicada se desprende que todas las facturas y pagos son posteriores, por tanto no existe ninguna evidencia de inicio anterior ya que *las referencias contenidas en las facturas a los pedidos marcos lo son como referencia a las tarifas generales de precios acordadas y no pueden calificarse de “un compromiso en firme” de adquisición de equipos, ni servicios que hicieran irreversible la inversión, porque en ninguno de los pedidos marco ni siquiera se alude o identifica la inversión o trabajo objeto de incentivo.*

4.5. STSJA 2428/2018, de 10 de enero de 2018

Esta sentencia se centra en la Resolución por la que se declara la pérdida del derecho de cobro de los incentivos concedidos al amparo de la Orden de 18 de enero de 2012, motivada por la existencia de *notas de entrega* anteriores.

Alega la recurrente la preeminencia que se otorga a la nota de entrega sobre el resto de la documental aportada a modo de primer compromiso en firme.

El TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente al afirmar que *la nota de entrega se puede definir como aquel documento mercantil de uso no obligatorio, similar al albarán (término procedente del árabe que equivale a «prueba» o «justificante»), destinado a acreditar la entrega de un pedido.* En la práctica es firmado por el receptor de la mercancía a fin de dejar constancia de su correcta recepción, indicando la transacción o la entrega de una mercancía, el precio individual y total de la operación y los datos del cliente y del vendedor. Sentadas las precedentes consideraciones generales, se acepta como explicación más probable por su sencillez que el envío del bien que recoge *la nota de entrega carecería de sentido de no haber mediado un precedente compromiso en firme de adquisición de ese bien.* Y por esta causa la factura de venta reprodujo datos relevantes de la nota de envío que alcanzaban, además del producto y su precio unitario, a la identificación numérica del cliente. Es más, el aludido certificado de la empresa da cuenta de la existencia de un presupuesto anterior a la fecha de la propia nota de entrega. *La nota de entrega ha de conceptuarse mero instrumento de ejecución del pedido, revelador de un primer compromiso en firme de adquisición.*

4.6. STSJA 7810/2018 de 29 de enero de 2018

Esta sentencia se pronuncia sobre el reintegro de los incentivos concedidos y abonados a la recurrente al amparo de la Orden de 19 de abril de 2008, siendo el motivo referida a la existencia de *facturas a cuenta* anteriores y de la *firma del contrato con proveedor* donde se refleja que los trabajos comenzarán antes también de la notificación del efecto incentivador.

La recurrente sostiene que el proyecto de creación de una empresa debe considerarse iniciado cuando empieza la construcción o incluso en la fecha de adquisición de la parcela destinada a tal fin, que en el supuesto de autos data de un día después de la notificación del efecto incentivador. En relación a la factura del pago a cuenta está supeditada su entrega a la adquisición del terreno, de modo que si no se hubiera materializado el proyecto por falta de adquisición de los terrenos podría haberse cancelado la orden de pedido. Por lo que respecta al contrato suscrito con el proveedor, la materialización de la inversión quedó supeditada igualmente a la disposición del terreno. En definitiva, las facturas descritas solo revelan la ejecución de actos preparatorios, que no supusieron el inicio del proyecto.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente y afirma que los argumentos de la recurrente colisionan frontalmente con lo que es la verdadera naturaleza de las subvenciones, que ahora no puede desconocerse, cual es que la subvención se inscribe dentro de la actividad de fomento llevada a cabo por la Administración, en este caso para favorecer la modernización tecnológica y empresarial del sector industrial. Como tal es susceptible de venir condicionada a los requisitos que la Administración considere necesarios establecer para el cumplimiento de la finalidad a la que está llamada a cumplir la subvención, siempre que estos no sean arbitrarios. El amplio margen de discrecionalidad que para la valoración se otorga a la Administración solo puede ser revisada judicialmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error. Y no cabe tachar de arbitraria la exigencia de que el proyecto no esté iniciado a la fecha de la solicitud de la subvención, ni es posible mantener que la Administración ha incurrido en evidente error a la hora de denegarla, a la vista de los hechos expuestos anteriormente. La actora incumplió uno de los requisitos básicos para la concesión, porque había *comenzado a contratar el suministro de bienes necesarios para la ejecución del proyecto, antes de haber solicitado la ayuda*. Procede, por tanto, en aplicación de la doctrina expuesta, la desestimación del recurso en este extremo.

4.7. STSJA 2346/2018, de 14 de marzo de 2018

La presente sentencia se centra en el reintegro de los incentivos concedidos y abonados a la recurrente al amparo de la Orden de 9 de diciembre de 2008, motivado por la existencia en las facturas de determinadas dataciones anteriores (*certificaciones de obras, entregas, albarán de entrega, pedido, etc.*).

La recurrente sostiene que el contrato de ejecución de construcción de obra civil para la ejecución de la planta, así como la recepción provisional de las obras y su recepción definitiva son posteriores; las certificaciones de obra se corresponden con actuaciones que no forman parte del proyecto sino con trabajos previos; las fechas reflejadas en el pedido, en las entregas y los albaranes son incorrectas, por *errores tipográficos*, tal y como reflejan los certificados aclaratorios, las notas explicativas y las cartas de rectificación de los proveedores, existen referencias internas que aparecen en las facturas que se corresponden con un código interno generado por la propia empresa, de asignación de capítulos de inversión generales, por proveedor, aplicables a cualquier proyecto de inversión futuro de la sociedad.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente al afirmar que la exigencia de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables pretende garantizar que las ayudas de Estado de finalidad regional produzcan verdaderos efectos de incentivación de inversiones que de otro modo no se realizarían en las regiones asistidas. La doctrina jurisprudencial refrenda lo dicho. La STS de 29 de noviembre de 2002, recurso 382/2000, consideró conforme con los fines de fomento una interpretación de la normativa sectorial en el sentido de

exigir que la inversión sea posterior a la solicitud de subvención, pues aquellos fines no se lograrían si dicha inversión precediera a la solicitud, toda vez que se trata de fomentar la inversión, de provocarla [...], no de compensar o abaratar una inversión ya realizada.

El concepto «inicio de los trabajos» se vincula al pedido de equipos. Ahora bien, la mera solicitud de equipos no colma las exigencias legales. El pedido debe incorporar también un primer compromiso en firme, es decir, un vínculo jurídico entre las partes generador de derechos y obligaciones recíprocas, sin que la firmeza quepa predicar en los estudios de viabilidad. En consecuencia, no podemos hablar de compromiso en firme cuando del propio documento se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, ni cuando el sistema de preparación de pedidos requiera una serie de actuaciones no ejecutadas antes de la fecha de comunicación del efecto incentivador.

El incumplimiento de la condición de no iniciar los proyectos subvencionados antes de ser considerados incentivables impide que la totalidad del proyecto obtenga ayuda regional. Y en la eventualidad que se hubieran iniciado antes de la comunicación del efecto incentivador, procede entonces declarar la pérdida del derecho al cobro, o el reintegro de las cantidades percibidas. El *thema decidenci* no es la ejecución de la actividad incentivada, sino el aparente incumplimiento de una condición esencial previa a la ejecución de la que dependía el incentivo: no iniciar los trabajos antes de la comunicación prevista en la orden reguladora.

Respecto a la *reiteración de errores tipográficos* advertidos en las fechas de los pedidos de algunas facturas y su codificación interna, el TSJA considera que no se trata de un error aislado y que la beneficiaria, sin cuestionar la realidad de las certificaciones ni la existencia de pedidos en firme habidos en las facturas, *en absoluto demuestra que en fechas cercanas a la expedición de la reseñada facturación mercantil desplegara iniciativa alguna tendente a procurar la rápida corrección de datos erróneos y/o la aclaración de conceptos oscuros, ambiguos o imprecisos*. Llegados a este punto, el TSJA afirma que el *resultado de la actividad probatoria desplegada por la accionante no es lo suficientemente contundente o eficaz* para desvirtuar, de modo claro e inequívoco, la imagen fiel y exacta de los gastos incurridos que representaba la documentación justificativa que ella misma aportó a la Administración en orden a su ulterior comprobación administrativa.

4.8. STSJA 5578/2018, de 9 de mayo de 2018

Esta sentencia aborda la pérdida del derecho de cobro de los incentivos concedidos, a tenor de la Orden de 18 de enero de 2012 porque *un pagaré tiene fecha de emisión anterior a la notificación al beneficiario de la comunicación.*

Alega la mercantil recurrente que el pagaré se emitió en consideración a una propuesta de contrato de mantenimiento de licencias, siendo en fecha posterior cuando suscribe el contrato con dicha empresa para la implantación del equipo, por lo que se decidió (en lugar de devolver el pagaré) que el pagaré se destinara al pago de la factura, fecha coincidente con su vencimiento. De ello concluye que la contratación con la empresa proveedora se realizó con posterioridad a la fecha en la que se autorizaba la contratación, y que es la fecha de vencimiento la que ha de tenerse en cuenta como «pago», habiéndose aportado tanto la factura, como el extracto de la cuenta del banco, sin que el hecho de que la emisión del mismo haya sido anterior a la formalización del contrato y suponga un incumplimiento de las condiciones requeridas.

Ante lo anterior, el TSJA desestima el recurso interpuesto por la recurrente y afirma que no existiendo controversia en la fecha de emisión del pagaré ni en la de la comunicación del efecto incentivador, procede *determinar si la emisión del pagaré en cuestión supone inicio de la actividad por constituir primer compromiso en firme para el pedido de los equipos, en fecha anterior a la de la recepción de dicha comunicación, pues en tal caso concurriría causa de pérdida del derecho al cobro y reintegro de la subvención otorgada. No compartimos el criterio que identifica el inicio de la actividad con el contrato.* Ciertamente, el Código Civil, en su artículo 1170 señala que «la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados», pero a tenor de las bases de la convocatoria, *no es ni el contrato ni el pago el acontecimiento que debe considerarse «inicio de actividad», sino el primer compromiso en firme para el pedido de los equipos, debiendo entenderse que el pagaré, como promesa de pago o compromiso de pago por el que la empresa solicitante del incentivo se compromete a pagar a la empresa proveedora la cantidad de dinero especificada en una fecha determinada, constituye compromiso en firme, y por tanto ha de entenderse que la actividad subvencionable se inicia con carácter previo a la recepción de la comunicación del efecto incentivador, sin perjuicio de que la utilización del pagaré le haya permitido aplazar el pago del precio en fecha posterior.*

4.9. STSJA 10214/2018, de 23 de julio de 2018

La última sentencia que presentamos versa sobre el inicio de reintegro por infracción del efecto incentivador al evidenciarse la existencia de un *contrato de alquiler* anterior a la de la fecha del citado efecto.

La demandante alega que dicho contrato, por sí solo, no es evidencia del *inicio de la actividad* como tal.

El TSJA estima que la cuestión que ha de dilucidarse en el proceso es, por tanto, si la existencia de un contrato de alquiler suscrito trece días antes de la solicitud comporta que el inicio de las actividades se ha producido o no. Bajo esto, su primera premisa es que

no establece la citada Orden cuál sea el momento en que deban entenderse iniciados los proyectos. Hemos de estar pues a la realización de actos externos que revelen, de forma indubitada, que el proyecto en cuestión ha sido, en efecto, iniciado antes de la presentación de la solicitud.

En el caso se dan varios elementos de hecho que ayudan a concluir en el sentido pretendido por la parte demandante. Así, el alta en autónomos, el contrato de suministro de agua. En fin, también consta que el local en cuestión fue abierto al público con posterioridad a la solicitud. Todas estas circunstancias nos llevan a concluir que, en efecto, el inicio de la actividad no se había producido cuando se presentó la solicitud.

Por contra existe un contrato de fecha anterior a la solicitud. De no existir otros datos, cual los antes referidos, el TSJA considera que podría estimarse que el inicio de la actividad es el de la fecha del contrato. Sin embargo, y tal y como este indica, «entendemos que *no puede llegarse a esa conclusión con la interpretación de un solo documento*, el del contrato. Este ha de relacionarse por fuerza con todos los demás elementos probatorios». Pero además, el reglamento de gestión tributaria, aun no siendo una norma de concreta aplicación en materia de subvenciones a estos efectos, sí revela que la Administración, a ciertos efectos, considera el *inicio de actividades como el momento decisivo*. Dice el artículo 9.4 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos: a efectos de lo dispuesto en este reglamento, se entenderá producido el *comienzo de una actividad empresarial* o profesional desde el momento que se realicen cualesquiera entregas, prestaciones o adquisiciones de bienes o servicios, se efectúen cobros o pagos o se contrate personal laboral, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Criterios, los anteriores, razonables, pues hacen referencia, todos, a una efectiva realización de actividades negociales o profesionales que conducen, en una interpretación y valoración conjunta de toda la prueba, a concluir en el sentido de que no había inicio de actividad. Y finaliza el TSJA diciendo que

lo que se pretende al prohibir que la inversión esté iniciada antes de la solicitud es que unas obras o inversiones ya hechas, se “aprovechen” de ayudas que se convocan posteriormente. Sin embargo, en el caso presente resulta claro, vistas las fechas, que la inversión se realiza al amparo incentivador de la ayuda. No estaba hecha antes.

Así pues, se concluye afirmando que

pese a la dicción literal de la norma (que la solicitud de subvención se presente antes de que el beneficiario haya emprendido la inversión), en este caso hay que concluir que se ha realizado la inversión y que la subvención ha cumplido su finalidad incentivadora. Porque, en definitiva, no se produce incumplimiento del efecto incentivador de la ayuda. Dicho con otras palabras, *fue la ayuda, la subvención, lo que «animó» al empresario a la inversión.*

5. Resumen y conclusiones

5.1. Resumen

El conjunto de sentencias que aquí hemos presentado, y por el periodo que abarcan, puede ser considerado una muestra representativa de la actividad del TSJA en su condición de interpretador cualificado de la controversia jurídica originada por la indeterminación del concepto fundamental de aplicación práctica del efecto incentivador de la inversión: el cuándo debe entenderse iniciado el trabajo de la inversión a realizar y a incentivar. Lo aquí plasmado (que permite recoger con fidelidad la actividad jurisprudencial más reciente del Tribunal a los efectos por nosotros pretendidos) se centra en aquellos aspectos concretos de la operativa práctica mercantil que pueden conducir a toda pyme solicitante de subvenciones públicas a cumplir o incumplir el efecto incentivador de la inversión establecido en la normativa reguladora de aplicación.

En concreto, el TSJA se pronuncia sobre albaranes, partes de trabajo, pedidos, adjudicación de terrenos, notas de entrega, facturas a cuenta, contratos, certificaciones de obra, referencias a entregas realizadas, pagarés, contratos de alquiler, etc. sin olvidar la posible existencia de errores en cualquiera de los anteriores. Como se comprueba, el listado de temas juzgados es bastante exhaustivo y, de alguna manera, viene a recordarnos el amplio elenco de supuestos recogido ya en el mencionado artículo 6.3 de la Orden de 19 de febrero de 2015.

Tal y como ya ha quedado mencionado a lo largo del presente trabajo, uno de los reproches que se le puede hacer al legislador (europeo o, en nuestro caso, andaluz) es que a lo largo del amplio tiempo transcurrido (1998-2018), no haya sido capaz de determinar jurídicamente lo que debe entenderse bajo el concepto «inicio de trabajos» en la práctica empresarial y mercantil del día a día. Entendiendo que en 2006 la introducción en las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 del concepto de compromiso en firme (¡pero en una mera nota al pie!) fue un primer intento de determinación de lo indeterminado, circunscrito este con posterioridad en los reglamentos y directrices comunitarios a todo aquel compromiso que obligue legalmente o aquel compromiso que haga la inversión irreversible, a excepción de la susodicha Orden

andaluza de 2015 (y con la limitaciones apuntadas) no encontramos en todo el corpus normativo de estos últimos veinte años ninguna prueba que venga a contradecir nuestra tesis: la indeterminación jurídico administrativa del efecto incentivador de la inversión.

Evidentemente, se argüirá que, dada la inconcreción originaria de la norma de rango superior, poco podía hacerse a nivel andaluz. No obstante, del análisis de los Decretos de ayuda vigentes en el periodo temporal estudiado, puede afirmarse que, lejos de trasponer directamente lo reglamentado a nivel comunitario, encontramos omisiones difícilmente explicables (los Decretos 21/2007 y 394/2008 no hacen mención alguna ni al concepto de compromiso en firme ni al de compromiso que obligue legalmente, debiendo esperar al Decreto 114/2014 para dar entrada jurídica a dicho concepto), solo corregidas vía órdenes y distintas convocatorias de ayuda. En estas, sorprende tanto la falta de homogeneidad normativa en el tiempo (se pasa de la omisión a la exhaustividad y viceversa) como la innovación documental redundante no contemplada en norma de rango superior alguna (declaraciones responsables y actas notariales de no inicio), que vienen a reflejar la incertidumbre existente a la hora de definir administrativamente el cumplimiento del precepto establecido. Así, y dada la indeterminación jurídica, la controversia crece y hay que esperar a las distintas sentencias del TSJA para intentar aclarar la aludida inconcreción normativa. De estas, destacamos, por su importancia práctica, los siguientes asertos:

- Ponen de manifiesto el inicio de los trabajos vinculados al proyecto subvencionable y, por tanto, son dato revelador de un primer compromiso en firme o irreversible, la existencia, con fecha anterior, de partes de trabajo, pedidos, notas de entrega, facturas a cuenta, firma de contratos y el acto de adjudicación al rematante de una finca subastada (recordemos que en el periodo 2014-2020, según reglamento y directrices comunitarios, la compra de terrenos ha sido excluida expresamente de la consideración del inicio de los trabajos); asimismo, la fecha de emisión del pagaré (no solo la de su vencimiento) es ya promesa de pago o compromiso de pago, por lo que constituye compromiso en firme.
- En cambio, ni los denominados pedidos marco (a modo de referencia de las tarifas generales de precios acordadas) ni los albaranes son elementos probatorios del inicio o comienzo del proyecto a incentivar.
- No se considera como prueba del inicio de los trabajos (y, por tanto, no se pueden considerar compromiso en firme y/o irreversible) cuando del propio documento, sea el que sea, se desprenda que queda sujeto a ulterior confirmación, siendo esta de fecha posterior a la de la solicitud de la ayuda, ni cuando el sistema de preparación de pedidos requiera una serie de actuaciones no ejecutadas antes de la fecha del efecto incentivador.
- Por último, y lo que resulta más importante, no puede fundamentarse la determinación del cumplimiento del efecto incentivador en la interpretación de un solo documento, debiendo tenerse en cuenta todos los demás elementos probato-

rios existentes, así como la realización de actos externos que revelen, de forma indubitada, que el proyecto en cuestión ha sido, en efecto, iniciado antes de la presentación de la solicitud, ya que no debe olvidarse que, en último término, lo que se pretende al prohibir que la inversión esté iniciada antes de determinada fecha es que determinada inversión ya realizada se pueda llegar a «aprovechar» de ayudas que se convocan posteriormente.

5.2. Conclusiones

En las páginas precedentes hemos intentado, desde la óptica del derecho administrativo y la empresa y bajo la importancia creciente, en ambas realidades, de las subvenciones públicas, focalizar la atención en torno al denominado efecto incentivador de la inversión (definido como prohibición expresa para la pyme beneficiaria del inicio de los trabajos de la inversión a incentivar antes de determinada fecha), y su consideración, en el contexto administrativo de las distintas normas reguladoras de las ayudas públicas, como ejemplo de la dificultad por parte del legislador de conseguir la tan anhelada y pregonada simplificación administrativa, al configurarse como fuente de indeterminación e inseguridad jurídicas.

Aunque a lo largo del periodo 1998-2018 se han sucedido distintas normas (desde instancias comunitarias, pero también regionales) que han ido delimitando el ámbito de su cumplimiento, no obstante, la originaria indeterminación de lo que debe entenderse –en la práctica administrativa y empresarial mercantil– por inicio de los trabajos ha implicado una amplia controversia entre los actores implicados, solo dirimida, y en último término, en instancias judiciales. Al final, para cada supuesto concreto y para el ámbito de referencia que nos ocupa, ha debido ser el TSJA el interpretador último del citado concepto. De su actividad jurisprudencial se pueden sacar distintas conclusiones que el legislador andaluz debiera tener en cuenta para nuevas convocatorias de ayudas o, mejor, ante reformas normativas próximas en materia de subvenciones (vía leyes o decretos).

Desde aquí, permítasenos apuntar solo a la que consideramos la más importante y que no es otra que la necesidad de pasar del *lato sensu* al *strictu sensu*, esto es, ser más concreto y exhaustivo a la hora de circunscribir administrativa y jurídicamente el concepto de «inicio de trabajos», no siendo suficiente la simple apelación a la norma comunitaria y presentar como definición del efecto incentivador una mera traducción literal de lo que esta establece, sino que resulta necesario aquilatar y delimitar el concepto de compromiso en firme y/o irreversible fundamentándose en la labor jurisprudencial del TSJA aquí presentada. Siguiendo esta recomendación, se determinaría *ab initio* el concepto jurídico de efecto incentivador de la inversión, no siendo ya necesario exigir –en el trámite procedimental correspondiente– documentación adicional (sea esta bajo la forma de declaraciones responsables o mediante actas notariales de no inicio), que no solo no agiliza el trámite admi-

nistrativo, sino que aporta redundancia procedimental, es decir, complejidad burocrática añadida y, también, no se obvie, incremento de los gastos de tramitación de los expedientes administrativos para la pyme solicitante. En resumen, nuestra modesta recomendación aquí expuesta, aparte la descarga de la labor del TSJA que supondría, vía reducción de los litigios y la controversia jurídica actualmente existente, ayudaría también a reducir los trámites administrativos del procedimiento de subvenciones, simplificando y agilizando su proceso.

6. Anexo legislativo

6.1. Normativa comunitaria

- Reglamento (CE) 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DOCE n.º L 142, de 14 de mayo).
- Reglamento (CE) 1628/2006 de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas regionales a la inversión (DOUE n.º L 302, de 1 de noviembre).
- Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DOUE n.º L 187, de 26 de junio).
- Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2000-2006 (98/C 74/06), DOCE n.º C 74/9, de 10 de marzo.
- Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el periodo 2007-2013 (2006/C 54/08), DOUE n.º C 54/13, de 4 de marzo.
- Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014-2020 (2013/C 209/01), DOUE n.º C 209/1, de 23 de julio.

6.2. Normativa estatal

- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE n.º 276, de 18 de noviembre).
- Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE n.º 176, de 25 de julio).

6.3. Normativa autonómica

- Decreto 24/2001, de 13 de febrero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pymes que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 20, de 17 de febrero).
- Decreto 21/2007, de 30 de enero, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (pymes) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía en los años 2007, 2008 y 2009 (BOJA n.º 27, de 6 de febrero).
- Decreto 394/2008, de 24 de junio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas de finalidad regional y en favor de las pequeñas y medianas empresas (pymes) que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA n.º 127, de 27 de junio).
- Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de concesión de subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA, n.º 108, de 4 de junio).
- Decreto 114/2014, de 22 de julio, por el que se establece el marco regulador de las ayudas a empresas que se concedan por la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de inversiones de finalidad regional (BOJA n.º 144, de 25 de julio).
- Orden de 24 de mayo de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2005 y 2006 (BOJA n.º 114, de 14 de junio), prorrogada según Orden de 19 de septiembre de 2006 (BOJA n.º 190, de 29 de septiembre).
- Orden de 19 de abril de 2007, por la que se establecen las bases reguladoras de un programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2007 a 2009 (BOJA n.º 91, de 9 de mayo).
- Orden de 9 de diciembre de 2008, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2008 a 2013 (BOJA n.º 18, de 27 de enero).
- Orden de 18 de enero de 2012, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013 (BOJA n.º 18, de 27 de enero).
- Orden de 27 de junio de 2013, por la que se modifica la de 18 de enero de 2012, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para

el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013 (BOJA n.º 126, de 1 de julio).

- Orden de 1 de abril de 2014, por la que se modifica la de 18 de enero de 2012, de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, por la que se establecen las bases reguladoras de un Programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía y se efectúa su convocatoria para los años 2012 y 2013 (BOJA n.º 70, de 10 de abril).
- Orden de 19 de febrero de 2015, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de incentivos en régimen de concurrencia no competitiva a las pequeñas y medianas empresas para el desarrollo industrial y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2015-2018, y se efectúa la convocatoria para el año 2015 (BOJA n.º 37, de 24 de febrero).
- Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el periodo 2017-2020 (BOJA n.º 108, de 8 de junio), prorrogada según Resolución de 20 de noviembre de 2018 (BOJA n.º 251, de 31 de diciembre).

Referencias bibliográficas

Ara, I. (2004). Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados. *Anuario de filosofía del Derecho*, 21, 107-124.

Endicott, T. A. O. (2007). *La vaguedad en el derecho*. Madrid: Dykinson (Orig. 2006).

Núñez, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería. Controversias y soluciones*, Quito: Corporación Editora Nacional.