



COOPERACIÓN INTERNACIONAL



**Municipalistas
por la Solidaridad
y el Fortalecimiento
Institucional**

Rafael García Matías
Presidente de Fundación Musol. FHN.

EL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN EN LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES: LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO PARA LA EJECUCIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO¹

1. INTRODUCCIÓN

Bajo la denominación de subvenciones se engloban una diversidad de actividades, objetivos, proyectos, comportamientos de tan distinta naturaleza que explica la dificultad de establecer un régimen jurídico único para todas ellas.

¹ El presente documento forma parte de "La agilización de los procesos de gestión de los fondos destinados a la Cooperación Internacional para el Desarrollo por las entidades locales", elaborado en el marco del proyecto "XI jornadas de Municipalistas por la Cooperación Internacional para el Desarrollo: La simplificación para una gestión eficaz de la cooperación, en los entes locales", financiado por la Diputación Provincial de Valencia en la convocatoria de 2018.



El legislador estatal, consciente de ello, estableció en la Ley General de Subvenciones (LGS) una serie de requisitos básicos exigibles para todas las subvenciones y aplicables por todas las administraciones a la vez que permitió en su artículo 17, su desarrollo por cada gestor de una manera muy amplia para adaptarlas a la singularidad de cada una. De modo que puede afirmarse que hay un régimen mínimo aplicable a todas las subvenciones y una amplia discrecionalidad por cada actor para regularlas.

Pese a las amplias facultades de que disponen los gestores públicos, para dentro del marco básico de la LGS adaptarse a la naturaleza de los objetivos, actividades, proyectos y comportamientos perseguidos, las bases de subvenciones aprobadas por las distintas administraciones se dirigen casi exclusivamente al control y transparencia en el manejo de los recursos públicos, dejando en un segundo plano lo que justifica el uso de esos recursos como es el logro de los objetivos perseguidos, con eficiencia y eficacia. Principios también establecidos por la LGS.

Dificulta enormemente la gestión de subvenciones la existencia de muchas actividades realizadas por distintos actores con recursos públicos y cuyo encaje en el concepto de subvención no es fácil ya que en ocasiones forman parte de un contrato y en otras no. Una de estas actividades, aunque no la única es la Cooperación Internacional para el Desarrollo (CID), realizadas por las ONGDs y otros actores de la Cooperación Internacional para el Desarrollo.

Las siguientes líneas, se dirigen a efectuar una aproximación al concepto de subvención, singularmente, desde la perspectiva de la CID, aunque estimo que puede ser aplicable a otras muchas subvenciones de análoga naturaleza adjudicadas por las administraciones públicas y no sólo por las entidades locales.

2. EL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN

El artículo 2.1 de la LGS señala:

1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios b) 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 formales que se hubieran establecido. c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

La ley excluye a determinadas prestaciones y señala lo que no tiene la consideración de subvenciones. (apartados 2, 3 y 4 del mismo artículo).

2.1. SOBRE LA CONTRAPRESTACIÓN DIRECTA

La redacción del precepto, permite presuponer que la contraprestación está siempre o casi siempre presente y que solo cuando la contraprestación es directa no se considera la disposición dineraria subvención.

Para la Real Academia de la lengua una contraprestación es "la prestación que debe una parte contratante, por razón de la que ha recibido o debe recibir de la otra".

Si partimos de ese concepto, resultaría que en la subvención todas las entregas dinerarias (salvo muy pocas), generan obligaciones recíprocas: Para la Administración la entrega del dinero o beneficio y para los beneficiarios realizar las actividades o comportamientos del apartado 2.1.b de la Ley. La contraprestación será directa cuando de modo semejante al contrato bilateral o sinalagmático, se generen obligaciones recíprocas para ambas partes.

Portanto, procede indagar a que se refiere ese apartado cuando habla de cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad o la adopción de un comportamiento singular. Porque si se interpreta literalmente, siempre habría una contraprestación directa.

La subvención, según la jurisprudencia, tiene la naturaleza de una donación modal, supeditada al cumplimiento por parte del recurrente de los requisitos que se especifican en cada tipo de subvención.

Para que no sea una contraprestación directa, hay que entender que los requisitos impuestos (el modo), deberán venir referidos a la promoción o estímulo de una actividad a realizar por propio subvencionado, porque si la donación lo que hace es retribuir la realización de la actividad, determinada y configurada por la propia Administración estaríamos ante una contraprestación directa.



Por ello cuando por ejemplo el apartado 2.1.b de la LGS, se refiere a que la entrega esté sujeta al cumplimiento de ... debemos interpretar que esos cumplimientos que se exijan, se han de referir a una actividad diseñada, prevista o ejecutada o a ejecutar por el beneficiario que la Administración promueve o estimula y no cuando se trate de una actividad que forme parte de una actividad o un servicio público y que le corresponda ejecutar a la propia Administración, porque en este caso no se estaría fomentando, sino ejecutando, utilizando instrumentalmente al beneficiario para ello, de modo análogo a como lo haría con un contratista.

La existencia de múltiples relaciones subvencionables hace que, en las mismas, se puedan identificar una gran variedad e intensidad en las contraprestaciones, en unos casos más directas y en otros menos directas, la línea de separación en ocasiones puede ser muy fina.

Será contraprestación directa cuando la actividad o el comportamiento exigido o impuesto por la Administración para conceder la subvención, se refiera a una actividad de su competencia y lo que en la donación sería el modo, se concrete en la exigencia de acciones y obligaciones, cuya finalidad sea la de ejecutar directamente la política pública del órgano concedente y no el promover, estimular o incentivar una actividad privada que contribuya a ello o cuando lo que, en la donación o liberalidad sería el modo, se concrete en la subvención en un haz de "obligaciones y actividades" de tal naturaleza, magnitud o intensidad que ordene y condicione tan intensamente al beneficiario, su actuación, y su finalidad que ello incida no sólo en las actividades a realizar y el logro de los objetivos a conseguir, sino que afecte a su organización, al poder de dirección de su entidad, a la elección del lugar, la forma, etc. Es decir, ello concurrirá cuando además de exigir unos resultados y unos objetivos, se impone como, cuando, donde y con qué medios obtenerlos, de modo análogo a como lo haría un contrato, porque en ese caso se establece una relación que determina una prestación directa.

La entrega de dinero mediante una subvención no es una donación, obliga a realizar una actividad de interés general, pero para conceptuarla como subvención los condicionamientos que se impongan al beneficiario no deben poder confundirse con los que se impondrían en un contrato, lo que presupone que para poder excluir la actividad del concepto de contraprestación directa, debe quedar un amplio margen de actuación discrecional del beneficiario en la realización de las actividades y en el cumplimiento del objetivo comprometido.

Cuando se adquiere un bien mediante la entrega de una cantidad, hay contraprestación directa, pero hay otros supuestos, como cuando se realizan actividades de interés general de la competencia del ente subvencionador, en que

la contraprestación podrá o no considerarse directa, no tanto por la relación entre la entrega del dinero y la actividad realizada, sino por el conjunto de circunstancias y los condicionamientos que como se ha señalado más arriba, se impongan a quién recibe la subvención y ha de ejecutar la actividad a cambio de la subvención.

De la lectura del apartado b) del artículo 2.1.b de la LGS) al decir “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 realizar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales o formales que se hubieran establecido.”, resulta en una interpretación muy amplia, que si además de los del apartado b) citado, concurren los requisitos de los apartados a) y c) del mismo precepto, casi ninguna actividad que reciba recursos públicos para ello, salvo la derivada de una relación contractual expresa y las exclusiones legales, se escaparía del concepto y por tanto todas estarían sometidas a la ley General de Subvenciones de la misma manera, sin diferenciación alguna.

Pero no todas las actividades, acciones, situaciones, etc. son iguales, y la ley pese a la aparente imperatividad del artículo 2.1, permite singularizar y matizar algunos supuestos. Tal y como resulta de la exposición de motivos de la LGS que en su apartado I párrafo 14 dice:

“Desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de fomento de determinados comportamientos considerados de interés general, e incluso un procedimiento de colaboración entre la Administración Pública y los interesados para la gestión de actividades de interés público. Continúa el párrafo siguiente diciendo que “Existe una gran diversidad de subvenciones, de distinta naturaleza, que se conceden mediante procedimientos complejos, y, por lo tanto, deben ser objeto de un seguimiento y control eficaces”.

Hay un reconocimiento (no se olvide del valor interpretativo de las exposiciones de motivos), de que las aportaciones o entregas que denomina subvenciones pueden ir dirigidas a actividades de fomento, pero también a retribuir o compensar la colaboración de los beneficiarios con la Administración que otorga los recursos, en acciones o actividades concretas y también al referirse a la diversidad de subvenciones de distinta naturaleza a los procedimientos complejos y a exigir seguimiento y control eficaces, también reconoce la diferenciación de los procedimientos de control en atención a la naturaleza de las acciones.

“La competencia para contratar se encuentra estrechamente relacionada con la actividad de servicio público, en el sentido amplio del término. Frente a la actividad de



fomento que es una actividad de promoción o estímulo, en la actividad de prestación -materializada en la mayoría de los casos mediante la contratación externa- el promotor es la Administración. Resulta por tanto necesaria la determinación del promotor de la actividad como punto de partida para calificar el negocio y también para determinar la aplicación presupuestaria del gasto que de él se derive. Para definir el promotor de la actividad, es importante encontrar los elementos diferenciadores que caracterizan la actividad de servicio público en el sentido amplio del término -entendida como actividad de prestación en la que actúa la Administración como promotor- frente a la actividad de fomento, que es aquella en que la Administración incentiva la actividad de los particulares o de otras Administraciones Públicas, siendo el agente receptor de fondos públicos el promotor de la actividad incentivada. Básicamente, estaremos ante una actividad de prestación cuando el objeto de la actuación de la Administración sea la prestación, no el fomento, de una actividad de titularidad pública y competencia del órgano que la realiza, bajo el régimen jurídico del Derecho público. En este caso aparecen dos sujetos activos. La Administración asume el papel de promotor. Por el contrario, estaremos ante una actividad de fomento cuando lo que se pretende con el negocio es proteger o estimular actividades que se consideran de interés público, pero que no son necesarias para el cumplimiento y realización de una competencia propia de ejecución de la Administración que actúa. La titularidad de la actividad no corresponde a la Administración que ejerce el fomento sino al sujeto que recibe los fondos que es el promotor. La Administración es el sujeto activo y el beneficiario el sujeto pasivo. La actividad financiada debe resultar de propiedad y utilización exclusiva del sujeto de Derecho privado que recibe la ayuda y, en el caso que el receptor sea otra administración pública, ésta debe ostentar competencias propias de ejecución sobre la materia subvencionada. ¿Y por qué resulta tan importante esta distinción? Según el civilista español Federico de Castro (1903-1983) los conceptos y las construcciones teóricas no tienen valor a priori y se justifican por su utilidad. Sería totalmente improductiva la labor conceptual de distinción entre actividad de prestación, actividad de fomento, contrato, convenio, subvención, si de ella no se derivase una utilidad. La utilidad buscada es la precisión del régimen jurídico aplicable. En definitiva, es importante porque la naturaleza afirmada de una institución no es sino una forma abreviada de expresar su régimen jurídico. Esta diferenciación permite situar el negocio desde el punto de vista del gasto, en concreto, determinar la clasificación económica a la cual se deberán imputar las obligaciones que de él se deriven -capítulo II, III y VI del presupuesto de gasto cuando se trate de una actuación de prestación y capítulos IV y VII si se trata de una actuación de fomento- y posibilita calificarlo jurídicamente para aplicarle el régimen jurídico que corresponda. Si la Administración actúa como promotor en el ámbito de sus competencias de ejecución, el negocio es generalmente bilateral y en estos casos, si además la materia objeto del negocio consiste en un contrato de los regulados en el TRLCSP o normas especiales, con independencia de la cuantía de la

prestación y de la personificación pública o privada del sujeto que la debe realizar, el expediente se debe tramitar como un contrato y no como un convenio. En cambio, en el caso que el promotor de la actividad sea el agente receptor de fondos sin que exista contraprestación alguna para la Administración, el negocio se debe calificar de subvención y el expediente se tramitará con sujeción a la LGS”.

MOREO MARROIG, T. (2013).

“De las notas señaladas es clave conocer quién es el promotor de la actividad. Si es una Administración la que tiene atribuida la titularidad de la competencia, podrá conveniar o contratar, pero no subvencionar a un tercero para que lo haga. Si por el contrario no es la Administración la que tiene atribuida la titularidad podrá fomentar por razones de interés público el que la tiene, esto es el beneficiario, la realice vía subvención. Esta distinción cobra especial relevancia en materias como los servicios sociales, en las que la distribución de competencias entre Administraciones no es una línea divisoria bien definida.

Asimismo, en la práctica es posible que ante una forma de convenio se encuentre en realidad el fondo de un contrato o de una subvención. Así, si una Administración convenia con un tercero la realización de una función incluida dentro del ámbito de sus competencias, a cambio de un precio dicha actividad forma parte del tráfico mercantil, e encuadrándose por lo tanto dentro del objeto de un contrato del sector público. Si en virtud de un convenio, una Administración transfiere fondos a un tercero para financiar una actividad que corresponde al sujeto receptor, se podría calificar como negocio jurídico subvencional”.

SINDICATURA DE CUENTAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. (2015).

“En ocasiones se califican incorrectamente como subvenciones y se les aplica el régimen jurídico de éstas, a auténticos contratos administrativos de gestión de servicios públicos en régimen de concierto que deberían sujetarse a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), porque el ente financiado está asumiendo la gestión de un servicio público que de otro modo debería prestar la Administración, ya que la Administración determina individualmente los usuarios que han de ser atendidos, limita enormemente las posibilidades autoorganizativas de la empresa, asume el coste total de atención al usuario, y regula detalladamente el régimen de prestación del servicio, etc.”.

(COLLADO BENEYTO, P. (2010)).

Para que exista una subvención, el artículo 2.1.a) de la LGS exige la ausencia de contraprestación directa de los beneficiarios. No obstante, existen casos en que se da una contraprestación parcial. Así ocurre, por ejemplo, con el contrato de patrocinio, que tiene carácter publicitario y es definido legalmente como aquél por el que el

patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica o cultural, científica o de otra índole se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador (artículo 24 de la Ley General de Publicidad). CORTELL GINER, R. (2010).

El nuevo sistema debe también reconocer la autonomía y la independencia de las Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo (ONGD) en la gestión de recursos públicos de AOD. La tendencia en los últimos años ha sido de ir convirtiéndolas en meras prestadoras de servicios para las administraciones públicas, cuando es necesario admitir la legitimidad de las agendas propias de las ONGD españolas en alianza con sus socios del Sur. Es un hecho que gobiernos y sociedad civil mantienen en muchas ocasiones agendas divergentes, hecho que se profundiza aún más en débiles democracias o en contextos de ausencia de Derechos Humanos. Por ello, es clave asegurar el quehacer y supervivencia de las organizaciones y fundaciones privadas de cooperación, reconocer su contribución social y garantizar su autonomía, exigiendo por supuesto la máxima transparencia y rendición de cuentas cuando se trate del uso de recursos públicos.

OTERO Y EGEA (2018).

El simple hecho de que la LGS, nombre expresamente a la CID, no significa que por ello todas las entregas dinerarias a los actores de la cooperación para esta finalidad sean subvenciones, lo serán cuando con ello se fomente o estimule la actividad de CID y no lo serán cuando como se traslade la gestión propia de la CID a los actores de la misma mediante las entregas dinerarias cualquiera que sea su denominación.

2.2.

LAS OBLIGACIONES MATERIALES Y FORMALES QUE SE HUBIERAN ESTABLECIDO

Además de la inexistencia de contraprestación directa, la ley requiere que se cumplan las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

Las obligaciones materiales o formales que se exigen, han de estar debidamente justificadas en aras al interés público, ser coherentes con el logro de los objetivos y contemplar el adecuado control de los recursos y además deberán ser proporcionales y respetuosas con el fin perseguido y con los valores constitucionales.

La sentencia del TSJ de Extremadura 140/2019, de fecha 28 de octubre de 2019, dictada en recurso de apelación citada por la Sentencia 140/2019 169/2019 de 29 de octubre de 2019, del T.S.J de Extremadura, Sala de lo Contencioso administrativo,

Cáceres, en su Fundamento Jurídico cuarto, declara que el poder administrativo para establecer la carga modal, tiene como límites que ésta sea relevante para la actividad que se fomenta y por tanto para los objetivos perseguidos.

“A mayor abundamiento, no podemos soslayar que la carga modal que conllevan las subvenciones, es la característica sustancial de la misma, pero esa carga modal ha de ir dirigida a fomentar una determinada finalidad de interés general, resultando contrario al propio concepto de la subvención, que la carga modal consista en imponer una condición de obligado cumplimiento que no forma parte intrínseca de la actividad a fomentar”.

(TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EXTREMADURA (2019).

Cuando al beneficiario se le imponen obligaciones materiales y formales en la realización de actividades de la titularidad del ente subvencionador y estas vienen referida a la elección y definición de la actividad, como y cuando ejecutarla y la mayor parte de las reglas que ha de seguir el beneficiario, se conforman como las cláusulas de un contrato.

Si el condicionamiento establecido en la concesión de la subvención exige que hacer, como, donde y además regula minuciosamente todos los aspectos que ha de seguir el subvencionado, hay una contraprestación directa, sobre todo cuando como es el caso de la mayoría de las bases y convocatorias competitivas para CID, la Administración elabora y aprueba su política de CID en su Plan Estratégico y decide su ejecución total o parcial a través de la convocatoria competitiva, en la que se exige que quienes concurren redacten los proyectos y los ejecuten conforme al Plan Estratégico citado y entreguen informe sobre los objetivos conseguidos, imponiendo plazos, límites y requisitos en todos y cada uno de los gastos, acciones, etc., incluso condicionando aspectos que nada o poco que tienen que ver con las actividades a realizar o los objetivos a lograr.

El Decreto 5/2019 de la Presidencia de la Junta de Extremadura, describe muy claramente la relación entre subvencionador y beneficiario, al referirse a la ejecución indirecta de los proyectos de CID, como “aquella que se realiza a través de agentes externos a la Junta de Extremadura, de tal manera que la labor fundamental de la AEXCID se refiere a la financiación, seguimiento y evaluación de los proyectos, delegando la identificación, diseño, formulación y ejecución de los mismos”. O lo que es lo mismo, el agente externo asume una tarea de prestación y no de fomento, aunque el concepto utilizado en la norma sea el de delegación.

Para la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por actividad de fomento se entiende aquella modalidad de intervención administrativa consistente en dirigir la



acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos.

UNED (2019).

En las subvenciones para actuaciones de CID no estamos en presencia de incentivos. El ente financiador transfiere recursos al beneficiario para que este ejecute actividades integrantes de su política pública de CID, en los sectores, en los territorios y en la forma, que el mismo determina en las bases y convocatorias y que ha definido en su plan estratégico.

La actividad de fomento, tiene por objeto dirigir, promover o proteger acciones o actividades de los particulares que se estiman de interés general, lo que comporta que el beneficiario es el titular de las mismas y ha de poder decidir con autonomía y suficiente amplitud, como se organiza, como realiza las actividades, como retribuye a su personal, que medios utiliza, etc., por lo que cuando se introducen por parte del ente subvencionador como ocurre actualmente en las bases de CID, donde, como y cuando realizar la actividad, así como obligaciones materiales y formales que configuran no solo los objetivos sino los procedimientos, y las formas de cómo conseguirlos, estamos en presencia de un contrato o al menos dentro de una forma de colaboración singular que precisa de una regulación diferente a lo que podríamos denominar actividades de fomento puras.

2.3.

LA INTENSIDAD DEL INTERÉS GENERAL COMO DELIMITADOR DEL CONCEPTO DE SUBVENCIÓN. LA COLABORACIÓN PÚBLICA PRIVADA SIN ÁNIMO DE LUCRO

Si como señala la LGS, la actividad subvencionadora persigue el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública, el diferente grado de intensidad o proximidad de la acción de los particulares para el logro de ese interés debe prever consecuencias jurídicas diferenciadas en su tratamiento, lo que puede lograrse, mediante las bases de subvenciones del artículo 17 de la LGS.

En las actividades subvencionadas:

- a. Puede haber un claro interés particular del que a la vez deriva un interés general, por ejemplo, cuando se establecen medidas para el fomento a la exportación.

- b. Se pueden otorgar subvenciones para actividades en las que el interés general es casi exclusivo, al coincidir totalmente el interés del beneficiario y el de la administración subvencionadora; por ejemplo, cuando una organización no gubernamental sin fines de lucro, atiende, a personas sin recursos y la administración subvencionadora tiene atribuida esa función.
- c. Si en ocasiones la línea de separación entre el interés particular y el interés general puede ser muy fina, hay otras muchas en que se puede graduar cuando predomina la actividad de fomento y cuando la colaboradora, es decir la de fomento en sentido estricto y la de prestación.

Al referirse la exposición de motivos de la LGS a procedimientos complejos en plural, está indicando que en esa complejidad caben todos los matices señalados más arriba, lo que permite afirmar que en la ejecución de lo que denominamos actividades subvencionadas, se puede incluir a la pluralidad de relaciones que se establecen entre la Administración y los ciudadanos o entes que reciben recursos u otros beneficios de aquella, para actividades o comportamientos que contribuyen en distinto grado al interés general. Para ello la LGS parte de unos principios rígidos que fija en las normas básicas y faculta en las bases a que se refiere su artículo 17 a cada ente para adaptar a cada actividad el régimen jurídico aplicable.

Cuando el interés del beneficiario o ente subvencionado y el interés general que persigue la Administración subvencionadora coinciden en su totalidad, y la actividad a ejecutar o la conducta a seguir se corresponde con los servicios que corresponde prestar al ente subvencionador, que además establece como, cuando y donde y además la realiza a través de una organización privada sin ánimo de lucro, como es el caso de la CID en realidad estamos ante una actividad más próxima a la prestación que al fomento, y que podría denominarse relación de colaboración público – privada sin ánimo de lucro, cuyo contenido se escapa del concepto de actividad de fomento subvencionada ya que lo que ejecuta el beneficiario es una decisión y un actividad que corresponde al ente subvencionador, en la que colabora.

Podríamos referirnos a la colaboración público-privada sin ánimo de lucro, a aquella que se establece entre un ente público y una entidad privada sin ánimo de lucro, para la implementación, sin que esta última obtenga directa o indirectamente beneficio económico alguno, de un proyecto o una actividad que ejecuta parte de la política pública de la competencia de aquel, cuando el primero además de aportar los recursos, determina no sólo las actividades a realizar y objetivos a conseguir, sino que regula totalmente como, cuando y donde se realiza y justifica la actividad, de modo análogo a lo que haría si la actividad la realizara a través de un contrato, por su propio personal o mediante delegación en otro ente.



La colaboración entre entidades públicas y privadas, se contempla genéricamente en la exposición de motivos y referido a las entidades colaboradoras en el articulado de la LGS. Entidades colaboradoras que cuando son privadas se han de seleccionar mediante concurrencia competitiva y pueden además percibir una retribución. Con mayor motivo se estima que, de modo análogo, pueda acudirse con esta o análoga denominación, a la colaboración pública privada sin ánimo de lucro para la ejecución de proyectos en CID, puesto que la selección se produce mediante concurrencia competitiva y fijando la Administración los condicionamientos, procedimiento de justificación etc.

2.4. LA CID ES UNA POLÍTICA PÚBLICA

Cuando un ente público decide implementar CID y la concreta, regula y aprueba, la está convirtiendo en una política pública; una política pública que diseña mediante su plan Director o un plan estratégico de subvenciones, que complementa mediante otros instrumentos tales como, los planes anuales, el presupuesto, las bases de subvenciones y las convocatorias.

Es en todos estos instrumentos donde cada administración señala donde, como y con qué finalidades llevar a cabo las acciones que constituyen su política pública de cooperación, consignando para ello los recursos que considera oportunos en sus presupuestos. Las convocatorias competitivas y los convenios se enmarcan en estos límites porque su objeto es ejecutar esa política. Las convocatorias competitivas, son el procedimiento a través del que se selecciona a los ejecutores de esas políticas públicas, sin perjuicio de que algunas administraciones, -pocas- ejecuten una parte mediante convenios, directamente o a través de organismos multilaterales.

A través de los convenios y las convocatorias competitivas, cada administración externaliza las actuaciones que se contienen en su política de CID, que previamente ha diseñado en su plan estratégico, exigiendo que las actuaciones de los subvencionados se adecuen a los objetivos y prioridades horizontales, geográficas y sectoriales de lo que constituye su política pública. En estos instrumentos, y en las bases del artículo 17 LGS, determina con mayor o menor detalle, dónde y en qué sectores, estableciendo y condicionando la mayor parte de las actividades de quienes resulten beneficiarios: fecha de inicio y finalización, límites absolutos o porcentuales entre las distintas partidas de gastos y conceptos, capacidad y requisitos de las contrapartes, gastos que pueden o no incluirse, formas y plazos de evaluación y justificación, etc. Además, el proyecto o programa, -que desarrolla la política pública-, ha de ser identificado, elaborado y formulado por el beneficiario en el formulario y con los requisitos exigidos

por la Administración, beneficiarios que también han de aportar en algunos casos un porcentaje sobre el coste total del proyecto, además de asumir el riesgo del buen fin de este y de los recursos no solo de los que maneja directamente, sino también de los que transfiere a su contraparte. También, los resultados y productos de la actuación, han de ser entregados a la administración financiadora.

Las convocatorias competitivas y los convenios, lo son para ejecutar concretas tareas diseñadas en lo esencial, cuando no en su totalidad, por cada administración, para llevar a cabo su política de CID y, por lo tanto, hay una clara contraprestación del beneficiario que consiste en elaborar los proyectos o programas, ejecutar esa política llevándola a la realidad, y aportar a la administración mediante las justificaciones e informes los resultados obtenidos. Se trata de una actividad de prestación encomendada competitivamente a un actor de la CID.

Aquí no estamos ante una actividad de fomento en cuyo ámbito se han venido y se vienen incluyendo las subvenciones de CID, sino ante una actividad de prestación, mediante la que se ejecutan por cuenta de la Administración actuaciones de CID previamente definidas por esta. La intervención de los actores que ejecutan la acción, ha de ceñirse al marco previamente diseñado por la Administración subvencionadora. Las ONGDs en realidad actúan como prestadoras del servicio de ejecución de la política de CID, previamente prediseñada o diseñada en su totalidad.

La actividad que realizan los adjudicatarios de las subvenciones de CID, es de prestación. El promotor de la actividad es la Administración, que mediante los "beneficiarios" seleccionados en la convocatoria ejecuta su política pública de CID, diseñada en su plan estratégico. Los resultados de la prestación constituyen la materialización de sus competencias.

Es por tanto fácil concluir que no estamos en la CID, ante una tradicional relación subvencional de fomento, sino ante una nueva relación que precisa de un nuevo régimen jurídico más adecuado a las finalidades y a la participación de los diferentes actores y que ha de reconducirse al concepto señalado de una colaboración público privada sin ánimo de lucro, figura que tiene cobertura jurídica tanto en la LGS como se ha dicho y en la LCID de 1998, que en su artículo 34 establece "Las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, podrán conceder ayudas y subvenciones públicas y establecer convenios estables y otras formas de colaboración, con los agentes sociales..." Convenios estables, que suponen sin duda una fórmula de colaboración con un alcance mayor que la concesión de una ayuda, ya que su contenido ha de ser fruto de un pacto, sin perjuicio de que la selección de los actores con los que suscribirlos deba hacerse mediante concurrencia competitiva, entre quienes reúnan los requisitos y las capacidades para cada acción, para ser considerados agentes de la CID.



La Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), en las convocatorias de Convenios para ONGDs calificadas, establece un procedimiento de colaboración estable: la formulación del proyecto comienza con una "ficha concepto" que se adapta a las finalidades de la AECID, a partir de la que una vez seleccionada da lugar a un preconvenio, en base al cual se redacta detalladamente la propuesta de intervención, y durante la ejecución interviene una Comisión Mixta, integrada por financiador y beneficiario, en la que se hace el seguimiento y obviamente se van integrando las necesarias modificaciones y una duración mayor que los proyectos.

La AECID ya previó otra una fórmula de colaboración público privada (APPD) que definió como sigue:

"La AECID entiende por Alianza Público Privada para el Desarrollo (APPD) una relación voluntaria, colaborativa y formal entre la AECID, las administraciones públicas de los países socios y una o varias entidades del sector empresarial, de la sociedad civil y del ámbito universitario, de España, de los países socios o de terceros países, en la que se establece un objetivo común, con un demostrable impacto en desarrollo, y en la que se definen conjuntamente las responsabilidades y se asumen conjuntamente los recursos, los riesgos y los logros".

APPD (2013).

Se excluye de la consideración de APPD, entre otras, a la colaboración con las organizaciones de la sociedad civil (ONGD) a través de subvenciones para alcanzar objetivos de desarrollo a través de convenios, programas y proyectos.

Un proyecto adjudicado mediante una convocatoria competitiva a un actor de la cooperación, contiene varios de los elementos de las APPD, se concurre voluntariamente, en muchos casos en la relación de actores que se genera en el proyecto, está presente una administración pública con un compromiso más o menos directo o formal, hay una entidad de la sociedad civil local, la contraparte y se establece un compromiso para el logro de objetivos con responsabilidades compartidas más o menos intensamente entre todos ellos. Definir todo ello como una colaboración pública privada sin ánimo de lucro es solo una cuestión normativa que encuentra su fundamento en el mandato a los poderes públicos contenido en el artículo 9.2 CE, al señalar que "corresponde a los poderes públicos: ...facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

No se opone a la naturaleza colaborativa, la decisión del legislador de que la financiación de la colaboración sea mediante subvenciones, porque la LGS en su exposición de motivos se refiere a que: las subvenciones son también "un

procedimiento de colaboración entre la Administración pública y los particulares para la gestión de actividades de interés público", aunque lo más adecuado sería la atribución de diferente naturaleza jurídica y otra forma de financiación.

El reconocimiento en la exposición de motivos de la LGS, de la existencia de una diversidad de subvenciones de distinta naturaleza, viene a añadir otro elemento que junto al distinto grado de vinculación de cada actividad al interés privado y al público, justificaría distintos tratamientos, o mayor o menor intensidad en los requisitos exigidos, porque cuando la actividad es de prestación o colaboración, la propia administración percibe y se beneficia directamente de la práctica totalidad de los efectos de la actividad realizada por el beneficiario, mientras que cuando la actividad es de fomento el beneficio es compartido, generalmente el beneficio es mayor o al menos más directo para el actor privado que para el público.

Pese a la aparente configuración en la parte dispositiva de la LGS del concepto de subvención como único, es posible encontrar varios preceptos, que permiten diferenciar y dar un tratamiento singular a cada una, al menos a aquellas en que aparece más intensamente el aspecto colaborativo que el de fomento, como es el caso de las subvenciones en CID.

Las bases reguladoras de las subvenciones a que se refiere el artículo 17 de la LGS, tienen por objeto, adaptar la ley a las distintas circunstancias concurrentes, para cada tipo de actividad subvencionada y por tanto también al distinto grado de interés público. La LGS, otorga una gran discrecionalidad para regular las relaciones entre subvencionador y beneficiario. Hacerlo de uno u otro modo es una decisión política.

Algunas figuras como los Convenios para la CID, permiten una configuración de las acciones a realizar de un modo mucho más ágil y eficiente que las convocatorias competitivas ya que en su definición subvencionador y beneficiario, en función de la intensidad del interés general, pueden determinar los objetivos y las acciones a realizar, de común acuerdo. El artículo 28 de la LGS referido a la concesión directa de subvenciones establece que "1. La resolución de concesión y, en su caso, los convenios a través de los cuales se canalicen estas subvenciones establecerán las condiciones y compromisos aplicables de conformidad con lo dispuesto en esta ley".

Pese a su flexibilidad, que puede permitir resolver cuestiones puntuales, las subvenciones nominativas en el presupuesto, quiebran no solo la regla general establecida por el artículo 22.1 de la LGS, sino que afecta además a la transparencia y objetividad, por lo que su uso ha de ser limitado debiendo motivarse los criterios que lo justifican, singularmente cuando haya varios sujetos que potencialmente puedan



atender el interés público perseguido por la subvención. La Sentencia 179/2014, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sala 5ª de lo contencioso administrativo de 5 de marzo de 2014) Exige que para ello (la concesión directa) es preciso que obre, en el procedimiento administrativo, una justificación precisa que cimente y habilite la excepción.

La disposición adicional 18ª de la LGS, previó la posibilidad de adaptar o agilizar la regulación de la LGS a la CID, sin duda porque ya entendió que en esta materia coinciden en su totalidad el interés del subvencionado y del subvencionador y por lo tanto que el régimen aplicable había de ser singular, contemplando las especialidades que concurren.

2.5.

UNA CLASIFICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES

En las actividades, objetivos o acciones que se financian mediante subvenciones, existe una diferente intensidad de interés general que coexiste en muchos casos, con un interés particular.

En la actividad de fomento coexisten claramente la utilidad pública, el interés social o la promoción de una finalidad pública, con el interés privado. En unos casos el interés general predomina sobre el privado y en otros no. En la actividad de fomento el resultado satisface siempre, aunque con diferente grado, el interés del beneficiario y el de la administración o ente subvencionador, pero siempre lo privado es relevante, porque precisamente la subvención incentiva los intereses privados, porque a través de ellos se persigue también el interés público.

En algunos supuestos en que las actividades se financian mediante subvenciones, no hay interés privado o este es muy escaso. El beneficiario, generalmente un ente sin fines de lucro, persigue los mismos fines que el ente subvencionador y se ha constituido para ello. Subvencionador y beneficiario persiguen mediante la actividad subvencionada el interés general. Al transferir recursos el ente financiador no fomenta, en sentido estricto, la actividad del beneficiario, sino que configura una relación, en la que se colabora para conjuntamente ejecutar acciones o proyectos con una finalidad de interés general compartido.

Desde estas perspectivas en las actividades financiadas mediante subvenciones, puede aparecer un diferente equilibrio entre el interés general y el interés privado y una diferente relación entre financiador y financiado:

- a. Aquellas actividades en las que prima el interés privado sobre el interés general.
- b. Aquellas en que prima el interés general sobre el privado.
- c. Y finalmente aquellas en las que no existe ánimo de lucro y coinciden o se confunden totalmente el interés general y el interés del ente privado.

Esta distinta graduación aparece de un modo más o menos explícito en las normas. Por ejemplo, el artículo 2.3.b), del RLGS, incluye como sujetos a la regulación de la LGS a los Convenios que contengan subvenciones, aunque el resultado de la actividad resulte de propiedad y utilización exclusiva del sujeto de derecho privado. Aquí estaremos en presencia de una actividad en la que prima el interés privado, aun cuando con ella se logre en mayor o menor grado también satisfacer un interés general.

También en el artículo 22 de la LGS se refiere implícitamente a las distintas graduaciones del interés, al establecer diferentes procedimientos para la concesión de subvenciones en función de éste:

- a. La concurrencia competitiva, b) la concesión directa mediante la consignación en el presupuesto y c) la concesión directa excepcional cuando concurren razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria.

El establecimiento por la ley de varios procedimientos de concesión, y la regulación de los requisitos que estos y los distintos instrumentos previstos (planes estratégicos, bases, convocatorias y otros) han de contener, no faculta por su mera existencia al ente subvencionador para la elección de unos u otros ni tampoco para la definición o regulación de los requisitos a exigir en las bases de la convocatoria. La elección de uno u otro procedimiento de concesión, y los requisitos a exigir deben fundarse en la intensidad e importancia del interés general perseguido por cada actividad y su relación con el interés privado en cada caso, así como los límites que con carácter general se han señalado más arriba.

Así resulta de cada uno de los procedimientos previstos: El de concesión directa excepcional, requiere que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública. El procedimiento de concurrencia competitiva, se califica como el ordinario, mientras que el de concesión directa a través de su consignación nominativa en el presupuesto, al romper la regla general se exige que se acredite su utilización, aunque normativamente solo se condiciona a determinados aspectos formales (entre otros, a) que figure en el mismo el beneficiario y otros aspectos b) que exista



consignación presupuestaria. (artículo 22 LGS). Sin perjuicio del Plan Estratégico de Subvenciones y la existencia de un cierto grado de discrecionalidad, sea cual sea el procedimiento elegido, en todos ellos se deberá graduar tanto el objetivo perseguido como la relación entre el interés público y privado de la Administración y de los sujetos que realizan la actividad a subvencionar. En este sentido en la concurrencia competitiva, esta relación debe ser un elemento central para la elección de las propuestas a subvencionar y de la exigencia de requisitos y condiciones. La exigencia de elementos y requisitos que no aportan valor respecto a esta relación y a la calidad y viabilidad de la acción, debiera desterrarse.

Tal y como se ha afirmado más arriba, la Administración tiene la obligación de optar para el logro de sus objetivos de entre todos los posibles, por aquellos trámites y requisitos a exigir que hagan más simple, ágil y transparente la relación entre ciudadanos y administración, para que aquellos no vean mermados sus derechos y esta cumpla con sus funciones. Igualmente se deberán ponderar los requisitos exigidos con los objetivos perseguidos y con el grado de interés de administración y beneficiarios, en cada actividad.

Ello debe estar presente en el contenido de las bases de subvenciones y en todo el procedimiento.

3. BIBLIOGRAFÍA

APPD (2013) PROTOCOLO AECID PARA LA GESTIÓN DE ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS PARA EL DESARROLLO. Ver en <https://intercoonecta.aecid.es>

COLLADO BENEYTO, PABLO J. (2010). Las subvenciones públicas: algunos aspectos interesantes. Revista Española de la Función Consultiva. Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Enero-junio 2010. Ver en <http://portales.gva.es>

CORTELL GINER, ROBERT (2010). Notas para un debate sobre algunas cuestiones problemáticas que plantea la Ley general de Subvenciones. Revista Española de la Función Consultiva. Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Enero-junio 2010. Ver en <http://portales.gva.es>

MOREO MARROIG, TERESA (2013). De vuelta con la diferencia entre contrato, convenio y subvención. Observatorio Contratación Pública. Ver en <http://www.obcp.es>

OTERO Y EGEA (2018). ¿Por qué necesitamos una nueva Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo? Eva Otero y Julián Egea, Diario Público. Ver en <https://blogs.publico.es>

SINDICATURA DE CUENTAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS (2015). Informe definitivo de fiscalización sobre las subvenciones nominativas concedidas por los Ayuntamientos de Oviedo, Gijón y Avilés, ejercicio 2015. Ver en <http://www.sindicatur.es>

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA EXTREMADURA (2019). Sentencia 169/2019 de 29 de octubre de 2019. Ver en <https://servicios.hoy.es>

UNED (2019). Apuntes de segundo grado de Derecho UNED. Ver en <http://derecho.isipedia.com>