



OPINIÓN LEGAL NO PRECEPTIVA, EMITIDA EN RESPUESTA A CONSULTA JURÍDICA PLANTEADA AL SERVICIO JURÍDICO CENTRAL DEL GOBIERNO VASCO POR LA DIRECCIÓN DE SERVICIOS DEL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO ECONÓMICO, SOSTENIBILIDAD Y MEDIO AMBIENTE, EN TORNO A LAS INCOMPATIBILIDADES DE OBTENCIÓN DE SUBVENCIONES POR PARTE DE ALTOS CARGOS.

138/2021 OL - DDLCN

INTRODUCCIÓN

Por el Director de Servicios del Departamento de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente, con fecha 10 de noviembre de 2021, se ha solicitado de la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión de opinión legal no preceptiva en respuesta a consulta en torno a las incompatibilidades de obtención de subvenciones por parte de altos cargos.

La presente opinión legal se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1.b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

OPINIÓN LEGAL

Tal y como se desprende de la documentación remitida por el Departamento consultante, los términos en que se formula la consulta responden a los siguientes antecedentes:

-Con fecha 30 de diciembre de 2020 se publicó en el BOPV la Orden de 22 de diciembre de 2020, de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente, por la que se



regulan, para el ejercicio 2021, las ayudas destinadas a la promoción, al desarrollo y a la diversificación económica de los municipios rurales incluidos en la zona Leader aprobada en el marco del Programa de Desarrollo Rural del País Vasco. Esa Orden fue modificada después por Orden de 22 de abril de 2021, sin incidencia a los efectos de esta consulta.

- La antedicha Orden establece cinco líneas de ayudas para el objeto referido: apoyo al emprendimiento, ayudas a las inversiones en la creación, ampliación y modernización de empresas, ayudas a la contratación por cuenta ajena, ayudas para las infraestructuras y servicios básicos y renovación de municipios y ayudas a la vivienda, siendo relevantes, a los efectos de esta consulta, las citadas en segundo y quinto lugar, es decir, las ayudas a las inversiones en la creación, ampliación y modernización de empresas y las ayudas a la vivienda.

-Al proceder al estudio de la relación de solicitudes para las que la «Asociación para el Progreso del Desarrollo Rural, Mendinet» propone la concesión de ayudas, de conformidad con las bases reguladoras, la Dirección promotora de la Orden subvencional, es decir, la Dirección de Desarrollo Rural, Litoral y Políticas Europeas, ha advertido que concurre en una de las personas propuestas como beneficiaria de las dos ayudas destacadas la condición de alto cargo de esta Administración.

[...] -El alto cargo referido no ha intervenido en la elaboración de la Orden subvencional de 22 de diciembre de 2020, de ayudas a las zonas Leader, ni en su modificación por Orden de 22 de abril de 2021, ni en el estudio y valoración de las solicitudes presentadas.

Las cuestiones que se someten a nuestra consideración, en este contexto, son las que se describen a continuación:

“1.- ¿Existe una incompatibilidad general de los altos cargos de esta Administración para acceder a las subvenciones que se conceden desde la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y en la Ley 1/2014, del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos?

2.- ¿Existe una incompatibilidad especial en los altos cargos de esta Administración para acceder a la línea subvencional de ayudas a la vivienda, regulada en el capítulo VI de la Orden de 22 de diciembre de 2020, de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad Medio Ambiente sobre ayudas a la zona Leader?

3.- ¿Existe una incompatibilidad especial en los altos cargos de esta Administración, para poseer más del 10% de participación en una sociedad que quiera acceder a la línea subvencional de creación, ampliación y modernización de empresas, regulada en el capítulo III de la Orden de 22 de diciembre de 2020, de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad Medio Ambiente sobre ayudas a la zona Leader, por una eventual colisión con los artículos 22 y 28 de la Ley 1/2014, del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos?."

Como acertadamente se apunta por el Departamento consultante, la base 4ª, punto 2º, primer inciso, de la referida Orden subvencional de 22 de diciembre de 2020, al establecer los requisitos para obtener la condición de persona beneficiaria, se remite expresamente al artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones. El citado artículo presenta carácter básico en función de lo expuesto en la Disposición Final Primera de la citada Ley. En su punto 2.d), el citado artículo establece la siguiente prohibición para acceder a la condición de persona beneficiaria:

"d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias."

La figura del alto cargo ha sido regulada, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por Ley 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos. Por la remisión expresa del artículo 13 de la Ley General de

Subvenciones a la normativa autonómica que regula las cuestiones allí enunciadas, la citada Ley integra el ámbito de prohibición allí señalado.

El artículo 22 de la Ley 1/2014 establece que quienes desempeñen cargos públicos sometidos a esa ley no podrán tener, por sí mismos o junto con su cónyuge, sea cual fuere el régimen matrimonial, o con su pareja de hecho, hijos e hijas dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un 10 % en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público de la Comunidad Autónoma, o sean subcontratistas de tales empresas, o reciban subvenciones provenientes de cualquier entidad integrante de dicho sector público.

El artículo 28.1.d) de la misma Ley califica como infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones patrimoniales relativas a participaciones societarias establecidas en el antedicho artículo.

Al margen de lo señalado sobre la interposición de una forma societaria para tal fin, la Ley 1/2014 no regula expresamente la cuestión de la obtención personal de una subvención por parte de un alto cargo, más allá de cuanto quepa deducir al respecto del artículo 13 de la Ley General de Subvenciones.

Por otro lado, el citado art. 13.2.d) de Ley General de Subvenciones tiene prácticamente la misma redacción que el art. 71.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, añadiendo ésta lo siguiente dentro del mismo artículo:

“La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”

Tal y como se desprende del informe jurídico acompañado con la consulta, debe, en

consecuencia, analizarse si la amplitud de la prohibición es tal como para limitar la concesión de *cualquier tipo* de ayuda pública a *cualquier* cargo público, o bien ha de tamizarse la interpretación de la norma (que se dirige expresamente a la normativa autonómica, y en consecuencia, ha de entenderse integrada por la Ley vasca 1/2014, de 26 de junio, reguladora del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos) sobre qué ayudas pueden y no otorgarse a cargos públicos, a fin de salvaguardar los intereses públicos sin perjuicio de los derechos que puedan asistir al cargo en el ejercicio de sus facultades civiles.

La jurisprudencia ha empleado, a este respecto (a propósito de la Ley de Contratos del Sector Público, que establece un régimen análogo de prohibiciones), el criterio de pertenencia a una misma Administración Pública para delimitar el contorno de tales incompatibilidades y prohibiciones. Así, la STS de 31 de mayo de 2004 (Recurso de Casación núm. 3902/1999), resolviendo un recurso en que se plantea expresamente ("retóricamente", dice la sentencia) si "¿pierde un cargo electivo sus derechos *civiles frente a la Administración de la que forma parte?*" dirime la cuestión en los términos siguientes:

"Desde luego, no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido.

A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) LCAP (RCL 1995, 1485, 1948), en cuanto cargo electivo de la Corporación municipal. Y con ello, es verdad, la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la Corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de «moralidad pública» para dar solución a los

posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no solo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. Por consiguiente, ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG (RCL 1985, 1463 y RCL 1986, 192) ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido «elegido para el puesto de trabajo»".

Ni la Ley ni la jurisprudencia han requerido, por lo tanto, una conexión directa con la gestión material del expediente subvencional o contractual para apreciar la imposibilidad de obtener una ayuda pública de la misma Administración en la que se ejerce un cargo público. Se concluye, en consecuencia, que la identidad de la Administración es causa suficiente para que se estime de oficio, por el órgano que concede una subvención, la excepción prevista en el artículo 13.1.d) de la Ley General de Subvenciones a fin de motivar una denegación de la misma.

Ello debe ponerse en relación con el conjunto de principios señalados en los artículos 5 y 6.4 de la citada Ley 1/2014 (que, en su exposición de motivos, señala como finalidad de la misma la satisfacción de un deber ético por quien ejerce esas funciones públicas y, también, de un deber social, pues trata de preservar la legítima confianza que la sociedad deposita en quien gestiona el interés común, así como la transparencia de su actuación en la vida política), y muy señaladamente, con el régimen de incumplimientos previsto en la misma. A este respecto, el artículo 22.1 de la citada Ley señala que "Quienes desempeñen cargos públicos sometidos a esta ley no podrán tener, por sí mismos o junto con su cónyuge, sea cual fuere el régimen matrimonial, o con su pareja de hecho, hijos e hijas dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un 10 % en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público de la Comunidad Autónoma, o sean subcontratistas de tales empresas o reciban subvenciones provenientes de cualquier entidad integrante de dicho sector

público." Al incumplimiento de esa previsión otorga el artículo 28 de la Ley 1/2014 carácter de incumplimiento muy grave, de tal forma que la interposición de formas societarias para la adquisición de subvenciones puede acarrear las consecuencias previstas en el artículo 29.2 de esa misma Ley, lo que incluye la destitución e inhabilitación para el ejercicio de tales cargos.

Debe también hacerse notar, a mayor abundamiento, que el ordenamiento jurídico prevé supuestos en que las prohibiciones inherentes a la condición de cargo público sobreviven a la vigencia de éste, como señala el artículo 18 de la ya citada Ley 1/2014, relativo a las prohibiciones posteriores al cese como cargo público.

Asimismo, debe ponerse en relación el supuesto con las previsiones del Código Ético y de Conducta del Gobierno (en concreto en sus apartados 4.1.1, relativo a las exigencias de integridad, 5.2.7, honestidad y desinterés subjetivo, y 5.2.9, ejemplaridad), y, nuevamente, con los artículos 20 y 21 de la Ley 1/2014, que prevé la declaración de actividades y la declaración de bienes y derechos patrimoniales a que los altos cargos están obligados. Si bien el artículo 26 de la misma Ley prevé que la primera de tales declaraciones tendrá carácter público, mientras que la declaración de bienes será reservada, una eventual inveracidad en tales declaraciones a efectos de aparentar que se cumplen las condiciones para el otorgamiento de una subvención puede volver a conllevar las consecuencias que derivan de un incumplimiento muy grave, según el artículo 28.1.c) de la Ley 1/2014. En el mismo sentido, y en el caso de que la falta de correspondencia con la realidad fuese común a las declaraciones y a las solicitudes de subvención, el artículo 6.4 del Código Civil señala que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

En relación a todo ello, se hace constar que la legitimación activa para elevar quejas o denuncias a la Comisión de Ética Pública, prevista en el apartado 16.3 del Código Ético y de Conducta del Gobierno, no está restringida por el citado artículo, de tal forma que la dirección promotora de una línea subvencional puede, sin perjuicio de denegar la subvención, poner el conjunto de estas circunstancias en conocimiento del citado órgano, para que obre como considere procedente.

No debe obviarse, finalmente, que, si la línea subvencional concreta prevé la publicación de las concesiones y denegaciones, el único modo de no dar publicidad a la denegación sería un previo desistimiento por parte de la persona interesada, en los términos previstos en el artículo 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, ya que, de otra forma, debería publicarse en el BOPV la denegación junto con la identidad de la persona solicitante y la causa de la misma.

Sin embargo, a todo lo anterior podría oponerse otra reflexión en el sentido de que el régimen para cargos electos al que se refieren el informe y la jurisprudencia que se cita en el mismo, no sólo no es aplicable ni extensible a los cargos públicos no electos -tratándose de normas restrictivas de derechos, se impone la interpretación literal y restringida, frente a la analógica o expansiva-, sino que, además, se refiere a la materia de contratación, no a materia subvencional. A esto habría que añadir que no existen razones ni en la LOREG, ni en la Ley 1/2014 para que el alto cargo no pueda ser beneficiario de subvenciones de la misma Administración, siempre que cumpla objetivamente los demás requisitos para ser beneficiario y siempre que esté perfectamente claro que el beneficiario no tenga ninguna participación en la resolución de concesión. Pudiera ser que ni el artículo 178 LOREG, ni la legislación de contratos del sector público, ni el artículo 22.1 de la Ley 1/2014 fueran aplicables en este caso. Más bien al contrario, el régimen de compatibilidades del art. 14.1.a) de esta última para poder administrar el patrimonio propio y la obligada imparcialidad y objetividad que debe presidir, en concreto, el otorgamiento de subvenciones (apartado 5.2.4 del Código ético) obligan a reconocer la subvención si objetivamente se cumplen los requisitos para ser beneficiario.

Siendo respetable la anterior posición, en nuestra opinión, es verdad que no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, pero también es cierto que la interpretación y precisión del precepto -artículo 13.2.d) de Ley General de Subvenciones- ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público, por la posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con interés extraño a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares.

Por ello, nos inclinamos a pensar que existe causa de incompatibilidad de los altos cargos para percibir subvenciones del Gobierno autonómico en el que prestan sus servicios, siendo aplicables las normas sobre la incompatibilidad en la contratación, dado que la motivación de dicha incompatibilidad es también aplicable a la materia de subvenciones.

Como decimos, entendemos que estos motivos son plenamente aplicables a la materia de subvenciones, produciéndose una incompatibilidad para su percepción como persona física; y respecto a las empresas o asociaciones a las que pertenezca, de conformidad con lo expuesto, no podrán percibir subvenciones las personas jurídicas cuyos administradores sean altos cargos o éstos ostenten su representación legal. Así pues, la incompatibilidad lo es por el hecho de ser alto cargo en el Gobierno, sin perjuicio de que no haya intervenido en la elaboración de la Orden subvencional de 22 de diciembre de 2020, de ayudas a las zonas Leader, ni en su modificación por Orden de 22 de abril de 2021, ni en el estudio y valoración de las solicitudes presentadas.

❖ Respuestas a las preguntas planteadas:

1ª. A nuestro juicio, existe una incompatibilidad general de los altos cargos de esta Administración para acceder a las subvenciones que se conceden desde la misma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, y en la Ley 1/2014, del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos.

2ª. Consideramos que existe una incompatibilidad especial en los altos cargos de esta Administración para acceder a la línea subvencional de ayudas a la vivienda, regulada en el capítulo VI de la Orden de 22 de diciembre de 2020, de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad Medio Ambiente sobre ayudas a la zona Leader.

3ª. En nuestra opinión, sí existe una incompatibilidad especial en los altos cargos de esta Administración, para poseer más del 10% de participación en una sociedad que quiera acceder a la línea subvencional de creación, ampliación y modernización de empresas, regulada en el

capítulo III de la Orden de 22 de diciembre de 2020, de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad Medio Ambiente sobre ayudas a la zona Leader, por una eventual colisión con los artículos 22 y 28 de la Ley 1/2014, del Código de Conducta y de los Conflictos de Intereses de los Cargos Públicos.

Este es la opinión legal que emito y someto de buen grado a cualquier otra mejor fundada.

En Vitoria-Gasteiz, a 16 de noviembre de 2021.