

# La discrecionalidad en el ejercicio de la potestad subvencional

## 1. LAS POTESTADES DISCRECIONALES

El concepto de potestad, según formulan E. García Enterría y Tomas Ramón Fernández<sup>1</sup>, es el mecanismo técnico por el que se expresa el principio de legalidad<sup>2</sup>, y consiste en la facultad de querer y de obrar que es atribuida a las AAPP directamente, y de forma expresa<sup>3</sup>, por el ordenamiento jurídico, consistente en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, por lo que inicialmente no implica deberes positivos o negativos.

Una de las cuestiones que más atañe a este estudio es la de los límites que toda potestad posee<sup>4</sup>, así los profesores arriba reseñados expresan cómo, en la inmensa mayoría de los casos, las potestades administrativas pertenecen a la llamada potestad-función (quizás todas menos las puramente organizativas), que deriva del Art. 103 CE que implica que deben ejercerse de forma objetiva atendiendo al interés general, obligación que afecta incluso a potestades discrecionales más amplias.

J. I. Moreno Fernández expresa que actualmente “debe entenderse que en la realidad no se encuentran actos administrativos en estado puro, discrecionales o reglados, sino que existen partes discrecionales y partes regladas (García-Trevijano)”, tesis avalada en el texto de la exposición de motivos de la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956.

G. Falla llegó a esa misma conclusión<sup>5</sup>, utilizando también la exposición de motivos de la antigua Ley, recordando su trabajo (el tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa, *RAP* n° 13) que a su juicio inspiró

<sup>1</sup> G. Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, undécima edición, editorial Civitas, Pág. 443.

<sup>2</sup> Sobre el principio de legalidad y la vinculación de éste a las AAPP, téngase en cuenta los distintos pronunciamientos de la doctrina, entre otros:

José María Gimeno Feliu, “Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)”, *RAP* Núm. 137. Pág. 165.

Margarita Beladiez Rojo, “La vinculación de la Administración al Derecho”. *RAP* Núm. 153.

<sup>3</sup> Ramón Parada, *Curso Derecho Administrativo*, Parte General, Undécima Edición, Marcial y Pons, Pág. 369: “...Admitida pues la tesis de la vinculación positiva de forma general, no es, sin embargo, razonable exigir de la ley una resolución minuciosa de la actividad administrativa, cualquiera que ésta sea y cuyo efecto sería la obsolescencia de los reglamentos ejecutivos.”

<sup>4</sup> G. Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho...*; Pág. 447: “Las potestades administrativas ni son, ni pueden lógicamente ser, ilimitadas, incondicionadas y absolutas, sino estrictamente tasadas en su extensión y en su contenido, y que sobre esta limitación se articula una correlativa situación jurídico-activa de los ciudadanos.”

<sup>5</sup> G. Falla *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, edición 2005, página 569.

dicha exposición, y que exponía, entre otras, que “para la jurisprudencia hay posibilidades de descubrir elementos reglados junto a otros discrecionales en un mismo acto administrativo”.

La discusión que existe en la doctrina parte de la mayor o menor amplitud de dicha potestad discrecional. Según determinados autores, la discrecionalidad debe ser entendida en su sentido más acotado, siendo el más representativo en nuestro Derecho el profesor G. Enterría, que entiende necesario diferenciar las potestades discrecionales y los conceptos jurídicos indeterminados, siendo lo esencial de estos últimos “la indeterminación del enunciado que no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten “una solución justa”<sup>6</sup> en cada caso, a la que llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición”<sup>7</sup>. Por el contrario, la

potestad discrecional es una autorización realizada por las Cortes Generales hacia la Administración para que de forma parcial (ya que existen necesariamente elementos reglados<sup>8</sup>) pueda optar entre una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos, optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho.

Junto a esa postura, se encuentra en el otro extremo, la doctrina que entiende la discrecionalidad en sentido amplio, por lo que incluye tanto el margen de actuación que se autoriza por Ley a la Administración en el elemento cognitivo, como en el volitivo. Dentro de esta última postura se encuentra Martin Bullinger<sup>9</sup> que define en sentido amplio la discrecionalidad como “el margen de libertad que se deriva para la administración pública cuando en su actuación no está completamente predeterminada por un tribunal. La discrecionalidad



<sup>6</sup> La teoría de la única solución justa fue exportada de la doctrina alemana por G. Enterría “La Lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes del gobierno, poderes normativos)”. *RAP* n° 38, 1962, p.p. 171-176.

<sup>7</sup> G. Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho...*; Pág. 462: “Por lo pronto hay que notar que en la estructura de todo concepto indeterminado es identificable un núcleo fijo (Begriffkern) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo de concepto” (Begriffhof), más o menos precisa, y finalmente una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto”.

<sup>8</sup> G. Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho...*; Pág. 456: Son cuatro, por lo menos, los elementos reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla y por último el fin.

<sup>9</sup> M. Bullinger, “La discrecionalidad de la Administración Pública. Evolución, funciones, control judicial”, *Diario La Ley*, 1987, Pág. 893 Tomo 4.

dad administrativa se caracteriza, por lo tanto, por una independencia doble: independencia respecto de los otros poderes del Estado, el poder legislativo y la justicia.”

Otros autores como M. Magide Herrero<sup>10</sup>, coinciden con la postura de G. Enterría en la diferenciación entre la discrecionalidad y los conceptos normativos indeterminados, sin embargo consideran que “la noción de la *“unidad de solución justa”* entendida como un instrumento de reducción de la discrecionalidad desde la perspectiva de su control jurisdiccional le parece rechazable, ya que la estructura constitucional de poderes determina la necesidad de que el Poder Judicial reconozca un cierto *margen de apreciación* en la aplicación de los conceptos normativos indeterminados, lo que impide que, desde una perspectiva del control jurisdiccional, podamos hablar, al menos en general, de una única solución justa en la aplicación administrativa de los conceptos jurídicos indeterminados.

Para entender todas estas posturas que han enfrentado a los distintos autores, es muy ilustrativo y didáctico el estudio que M. Bullinger realiza sobre la evolución del concepto de la discrecionalidad en el marco del derecho administrativo alemán<sup>11</sup>.

Según las distintas doctrinas expuestas, tendré en cuenta la amplitud del concepto de M. Bullinger, si bien, adaptándolo a nuestra jurisprudencia, y siendo consciente de que en un estudio con meras pretensiones prácticas no resultaría útil mantener tanta disquisición, y más teniendo en cuenta su escaso o nulo reflejo respecto de las consecuencias en el ámbito jurisdiccional.

Examinaré primero una breve evolución histórica de la subvención, para posteriormente examinar la discrecionalidad en la elaboración de las Bases Regulatoras (la tradicional discrecionalidad<sup>12</sup> en el ámbito volitivo), y finalizar con la discrecionalidad en el procedimiento de concesión y ejecución (generalmente la producida en el ámbito cognitivo, donde englobaríamos, dependiendo de la corriente doctrinaria correspondiente las denominaciones de concepto jurídico indeterminado, la discrecionalidad técnica<sup>13</sup> o instrumental, o en su caso, el denominado margen de apreciación<sup>14</sup>).

## 2. LA POSTESTAD SUBVENCIONAL: ¿POTESTAD REGLADA O DISCRECIONAL?

Antes de avanzar en el estudio sobre las subvenciones es necesario enmarcar desde un punto de vista jurídico, el concepto y su régimen jurídico. El concepto de subvención pública al que me estoy

<sup>10</sup> *Limites Constitucionales de las Administraciones Independientes*, INAP.- (Colección de Estudios).- 2000.

<sup>11</sup> M. Bullinger diferencia tres etapas: en una primera etapa (desde mediados del Siglo XIX hasta el final de la segunda guerra mundial) surge la doctrina de los conceptos discrecionales, cuyo mayor exponente era Bernatzik. Frente a la misma surge la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, defendida por Fritz Fleiner.

En una segunda etapa desde finales de la segunda guerra mundial se partía de la restricción de la discrecionalidad, considerándola como un verdadero cuerpo extraño al Estado de Derecho, en particular en el ámbito cognitivo. No obstante, surge el denominado *margen de apreciación*, en particular se refería a aquellos supuestos en los que el control judicial posterior era tácitamente incapaz de reconstruir el proceso real de valoración en aplicación de los conceptos legales valorativos.

En la última etapa, surge la *“teoría de la esencialidad”* que abre la posibilidad de considerar la discrecionalidad, en sentido amplio, como función y competencia de la administración de llevar a cabo la materialización conservadora de las líneas directrices de la ley, que fijan lo esencial.

<sup>12</sup> De la citada concepción debe quedar descartada la discrecionalidad como “un acto apriorístico o por naturaleza” (G. Falla).

<sup>13</sup> M. Magide Herrero *Limites constitucionales...*, recoge como la denominación de la discrecionalidad técnica surgió en la doctrina italiana habiendo tenido un éxito dispar, “si bien no ha tenido excesivo éxito entre la doctrina, sí ha sido empleada con asiduidad por la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en algunas ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional.”

La teoría de la discrecionalidad técnica surge como consecuencia de los problemas que conllevaba la aplicación exhaustiva del concepto jurídico indeterminado. J. I. Moreno Fernández expresa en este sentido, como “pronto se reveló difícil de mantener con algunas actuaciones administrativas, en concreto con las resoluciones de concursos y oposiciones y pruebas de idoneidad”.

<sup>14</sup> J. I. Moreno Fernández es favorable a la doctrina del margen de apreciación de Otto Bachof.

refiriendo es el legal, recogido en el Art. 2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS), con los límites que allí se recogen<sup>15</sup> y el Reglamento General de la Ley aprobado mediante Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (en adelante RGS).

La subvención pública participa de todos los elementos de las Potestades, y por supuesto de sus límites materiales y formales<sup>16</sup>.

Según L. A. Martínez Giner<sup>17</sup>, las subvenciones públicas son actualmente uno de los instrumentos jurídicos más importantes utilizados por las distintas AAPP para llevar a cabo el desarrollo de las políticas de los diferentes gobiernos. Actualmente este mecanismo ha traspasado la línea divisoria que la enmarcaba dentro de las funciones de fomento en la tradicional división de las actividades de las AAPP realizada por Jordana de Pozas<sup>18</sup>, para asumir un papel más activo y planificador e impulso de actividades, tanto públicas como privadas<sup>19</sup>.

Para entender la actual regulación de esta actividad administrativa es preciso examinar, al menos vagamente, a su evolución histórica. Las subvenciones nacen como una técnica puramente discrecional y graciable<sup>20</sup>, en poder de las AAPP según recoge el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 (arts. 23 a 29), que

determina el carácter voluntario y eventual, así como la facultad de las Corporaciones Locales de revocarlas o reducir las en cualquier momento, salvo cláusula en contrario, y su no invocabilidad como precedente.

Esto unido a su escasa regulación posterior a nivel nacional, salvo por determinados artículos incorporados inicialmente en las Leyes Anuales de Presupuestos, y posteriormente en el antiguo TRLGP, supuso que, en el ámbito de las subvenciones, avaladas por un halo de legalidad, que amparaba determinada doctrina y pronunciamientos jurisdiccionales, las potestades discrecionales fueran utilizadas de una forma sobredimensionada, sobre todo tras la promulgación de la CE.

Para este sector doctrinal y jurisprudencial, las posibilidades de las AAPP eran amplísimas, pudiendo considerarse que la concesión de una subvención era un privilegio otorgado al ciudadano contra el que no podía reclamar (aplicación del refrán popular: “a caballo regalado no se le mira el diente”). Así se consideraba que tanto en el periodo de creación, como en el procedimiento de concesión no existían derechos dignos de ser defendidos, solamente meras expectativas. Además, en numerosas ocasiones, no se asumían reglas propias de concurrencia competitiva, dándose una ausencia o inde-

<sup>15</sup> No ahondaré en este estudio sobre la acotación que realiza esta Ley, ya que existen actualmente publicados diversos libros y estudios realizados tras la promulgación del citado cuerpo legal, que definen con suficiente precisión su concepto y régimen jurídico, sirva como referencia, los siguientes: Pascual García, *Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas*, 4ª Edición, BOE, año 2004; *Las Subvenciones Públicas: Legislación comentada, formularios y procedimientos*; 1ª Edición, año 2007; Fernández Farreres, *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Editorial Thomson civitas, año 2005; F. López Ramón y otros autores, *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Editorial: Tirant Lo Blanch tratados, año 2005; L.A. Martínez Giner, *El reintegro de subvenciones públicas*, Edición Iustel, 1ª edición; Del Barco y otros autores, *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, 1ª Edición 2004.

<sup>16</sup> Pascual García *Régimen jurídico...*, páginas 59 en adelante, estudia la potestad subvencional, rebuscando los posibles preceptos constitucionales que fundamentan a la misma, la posible existencia o no de una reserva legal en este ámbito, concluyendo que “o bien la reserva de Ley en este ámbito en el establecimiento de subvenciones es inexistente o si más bien ocurre es que sus exigencias han quedado cubiertas con el nuevo marco legal”.

<sup>17</sup> L. A. M. Giner, *El reintegro...*. Pág. 29.

<sup>18</sup> La doctrina francesa (Benoit) divide la actividad en dos: la actividad de policía o prohibición y la actividad de prestación o de servicio público.

<sup>19</sup> L.A. Martínez Giner, *El reintegro de...*, Pág. 31: “No obstante en la actualidad se puede decir que la subvención “ni es la única técnica de fomento ni es exclusivamente una técnica de fomento” Sesma Sánchez.”

<sup>20</sup> STS 4-04-34 calificaba las subvenciones con las notas de voluntariedad y precariedad.

terminación total de reglas del juego, como son una ponderación de criterios valorativos. Además la concesión tampoco garantizaba ningún derecho, con la posibilidad de revocarla libremente, y con una regulación de las causas de reintegro que de forma confusa que se entrelazaba con las causas propias de una revisión de oficio por actos nulos o anulables<sup>21</sup>.

Fernández Farreres<sup>22</sup> ya expresaba muy tempranamente que “la idea del precario del otorgamiento de subvenciones y demás ayudas económicas en general –precariedad apoyada en las facultades libérrimas y discrecionales de la Administración otorgantes– debía ser objeto de una profunda rectificación, máxime cuando a partir de la misma se ha tratado de fundamentar la libre revocabilidad, en cualquier momento, de tales subvenciones y ayudas económico-financieras.” Avalaba dicha postura en SSTS que allá por los primeros años 80 del siglo pasado, empezaban a vislumbrar la necesaria vinculación del otorgamiento de subvenciones a los principios constitucionales de un Estado de Derecho.

Esta situación inicial, a pesar de las grandes lagunas legislativas existentes, poco a poco iba a ir transformándose principalmente por vía jurisprudencial, así como con la aprobación de las normas esenciales del derecho administrativo general, en particular la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la incorporación de España a la Unión Europea que mantenía un régimen muy severo respecto al empleo de ayudas (Art. 87 TCEE).

Conforme a las nuevas concepciones que se van acuñando, se configura un elenco importante de garantías al ciudadano y de límites a las AAPP:

- Se reconocen los derechos del beneficiario desde la publicación de las Bases Reguladoras, impidiendo de esta forma modificaciones incontroladas de

las citadas normas, desterrando la libre revocabilidad de las subvenciones (STS 25-11-2003).

- La actividad subvencional es definida como eminentemente reglada, ajena al ámbito discrecional diferenciando el momento anterior a su elaboración al de concesión. (STS 05/10/98 “el establecimiento de las subvenciones puede ser discrecional...pero una vez reguladas por la correspondiente norma y anunciadas, termina la discrecionalidad y empieza la regla y el reparto concreto que escapa del puro voluntarismo de la Administración”). Circunstancia que afecta a ambas partes de la relación jurídica subvencional estando obligados conforme unas reglas del juego marcadas y conocidas de antemano, tanto por el beneficiario (STS de 14-7-1997), como por la Administración (STS 17-7-1998, STS 31-3-1997, STS 9-5-1997).
- La resolución de concesión de subvenciones es un acto declarativo de derechos a favor del beneficiario, sin perjuicio de que se encuentre sometida a una condición de carácter resolutorio, obligando así a diferenciar las causas de reintegro de las de revisión de oficio. (Léase la STSJ Madrid 961/2004, donde se diferencian de forma clara ambas figuras fundamentándolo en la doctrina del Alto Tribunal).

Sirva como colofón la STS 11-7-2006 que realiza un resumen de la doctrina de dicha Sala sobre la potestad discrecional de la AAPP en materia de Subvenciones.

Así las cosas, unánimemente aceptados los planteamientos anteriores se entiende que con la aprobación de la LGS, y su posterior desarrollo mediante el RGS, se ha buscado limitar a lo mínimo indispensable las facultades discrecionales de las AAPP regulando aquellos aspectos reglados que limiten el ámbito de libertad.

<sup>21</sup> Sirva como ejemplo la STS 18-2-1991 donde se confunden ambas figuras.

J. Del Barco, *Comentarios...* Pág. 309, profundiza sobre la antigua causa de reintegro recogida en el apartado 9 del Art. 81 TRLGP, actualmente suprimido por la LGS.

<sup>22</sup> “De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español”, *RAP* nº 113. A su vez, en su Libro *La subvención: Concepto y régimen jurídico* recopila un listado importante de jurisprudencia de la época en esta materia.





### 3. DISCRECIONALIDAD EN LA ELABORACIÓN DE LAS SUBVENCIONES. LAS BASES REGULADORAS

Presente el carácter cognitivo respecto a la propia discrecionalidad, no hay que olvidar que las Bases Reguladoras son disposiciones de carácter general, tal y como se desprende del Art. 17.1 LGS por lo que los límites de su ejercicio coincidirán con los expuestos a modo general para la potestad reglamentaria.

La doctrina del Alto Tribunal reconoce el ámbito de libertad de actuación de las AAPP en el ejercicio de la Potestad reglamentaria, pudiendo *utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad* (STS 28-6-2004) siempre y cuando se realice bajo el respeto de las leyes que ejecutan o complementan, quedando limitado de esta forma el control judicial posterior. Sin que esto suponga, ni mucho menos, *reconocer un espacio de inmunidad a la actuación normativa* (STS 25-1-2005). *El control jurisdiccional, en el extremo que se analiza, se extiende a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria*

*y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar, como no sea desde el parámetro del Derecho.* (STS de 28-6-2004 que a su vez remite a las SSTS 26-2 y 17-5 de 1999, 13-11, 29-5 y 9-6 de 2001, entre otras).

*La mera discrepancia con una regulación reglamentaria, porque pueda ser perfectible, no es motivo bastante para calificarla como arbitraria, si dicha regulación responde a unas razones que, aunque puedan justificar una opinión discrepante, no son gratuitas ni ilógicas.* (STS 3-5-2004, y las posteriores de 16 y 23-12-2004).

En definitiva la discrecionalidad dentro de la potestad reglamentaria es perfectamente controlable a través de las tres tradicionales técnicas jurisdiccionales<sup>23</sup>, en especial a través del control de los elementos reglados<sup>24</sup>, entre los que se recoge el deber de motivar la decisión a adoptar (Art. 54 Ley 30/1992). Léase la STS 23-5-2006.

Esta obligación de motivación es la que permite deslindar una actuación ajustada a derecho de la mera arbitrariedad<sup>25</sup>, así la STS 13-12-2004 expre-

<sup>23</sup> STS de 11-6-1991 recoge como principales técnicas de control de la potestad discrecional las siguientes: El control de los hechos determinantes, los principios generales del Derecho, que informan todo el ordenamiento jurídico y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por su parte la STS de 14-11-2000 añade la relativa al control de los elementos reglados.

<sup>24</sup> G. Enterría, *Curso de Derecho...*; Pág. 456: son cuatro por lo menos los elementos reglados: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla y por último el fin.

<sup>25</sup> *Discrecionalidad y arbitrariedad son conceptos antagónicos, según criterio mantenido por las STC 5-10-2000, STC-12-3-2001 SIC y FD 2º de la STS 4-7-1986. STS 29-5-2006).*

sa que *el concepto de arbitrariedad se vincula así en su esencia última al concepto de motivación y a la necesidad de justificación.*

Dentro de los elementos reglados sobresale el sometimiento a un procedimiento administrativo donde deberá examinarse tanto la legalidad como la conveniencia y oportunidad de la norma futura, destacando, entre otros requisitos formales, el Dictamen del Consejo de Estado u Órgano consultivo de la CA, que solamente es exigible respecto de los reglamentos ejecutivos, así como la debida audiencia a los ciudadanos afectados, o en su caso información pública (debiendo entenderse que ambos trámites son complementarios STS 12-2-2001), salvo los supuestos tasados en la norma. (Ilustrativa es la STS 12-2-2002 que realiza un estudio exhaustivo de cada uno de estos trámites).

De la falta de alguno de los mismos puede derivarse la invalidez de dicha disposición (véase STS 11-3-1991 respecto de la ausencia del trámite de audiencia; o la expuesta STS 12-2-2002 sobre la ausencia del dictamen del Consejo de Estado).

En el ámbito de la creación de las Subvenciones la LGS ha optado por reducir en lo máximo posible la discrecionalidad, mediante:

A) La enumeración de los principios a seguir en su elaboración y su futura gestión (Art. 8.2 y 3 LGS): obliga a las AAPP a realizar una labor previsor, a medio plazo, mediante técnicas de gerencia pública, en concreto, la realización de un plan estratégico de subvenciones (desarrollado por los Arts. 10 a 15 RGS), que bajo el esquema de este tipo de técnicas (elaboración de objetivos, seguimiento, control y evaluación de resultados)

permite examinar el grado de cumplimiento de objetivos en aras del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria. Por otro lado, incorpora legalmente los principios informadores, administrativos y financieros, ya recogidos tanto por la doctrina como la jurisprudencia, derivados de los principios de legalidad (Art. 9.1, 9.3 y 103 CE), igualdad (Art. 14 CE), justicia y equidad en la asignación del gasto (Art. 31 CE), objetividad (Art. 103 CE), respeto a la libertad de empresa dentro de una economía de mercado (Art. 38 CE)<sup>26</sup>.

B) Regulación del Procedimiento de Elaboración: Su elaboración deberá seguir los cauces relativos al procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general recogidos en el Art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno con la incorporación del Informe del Servicio Jurídico y la correspondiente fiscalización previa, y con numerosas dudas todavía por resolver sobre si sería necesario un posible trámite de audiencia o información pública, o el dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de las CCAA. Para ello es preciso examinar la naturaleza jurídica de las Bases Reguladoras ¿Son reglamentos ejecutivos, organizativos o independientes? Si bien inicialmente se pudiera considerar que dada su aprobación mediante Orden del Ministro son reglamentos independientes de carácter organizatorio, si examinamos las definiciones que sobre ambos tipos de normas ha realizado la jurisprudencia quizás no resulte tan clara esa calificación<sup>27</sup>.

Anteriormente a la aprobación de la LGS era evidente que estas Bases Reguladoras se dictaban sin norma legal que les diera amparo, salvo las cues-

<sup>26</sup> Sobre las subvenciones y el respeto a los principios expuestos, examinar L. A. Martínez Giner, *El reintegro...*, página: 42; Pascual García "Régimen jurídico..." Pág. 66-70; J. R. Fernández Torres, *El establecimiento de subvenciones*, Thomson Civitas, 1º edición 2005, páginas 264 y siguientes.

<sup>27</sup> La STS 30-3-1992 define "el reglamento independiente como aquel que sea consecuencia de la potestad originaria (o derivada directamente de la Constitución) y que permita, por ello, llenar el vacío legal que en un momento determinado pueda aparecer". Por el contrario los Reglamentos ejecutivos son definidos como aquellos que *se encuentran ligados a una ley directa, a un artículo o artículos de una ley o conjunto de leyes* STS de 22-10-1982. Según G. Enterría en tales casos la Administración ejercita una facultad de autodisposición sobre sí misma, para mejor cumplir los fines públicos que la Constitución le encomienda (Art. 103.1º de la Constitución), contando para ello una potestad natural inherente a su posición jurídica, que por ello no necesita justificar en cada caso con una Ley previa. (Remisión realizada por STSJ de Baleares 255/2001).

tiones económicas ligadas a las Leyes anuales de Presupuestos y al propio TRLGP, por lo que la definición coincidía perfectamente con la postura del Reglamento independiente. Así lo reflejó la STSJ País Vasco 530/2001. Pero tras la promulgación de la norma legal citada ¿No se podría llegar a considerar que las Bases desarrollan y complementan el Art. 17 LGS? Si fuera cierto nos llevaría a una revisión de su naturaleza al ámbito ejecutivo, sin perjuicio de su carácter organizatorio, que obligaría a solicitar el dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo de la CA respectiva.

- C) Enumeración del contenido mínimo al que deben ajustarse las Bases Reguladoras: el Art. 17.3 LGS concreta, con carácter imperativo, los extremos que como mínimo deben contener estas Bases. Principalmente se refiere a los elementos que definen la concreta línea de subvención, reglando así la gestión posterior.

Las consecuencias que pudieran derivarse si las Bases Reguladoras que no se ajusten a dicho contenido dependerá de si la LGS soluciona esa posible laguna, estableciendo una regulación alternativa como es el caso del porcentaje de la subcontratación, o el periodo de justificación, o por el contrario esa ausencia pudiera afectar al buen funcionamiento de las subvenciones alterando los principios que inspiran esta potestad. En este último supuesto podría devengar la nulidad absoluta (Art. 62.2 Ley 30/1992).

La STSJ Cantabria 651/2006 anula unas Bases Reguladoras ante la ausencia de regulación de la

ponderación de los criterios de valoración de las solicitudes.

No obstante, y a pesar de lo expuesto, son numerosos los márgenes dejados a las AAPP en la regulación, destacando la utilización de términos tales como “cuando así se prevea” o “podrá” recogidos en lo largo de todo el articulado de la LGS, entre otros: Arts. 11.2 y 3, 12.1, 13.1, 14.1, 19, 22, 23.4, 24. 5, 27.1, 29.2 y 3, 30.2, 31.2 y 7, 34.4 y 37.

Igualmente el RGS prevé numerosas posibilidades utilizando el término “podrá”<sup>28</sup>.

En definitiva se recoge un elenco de posibilidades a adoptar por las AAPP, destacar la opción de atemperar, atendiendo a la naturaleza de la subvención concreta, las prohibiciones de los beneficiarios recogidas en el Art. 13.2 LGS. Esta posibilidad solamente puede entenderse examinando el caso concreto. Así, cabría reducir determinados requisitos en caso de subvenciones *ex post*, como por ejemplo las subvenciones a las víctimas de la violencia de género. A mi juicio una utilización generalizada de esta posibilidad podría ser considerada contraria a los principios inspiradores de la LGS<sup>29</sup>. Esta opción no debe ser confundida con la de incrementar prohibiciones nuevas de acceso a los beneficiarios, circunstancia vetada a las Bases al tratarse de normas de carácter reglamentario<sup>30</sup>. Las actuales Bases Reguladoras parecen haber encontrado una discutible solución indirecta de limitación al incluir entre los requisitos de los beneficiarios “el haber justificado, en su caso, suficientemente, las ayudas económicas recibidas con anterioridad” SIC, aseverando de esta forma las prohibiciones contenidas en la LGS<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Arts. 42, 43, 55, 63, 69, 74, 75 y 76 y 81.

<sup>29</sup> Pascual García, *Las Subvenciones Públicas...* Pág. 82: “Se admite que las Bases Reguladoras exceptúen las prohibiciones pero ello no podrá hacerse más que fundándose en la “naturaleza de la subvención”, expresión incorrecta pero que, en todo caso, supone la existencia de unas peculiaridades, en las que habrá de fundamentarse la excepción.”

G. F. Farreres, *Comentario...*, Pág. 174: “Con todo parece clara la exigencia de adecuada motivación de cualquier decisión de exceptuar las incapacidades especiales del 13.2, para que no sufran un inadmisibles perjuicio los principios de interdicción de la arbitrariedad y de igualdad...”

<sup>30</sup> La posibilidad de que mediante la regulación de las Bases Reguladoras se incorporen nuevas prohibiciones es considerada contraria al principio de legalidad de forma unánime por todos los autores (Pascual García, *Régimen Jurídico...*, pág. 117).

<sup>31</sup> Destacar el uso generalizado de esta cláusula por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, entre otras en las siguientes Bases Reguladoras: Orden TAS/1763/2007, de 11 junio; Orden TAS/1655/2007, de 1 junio; Orden TAS/1365/2007, de 10 mayo.



Por último, es preciso también llamar la atención sobre la posibilidad excepcional de la concesión directa (Art. 22.2.c) LGS), si bien la propia norma legal, con efectos exclusivos hacía la AGE, aumenta el rango normativo debiendo aprobarse mediante Real Decreto (Art. 28.2 LGS). Es necesario evitar que esta opción excepcional se convierta en práctica generalizada.

#### 4. LA DISCRECIONALIDAD EN LA GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS SUBVENCIONES. LA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA

El principal ámbito de libertad de las AAPP, en estas fases le viene dado por lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “discrecionalidad técnica”<sup>32</sup>. Sobre esta figura se han realizado numerosos estudios específicos<sup>33</sup>, principalmente sobre la que se produce en los Órganos de Selección y Valoración en el ámbito de la Función Pública.

Advertir sobre la dificultad que entraña deslindar este instrumento de otros similares tal y como se ha reseñado en los primeros epígrafes de este estudio, en el que se engloban conceptos muy diversos sobre ámbitos de actuación prácticamente similares, para evitar posibles confrontaciones con la doctrina científica se opta en este estudio por el concepto del Alto Tribunal sobre la discrecionalidad técnica, si bien, tal y como recoge Moreno Fernández<sup>34</sup> “el concepto que maneja es considerablemente vago, de acuerdo con el cual ésta aparece cuando la “decisión prima el conocimiento científico” o técnico en

general, criterio que parece haber confirmado la jurisprudencia del TC”.

Véase la SAN 14-3-2006 donde resume la doctrina del Alto Tribunal (SSTS de 14-7-2000 y 10-10-2000, entre otras) y el TC (SSTC 353/93, 34/1995, 73/1998 y 40/1999]. Doctrina que también puede observarse, entre otras, en la siguiente jurisprudencia autonómica: STSJ Canarias 132/2005; SSTSJ Madrid 43/2002, 603/2005 y 166/2001; STSJ Navarra 862/2002, que puede resumirse como sigue:

- Debe partirse de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación.
- Se reduce las posibilidades de control de la actividad evaluadora prácticamente a dos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados –cuando estos existan–, y el del error ostensible o manifiesto.
- La carga de la prueba corresponde a quien la alega.
- Deja fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador.

Al igual que la discrecionalidad en el ámbito volitivo, es elemento imprescindible la exigencia de motivación<sup>35</sup> (Art. 25.2 LGS), según se desprende,

---

<sup>32</sup> Desdentado Daroca diferencia la discrecionalidad de la discrecionalidad técnica porque “Mientras en la verdadera discrecionalidad conviven juicio y voluntad, en la discrecionalidad técnica se realiza una actividad de mero juicio en la que no interviene en modo alguno la voluntad”.

J. I. Moreno Fernández, *Las potestades discrecionales...* estudia este tipo de discrecionalidad en la que permite a la Administración que utilice su experiencia o conocimiento para la apreciación de la concurrencia de los hechos que acoge el concepto y que habilitan a su actuación (conceptos técnicos fundamentalmente”).

<sup>33</sup> Destacar, entre otros, en esta materia las siguientes publicaciones: Eduardo Lázaro Alba y Fernando González Botija: “A vueltas con la discrecionalidad técnica en Oposiciones y Concursos: Jurisprudencia Reciente y reflexiones críticas” REDA Núm. 127, julio-septiembre 2005; Joaquín M<sup>a</sup>. Peñarrubia Iza: “La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica” RAP Núm. 136, enero-abril 1995; Eduardo Cota VITA: “También la discrecionalidad técnica bajo el control último de los tribunales” RAP Núm. 108, septiembre-diciembre 1985.

<sup>34</sup> “Límites constitucionales...”.

<sup>35</sup> *El componente discrecional de la actividad administrativa de fomento en modo alguno impide que la decisión deba ser también motivada si limita derechos subjetivos o intereses legítimos;* (SSTS 15-2-2000, 29-11-2001 y 15 y 24-4-2002).

entre otras, de la STS 29-3-2004. Ahora bien, este deber tratándose de un concepto jurídico indeterminado (STS 3-4-1990) ha sido examinado de forma muy flexible<sup>36</sup>, en concreto dentro del ámbito de las subvenciones, *basta que el acto sea sucintamente motivado* (SSTS 9-4-1997, 16-4-1997 y 20-5-1997), considerándose que existe esa suficiencia en la motivación por puntos (STSJ Andalucía, 7-6-2002), o aún cuando *no se hagan explícitas las razones por las que juzgan –positiva o negativamente período o períodos de investigación sometidos a evaluación* (STS 5-7-1996). Cabe también la motivación por referencia en la que se hace expresa remisión al Informe del Órgano de evaluación (SSAN 13-2-2002 y 26-4-2006).

Incluso *en los casos en que el acto originario pudo adolecer de falta de motivación, si el recurso de la reposición es lo suficientemente explícito y si los informes que precedieron al acto obran en el expediente administrativo y han podido ser examinados por la parte, desaparece cualquier atisbo de indefensión.* (STS 20-5-2002 y 11-12-2002).

La LGS y el RGS tienden a que el otorgamiento de subvenciones y la ejecución de la misma se realicen bajo unos requisitos reglados. No obstante, es inevitable el otorgamiento a las AAPP de ciertos márgenes de discrecionalidad, y así se puede observar a lo largo del articulado de la citada norma legal<sup>37</sup>: Arts. 23, 24.2, 33.1, 37, 44.1, 45, 49.5 y 51.

- **En el seno del Procedimiento de concesión**, acaece principalmente en la valoración de los requisitos de los beneficiarios, en la fase de prelación de las solicitudes, entendiendo que ambas fases son distintas y no deben confundirse<sup>38</sup>, así la prelación solamente puede producirse cuando los créditos son limitados dado el número de solicitudes

(SSTS 22-9-2000 y 5-3-2004). En todo caso es innegable que determinadas subvenciones requerirán de un examen exclusivamente técnico o científico, y algunas ocasiones en la determinación de la cuantía de la subvención.

Teniendo en cuenta la distinción expuesta (requisitos y evaluación de solicitudes), la LGS exige que las Bases Reguladoras y la posterior Convocatoria enumeren los requisitos de los beneficiarios [Art. 17.3.b), Art. 23.2.e)], así como el establecimiento de los criterios objetivos de otorgamiento de las subvenciones [Art. 17.3.e), Art. 23.2.l)], y por supuesto, la cuantía individualizada de la subvención [Art. 17.3.f) y Art. 23.2.b)]. De esta forma el ciudadano conoce todos los entresijos de la relación jurídica concreta, en especial los concernientes a la discrecionalidad técnica, de los que se derivan tres elementos fundamentales sobre los que se asienta el procedimiento de concesión: 1º) los requisitos para acceder, 2º) la cuantía económica sometida a concurrencia, 3º) y, en caso de que el número de solicitudes sea mayor al de la cuantía, los criterios de valoración que permitirán al órgano concedente dar prioridad a unas solicitudes frente a otras<sup>39</sup>.

- **En la fase de ejecución**, la discrecionalidad se reduce, por cuanto que las Bases Reguladoras deben prever, en general, todos los aspectos obligacionales y justificativos, así como prever las posibles circunstancias que den lugar a una modificación, pero no obstante, esta libertad sigue existiendo en gran medida, en la fase de inspección y control y en el examen del cumplimiento de las obligaciones de los beneficiarios<sup>40</sup>, si bien éstas últimas pudieran, en puridad, asignarse a una discrecionalidad en el ámbito volitivo. Pascual García<sup>41</sup> considera que “la actividad

<sup>36</sup> Véase sobre la motivación la STS-21-6-2002.

<sup>37</sup> RGS: Arts. 31.3.b), 33.2 58, 59, 64, 83, 86.

<sup>38</sup> STSS de 22-9-2000 y 05-3-2004 y 15-3-2004.

<sup>39</sup> Véase STS 15-6-2005.

<sup>40</sup> En relación con la discrecionalidad en la fase de inspección, dada su similitud con el ámbito tributario, examinar el estudio realizado por Moreno Fernández *Las potestades discrecionales...* Pág. 115.

<sup>41</sup> “Régimen jurídico...” Pág. 366.

de control es una actividad reglada pero eventual, de tal manera que no a toda subvención concedida va a seguir el control financiero, dependiendo su aplicación a casos concretos de diversas circunstancias...sin descartar el elemento aleatorio”.

- En materia de infracciones y sanciones, también, podría encontrarse, en particular en la graduación de las sanciones. La LGS, haciéndose eco de una tendencia jurisprudencial de reducción de la discrecionalidad en este ámbito (Véase la STS 8-10-2001) ha optado por incorporar, según ha reseñado Pascual García, unos criterios de graduación bien concretos (Art. 60 LGS).

De una forma casuística y referida en exclusiva al ámbito de las subvenciones, la jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera respecto a la discrecionalidad técnica:

- a) *Los Tribunales no pueden sustituir la discrecionalidad de la Administración cuando ésta se basa en un juicio técnico basado en la especialización e imparcialidad de los órganos que realizan tal calificación.* (STSJ Madrid 43/2002).
- b) *Solo se vulnera el derecho a la igualdad si ante situaciones idénticas la Administración sin una motivación ni una justificación razonable, dentro de la legalidad, da un trato distinto.* (STSJ Madrid 166/2001).

c) *La valoración de los criterios perseguidos y el contenido de cada proyecto puede ser apreciado de manera diferente en cada convocatoria por la Comisión de Evaluación, que no tiene porque estar compuesta por las mismas personas, ni sujeta a reglas matemáticas de apreciación* (STSJ Canarias 275/2005).

d) El derecho al percibo de las subvenciones, en caso de limitación presupuestaria, solamente puede ser declarado por la Administración, ordenando, en fase jurisdiccional, la retrotracción las actuaciones. (STS 20-2-2007).

e) Los criterios contables utilizados en los Informes de Auditorías forman parte del núcleo de la discrecionalidad técnica (STS 23-1-2004).

f) La modificación de la resolución de subvención es una decisión de la Administración dentro de su ámbito de discrecionalidad, que puede adoptar en los supuestos de incumplimientos derivados de buena fe del beneficiario. (STS 2-6-2003).

No obstante lo anterior, algunos Tribunales se adentran a valorar esos aspectos científicos que se considera el núcleo de la decisión. Así la SAN 22-5-2006 expresa sobre la apreciación de si un proyecto supone o no "desarrollo tecnológico avanzado" que *aún careciendo de especiales conocimientos técnicos, ... la realización de un portal en Internet... no puede considerarse desarrollo tecnológico avanzado, ...* Véase, también, la



STS 17-5-2006 que interpreta cuando *no ha existido fracaso técnico*.

Por el contrario, se ha considerado una extralimitación de la discrecionalidad técnica cuando:

Referido al examen de los requisitos: la Administración desconoce el contenido de las bases. (STSJ Galicia 721/2005). Se alegan razones económicas no acreditadas en el expediente (STS 15-6-2005), supuesto que sucede en el caso que se demuestre la existencia de remanente de tesorería (SSTS 22-7-2002 y 17-6-1999; SAN 7-2-2005). La denegación no se basa en una cuestión técnica, sino jurídica (STS 15-3-2004). Se acredita que, con anterioridad a dicha solicitud, se habían otorgado otras subvenciones a actividades análogas en el mismo sector (STS 15-6-2005), Se utilizan causas no recogidas en las Bases Reguladoras (STSJ País Vasco 704/2003).

Referido a la evaluación de las solicitudes: no cabe priorizar cuando no existen razones económicas (STS 15-2-2000). Los cambios de criterios utilizados con anterioridad deben de motivarse (STS 15-3-2004 y STS 30-5-2002). La Comisión de valoración no puede denegar una subvención utilizando criterios distintos a los expuestos en las Bases Reguladoras, recogidos por la propia Comisión de Evaluación (STSJ País Vasco 497/2000).

En la Resolución de concesión: son inválidas las resoluciones que no se encuentran motivadas. STSJ Galicia de 29-09-99; STSJ País Vasco 300/2003. Las Resoluciones que se apartan de los Informes que obran en el expediente, cuando además se han otorgado ayudas para proyectos análogos. (STS 20-5-2002).

### CONCLUSIÓN

Sería imprescindible una mayor unificación en el ámbito de la discrecionalidad, y sobre todo la denominada técnica, en especial en la doctrina y una depuración del concepto por parte de la jurisprudencia, pero a mi juicio el gran problema se encuentra más bien en el propio seno de la Administración.

En el ámbito de las subvenciones es evidente el esfuerzo de la LGS y el RGS en aras de fomentar los aspectos reglados, sobre todo teniendo en cuenta los precedentes administrativos, si bien todavía es imprescindible un impulso dentro de las AAPP que tienda al cumplimiento íntegro de dichas garantías, para ello es muy importante la labor que su personal ejerce, en especial en los aspectos de control tanto de legalidad como económicos. No es factible la excusa del excesivo reglamentismo de las normas, el problema se encuentra en la falta de previsión que no puede predicarse del empleado público que con su objetividad, imparcialidad, conocimientos y experiencia puede prever, con la suficiente antelación, las actuaciones a desarrollar dentro de cada ejercicio presupuestario. El problema se encuentra en actuaciones a todas luces extemporáneas, que si bien pueden ser más o menos efectistas obligan a reducir o suprimir trámites para su cumplimiento. En definitiva las AAPP deben soltar el lastre histórico respecto a las técnicas de fomento y tender progresivamente hacía un proceso sometido a las máximas garantías, tal y como corresponde a un Estado de Derecho. Tal y como expresó M. Bullinger “el proceso de disminución del control judicial debe ser compensado con un aumento de garantías en el proceso de toma de decisiones por la misma administración”.