

La discrecionalidad administrativa y su control en materia de subvenciones: Estudio Jurisprudencial

M^a DOLORES REGO BLANCO

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento del tema; II. Naturaleza jurídica de las potestades administrativas en la actividad subvencionadora: a) En la creación y derogación de la norma habilitadora; b) En la resolución sobre la procedencia de la concesión o denegación: 1) Los elementos reglados; 2) Los elementos discrecionales; c) En la cuantificación; d) En el control a posteriori del cumplimiento de las condiciones exigidas. III. Técnicas de control jurisdiccional: a) A través de los elementos reglados: la desviación del fin; el presupuesto de hecho; la motivación y la razonabilidad; b) A través de otros medios: el control orgánico; el derecho fundamental a la igualdad. IV. Extensión del control jurisdiccional y conclusiones.

I. Introducción y planteamiento del tema.

El presente estudio tiene por objeto exponer la doctrina Jurisprudencial¹ en relación con la discrecionalidad administrativa en materia de fomento de la economía a través de la técnica de la subvención. Dado que cualquier tipo de ayuda o subvención viene a tener, de una manera u otra, una incidencia en los indicadores económicos de un país, se ha tenido a bien acotar el trabajo centrándolo, concretamente, en las subvenciones que tienen por objeto incentivar de manera directa los sectores primario y secundario de la economía. En general, se trata, por tanto, de subvenciones dirigidas a la instalación de nuevas industrias, a la ampliación o reconversión de las ya existentes; a incentivos al aumento de la producción (bien directamente, bien a través de una mayor contratación); a la ubicación

¹ Los pronunciamientos judiciales que sirven de base a este estudio pertenecen al período 1979-1995 (ambos inclusive) y fueron dictados por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

industrial en una zona determinada, etc. Y se han dejado a un lado las subvenciones de otra índole, como pudieran ser las de carácter social, cultural, o educativas, más relacionadas con el sector terciario o de servicios.

La subvención, en cuanto que mecanismo de fomento, tiene, o al menos ése es su propósito, un indudable impacto en los sectores productivos, pues consigue modular la actividad económica, ya para frenar determinadas iniciativas (caso de las reconversiones), ya para promocionar otras que se estimen convenientes.

Para el jurista la subvención no es una figura carente de interés. Muy al contrario, presenta el atractivo de ser un punto de intersección de muchas de las instituciones que conforman el esqueleto de nuestro sistema jurídico, con la peculiaridad de que su omnipresencia actual agiganta su importancia². En este sentido se hace conveniente tener presente algunas reflexiones:

- 1) La subvención, como técnica de fomento, es un instrumento óptimo para dar cumplimiento a los mandatos constitucionales de modernizar y desarrollar todos los sectores económicos (art. 130 C.E) y de planificación de la actividad económica para atender al equilibrio y armonización del desarrollo y la riqueza (art. 131 C.E.). La subvención conlleva, pues, un elemento de transformación intencionada, cuyas resonancias conducen al modelo de Estado Social.
- 2) La subvención indudablemente viene a modular o alterar la economía de mercado, marco en el que se desarrolla la libertad de empresa constitucionalmente reconocida (art. 38 CE). De ahí que ésta y otras libertades constitucionales se alcen en un condicionamiento del empleo legítimo de la técnica de subvención.
- 3) Una característica esencial del fomento es que el objetivo fijado por los poderes públicos se obtiene sin necesidad de recurrir a técnicas de prohibición o coacción, dado que los sujetos económicos, motivados por las facilidades ofrecidas por la Administración, adoptan voluntariamente el comportamiento deseado desde las instancias gubernati-

²Por todos, *cfr* la excelente obra de FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención: concepto y régimen jurídico*. I.E.F. MAdrid, 1983; y específicamente sobre discrecionalidad en este ámbito, GIMENO FELIÚ, J.M.: "Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento y desarrollo económico (ayudas y subvenciones)" en RAP nº 137.

vas. Se ha de subrayar este aspecto de la subvención como presupuesto de las decisiones de los sujetos económicos.

Estas notas, que intrínsecamente caracterizan a la subvención, ponen de manifiesto por sí mismas la relevancia práctica de la distinción entre el signo reglado o discrecional de las potestades administrativas que la ponen en juego, así como de las técnicas para su control judicial, en garantía de los principios de legalidad, seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos constitucionalizados³.

II. Naturaleza jurídica de las potestades administrativas en la actividad subvencionadora.

Podemos diferenciar varios momentos en relación con la actividad subvencionadora de la Administración, a saber: A) creación y derogación de la norma subvencionadora; B) resolución sobre la procedencia de la concesión o denegación de la ayuda; C) cuantificación de la subvención; D) control de la actividad subvencionada. En aras de una exposición sistemática, analizaremos en cada uno de ellos la naturaleza de las potestades administrativas implicadas.

A) Creación y derogación de la norma habilitadora de la subvención. La creación y derogación por la Administración de la norma habilitadora para la concesión de ayudas o subvenciones no plantea problemas en cuanto al carácter de la potestad administrativa subyacente, y, en concordancia con su carácter reglamentario, se admite sin más su correlación con la discrecionalidad de la Administración.

Dentro de los límites de la potestad reglamentaria, la determinación del contenido de las normas subvencionadoras queda a la libre consideración de

³ Sobre el concepto de discrecionalidad administrativa, su distinción con figuras afines, y su control por los Tribunales de Justicia, existe una extensísima bibliografía, de la que, a efectos ilustrativos, destacamos por su significación: DELEGADO BARRIO, J (Dir): *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J. Madrid, 1994; ESCRIBANO COLLADO, P: "Técnicas de control judicial de la actividad administrativa" en BARNES VÁZQUEZ (dir): *La justicia administrativa en Derecho Comparado*. Civitas. Madrid, 1993; FERNÁNDEZ, T. R.: *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas. Madrid, 1991; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo" *RAP* nº 38/1962; MOZO SEOANE, A: *La discrecionalidad de la Administración pública en España*. Civitas. Madrid, 1976.

la Administración, configurando en su seno los criterios por los que los órganos correspondientes se han de regir a la hora de decidirse por la concesión o denegación de la ayuda⁴. De ello dependerá en definitiva, el carácter reglado o discrecional de los distintos elementos concretos que el órgano competente haya de barajar en su momento para dictar la correspondiente resolución⁵. De ahí que no pueda hacerse una estimación genérica o apriorística del grado de discrecionalidad en materia de subvenciones, sino que por el contrario, ello sólo sea posible caso por caso.

Como botón de muestra de lo definitivo que en este aspecto resulta la concreta redacción de las Bases de la convocatoria de subvenciones, aludiremos a las expresiones con el verbo poder en futuro, tales como “*podrá* conceder una ayuda X a los proyectos que ...”, que con frecuencia se identifican en sede jurisprudencial con la existencia de cierto grado de discrecionalidad administrativa⁶.

Afirmar que la creación de la normativa subvencionadora responda a una potestad discrecional, no es obstáculo para mantener a su vez que las Bases vinculan pro-futuro la actuación de la Administración⁷, de manera, (y ello no es más que mera aplicación de la inderogabilidad singular del reglamento), que la Administración, por ejemplo, no está facultada para, discrecionalmente, añadir *ex novo* requisitos en el momento de decidir si subvencionar o no una actividad. Diferente será admitir que la Administración goce de facultades interpretativas de las Bases en cuestión⁸. Es fácil advertir que la correcta identificación de las potestades en juego, discerniendo entre las discrecionales y las regladas (también en su vertiente de conceptos jurídicos indeterminados), resulta decisivamente fundamental en este ámbito.

Un último aspecto interesante sobre las Bases es que su efecto vinculatorio frente a la Administración se consume con el período de vigencia de la norma, de forma que si la norma ha sido derogada no puede prosperar la pretensión de obtener una subvención solicitada posteriormente, aunque se

⁴ Para la STS 21-9-1995 (RA 6617) FJ 1º termina aquí toda decisión discrecional por parte de la Administración en materia subvencionadora. A lo largo de este estudio se podrá advertir que la realidad es muy otra.

⁵ STS 3-3-93 (RA 2094) FJ 5º; STS 18-7-94 (RA 5735) FJ 2º.

⁶ STS 7-12-79 (RA 4180) 1er Cdo, y STS 20-5-92 (RA 4162) FJ 1º.

⁷ Por todas STS 14-3-91 (RA 2390).

⁸ STS 2-3-92 (RA 1769) FJ 2º.

refiera a una actuación existente durante la vida de la normativa subvencionadora y plenamente acomodada a su perfil⁹.

B) Resolución sobre la procedencia de la concesión o denegación de la subvención. La resolución que otorga o deniega al administrado el derecho a percibir la subvención es un punto clave en este estudio, como bien pone de manifiesto el hecho de que a él se puedan reconducir las pretensiones de las partes en la inmensa mayoría de las sentencias aquí analizadas. Con ello entramos de lleno en la cuestión, ya esbozada en el apartado anterior, de si estas decisiones administrativas responden a potestades enteramente regladas o por el contrario, dejan un hueco a la discreción de la Administración concedente de las ayudas. La trascendencia de una u otra respuesta a este interrogante quizás se haga más fácilmente aprehensible si la cuestión queda planteada en términos de adquisición de derechos subjetivos: ¿el particular engrosa su patrimonio con un auténtico derecho a percibir la subvención por el mero hecho de reunir los requisitos exigidos en la convocatoria y solicitarla en plazo?, ¿o por el contrario, el derecho a la ayuda sólo lo adquiere en el caso de que así se lo reconozca la Administración, de manera que a pesar concurrir dichas circunstancias (requisitos y solicitud) puede lícitamente quedar al margen de dichas ayudas?

En abstracto, doctrinalmente se admite que la materia de subvenciones es un campo fértil para la discrecionalidad administrativa. Con todo, hay que tener en cuenta que la técnica de la discrecionalidad no puede concebirse al margen de determinados elementos reglados, por lo que no está de más estudiar por separado unos y otros.

B.1.- Los elementos reglados a los que por definición¹⁰ hemos de referirnos son la existencia de la potestad misma para subvencionar; la competencia orgánica para la resolución de las solicitudes de ayuda; el fin al que se dirige la facultad administrativa; y por último, el presupuesto de hecho habilitante de la actuación de fomento.

Los dos primeros (existencia de la potestad y competencia) no dan pie a comentario alguno en el ámbito circunscrito para esta comunicación. Por su

⁹ Es el supuesto desestimado en la STS 21-12-94 (RA 10142) FJ 1º, en el que se reclamaba una subvención por contratación de un trabajador, solicitada tras la derogación de la Orden Ministerial en base a la cual se pedía, porque en la fecha de la contratación la norma estaba en vigor. Con un problema similar al anterior, STS 7-12-79 (RA 4180) Cdo 2º.

¹⁰ Ver nota 3.

parte, el elemento teleológico, reconocido prácticamente siempre¹¹ por la Jurisprudencia como dato reglado, conviene relegarlo a posteriores epígrafes dedicados a las técnicas de control judicial.

El presupuesto de hecho de la subvención es un elemento que la Jurisprudencia unánimemente califica de reglado, teniendo que separarlo en muchas ocasiones de los aspectos discrecionales que puedan concurrir. Así, una y otra vez debe recordar que los requisitos establecidos para poder optar a una subvención o ayuda no otorgan facultades discrecionales administrativas para seleccionar a los candidatos, sino que, por el contrario, constituyen elementos reglados vinculantes para la Administración.

Cuando los requisitos se identifican mediante conceptos jurídicos determinados, tales como el lugar de asentamiento de las empresas, el aumento de producción, la creación de nuevos puestos de trabajo, ser una actividad económica, ..., se plantean únicamente cuestiones de probanza de hechos o de interpretación de la norma al objeto de determinar cuál es el requisito efectivamente exigido¹².

La polémica se suscita cuando los requisitos vienen expresados mediante conceptos más amplios, lo cual por otro lado, es inevitable, dada la rica variedad de iniciativas económicas a las que se dirige el fomento. En supuestos donde el requisito cuestionado era realizar "inversiones productivas", ser una "explotación de carácter industrial", o responder al perfil de "proyecto de innovación tecnológica" la solución judicial se mantuvo en la línea de no admitir discrecionalidad de apreciación sobre su existencia, sino de proclamar el carácter reglado de estos conceptos jurídicos que podríamos calificar de indeterminados.

Así, en la STS 20-9-90 (RA 9082), la Administración invocando sus potestades discrecionales de decisión en materia de fomento, había denegado la subvención que M.H.E, S.A solicitó para la inversión realizada en la adquisición de una maquinaria especializada de alta tecnología de litrotricia extra-

¹¹ La excepción se encuentra en la STS 7-12-79 (RA 4180) Cdo. 1º, en la que se hace referencia a que el fin perseguido por la Orden Ministerial es el fomento "no [de] cualquier e indiscriminada mecanización agraria, sino «el desarrollo de aquellas labores agronómicas cuya conveniente ejecución mecánica se considere de interés», (...) «de modo que tienda a una mecanización racional»; es decir, la *discrecionalidad* del actuar administrativo *en el ámbito de los fines* establecidos es *patente* y ello, no sólo por la naturaleza de la institución usada, la subvención, sino por la concreción que de ella se hace en la norma que lo regula". La cursiva no es original.

¹² STS 26-6-89 (RA 4884) FJ 1º; STS 2-3-92 (RA 1769) FJ 20º; y STS 12-7-1995 (RA 5996) FJ 2º.

corpórea por ondas de choque. La Sentencia resuelve el litigio, confirmando la denegación, pero en base exclusivamente al carácter reglado de los requisitos que se exigían, en el buen entendimiento de que “permite[n] descartar por su carácter reglado aquéllas inversiones que no cumplan tales requisitos” [FJ 2º]. La Sentencia estimó que la inversión de M.H.E, S.A. no satisfacía el perfil exigido de constituir una inversión productiva, pues para ello sería necesaria la “creación de bienes”, esto es, de “elementos económicamente evaluables que constituyen el patrimonio total o parcial de una persona física o jurídica”. Inversión productiva excluye, pues, toda idea de servicios, por lo que la inversión de M.H.E, S.A. no entra dentro de las actividades promocionables¹³.

Otro ejemplo lo encontramos en la STS 18-7-94 (RA 5735) que se enfrenta a unas subvenciones dirigidas a industrias de alimentación animal que introdujeran alguna innovación tecnológica, a las que pretendía acogerse un proyecto consistente en una torre de granulación, oponiéndose a ello la Comunidad Autónoma que, afirmando moverse en un campo de discrecionalidad, no apreciaba la torre como innovación tecnológica. La Sentencia rechaza la tesis de la Administración pues entiende que se trata de la verificación de un elemento reglado y que “la innovación tecnológica en una actividad existe cuando se acredita y los técnicos competentes así lo declaran y no ciertamente cuando la Administración así lo reconozca”; resolución ésta en clara concordancia con la unidad de solución justa que caracteriza al concepto jurídico indeterminado.

Finalmente hay que hacer referencia a la reiterada Jurisprudencia que aclara que siempre que la norma subvencionadora no especifique potestades discrecionales para la selección de los peticionarios de las ayudas, la resolución administrativa ha de responder al ejercicio de una potestad reglada y, en consecuencia, atender exclusivamente a la concurrencia de los requisitos exigidos sin más¹⁴. Esto, que desde un punto de vista teórico, no plantea problema alguno, parece verse desvirtuado en la práctica¹⁵, quizás por una arraigada asociación de las ideas de subvención y de discrecionalidad.

¹³ Un caso paralelo resolvió la STS 14-7-92 (RA 6568), rechazando la posibilidad de que un centro profesional dedicado a la enseñanza pudiera acogerse a subvenciones destinadas a explotaciones de carácter industrial, en razón de la naturaleza reglada de la actividad promocionable.

¹⁴ Previa comprobación, como reseña la STS 21-12-90 (RA 9643) de la efectiva existencia de los mismos en el momento de la petición, sin que quepa subsanación a posteriori una vez transcurrido el plazo de la convocatoria.

¹⁵ STS 15-12-87 (RA 9490) FJ 3º; STS 26-6-89 (RA 4884) FJ 1º; STS 24-10-89 (RA 7488) FJ 4º; STS 3-3-93 (RA 2094) FJ 5º.

B.2.- Los elementos discrecionales pueden ser introducidos por la norma subvencionadora con el propósito de habilitar a la Administración para que en la selección de los beneficiarios pueda tener en consideración criterios extrajurídicos. Como quedó dicho, la remisión a la discrecionalidad no es jurídicamente imprescindible, pero es muy frecuente que en materia de subvenciones esté presente, hasta el punto de haberse considerado como una de sus peculiaridades inherentes.

En los estudios sobre discrecionalidad administrativa, existe conformidad sobre la naturaleza no jurídica de los criterios a los que conduce la discreción de la Administración. La variedad de criterios que, en abstracto, pueden ser englobados bajo estimaciones discrecionales se adivina enorme, pero, naturalmente, la materia específica sobre la que incidan obliga a una concreción o reducción. Así, el análisis de la Jurisprudencia manejada permite descubrir cuáles son los criterios en los que se sustantiva la discrecionalidad administrativa en relación con la política de fomento mediante subvenciones a los sectores primario y secundario de la economía.

Como no podía ser de otra forma, el común denominador de los factores discrecionales que más intervienen en las subvenciones aquí estudiadas, es su índole preeminentemente económica. No obstante, algunos de otro talante también se barajan, como el criterio de la calidad del producto¹⁶ o (con mayor incidencia) el de lo social, reconociendo la importancia de la repercusión social que puede provocar el fomento.

En la mayoría de los supuestos, el interés social se evalúa en función del aumento del empleo que suponga la iniciativa solicitante¹⁷, pero en otras ocasiones se ha hecho centrándose en el destinatario de la subvención, en cuanto que sujeto necesitado de ayuda¹⁸. Entre estos últimos es especialmente significativo el caso de la STS 1-6-89 (RA 4327) donde precisamente éste fue el criterio decisor para confirmar la revocación en reposición de la adjudicación a unos industriales de una subvención para la campaña de patata de siembra certificada tipo «B», y concederla en favor de unos campesinos, a quienes “teniendo en cuenta no sólo la estricta legalidad, sino motivos de conveniencia en la estimación de los valores e intereses en juego” se identificó como “los llamados a ser los mercedores de la medida”, en una interpretación de las medidas de fomento acorde con la fórmula del Estado Social [FJ 6º y 8º].

¹⁶ STS 7-112-79 (RA 4180), 1er Cdo.

¹⁷ STS 28-12-90 (RA 10543) FJ 2º; STS 24-6-92 (RA 6082) FJ 2º.

¹⁸ STS 1-6-89 (RA 4327) FJ 7º y 8º 23-1-90 (RA 594); STS 14-7-92 (RA 6568) FJ 5º.

El criterio económico, sin embargo, es el gran protagonista de la discrecionalidad subvencionadora analizada y aparece con asiduidad en sus dos vertientes: la cuantitativa y la cualitativa.

Desde la perspectiva cuantitativa, la discrecionalidad basada en términos económicos se justifica por la barrera material que supone la disposición de fondos limitados. El tener que ceñirse a los confines de un presupuesto fijado implica, según reconoce la Jurisprudencia, una remisión a la discrecionalidad administrativa, por cuanto conlleva necesariamente un imperativo de distribución (y consiguientemente, también de selección) que va más allá de los criterios jurídicos incorporados en los requisitos exigibles a los posibles beneficiarios¹⁹.

En su vertiente cualitativa, la discrecionalidad de índole económica se centra en el análisis de la viabilidad del proyecto o actividad para la que se solicita la subvención. La valoración de las posibilidades de éxito de la empresa tiende a asegurar la fructificación de los fondos públicos destinados al fomento, y se lleva a cabo a través de informes económicos de carácter técnico capaces de interrelacionar las distintas variables económicas con incidencia en el desarrollo del negocio. Entra en juego, de este modo, la denominada discrecionalidad técnica, clave en la resolución de muchos expedientes²⁰.

A este respecto es ilustrativa la STS 10-10-91 (RA 7783) que confirma la denegación de una subvención para instalar un complejo extractivo-industrial de sulfato de sodio, estimando que la discrecionalidad empleada estaba respaldada por una base económica suficiente, consistente en “los datos económicos tenidos en cuenta por la Administración (oferta y demanda del producto en el mercado nacional y sus expectativas de futuro; demanda internacional de él y mercados de exportación; [sus] perspectivas [...] en los procesos industriales, etc)” [FJ 3^o].

¹⁹ Expresamente lo manifiestan así las STS 7-12-79 (RA 4180) 1er Cdo; STS 23-1-90 (RA 594) FJ 3^o; STS 14-3-91 (RA 2390) FJ 2^o; STS 4-11-92 (RA 8856) FJ 1^o. También lo reconoce, aunque de forma indirecta, la importante STS 28-2-1991 (RA 1379) que mantiene que “la consignación presupuestaria agotada o comprometida para atender otras peticiones *prioritarias en el tiempo, o por otras causas*, impide el que se otorguen las subvenciones (...) aunque en el tiempo en que se solicitó la subvención no estuviera materialmente agotada aquélla, por no haberse resuelto todos los expedientes en trámite”. [La cursiva no es original]. Esta Sentencia es cabeza de otras muchas del mismo tenor del año 1995, todas relacionadas con unas subvenciones de la Comunidad Foral de Navarra, entre las que citamos a título ilustrativo las STS 3-1-95 (RA 208 a 223).

²⁰ STS 23-1-90 (RA 594) FJ 3^o; STS 28-12-90 (RA 10543) FJ 2^o; 10-10-1991 (7783) FJ 3^o; STS 24-6-92 (RA 6082) FJ 2^o y 3^o.

La discrecionalidad técnica de carácter económico incluso se hace primar sobre otros criterios extrajurídicos en juego, como ocurrió el caso de la STS 24-6-92 (RA 6082) ya aludido, en donde se enfrentaban los criterios social y económico: a pesar de crearse 99 puestos de trabajo con el proyecto en cuestión, no se concedió la subvención a fondo perdido que se pedía para la instalación de la nueva empresa, y ello “debido a sus posibles efectos negativos en el sector”, puestos de relieve por informes administrativos [FJ 2º].

C) Cuantificación de la subvención. Una vez seleccionados los beneficiarios de las ayudas, el siguiente punto espinoso es el de la concreción del montante de la subvención, cuando, como frecuentemente ocurre, la Administración no se compromete en su oferta a conceder una cuantía previamente fijada, sino a socorrer hasta un máximo (que generalmente se refiere a un porcentaje sobre la inversión).

La Jurisprudencia analizada se muestra unánime en eludir esta tarea mediante el sencillo mecanismo de una sistemática²¹ remisión de la cuestión a la Administración competente. Lo máximo a lo que se llega es a intervenir para con arreglo a las normas de la exégesis jurídica, fijar los límites máximos y mínimos entre los ha de oscilar la decisión administrativa²².

Esta actitud de inhibición judicial apunta al reconocimiento de una facultad discrecional de la Administración para la determinación del montante de la ayuda²³. Lo cual, por otro lado, está en consonancia con admitir que los elementos discrecionales sistematizados antes (al tratar de la concesión) pueden ejercer una influencia muy relevante a la hora de cuantificar la subvención. La limitación presupuestaria, la repercusión social de la actividad que se apoya, el dato de si la ayuda es o no a fondo perdido, los riesgos económicos del proyecto, etc. pueden sustentar la licitud de una mayor o menor subvención, pues estimo que, en definitiva, son los elementos que la Administración tiene al alcance para asegurarse la efectividad del fomento.

²¹ Incluso cuando se ha considerado que a la Administración no asistía potestad discrecional alguna para decidir sobre la concesión: así STS 24-10-89 (RA 7488) FJ 5º.

²² Así, STS 20-10-94 (RA 7780) FJ 2º y 4º. A pesar de violentar el ámbito de este estudio con un supuesto del sector terciario (empresa editorial de carácter cultural) cabría destacar lo insólito de la STS 3-3-93 (RA 2094) (FJ 5º) que sí procede a la cuantificación de la ayuda. La Sala recurre a los datos de otras empresas subvencionadas que en el *ranking* de producción se situaban inmediatamente sobre y bajo la demandante, para de ahí extraer la función matemática que relacionaba los costes fijos y los variables, a la que obedecen las cuantías otorgadas. La fórmula, en cuestión era $\text{Subvención} = 10 \times (\text{nº ejemplares editados}) + 3.250.000$.

²³ La STS 27-6-91 (RA 6454) FJ 3º, a diferencia de las demás, lo hace explícitamente.

D) Control *a posteriori* del cumplimiento de las condiciones exigidas. La entrega de la subvención al beneficiario no pone fin a la intervención administrativa en esta materia, pues la Administración ha de velar por que el destino de la ayuda sea el correcto. En este ámbito la distinción entre potestades discrecionales o regladas se centran en las decisiones administrativas de proceder a tal control; de elegir el instrumento para llevarlo a cabo, y finalmente, de revocación en caso de constatar incumplimiento.

La Jurisprudencia que se ha enfrentado a estos problemas ha construido la solución del caso sobre la base de la naturaleza condicionada de la subvención. Se afirma que una subvención, más que responder a la tipicidad de un acto puro declarativo de derechos, constituye una “donación modal” o un beneficio “condicionado y supeditado al cumplimiento por el beneficiario de ella de los requisitos y fines previstos en la norma (...) que la estableció”²⁴. De ahí se deriva que, por la propia naturaleza de la figura, la Administración aparezca habilitada para comprobar que se mantienen las circunstancias que motivaron la concesión de la subvención, “teniendo acceso a toda la documentación justificativa de la situación (...) y su continuidad”²⁵.

Consecuencia de lo anterior es que, contrastada la irregularidad en los requisitos del sujeto subvencionado, la Administración pueda proceder a revocación de la ayuda, sin necesidad de invocar una potestad discrecional²⁶. Otra cuestión distinta es la de apostar por no revocar la ayuda y, en su lugar, conceder una prórroga del plazo fijado para la ejecución del proyecto objeto del fomento, decisión en la que reconocidamente sí interviene la discrecionalidad de la Administración²⁷.

²⁴ Respectivamente, STS 3-11-92 (RA 8989) FJ 2º; y STS 12-2-91 (RA 1581) FJ 2º. La STS 22-9-1995 (RA 6735) FJ 5º, y 16-10-1995 (RA 7762) FJ 2º le asignan un carácter contractual del que emanaban deberes específicos para ambas partes.

²⁵ STS 12-2-91 (RA 1581) FJ 2º.

²⁶ STS 3-11-92 (RA 8989) FJ 2º. En relación con el *dies a quo* de la caducidad del derecho de crédito que a favor de la Administración por el incumplimiento del subvencionado, pueden consultarse las STS 22-9-1995 FJ 4º (coincide con el día siguiente a la finalización del plazo para cumplir las condiciones de la subvención otorgada), y 16-10-1995 (RA 7762) FJ 2º (coincide con la fecha en que se declara la caducidad de la subvención).

²⁷ *Ibidem*.

III. Técnicas de control jurisdiccional de la discrecionalidad administrativa en materia de subvenciones.

El control jurisdiccional de la actuación discrecional de la Administración es posible sobre la base de que toda actuación administrativa está sometida al principio de legalidad, y, por tanto, la discrecionalidad, pese a responder a la idea de remisión normativa a criterios extrajurídicos, siempre ha de mantenerse en el respeto al sistema jurídico en el que se incardina.

Esa es la frontera que separa discrecionalidad (lo posible) y arbitrariedad (lo proscrito). Partiendo de esta idea, constitucionalizada por el art. 9.3 CE, la doctrina jurisprudencial y académica ha ido desgranando axiomas en virtud de los cuales puede apreciarse si dicha frontera ha sido o no traspasada. En este epígrafe vamos a ver cómo la Jurisprudencia manejada ha hecho uso de esas técnicas de control, abordando primero los métodos basados en los elementos reglados que coexisten con los discrecionales, y en segundo lugar, otros medios de control.

A) El control mediante los elementos reglados, en la Jurisprudencia estudiada, se sustancia fundamentalmente a través de la razonabilidad del acto, de su motivación y de la determinación de los hechos.

La técnica de la desviación de poder, aunque esgrimida con cierta frecuencia por los solicitantes de subvenciones, no se ha probado eficaz, ante la gran dificultad que supone acreditar que la negativa a subvencionar se corresponde con una intención de perjudicar al petitionario²⁸, o con cualquier otro fin ilegal.

En cuanto a los hechos (tomados como realidad fáctica a la que se refiere el presupuesto de la norma), la Jurisprudencia naturalmente los utiliza como parámetro del control de la decisión discrecional, pero no considerados por sí solos, no aisladamente, sino en conexión con otras técnicas, como enseguida veremos. En los casos en que los hechos han sido los exclusivos determinantes de la estimación de la demanda de subvención, previamente la Sentencia establecía la ausencia de potestad discrecional alguna en la decisión administrativa, y consiguientemente, su naturaleza reglada para el caso concreto²⁹.

²⁸ STS 14-3-91 (RA 2390) FJ 5º; STS 10-10-1991 (7783) FJ 3º; y STS 20-5-92 (RA 4162) FJ 1º.

²⁹ STS 15-12-87 (RA 9490) FJ 1º y 2º; y STS 26.6.89 (RA 4884) FJ 1º y 2º.

Los instrumentos de control que mayor juego han demostrado en la Jurisprudencia seleccionada han sido los referentes a la motivación del acto y a la razonabilidad del mismo. Son éstas dos técnicas íntimamente relacionadas, por cuanto la ausencia de motivación³⁰ se hace equivaler a arbitrariedad o falta de razonabilidad. En otras palabras, el recurso a la indagación sobre la corrección y suficiencia de la motivación de la resolución, conduce al análisis de la razonabilidad de la decisión en cuestión.

El parámetro de la razonabilidad resulta clave, pues la presunción de legalidad de la que goza todo acto administrativo (art. 57.1 Ley 30/92), se traduce en presunción de razonabilidad cuando estamos frente a un acto de naturaleza discrecional. La Jurisprudencia admite tal presunción, basada en el “su [de la Administración] contacto con los hechos, por sus medios técnicos, por la multiplicidad de aspectos y valores que ha tenido que integrar en la decisión”; especificando que se trata de una presunción *iuris tantum*, que el recurrente puede destruir³¹. De este modo, acreditada la ausencia de razonabilidad, quiebra la corrección de la discrecionalidad empleada y, por lo tanto, la validez misma del acto en cuestión. Traspasar la frontera de lo razonable es penetrar en el campo de lo arbitrario.

En la materia de la que tratamos, son frecuentes los actos que adolecen de insuficiente o incoherente motivación, pero no así los que se consideran carentes de razonabilidad. Entre otras causas³², la Jurisprudencia admite un doble plano de razonabilidad, de manera que cuando se enfrenta a un acto administrativo que deniega una subvención sin motivar *prima facie*, acude en segundo lugar al expediente administrativo, y sobre su contenido aplica las categorías de suficiencia y congruencia de motivación y razonabilidad. Sólo si el acto tampoco supera este ulterior contraste, es declarada la invalidez del mismo por arbitrario.

Así, en el caso de la STS 23-1-90 (RA 594) en el que se denegaba una subvención para la ampliación de un centro laboral creado por una Asociación Protectora de Niños Anormales, la Sala constata la insuficiencia de una moti-

³⁰ Téngase en cuenta que el art. 54.1.f Ley 30/92, que bajo sanción de anulabilidad obliga a motivar los actos administrativos dictados en ejercicio de potestades discrecionales, es una novedad en relación con la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958.

³¹ STS 28-2-85 (RA 856) 1er Cdo. También así, STS 28-12-90 (RA 10543) FJ 3^º.

³² Responde a un planteamiento general en la Jurisprudencia la posibilidad de entender subsanado el defecto de motivación con una resolución motivada del recurso administrativo que proceda. Así, también en materia de subvenciones, STS 24-5-90 (RA 4277) FJ 2^º.

vación tan escueta como “no ser promocionable la inversión”, y ya en el segundo plano aprecia que el informe emitido con ocasión del recurso de reposición resulta asimismo jurídicamente insuficiente por coincidir literalmente en el mismo laconismo. La Sentencia, a pesar de reconocer la existencia de una potestad discrecional en la determinación del sujeto subvencionado, tacha al acto impugnado de arbitrario, por carecer de la debida motivación y no permitir conocer el criterio seguido por la Administración en la selección de los beneficiarios de las ayudas [FJ 3º]. La falta de criterio de decisión equivale a decisión arbitraria. En esa situación, como de los hechos se desprendía el cumplimiento de los requisitos exigidos, la Sala concedió la subvención.

De forma paralela, en la STS 14-3-91 (RA 2390) se consideró que la denegación de los beneficios no se había motivado con corrección, ni originariamente (simplemente se aducía “inversión no promocionable”), ni en reposición (confirmatoria del acto en base a la inexistencia de un derecho adquirido). Trasladada la cuestión al examen de los informes administrativos del expediente, la Sala aprecia en dos de ellos irregularidades orgánicas y ausencia de datos sobre los que basar su calificación de “no subvencionable”, por lo que descarta su utilidad jurídica en el Fallo. Finalmente, la Sala acude a un tercer informe administrativo en el cual, tras analizarse “por separado y con la debida extensión” los distintos aspectos de la repercusión económica del proyecto, se le daba el visto bueno. En consecuencia, la Sentencia conjugando las circunstancias de hecho, la ausencia de motivación y las conclusiones del único informe emitido con las garantías técnicas precisas, procedía a anular la denegación de la ayuda.

B) Del control a través de otros mecanismos, como puedan ser la fiscalización orgánica, o la invocación de derechos fundamentales, también hay supuestos ilustrativos en la Jurisprudencia que venimos exponiendo.

B.1) El control orgánico es un instrumento quizás no demasiado difundido, que posibilita la comprobación de la imparcialidad y cualificación del órgano decisor o informador³³, y que, en último extremo conecta con la fundada ausencia de razonabilidad.

El único supuesto que hemos encontrado en las Sentencias estudiadas es el de la STS 14-3-91 (RA 2390) ya comentada en el apartado anterior. Como

³³ SÁNCHEZ MORÓN: “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa” en DELGADO BARRIO, J. (Dir.): Eficacia, ..., cit, p. 158.

se vió, la resolución judicial desautorizaba la decisión discrecional de no subvencionar porque, entre otras motivos, estaba basada en unos informes con datos insuficientes, y por lo que ahora interesa, con irregularidades orgánicas. Estas últimas se referían en un caso a que el informe no venía firmado por el técnico que lo suscribía³⁴; y en el otro a que ni siquiera constaba el organismo responsable del mismo.

B.2) Los derechos fundamentales pueden prestar, asimismo, un servicio como medio de control de la actividad administrativa discrecional. Concretamente, en materia de subvenciones se recurre con cierta asiduidad, y no siempre con acierto, a invocar el derecho a la igualdad y a la no discriminación que garantiza la Constitución.

La doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre el contenido del art. 14 C.E se puede resumir diciendo que “el derecho constitucional a la igualdad implica la prohibición de toda discriminación en la Ley o en aplicación de la Ley; y que existe discriminación cuando dos supuestos de hecho iguales reciben un tratamiento diferente sin una justificación objetiva y razonable”³⁵.

Aplicando esta doctrina, la STC 39/89 resolvió un interesantísimo recurso de amparo basado en el art. 14 y en materia, precisamente, de subvenciones. El conflicto se originó a raíz de que algunas multinacionales del sector de la maquinaria eléctrica recibieran importantes subvenciones para reestructurarse. Dichas ayudas se otorgaron mediante un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, ya que el sector no podía acogerse a los beneficios de un Decreto-ley de Reconversión Industrial al no haber sido calificado de “sector en crisis”. Ante esta situación, una asociación de empresas españolas del sector con importante implantación en el mercado y competidoras de las multinacionales, solicita del Gobierno que se le dispense el mismo trato en la concesión de ayudas, para acometer una reestructuración que ponga fin a la grave situación económica que atraviesan. Al no conseguir su pretensión, y tras agotar la vía jurisdiccional previa, la Asociación acude al Tribunal Constitucional convencida de que se está conculcando su derecho a no ser discriminada. La STC desestima el recurso de amparo porque no se dan ninguno de los requisitos configuradores del derecho a la igualdad, tal y como lo recoge el art. 14 C.E.

³⁴ La STS 21-9-1995 (RA 6617) FJ 3º se enfrenta a un caso similar.

³⁵ Por todas, STS de 16-2-1989, nº 39/89 (RTC 39) FJ 2º.

Para empezar, dado que la discriminación combatible con éxito ante el Tribunal lo es en la aplicación de la Ley, no cabe esgrimirla, según la Sentencia, cuando las subvenciones no resultan del cumplimiento de la legislación de fomento, sino de un Acuerdo singular de una Comisión Delegada del Gobierno [FJ 3º]. Y ello, sin entrar a analizar la legalidad de tal acuerdo, puesto que de ser ilegal se estaría en un campo ajeno al Derecho, frente al cual, como se sabe, no despliega su efectividad el art. 14 C.E.

Pero además, en el plano del supuesto de hecho, la Sentencia detecta claras diferencias entre las multinacionales y las empresas nacionales, tanto en la plantilla como en la facturación o en la incidencia en el mercado nacional. Así derrumba, sin más, el requisito de la identidad del supuesto de hecho, eludiendo expresamente la tarea de pronunciarse sobre si la diversidad entre unas y otras es base suficiente para justificar la desigualdad de trato [FJ 2º]. Esta cuestión, quizás muy útil para fiscalizar la razonabilidad de la discrecionalidad administrativa en otras circunstancias, no fructifica por la vía del amparo del derecho fundamental a la igualdad.

Finalmente la Sentencia descarta que se haya producido “una actuación discrecional de la Administración que resulte discriminatoria para la recurrente, pues el cambio de criterio de aquella aparece razonablemente fundado” en el hecho de que por un cambio de Gobierno se decidió paralizar las actuaciones singulares a la espera de aprobar una nueva Ley de Reconversión Industrial. [FJ 4º]

Con esta interesante resolución constitucional queda de patente el peculiar margen de actuación que brinda el derecho a la igualdad. Veamos su virtualidad en la instancia judicial.

En ocasiones, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo utiliza la prohibición constitucional de discriminación como refuerzo de la denegación de la ayuda por no reunir los requisitos establecidos, o lo que es lo mismo, por no pertenecer al ámbito subjetivo de la norma subvencionadora. El argumento empleado en este sentido se reduce a que subvencionar a quien no cumple los requisitos establecidos supone, por un lado, discriminar a aquéllos que sí los reúnen y que además les son exigidos para acceder a las ventajas del fomento; y por otro lado, también discriminaría a todos los que, al igual que la peticionaria demandante, tampoco reúnen dichas exigencias y en consecuencia no pueden ser subvencionados³⁶. Estos

³⁶ STS 21-12-90 (RA 943) FJ 3º, y STS 20-9-90 (RA 9082) FJ 4º, respectivamente.

Fallos resultan criticables pues ninguna de estas posiciones se corresponde en puridad con el contenido del derecho a la igualdad, ya que el término sobre el que pivota la comparación se encuentra al margen de la norma, y el art. 14 CE sólo tiene virtualidad en el ámbito de la legalidad.

Para cerrar este punto hemos reservado un supuesto en el que la fiscalización de un incorrecto ejercicio de discrecionalidad fue posible gracias al derecho fundamental a la no discriminación. Se trata del caso resuelto por la STS 19-1-93 (RA 2), en la cual el punto de comparación se localiza en una empresa de material militar que, reuniendo los requisitos, había conseguido acogerse a los beneficios establecidos por un Real Decreto. A una segunda empresa que solicitó también dichas ayudas, le fueron denegadas, y reclamó ante el Supremo el mismo tratamiento que a la primera por considerar que, además de cumplir los requisitos, se daba una identidad en la situación de ambas empresas. La Sala estimó acreditado este punto, al constatar la afinidad y complementariedad de las actividades de ambas empresas, la colindancia de las parcelas en donde se instalan, la identidad del objeto social y hasta del accionariado. A partir de aquí, la Sentencia buscó una justificación a la diferencia de trato, sin hallarla en la motivación de la denegación, contraria al informe técnico del expediente. Al no aparecer el elemento que explicara el distinto comportamiento de la Administración ante dos situaciones fácticamente semejantes en todo, y estando ante la aplicación de la norma, se sentenció que se había actuado discriminatoriamente, y que procedía subvencionar a la empresa postergada.

La dificultad que puede suponer probar la semejanza de situaciones en un ámbito como el de la subvención, en el que pueden concurrir empresas y proyectos de muy diversa índole, dentro todos del ámbito subjetivo de la norma, subraya una vez más lo limitado del juego del art. 14 CE en sede de control de la discrecionalidad.

Ciertamente el derecho a la igualdad tiene una virtualidad muy acotada, pero ello no significa que, cuando por las causas expuestas no pueda operar, se deje al agraviado en situación de indefensión. Simplemente habrá que acudir a otros medios de defensa, como pueden ser la impugnación directa del acto subvencionador ilegal (al eliminarlo se restauraría la situación de partida), y/o la responsabilidad patrimonial de la Administración concedente por los perjuicios causados.

IV. Extensión del control jurisdiccional y conclusión.

Con la debida concisión, se ha expuesto el estado de la Jurisprudencia en la delicada cuestión de la intervención administrativa en la economía a través de la concesión y denegación discrecionales de subvenciones. Nos hemos detenido en analizar las diferentes órdenes de razones extrajurídicas que la Administración emplea en esta tarea y su interrelación con los elementos reglados, siempre presentes en la habilitación legal. También se ha tenido ocasión de estudiar los mecanismos empleados para la fiscalización de la actuación discrecional de la Administración en la materia, destacando en cada ocasión el mayor o menor grado de virtualidad de cada uno.

Todo ello nos pone en condiciones de hacer una última observación acerca de la extensión del control jurisdiccional³⁷ practicado en este tema. En efecto, la Jurisprudencia establece una clara separación en cuanto a la extensión de su fallo, distinguiendo entre la procedencia de la subvención, por un lado, y su cuantificación, por otro; y ello a pesar de que en ambos momentos admite la existencia de discrecionalidad administrativa para decidir.

Frente a la discrecionalidad en la apreciación de si procede conceder la ayuda, la Jurisprudencia extiende su control al máximo con una respuesta sobre el fondo del asunto, dejándolo zanjado, en su caso, con la orden de subvencionar. Por el contrario, en el momento posterior de la cuantificación, las Sentencias se inhiben por sistema y remiten la cuestión a la Administración. Ni siquiera intentan indagar si la Administración determina la cuantía en función de una expresión matemática dada, que puedan aplicar³⁸.

No se propugna desde aquí que la decisión judicial establezca por sí misma los criterios de cuantificación (terreno que le estaría vedado, a mi entender, ya que, como se ha visto, puede integrarse por criterios extrajurídicos). Pero sí se pone sobre la mesa la cuestión de si no se daría una más cumplida observancia del art. 24 C.E. si el control judicial sobre la cuantificación abarcara la exigencia de indagar la razón subyacente al reparto administrativo de las ayudas por la Administración, y, aplicándolo, solucionar definitivamente el conflicto con una Sentencia que especificara además la cuantía de la subvención.

³⁷ Los exponentes de aún reciente polémica doctrinal al respecto son FERNÁNDEZ, T.R.: *Arbitrariedad*: cit; y PAREJO ALFONSO, L.: *Admisnitrar...*, cit.

³⁸ Vid. *supra* nota nº 22.