

ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES
Y SU INCIDENCIA EN LA UNIVERSIDAD PÚBLICA

Germán Fernández Farreres
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

1. Me piden los organizadores de este Simposium sobre gestión y fiscalización de la investigación en el ámbito universitario, a quienes agradezco su amable invitación a participar en el mismo, una exposición de carácter general e introductorio en la que destaque los aspectos fundamentales de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante LGS), desde la perspectiva de su incidencia en la, llamémosla así, “actividad subvencional” de las Universidades Públicas. Frente a lo que pudiera parecer a primera vista, se trata de un encargo que presenta algunas dificultades que no debo dejar de señalar.

Por de pronto, no es sencillo sintetizar en el marco convencional de una conferencia los aspectos o cuestiones más relevantes de la LGS. Seguramente lo más destacable de la LGS es su propia existencia; es decir, el hecho de que por vez primera en nuestro ordenamiento estatal se haya tratado de establecer en una norma legal un marco jurídico completo ordenador de la actividad subvencional de las Administraciones Públicas. Cuestión distinta es que el intento se haya logrado plenamente, pues, como veremos, ni la LGS es aplicable directamente en todas sus previsiones a todas las Administraciones y entes públicos dependientes de las mismas, ni, aun en los supuestos en los que lo es, esa regulación se extiende a cualesquiera tipos o clases de ayudas económicas, en tanto que queda ceñida a aquellos que sean calificables estrictamente como subvenciones.

Junto a esa primera dificultad, concretar la incidencia de la LGS en la “actividad subvencional” que desarrollan las Universidades Públicas, tanto en su condición de otorgantes de subvenciones y de ayudas económicas de muy diversos tipos y clases, así como, en su caso, en el de beneficiarias y colaboradoras, tampoco es sencillo, una vez que habrá que analizar singularizadamente esos distintos tipos de ayudas y las bases

reguladoras de las mismas, a fin de determinar su ajuste a las exigencias de la LGS en el supuesto de que la misma sea aplicable.

Pues bien, hecha la advertencia, y teniendo en cuenta el tiempo de que dispongo, así como las conferencias previstas en el programa que han de seguir a mi intervención, voy a referirme ante todo a lo que considero es presupuesto previo de cualquier otra cuestión referida al contenido material de la LGS. Y ese presupuesto previo no es otro que la determinación del ámbito de aplicación de dicha Ley.

2. En efecto, lo primero que debe destacarse es que la LGS no se aplica a cualesquiera ayudas económicas que otorgan las Administraciones Públicas, sino únicamente a aquéllas calificables como subvenciones en los términos en que lo hace la propia Ley. Pero, además, la LGS tampoco se aplica en su integridad a las subvenciones que otorgan cualesquiera entes instrumentales de las Administraciones Públicas e, incluso, aún más, ni siquiera es aplicable toda ella a todas las Administraciones, sino sólo a la Administración General del Estado.

Por tanto, es fundamental concretar debidamente el ámbito de aplicación de la Ley, lo que exige analizar simultáneamente tres planos: el ámbito objetivo, el subjetivo y el territorial. Tras esta determinación bien podrá valorarse, a la luz de cada caso, la aplicabilidad de la LGS a la actividad de fomento e incentivo que mediante diversos tipos de ayudas desarrollan las Universidades Públicas y, en su caso, sus entes instrumentales si los hubiere.

A) El ámbito objetivo nos remite a la fijación del concepto de subvención, previsto en el artículo 2 de la Ley. La LGS, como su propio nombre indica, no es una Ley reguladora en general de las ayudas económicas que establecen y otorgan los entes públicos, sino una Ley que regula un tipo específico de ayuda, la subvención. Y esta figura queda caracterizada por la misma Ley con arreglo a las siguientes notas:

a) Por de pronto, se traduce en una disposición o entrega dineraria (no es subvención, por tanto, la llamada subvención “por ahorro de gasto” (vgr.: beneficios fiscales o dispensa del pago de tasas) o la subvención “en especie”, sin perjuicio, en este

caso, del supuesto específico previsto en la disposición adicional quinta LGS, en cuya virtud cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero, la ayuda se registrará por la LGS.

b) La entrega dineraria no viene acompañada de contraprestación directa alguna a cargo del beneficiario. Por tanto, las cargas u obligaciones que asuma el beneficiario de la subvención no se configuran en ningún caso como contraprestaciones que beneficien al otorgante de la misma, lo que, aun cuando no es un dato definitivo para negar el posible carácter contractual de la relación subvencional, sí resulta lo suficientemente significativo a la hora de precisar la naturaleza jurídica de esa relación.

c) Además, la entrega queda ineludiblemente sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, sea la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad o la adopción de un comportamiento, ya realizados o por desarrollar, o, incluso, la concurrencia de una determinada situación. En cualquier caso, resulta fundamental el criterio de la afectación de la entrega, vinculada al cumplimiento del fin que legitima el otorgamiento, lo que se traduce en la necesidad de que el beneficiario asuma el cumplimiento de ciertas obligaciones materiales y formales. Unas obligaciones que, sin embargo, como ya he dicho, no son contraprestaciones a favor del otorgante. El inciso final del artículo 2.1.b) de la LGS lo establece claramente: “[...] debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido”.

Justamente por razón de esa afectación, en el régimen jurídico que establece la LGS ocupa un lugar destacado todo el sistema de controles administrativos y financieros dirigidos a verificar el cumplimiento de la afectación, por cuanto, de no procederse al mismo será ineludible el reintegro de la subvención, el abono de intereses de demora y hasta es posible que la imposición de sanciones.

d) Por último, en directa conexión con este requisito de la afectación, la LGS, en su artículo 2.1.c), aún añade que “el proyecto, la acción, conducta o situación financiada [ha de tener] por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”. Aunque la referida previsión no es, en su propia literalidad, exacta, pues la actividad que desarrolla el beneficiario no tiene por

objeto el "fomentar" el desarrollo de una actividad de interés público, lo que quiere decirse, obviamente, es que la entrega dineraria se justifica porque con ello se "fomenta" una actividad que, sin dejar de ser propia del beneficiario y, si éste es un particular, una actividad privada, es a la vez una actividad de interés público o en la que, en todo caso, media un interés público en que sea llevada a cabo. El beneficiario de la subvención no fomenta nada. Quien fomenta es el otorgante de la subvención. Se fomenta, se incentiva, se favorece, se posibilita, también, la realización de una determinada actividad porque hay un interés público en que la misma se realice. En realidad, el precepto debería decir que "[...] tenga por objeto el desarrollo [...]", en lugar de que "[...] tenga por objeto el fomento [...]", o, en todo caso, que "[...] la disposición dineraria tenga por objeto [...]", en lugar de que "[...] el proyecto, la acción, conducta o situación tenga por objeto [...]".

Pues bien, las consecuencias resultantes de esta delimitación del concepto de subvención son importantes. Al menos deben destacarse las dos siguientes.

Ante todo téngase en cuenta que cualquier ayuda económica que no reúna las referidas notas no será calificable como subvención y, por tanto, no le será de aplicación la LGS. Cuestión distinta es que el otorgamiento de esas otras ayudas se pueda ajustar a similares reglas o, en todo caso, a los principios generales que informan el régimen jurídico de las subvenciones. Una posibilidad que, en defecto de regulaciones propias y específicas, puede encontrar apoyo en el criterio que con carácter general enuncia el artículo 4 del Código Civil: "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón". Y es obvio que, en general, las ayudas públicas responden con frecuencia a la misma finalidad que el establecimiento y otorgamiento de subvenciones y sus efectos son similares. Justamente por ello, desde otras perspectivas, su tratamiento jurídico no admite diferencias, tal como sucede con el régimen jurídico de las ayudas de Estado previsto en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Económica Europea y demás normas comunitarias de desarrollo.

Además, con esa definición de la subvención en positivo, la enumeración que la Ley hace seguidamente de los supuestos que no tienen carácter de subvención (artículo 2.4), así como de los supuestos que califica como no comprendidos en el ámbito de

aplicación de la Ley y que se refieren en el artículo 2.2 y de los que también califica como excluidos de ese mismo ámbito en el artículo 4, carece en términos generales de sentido e, incluso, puede resultar equívoca, ya que, por definición, son ayudas insusceptibles de reconducirse al concepto de subvención adoptado.

En realidad, la referencia expresa a supuestos excluidos o no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley tendría sentido si se refiriesen a verdaderas subvenciones; pero en la mayoría de los casos no es así. Sólo en muy contados casos puede afirmarse que la exclusión encuentra justificación, al tratarse de ayudas que siendo calificables como subvenciones se regirán, sin embargo, por su normativa específica, en todo o en parte, o, aun rigiéndose por la LGS, su aplicación íntegra queda excepcionada. Tal es el caso de las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las entidades locales (disposición adicional 8ª), o también es el caso de las subvenciones de cooperación internacional (disposición adicional 18ª) y algún otro supuesto más (como la subvenciones previstas en planes de aislamiento acústico (disposición adicional 12ª). Sin embargo, ninguna particularidad se establece, en lo que ahora nos interesa, en relación con las becas y ayudas económicas al estudio y a favor del desarrollo de proyectos de investigación; en suma con las subvenciones para el fomento de la investigación científica y técnica.

Únicamente me resta decir, dado que se trata de precisar la incidencia de la LGS en la actividad subvencional de las Universidades Públicas, que los premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza, se regirán por una normativa específica que se determinará reglamentariamente y que deberá ajustarse al contenido de la LGS, sin perjuicio, no obstante, tal como precisa la disposición adicional 10ª de la misma Ley, “de aquellos aspectos en los que, por la especial naturaleza de las subvenciones, no resulte aplicable”. La previsión presupone que los premios –en la medida en que consistan en la entrega de una suma dineraria, no en otro caso, obviamente- son subvenciones, si bien se trate de subvenciones que presentan especificidades suficientes como para que no siempre sean aplicables todas las previsiones de la LGS. Sin embargo, no deja de ser forzado calificar como subvención a un premio si se tiene en cuenta que los premios se otorgan sobrevenidamente o con posterioridad a la realización de la actividad en atención a la cual se dispensan, a diferencia de las subvenciones, que se otorgan con carácter previo, independientemente

de que el pago pueda quedar diferido a la realización o ejecución de la actividad subvencionada.

En todo caso, y sin perjuicio de que la posición que mantengo puede ser discutible, lo que importa en este momento es lo que ha decidido y, por tanto, establecido el legislador, y es claro que la LGS será aplicable a los premios “en lo que pueda serlo”. Por algo será, aunque la verdad es que la distinción que se efectúa en el artículo 4 no deja de ser un tanto artificiosa y complica la cuestión, por cuanto que sólo excluye del ámbito de aplicación de la Ley a los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario, con lo que los que se otorguen previa solicitud si lo estarán. No obstante, como ya he dicho, de acuerdo con la disposición adicional 10ª, se les aplicará en su integridad la LGS en la medida en que pueda serlo y es evidente que en una gran medida no será posible dada la finalidad y estructura de los premios.

B) La delimitación del ámbito de aplicación de la LGS queda acotado desde una segunda perspectiva que, por lo demás, viene a perfilar definitivamente el concepto legal de subvención. Se trata de la perspectiva subjetiva, referida al otorgante de la subvención. Y es que si la entrega dineraria con las características señaladas no la efectúa una Administración Pública, la entrega dineraria no será una subvención sujeta a la LGS. Más aún, a mi juicio resulta dudoso que en ese caso pueda calificarse a la entrega dineraria como subvención.

Pues bien, la cuestión central es determinar que personas se integran en el concepto de Administración Pública otorgante de subvenciones. Una cuestión que de nuevo plantea el problema de la subsunción en ese concepto y a los efectos de la íntegra aplicación de la Ley, de los entes instrumentales dependientes de las Administraciones Públicas territoriales. Cuestión, en fin, de no poca importancia a los efectos de determinar la aplicabilidad de la LGS a las Universidades Públicas.

El artículo 3, apartado 1, de la Ley considera como Administraciones Públicas a los efectos de la misma a “la Administración General del Estado, las entidades que integran la Administración Local y la Administración de las comunidades autónomas”. Por tanto, a las Administraciones Públicas territoriales.

Dejando al margen otras posibles consideraciones a propósito de la referida previsión, lo que ahora interesa determinar es si los demás entes o personas jurídico-públicas e, incluso, otras personificaciones dependientes instrumentalmente de las Administraciones Públicas territoriales, pueden establecer y otorgar subvenciones.

El artículo 3.2 se refiere a este particular extremo y establece que el otorgamiento de subvenciones por los organismos y demás entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculada o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas se ajustará a la LGS en la medida en que ese otorgamiento “sea consecuencia del ejercicio de potestades administrativas”. Quiere ello decir que, si nos fijamos ahora en los organismos dependientes de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril de 1997 (en adelante LOFAGE), tanto los organismos autónomos como las entidades públicas empresariales pueden otorgar subvenciones, si bien el régimen de esas subvenciones sólo deberá ajustarse a la LGS cuando “sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas”. Y lo mismo parece que habrá que concluir respecto de las Universidades Públicas, a falta de otras previsiones específicas respecto de las mismas en la LGS, y a falta también de mayores precisiones, en relación con la actividad subvencional que puedan desarrollar, en la Ley Orgánica de Universidades de 21 de diciembre de 2001.

Ahora bien, ¿qué fundamento tiene esa diferenciación entre subvenciones que son consecuencia del ejercicio de potestades administrativas y las que no lo son? A mi juicio, ninguno, así de rotundo. No estará de más señalar que el Consejo de Estado, en su dictamen al anteproyecto de Ley (núm. exp. 1756/2003, de 26 de junio de 2003), ya señaló que, en el caso de las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público, no consideraba adecuado que se delimitara el ámbito de aplicación de la ley en atención al criterio de que el otorgamiento sea consecuencia del ejercicio de "potestades administrativas". El razonamiento del Consejo de Estado fue el siguiente [apartado V.B) del dictamen]:

"[...] el criterio que consiste en tomar como punto de referencia el ejercicio de potestades administrativas -dejando fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Subvenciones aquellas que no sean consecuencia del ejercicio de potestades de

dicha naturaleza- resulta indeterminado. La potestad de subvencionar es siempre una potestad administrativa, implica el desarrollo de una actividad administrativa y una disposición de fondos públicos. Más difícil resulta determinar cuándo el otorgamiento de una subvención es consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa o cuándo resultado del ejercicio de facultades de estos entes que no tengan dicha naturaleza".

A mi juicio, tiene razón el Consejo de Estado en la observación formulada, y más aún cuando concluye con lo siguiente:

"Pero, más allá de esta indeterminación de que adolece el criterio, considera el Consejo de Estado que el ejercicio por los citados entes públicos de la potestad subvencionadora debería estar en todo caso sujeta a la nueva Ley, independientemente de si ese ejercicio trae causa del ejercicio de una potestad administrativa o no. El otorgamiento de subvenciones por parte de estos organismos y entes públicos con personalidad jurídica propia supone una disposición de fondos públicos y, en cuanto tal, debe estar sometido a una disciplina legal, pues no existe razón alguna que justifique la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley a determinadas subvenciones".

Como es bien sabido, el criterio del ejercicio de potestades administrativas o facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública se toma en consideración por la LOFAGE, de una parte, para excepcionar la regla de la sujeción de las entidades públicas empresariales al Derecho privado, ya que en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas se rigen por el Derecho administrativo (artículo 53.2), y, de otra, para marcar una diferencia más entre dichas entidades y las sociedades mercantiles estatales, pues éstas segundas "en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública" (disposición adicional 12ª). Y en el mismo sentido, también el artículo 85.3 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local, tras la reciente Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local, dispone que "en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad", a lo que debe añadirse la

remisión que el nuevo artículo 85 bis efectúa a los artículos 53 a 60 de la LOFAGE en relación con las entidades públicas empresariales locales.

Pues bien, ese criterio es el que ahora adopta la LGS para determinar cuando los entes administrativos de carácter instrumental pueden otorgar subvenciones sujetas a dicha Ley. Sin embargo, la distinción resulta artificiosa y carente de justificación, pues viene a admitir que, en unas ocasiones, el otorgamiento de subvenciones es manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, mientras que en otros no, y ello aún cuando el ente otorgante de unas y otras sea el mismo. Nada se dice, además, acerca de cuál es, a su vez, el criterio que permite discernir cuando se trata de un supuesto o de otro. Y no se dice porque seguramente no lo hay. Parece como si la dualidad contratos públicos-contratos privados que pueden celebrar las Administraciones Públicas tuviera ahora réplica en materia de subvenciones. Pero esa dualidad, en mi opinión, no es posible. Y es que admitir que el otorgamiento de subvenciones *stricto sensu* no siempre presupone el ejercicio de una potestad administrativa, supone extender la calificación de subvención a lo que, en puridad de términos, con arreglo a las categorías jurídicas conocidas, no pueden ser otra cosa que donaciones. Donaciones que, aun cuando sean modales y conlleven cargas para el donatario, no dejan de tener un fundamento distinto, vinculado al *animus donandi* o a la liberalidad del otorgante inconciliable con la causa legitimadora del otorgamiento de subvenciones. Baste recordar, a este respecto, la vieja regla del artículo 27.1ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, en cuya virtud "serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a mera liberalidad".

Por todo ello, aunque seguramente la pretensión de la LGS haya sido la de dejar abierto un cauce para que los organismos y demás entidades de derecho público no siempre tengan que ajustarse en el otorgamiento de subvenciones al régimen íntegro que para las mismas establece dicha Ley, no creo que esa pretensión pueda prosperar, debiendo quedar, por tanto, rechazada. Las personas jurídico-públicas, en la medida en que puedan instituir y otorgar subvenciones, ejercitan potestades administrativas y, en consecuencia, quedan sujetas a las determinaciones de la LGS. Y es que por su propia naturaleza, una entrega dineraria calificable como subvención no puede tener otro fundamento que el ejercicio de una potestad administrativa. Porque si no lo tiene, no

será una subvención, sino sencillamente una donación que, por lo demás, no podrá ser otorgada con arreglo a Derecho.

Con todo, no parece ser ese el criterio de la LGS, que aún formula una precisión más. Concretamente, para los entes de derecho público que se rijan por el derecho privado (caso de las llamadas entidades públicas empresariales), el otorgamiento de sumas dinerarias sin contraprestación que no sean subvenciones (y hay que presuponer que no lo son porque no traen causa del ejercicio de una potestad administrativa) se sujetarán, no obstante, tal como establece el artículo 3.2, párrafo segundo, a “los principios de gestión contenidos en esta ley y [a] los de información a que se hace referencia en el artículo 20”. En el inciso final del mismo precepto, únicamente se precisa que “en todo caso, las aportaciones gratuitas habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación [de la entidad] o en sus estatutos”.

Se admite, pues, que determinados entes de derecho público, siempre que actúen en el tráfico jurídico con arreglo al derecho privado, puedan otorgar “subvenciones” (aunque no se califican como tales, sino como “entregas dinerarias sin contraprestación”) que, sin embargo, sólo se ajustarán a los principios de gestión y de información contenidos en la LGS. Y, aunque el tenor literal de la Ley no lo dice expresamente, parece que lo mismo habrá que decir de las “subvenciones” que otorguen los entes de derecho público que actúan con arreglo al Derecho Administrativo cuando esas “subvenciones” no sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas. Tanto en un caso como en otro, la Ley exige la observancia de los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de los objetivos vinculados al otorgamiento y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos, que son los principios de gestión que enumera el artículo 8 de la Ley. Y también, el principio de información, en virtud del cual, según el artículo 20, deberá facilitarse a la Intervención General de la Administración del Estado, a efectos meramente estadísticos e informativos, información sobre tales entregas al objeto de formar una base de datos nacional, para dar cumplimiento a la exigencia de la Unión Europea [en suma, a efectos de la aplicación, en su caso, del régimen comunitario de las ayudas de Estado], mejorar la eficacia, controlar la acumulación y concurrencia de subvenciones y facilitar la planificación, seguimiento y actuaciones de control”.

Esta regulación, que, como más adelante veremos, tiene carácter básico, guarda estrecha relación, asimismo, con lo previsto por la disposición adicional 16ª de la misma LGS, ahora por relación a las llamadas fundaciones del sector público. Esa disposición, además de concretar con el carácter de norma básica qué se entiende por "fundaciones del sector público", si quiera lo sea a los efectos de la LGS (un dato, por cierto, que no deja de contrastar con la regulación de dichas fundaciones en los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que queda ceñida a las fundaciones del sector público estatal y sin que a la misma, por tanto, se le haya atribuido carácter de legislación básica, no alcanzado, en consecuencia, a las fundaciones privadas de las demás Administraciones Públicas), establece, en sustancia, idéntica regla a la del artículo 3.2, párrafo 2º. Dice así:

"Las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las fundaciones del sector público se regirán por el derecho privado, si bien serán de aplicación los principios de gestión contenidos en esta ley y los de información a los que se hace referencia en el artículo 20. En todo caso, las aportaciones gratuitas que realicen habrán de tener relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos".

La situación, por tanto, es la misma para estas fundaciones privadas de iniciativa pública, denominadas fundaciones del sector público, que para las entidades con personalidad jurídico-pública cuando otorgan "subvenciones" que no son consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. En las referidas "entregas dinerarias sin contraprestación", también deberán ajustarse a los principios de gestión y de información previstos por la LGS, rigiéndose en todo lo demás por el derecho privado. Una previsión, por lo demás, que, en cierto modo, ya anticipó la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, aunque más limitadamente y sólo para las fundaciones del sector público estatal. Concretamente, según su artículo 46, "cuando la actividad exclusiva o principal de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación directa de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos, dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal".

Por último, ¿qué decir de otras entidades instrumentales, tan frecuentemente utilizadas, como es el caso de las sociedades mercantiles en mano pública?. ¿Pueden este tipo de entidades establecer u otorgar subvenciones? ¿Han de someterse en ese caso a esta Ley? Porque resulta que la nueva Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, remite en su artículo 4.2 f) a una normativa específica –que parece ser la contenida en la LGS- basada en “los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico de las ayudas o subvenciones concedidas por las entidades integrantes del sector público estatal con cargo a sus presupuestos o a fondos de la Unión Europea”, y dentro de ese “sector público estatal”, según el artículo 2 de la misma Ley, se encuentran, desde luego, las sociedades mercantiles y las fundaciones en mano pública [letra e) y f) de su apartado 1º).

A diferencia del supuesto de las fundaciones privadas de iniciativa privada, la LGS sólo se ocupa de las sociedades mercantiles públicas en el artículo 12, al contemplar que puedan actuar como entidades colaboradoras de la Administración concedente de las subvenciones, a semejanza de otras entidades tanto públicas como completamente privadas. Sin embargo, la Ley no contiene referencia alguna que aluda a subvenciones otorgadas por estas sociedades en mano pública. Un silencio del que sólo cabe deducir la siguiente doble posibilidad: o que, si pueden otorgar subvenciones, éstas no estarán sujetas a la LGS, ni siquiera a los principios de gestión y de información, tal como sucede en el caso de las entidades públicas empresariales y las fundaciones privadas de iniciativa pública o fundaciones del sector público; o, por el contrario, también es posible deducir que ese silencio responde sin más al hecho de que el propio legislador presupone que las sociedades mercantiles de titularidad pública no pueden otorgar subvenciones, pues, siendo las mismas manifestación del ejercicio de una potestad administrativa, esas sociedades mercantiles carecen de tal potestad (o, lo que es lo mismo, “de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”, tal como puntualiza la disposición adicional 12ª de la LOFAGE) y, por tanto, carecen de toda capacidad para otorgar subvenciones. Podrán quizá, como cualquier otro sujeto privado, hacer donaciones condicionadas o modales, con sujeción a lo previsto en sus propios estatutos sociales y sin perjuicio, eso sí, de las reglas que rigen su control económico y financiero como empresas públicas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria, las leyes autonómicas similares y la legislación sobre Haciendas Locales.

Con todo, como ya se ha dicho en la doctrina (J.L. Martínez López-Muñiz, en vol. col. Comentario a la Ley General de Subvenciones, Cívitas, Madrid, 2005, p. 142), “no debe olvidarse que, si son instrumentos, *longa manus*, de alguna Administración pública, no es aceptable que ésta se dedique a distribuir fondos públicos gratuitamente sin contraprestación alguna del beneficiario, con la libertad propia de los sujetos privados, puesto que ese tipo de actividad distributiva no deja de ser en realidad actividad del Poder público que, por ello mismo, no puede o no debe llevarse a cabo sino con sumisión a las reglas de igualdad, pública concurrencia y objetividad que el Estado de Derecho impone”. Por eso, lo adecuado es que la prohibición de que los entes públicos realicen donaciones alcance también a las entidades privadas en mano pública, que han de tener prohibido ejercer, por sí, la potestad pública de dispensar ayudas o recompensas, como no sea a título de meras colaboradoras y salvaguardándose los principios aludidos que han de presidir toda actuación pública.

En definitiva, a mi juicio no debe admitirse que estas entidades con forma jurídico-privada puedan otorgar subvenciones; pero si se admitiera –y en la práctica no cabe duda de que realizan entregas dinerarias gratuitas que responden al esquema propio de las subvenciones, si bien tienda a disimularse esa naturaleza acudiendo a la formalización de convenios-, deberían someterse íntegramente a un régimen jurídico público como el establecido por la LGS. En otro caso, y es posible que esa haya sido la intención, gran parte de la eficacia que se espera de la LGS quedará desactivada.

3. La concreción del ámbito de aplicabilidad de la LGS aún necesita tomar en consideración un tercer criterio, vinculado al orden constitucional de distribución de competencias. Y es que la LGS no es, en su integridad, de aplicación directa a todas las Administraciones Públicas. Su artículo 3, apartado 3, puntualiza, en efecto, que "los preceptos de esta ley serán de aplicación a la actividad subvencional de las Administraciones de las comunidades autónomas, así como a los organismos públicos y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, de acuerdo con lo establecido en la disposición final primera".

Pues bien, teniendo en cuenta que, a excepción de la UNED y de la UIMP, las Universidades Públicas han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, conviene precisar seguidamente cuáles son los preceptos de la LGS declarados como normas básicas, pues sólo ellos serán, en su caso, directamente aplicables a la actividad subvencional de las Universidades Públicas, siendo los demás de aplicación supletoria en defecto de normativa autonómica propia.

La disposición final primera, apartado 1, de la LGS extiende la calificación de legislación básica estatal, dictada al amparo del artículo 149.1.13ª, 14ª y 18ª de la CE, a los siguientes preceptos:

a) Del Título Preliminar, son básicos todos los del Capítulo I (artículos 1 a 6).

Tales preceptos se refieren:

-al ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo de la Ley (arts. 1 a 4);

-a la prelación de normas aplicables a las subvenciones (art. 5);

-al régimen jurídico de las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea (art. 6); y

-a la responsabilidad financiera derivada de la gestión de dichos fondos (art. 7)].

Son, asimismo, básicos todos los del Capítulo II del mismo Título Preliminar, con algunas excepciones concretas (artículos 8 a 21). Tales preceptos se refieren:

-a los principios generales que deben observarse para el establecimiento de subvenciones (art. 8);

-a los requisitos que deben observarse para el otorgamiento de las subvenciones (artículo 9), si bien se exceptiona el apartado 4.d), que prevé que para el otorgamiento será precisa "la fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, en los términos previstos en las leyes";

-a la condición de beneficiarios de subvenciones (art. 11) y de entidades colaboradoras (art. 13), a los requisitos que unos y otras deben reunir (art. 13), y a las obligaciones de los beneficiarios (art. 14) y entidades colaboradoras (art. 15);

-a los convenios de colaboración entre la Administración otorgante y la entidad colaboradora (art. 16), si bien en este caso se excepcionan el apartado 2, relativo al plazo de vigencia del convenio de colaboración, y las letras d) a l) del apartado 3, que se refieren a diversos aspectos del contenido mínimo que han de tener los convenios de colaboración;

-a las bases reguladoras de la concesión de subvenciones (art. 17), aunque también en este caso se excepcionan determinados extremos que quedan al margen de lo básico: concretamente, los apartados 1 y 2, sobre aprobación de las bases en el ámbito de la Administración estatal y en el del las Corporaciones Locales, especificando en este caso que las bases "[...] se deberán aprobar en el marco de las bases de ejecución del presupuesto, a través de una ordenanza general de subvenciones o mediante una ordenanza específica para las distintas modalidades de subvenciones", así como las letras c), f) y h) a n) del apartado 3, sobre el contenido mínimo de las bases;

-a la publicidad de las subvenciones concedidas (art. 18);

-a la financiación de las actividades subvencionadas (art. 19); y

-a la información sobre la gestión de subvenciones (art. 20).

El grueso del Título Preliminar queda, por tanto, en el ámbito de la legislación básica estatal.

b) Del Título Primero es básico el Capítulo I, que consta de un único artículo, el 22, que establece como procedimiento ordinario de otorgamiento de subvenciones el de "concurcencia competitiva" y procede a su caracterización general, fijando, asimismo, los supuestos en los que podrán concederse subvenciones de forma directa.

Son, asimismo, básicos los artículos 29 a 31 del Capítulo IV:

-el artículo 29, relativo a las condiciones y límites que los beneficiarios deben observar en la subcontratación de las actividades subvencionadas;

-el artículo 30, relativo a la justificación del cumplimiento de las condiciones vinculadas a las subvenciones otorgadas y acreditación de los gastos; y

-el artículo 31, que se refiere a los gastos subvencionables.

Por tanto, quedan al margen del círculo de lo básico todos los artículos del Capítulo II (artículos 23 a 27), relativos a las distintas fases del procedimiento de otorgamiento en régimen de concurrencia competitiva; el Capítulo III (artículo 28), sobre el procedimiento de otorgamiento directo; el Capítulo V (artículos 34 y 35), sobre el procedimiento de gestión presupuestaria; y los artículos 32 y 33 del Capítulo IV, que se refieren a la comprobación de la justificación del cumplimiento de la afectación de las subvenciones y a la comprobación de los valores de los gastos subvencionados.

c) Del Título Segundo son únicamente básicos los artículos 36, 37 y 40.1 del Capítulo I del Título II, relativos, respectivamente:

-el artículo 36, a las causas de nulidad y anulabilidad de los actos de otorgamiento de subvenciones;

-el artículo 37, a las causas de reintegro de las cantidades percibidas; y

-el artículo 40.1, a la cuantía de la obligación de reintegro y su independencia de las sanciones que, en su caso, sean exigibles.

Por tanto, quedan fuera de lo básico los artículos 38, 39 y 40.2 a 5, relativos, respectivamente, a la naturaleza de los créditos a reintegrar, a la prescripción del derecho a reconocer o liquidar el reintegro y a los supuestos de responsabilidad solidaria de la obligación de reintegro, así como todo el Capítulo II del Título II (artículos 41 a 43), relativo a las reglas a observar en el procedimiento de reintegro.

d) Del Título Tercero, relativo al control financiero de las subvenciones, son únicamente básicos los artículos 45 y 46:

-el artículo 45, relativo al control financiero de las subvenciones y ayudas financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios; y

-el artículo 46, que establece una serie de obligaciones de colaboración de los beneficiarios, entidades colaboradoras y terceros relacionados con el objeto de la subvención, con los órganos de control de las Administraciones otorgantes de las subvenciones.

No son básicas, en consecuencia, todas las demás previsiones del Título Tercero, relativas al objeto y competencia para el ejercicio del control financiero (art. 44), a las facultades y deberes del personal controlador (art. 47 y 48), al procedimiento de control financiero (art. 49), a la documentación de las actuaciones de control financiero (art. 50) y a los efectos jurídicos de los informes de control financiero (art. 51).

e) Del Título Cuarto son básicos todos los del Capítulo I del Título IV (artículos 52 a 58), relativos a la tipificación de las infracciones en materia de subvenciones, responsables y concurrencia de actuaciones con el orden jurisdiccional penal.

Y son, asimismo, básicos, los siguientes artículos del Capítulo II:

-el artículo 59 fija las clases de sanciones (pecuniarias y no pecuniarias);

-el artículo 65, relativo a la prescripción de infracciones y sanciones;

-el artículo 67, relativo al procedimiento sancionador;

-el artículo 68, sobre la extinción de la responsabilidad derivada de la comisión de infracciones; y

-el artículo 69, sobre los distintos supuestos de responsabilidad (solidaria y subsidiaria) por las sanciones y de responsabilidad en el caso de sociedades disueltas y liquidadas.

Consecuentemente, quedan al margen de lo básico la graduación de las sanciones (art. 60), las concretas sanciones en función de las infracciones (arts. 61 a 64) y la competencia para la imposición de sanciones (art. 66).

f) En cuanto a las disposiciones adicionales y transitorias, son básicas la disposición adicional segunda, apartado 1, y la disposición adicional decimosexta:

-la disposición adicional segunda, apartado 1, se refiere a las funciones de la Intervención General de la Administración del Estado, en coordinación con los órganos de control nacional y autonómicos, relativas al control de los fondos estructurales y de cohesión comunitarios; y

-la disposición adicional decimosexta se refiere a las fundaciones del sector público, especificando que se entiende por tales a los efectos de la LGS y estableciendo las reglas a las que habrán de sujetarse en las entregas dinerarias sin contraprestación que realicen dichas entidades.

Por tanto, no son básicas ninguna de las dos disposiciones transitorias, ni tampoco lo son las restantes disposiciones adicionales. En concreto:

- la DT 1ª, sobre adaptación de la normativa reguladora de las subvenciones al régimen jurídico establecido por la LGS, y la DT 2ª), sobre el régimen transitorio de los procedimientos de otorgamiento de subvenciones, de control financiero, reintegro y revisión y del régimen sancionador;

- la DA 2ª.2, que se refiere al control de la Intervención General de la Administración del Estado sobre beneficiarios de subvenciones concedidas por Corporaciones Locales, y la DA 2ª.3, que prevé la suscripción de acuerdos de cooperación en materia de control financiero entre la Intervención General de la Administración del estado y los órganos de la Comisión Europea;

- la DA 3ª, relativa al control financiero de las subvenciones concedidas por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social;

- la DA 4ª, sobre la colaboración de auditores privados en la realización de controles financieros, especificando su apartado 3 que "la misma colaboración podrán recabar las corporaciones locales para el control financiero de las subvenciones que concedan, quedando también reservadas a sus propios órganos de control las actuaciones que supongan el ejercicio de las potestades administrativas";

- la DA 5ª, que establece el régimen de las ayudas en especie;

- la DA 6ª, sobre el régimen de los créditos concedidos por la Administración a particulares sin interés, o con interés inferior al de mercado;

- la DA 7ª, que establece que la LGS será aplicable a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social en los mismos términos que se aplica a los organismos autónomos;

- la DA 8ª, sobre el régimen de las subvenciones que integran el Programa de cooperación económica del Estado a las inversiones de las Entidades locales;

- la DA 9ª, sobre la aplicación de la LGS a los incentivos regionales regulados por la Ley 50/1985, de 27 de diciembre, sobre el plazo para resolver en la gestión de las ayudas del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, y sobre la subcontratación de los beneficiarios de ayudas del Plan de consolidación y competitividad de la Pequeña y Mediana Empresa;

- la DA 10ª, sobre el régimen especial del otorgamiento de premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza;

- la DA 11ª, sobre el procedimiento de reintegro de subvenciones concedidas por el Instituto Nacional de Empleo;

- la DA 12ª, que, bajo la rúbrica "Planes de aislamiento acústico", se refiere al régimen de las ayudas que se establezcan en las declaraciones de impacto ambiental;

- la DA 13ª, que atribuye a los planes y programas relativos a políticas públicas sectoriales la consideración de planes estratégicos, siempre que recojan el contenido que a éstos exige el artículo 8.1 de la LGS;

- la DA 14ª, relativa a las subvenciones otorgadas por Corporaciones locales;

- la DA 15ª, sobre el régimen de justificación, comprobación y control de las subvenciones percibidas por organismos y entes del sector público estatal;

- la DA 17ª, sobre el control y evaluación por la Intervención General de la Administración del Estado de los resultados derivados de los planes estratégicos del artículo 8 de la LGS;

- la DA 18ª, sobre el régimen de las subvenciones de cooperación internacional;

- la DA 19ª, sobre régimen aplicable al Banco de España en la materia objeto de regulación de la LGS;

- la DA 20ª, que autoriza al Consejo de Ministros para actualizar las cuantías previstas en la LGS, dando audiencia a las Comunidades Autónomas cuando la actualización afecte a un precepto de carácter básico;

- la DA 21ª, que puntualiza que la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en la LGS se llevará a cabo con respeto a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; y

- la DA 22ª, en virtud de la cual la aplicación de la LGS a la Comunidad Autónoma del País Vasco se realizará con respeto a lo establecido en su Estatuto de

Autonomía y en la disposición adicional segunda de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local.

Tampoco se califica como norma básica, en fin, la disposición final segunda, que establece que "las normas que en desarrollo de esta ley apruebe la Administración General del Estado tendrán carácter básico cuando constituyan el complemento necesario respecto a las normas que tengan atribuida tal naturaleza conforme a la disposición final primera".

Así pues, a modo de resumen, no son de aplicación directa a las Comunidades Autónomas y, por tanto, a las Universidades Públicas, con las dos excepciones ya señaladas, las previsiones relativas al contenido mínimo de los convenios de colaboración (excepto algunos extremos concretos), las bases reguladoras de la concesión de subvenciones (también a excepción de algunas cuestiones concretas), las reglas relativas al procedimiento de concesión (tanto en régimen de concurrencia competitiva, como de concesión directa), el procedimiento de gestión y justificación de las subvenciones, algunos aspectos del reintegro de subvenciones y al procedimiento de reintegro en su totalidad, el control financiero de las subvenciones (a excepción de las financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios), y la graduación de las sanciones por infracciones en materia de subvenciones.

Ahora bien, esas disposiciones de la LGS que, por no ser básicas, no son de aplicación directa, no por ello son insusceptibles de aplicación. Lo que sucede es que serán de aplicación supletoria, tal como resulta, no de la LGS, sino sencillamente de la regla del artículo 149.3 de la Constitución de que "el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas".

En relación con esa aplicación supletoria, debe advertirse que no es óbice para que así sea el tenor literal del párrafo 1º del apartado 1 de la disposición final 1ª, que, ciertamente, al referirse a la aplicación de las disposiciones no básicas utiliza la expresión "resultarán únicamente de aplicación". Pudiera pensarse que, al ser únicamente de aplicación a las Administraciones y Entidades que cita, a las Comunidades Autónomas no les serían aplicables. Sin embargo, aun en el supuesto de que esa hubiera sido la pretensión del legislador, es claro que el legislador no puede

desconocer la regla constitucional de que "el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas". Por eso, no procede interpretar la referida previsión legal como excluyente de la aplicación supletoria, en su caso, de las disposiciones no básicas de la LGS. Primero, porque el término "únicamente" puede entenderse referido a la aplicación directa; y, segundo, porque, aun cuando no fuera así, necesariamente lo impone el principio de la obligada interpretación conforme a la Constitución, so pena, en otro caso, de que el precepto legal incurriese en inconstitucionalidad.

Debe añadirse, por último, que la distinción entre disposiciones básicas y no básicas adoptada por el legislador no ha dejado de ser cuestionada por algunas Comunidades Autónomas, que han interpuesto recursos de inconstitucionalidad contra un notable número de artículos y disposiciones declarados básicos, por considerar que tal calificación vulnera el orden constitucional de distribución de competencias. Así, el Gobierno de Aragón ha impugnado los artículos 3.4; 5.2; 6.2; 7.2 y 3; 8.1 y 2; 12.1; 13.5 y 7; 14.1.e) y h); 15.1.a) y b); 16.1 y 5; 18.4; 19.5; 22.1; 29.3 y 7.b) y e); 30.5; 31.2 a 8; 37.1.d) y f); 45.2.c); 56; 57.e); 58.d); y 67.2 y 3; y, asimismo, la disposición final 1ª. Por su parte, aunque más limitadamente, el Parlamento de Cataluña también ha impugnado los siguientes preceptos: artículo 3.4 (la expresión "o básicas"); 6.2; apartados 3 y 5 del artículo 13.4; artículos 29.3; 30.3 y 5; 31.3 a 9; y 45.2.e); apartado 1 de la disposición final 1ª; y solicita, en fin, una interpretación conforme a la Constitución del artículo 52.

4. Llegados a este punto, debo concluir. Nada he dicho sobre el contenido sustantivo de la LGS, más allá del específicamente referido a la delimitación de su propio ámbito de aplicabilidad. Oportunidad habrá en las intervenciones siguientes de adentrarse en el análisis de las cuestiones más sobresalientes de esa regulación. Pero, como hemos visto, no pocas de las previsiones de la Ley serán inaplicables, al menos directamente, a las Universidades Públicas. Se trata de una importante limitación que no puede pasar desapercibida. De manera que habrá que determinar, caso por caso, es si las ayudas económicas o de cualquier otro tipo que otorguen o perciban las Universidades Públicas son reconducibles al concepto estricto de subvención que establece la LGS; y tras esa determinación previa, aún habrá que precisar, en los términos indicados y en

función de la posición que adopten las Universidades en la relación subvencional (como otorgantes, beneficiarias o colaboradoras), las previsiones directamente aplicables y, a falta de regulación autonómica, las que por su propio contenido puedan ser de aplicación supletoria. Sólo a partir de ese momento se estará en condiciones de valorar en su justo alcance la verdadera incidencia de la nueva LGS para la gestión y fiscalización de las ayudas económicas en el ámbito de la investigación universitaria.