

RECOMENDACIONES EN MATERIA DE SUBVENCIONES

RECOMENDACIONES EN MATERIA DE SUBVENCIONES

I. **NORMATIVA REGULADORA DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS**

La normativa de aplicación en la regulación de las subvenciones del Ayuntamiento de Barcelona es la siguiente:

- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. (De ahora en adelante LGS)
- Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. (De ahora en adelante RLGs)
- Ley 19/2014 de transparencia, de 29 de diciembre, de acceso a la información pública y buen gobierno. (De ahora en adelante LTBG)
- Normativa General Reguladora de Subvenciones del Ayuntamiento de Barcelona, aprobada por el Pleno del Consejo Municipal en sesión de fecha 17 de diciembre de 2010. (De ahora en adelante NGRS)
- Normativa relativa al otorgamiento de convenios administrativos entre administraciones públicas e Instituciones, aprobada por Decreto de Alcaldía de 04/27/2011. (De ahora en adelante NCA)

II. **PRINCIPIOS RECTORES DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS**

El art. 8 de la Ley General de Subvenciones regula que la gestión de las subvenciones se realizará conforme a los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

A. Principios de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación

El principio de publicidad permite que los ciudadanos tengan conocimiento de la convocatoria de las subvenciones y facilitar el acceso a ésta. Posteriormente también permite la realización de un control del seguimiento de las ayudas públicas.

El principio de concurrencia y objetividad implica que pueden solicitar las ayudas las personas que reúnen los requisitos necesarios establecidos en las bases reguladoras, es decir, las que se encuentran en igualdad de condiciones. De acuerdo con este principio cualquier restricción al respecto exige una justificación o motivación objetiva y razonable.

El principio de igualdad y no discriminación implica proyectar el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE en el ámbito de gestión de la actividad subvencional. El Tribunal Constitucional (TC) ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de tratamiento que no disponga de una justificación objetiva y razonable. El TC ha establecido también los criterios o elementos que permiten distinguir entre una diferencia de tratamiento justificada y otra discriminatoria, y por tanto inadmisibles: desigualdad de los supuestos de hecho; finalidad constitucionalmente legítima; congruencia entre el tratamiento desigual, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue; y proporcionalidad entre los elementos anteriores (STC 68/1991, de 8 de abril; 28/1992, de 9 de marzo; 3/1993, de 14 de enero; 147/1995, de 16 de octubre; 46/1999, de 22 de marzo; 39/2002, de 14 de febrero y 87/2009 de 20 abril).

El sistema empleado de subvención de concesión directa conlleva una directa inaplicación del principio de concurrencia de otros beneficiarios y del principio de publicidad; pero éste no comporta necesariamente una ruptura del principio de no discriminación, a no ser que exista una falta de justificación objetiva y razonable, conforme lo expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación al principio de la transparencia, éste se configura como el eje clave en la relación entre la Administración y la ciudadanía, que ayuda a recuperar e incrementar la confianza de la ciudadanía hacia la gestión pública, y facilitar y promover la rendición de cuentas. Hay que enfatizar que la transparencia, como valor pilar de una actuación administrativa eficaz y eficiente, debe incidir en aquellos trámites administrativos que gozan de un mayor nivel de discrecionalidad, como es el caso de las subvenciones directas, en el que principios tan vitales para la confianza de la ciudadanía como la concurrencia pública de otros beneficiarios y la publicidad se exceptúan.

Para poder distinguir entre la discrecionalidad y la arbitrariedad se requiere la motivación, no sólo de su existencia, sino también de su contenido y de una fundamentación que permita la fiscalización de los actos discrecionales.

Siguiendo esta premisa, el análisis de la subvención se ha realizado considerando el literal del art. 22.c), el art. 28 de la Ley de Subvenciones y el art.67.3.a) del Reglamento de Subvenciones, con la configuración de la modalidad de concesión directa del art. 22.c), de carácter excepcional, desgranada en tres requisitos que exigen su correlativa motivación diferenciada:

- 1.- Subvención con carácter excepcional: acreditar el carácter singular de la subvención.

2.- Subvención en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas: motivaciones que acrediten este interés especificado.

3.- Subvención que dificulte su convocatoria pública: justificación de la dificultad de su convocatoria pública.

Al respecto se pronunció la Sentencia núm. 827/2012 de 6 de noviembre del TSJ del País Vasco: “El art. 22 de la Ley reconoce que puedan concederse directamente aquellas subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública. La norma no puede ser más clara en el sentido de exigir que tales razones –interés social y dificultad de convocatoria pública- deben de estar acreditadas, es decir, en el expediente debe demostrarse la concurrencia de estas circunstancias”

B. Principios de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante y de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

El principio de eficacia referencia el grado de cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración; y con el principio de eficiencia se garantiza que la consecución de los objetivos se ha realizado con el menor coste posible.

El art. 31 de la Ley General de Subvenciones define los gastos subvencionables como “aquellos que de manera indubitada responderán a la naturaleza de la actividad subvencionada, resulten estrictamente necesarios y se realicen en el plazo establecido por las diferentes bases reguladoras de las subvenciones”.

El art. 31 in fine añade que "en ningún caso el coste de adquisición de gastos subvencionables podrá ser superior al valor de mercado".

III. PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN DE LAS SUBVENCIONES

La legislación de subvenciones regula dos posibles formas de concesión de la subvención: ordinaria (fundamentada en los principios del art. 8.3 de la LGS: publicidad, objetividad, igualdad y no discriminación); y extraordinaria (quebrantamiento de los principios del art. 8.3 LGS, por lo que sólo es admisible cuando concurren causas legales y motivadas):

- Concesión en régimen de concurrencia competitiva: procedimiento ordinario

De acuerdo con el art. 22 LGS se entiende por concurrencia competitiva “el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del Crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios”.

El procedimiento de concurrencia competitiva está determinado por: unas bases reguladoras, una convocatoria pública, el establecimiento previo de criterios de valoración, tramitación y evaluación de las solicitudes presentadas, propuestas de resolución, trámite de audiencia, reformulación, y finalmente adjudicación de la subvención según el orden de prelación establecido.

- Concesión directa: procedimiento extraordinario

La concesión directa se puede producir por norma con rango legal o por norma reglamentaria adaptando la forma de resolución unilateral o de convenio; y sólo puede producirse en los supuestos establecidos en el art. 22.2 LGS:

- a) Subvenciones nominativas: previstas en los Presupuestos Generales del Estado, de las CCAA o entidades locales.
- b) Subvenciones impuestas por norma de rango legal.
- c) Subvenciones, con carácter excepcional, en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

El art. 55 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, Reglamento de la Ley de Subvenciones especifica que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones es el de concurrencia competitiva, y que las subvenciones sólo podrán concederse en forma directa en los casos previstos en el art. 22.2 (procedimiento extraordinario).

Las subvenciones de concesión directa tramitadas en los expedientes referenciados han sido otorgadas a través de la tercera opción por ser "Subvención, con carácter excepcional, en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública", de acuerdo con los informes técnicos correspondientes.

Si entendemos el literal del concepto de "excepcional" como aquello: "que se aparta de lo normal o sucede rara vez", hay evidencias de que esta repetición en el tiempo se enfrenta directamente con el carácter único y excepcional que goza la subvención directa, así como de sus privilegios: la exención de la concurrencia pública y de la sujeción a los trámites de información pública.

RECOMIENDA

- En relación a la utilización del procedimiento excepcional de concesión directa regulado en el art. 22.2.c) de la LGS, y atendiendo el art. 28 del mismo cuerpo normativo, que dispone su procedimiento legalmente establecido, consideramos que de acuerdo con la literalidad de la normativa de aplicación debe ser usado para una subvención concreta y única y no reiteradas en el tiempo.

En aras de la transparencia, y en contra del carácter personalista y discrecional que implica el procedimiento de concesión directa, se recomienda optar por el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, o bien proceder a su tramitación por la causa del art. 22.2 a) LGS por estar prevista nominativamente en una partida presupuestaria que tiene que pasar por trámites de información pública con posibilidad de alegaciones, siempre y cuando se motive fehacientemente la imposibilidad de recurrir a la concurrencia competitiva.

- En relación a los expedientes de subvención ya tramitados, a la vista de la documentación e información recibida por el órgano gestor de la subvención, así como a la vista del resto de diligencias de investigación practicadas por esta Dirección, y sin prejuzgar la existencia de una mala praxis o comportamiento contrario al ordenamiento jurídico o las reglas éticas, consideramos que existen indicios suficientes para recomendar la práctica de una auditoría, para la revisión y análisis de los expedientes de subvención a los efectos de verificar:

a) si concurren en los expedientes de subvención las exigencias establecidas en el art. 22.2 c) para poder justificar el carácter excepcional de la concesión de la subvención directa referente a:

- Acreditar el carácter singular de la subvención.
- Las razones de interés público, social, económico o humanitario u otros que acrediten este interés especificado.
- La justificación de la dificultad de su convocatoria pública.

b) si el beneficiario ha justificado frente al órgano municipal el cumplimiento de los requisitos y condiciones; así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinó la concesión de la subvención (art. 14.1, 29 y siguientes de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones), y en particular, verificar si la actividad realizada por la empresa que ha recibido la subvención es el objeto de la subvención;

c) el impacto que podría suponer el recálculo de los porcentajes del importe subvencionado por el órgano municipal concedente.

d) si estos expedientes se ajustan a la normativa vigente tanto en materia financiera, operativa, administrativa, laboral, contable y de legalidad. En tanto en cuanto que la disposición dineraria realizada por los organismos municipales deben responder a la naturaleza estricta de la actividad subvencionada.

e) si a la vista de la revisión y comprobaciones practicadas por el órgano gestor de la subvención, así como de los resultados de la auditoría que

se pueda llevar a cabo, deberá instar el procedimiento de reintegro conforme lo dispuesto en el art. 36 y siguientes de la LGS con especial atención por lo que respecta al instituto jurídico de la prescripción de acuerdo con el art. 39 LGS.

SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Se dio también traslado de esta recomendación a la Intervención General en el ejercicio del ámbito de sus competencias.

RECOMANA

En relación a las subvenciones, uno de los principios que rige la Ley General de Subvenciones es la transparencia, entendida como un instrumento que afecta de manera directa en el incremento de los niveles de eficiencia y eficacia en la gestión del gasto público subvencional. Desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general. En esta línea la transparencia redundaría en la eliminación de las distorsiones e interferencias que puedan afectar de aquellas prácticas que se alejan de la finalidad última de la subvención, que es únicamente el interés general. Por lo tanto, en el caso analizado, la afectación de la cantidad dineraria recibida en concepto de subvención debe ir dirigida al objeto del proyecto subvencionado, y dar cumplimiento a la normativa de aplicación; de lo contrario estaríamos frente a un aprovechamiento particular del dinero público.

Examinada la documentación y la información facilitada, a fin de fomentar y mejorar las buenas prácticas en la gestión pública, priorizando la prevención por encima de las conductas reactivas, el órgano gestor del Buzón ético emitió las siguientes recomendaciones:

1. En relación a la utilización del procedimiento excepcional de concesión directa regulado en el art. 22.2.c) consideramos que de acuerdo con la literalidad de la normativa de aplicación debe ser empleada para una subvención concreta y única; la reiteración de la concesión de subvenciones por el mismo proyecto año tras año y la falta de motivación adecuada y suficiente en relación a su justificación provocan que la excepcionalidad pierda su naturaleza.

En aras de la transparencia, y en contra del carácter personalista y discrecional que implica el procedimiento de concesión directa, se recomienda optar por el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, o bien proceder a su tramitación por la causa del art. 22.2 a) LGS por estar prevista nominativamente en una partida presupuestaria que tiene que pasar por trámites de información pública con posibilidad de alegaciones, siempre y cuando se motive fehacientemente la imposibilidad de recurrir a la concurrencia competitiva.

Asimismo, en supuestos en los que, a pesar de su excepcionalidad, nos

encontramos con una reiteración anual de la subvención, para evitar cualquier riesgo de conflicto de interés, se recomienda la adopción de las cautelas pertinentes para evitar la exposición constante de un único y mismo servidor público en las diferentes fases del procedimiento de cada una de las subvenciones analizadas.

2. En relación a los expedientes de subvención ya tramitados, a la vista del análisis de la documentación e información recibida por los órganos gestores de las subvenciones así como a la vista del resto de diligencias de investigaciones practicadas por esta Dirección, sin prejuzgar la existencia de una mala praxis o comportamiento contrario al ordenamiento jurídico o las reglas éticas, se han puesto en evidencia indicios suficientes como para recomendar:

- a) la revisión y análisis de la justificación de los expedientes de subvención a los efectos de verificar si ésta se ajusta a la normativa vigente mediante incluso una escrupulosa y completa auditoría en tanto que la disposición dineraria realizada por los organismos municipales deben responder a la naturaleza estricta de la actividad subvencionada (art. 31 LGS).
- b) A la vista de la revisión y comprobaciones practicadas por los órganos gestores de las diferentes subvenciones, así como de los resultados de la auditoría que se pueda llevar a cabo, y si éstas corroborasen los indicios que se han obtenido durante esta investigación, y se constataran: a) irregularidades en la justificación del proyecto, se procederá por el órgano competente a la adopción de medidas de reintegro parcial y/o imposición de las sanciones pertinentes, con especial cuidado en lo que respecta al instituto jurídico de la prescripción de acuerdo con el art. 39 LGS: b) cualquier otro tipo de irregularidades contables, fiscales, laborales o penales, deberán adoptarse las medidas pertinentes por parte de los órganos competentes.

SEGUIMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Se dio traslado de esta recomendación a la Intervención General, a la Secretaría General, a la Oficina de Antifraude de Cataluña, y a los órganos municipales concedentes en el ejercicio del ámbito de sus competencias.

La Intervención General, dado el traslado conferido, y a raíz de las comprobaciones efectuadas por la Dirección de Análisis, respecto a la subvención origen de la investigación practicada, ha incluido las subvenciones analizadas dentro del control financiero y ha acordado la realización de un auditoría completa de los últimos años de todas las subvenciones concedidas por el Ayuntamiento de Barcelona, sus Institutos y EPE's a la entidad subvencionada.

IV. IMPUTACIÓN DE GASTOS ANTERIORES A LA FIRMA DEL CONVENIO CORRESPONDIENTE

En cumplimiento del art. 2.1.b) de la Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de Subvenciones, establece como un requisito: *“Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formarles que se hubieran establecido”*.

RECOMIENDA

La normativa deja abierta la posibilidad de subvencionar actividades ya realizadas en el momento de su concesión (un caso sería el de otorgamiento de subvenciones para paliar las consecuencias de catástrofes naturales). Sin embargo, atendiendo a los principios de seguridad jurídica, de transparencia, de eficiencia de los recursos públicos y de igualdad es necesario, o al menos recomendable, motivar suficientemente el acuerdo particular de otorgar a la entidad con carácter retroactivo la financiación de actividades ya realizadas, tal y como justifica la doctrina.