

LAS AYUDAS PÚBLICAS: TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO COMO PREVENCIÓN FRENTE A LA CORRUPCIÓN EN SU ÁMBITO¹

JOSÉ ANTONIO TARDÍO PATO

Universidad Miguel Hernández de Elche

Revista Española de Derecho Administrativo 212

Abril – Junio 2021

Págs. 55 – 92

RESUMEN: Después de repasar la noción de corrupción y los textos normativos considerados como legislación anticorrupción en España y los ámbitos jurídicos más significativos dónde se genera y manifiesta la misma, el artículo se centra en el sector de las ayudas públicas, resaltando cuáles son las normas e informes más relevantes que han incidido sobre dicha problemática. Acto seguido, se destacan tres grandes subsectores en los que se ha hecho más evidente la corrupción (los integrados en el denominado macro caso de los EREs de la Junta de Andalucía; el de las ayudas indirectas a los medios de comunicación social, mediante la publicidad institucional y el de las

ABSTRACT: After reviewing the notion of corruption and the normative texts considered as anti-corruption legislation in Spain and the most significant legal spheres where it is generated and manifested, the article focuses on the public aid sector, highlighting what the regulations are and the more relevant reports that have had an impact on said problem. Immediately afterwards, three major subsectors stand out in which corruption has become more evident (those integrated in the so-called macro case of the EREs of the Junta de Andalucía; that of indirect aid to the social media, through institutional advertising; and social housing). Next, an introductory analysis is carried out on the

1. El origen de este trabajo se inscribe en el estudio más amplio sobre la materia realizado por el autor como fruto del Proyecto de Investigación “Transparencia, acceso a la información, buen gobierno y participación ciudadana como prevención frente a la corrupción”, adjudicado por la Universidad Miguel Hernández de Elche, en el marco del Convenio de tal Universidad con la Generalitat Valenciana, a través de su Conselleria de Transparencia, Responsabilidad Social, Participación y Cooperación, anualidad 2017. Y la presente redacción ha sido objeto de Ponencia invitada el 28/9/2020, en el V Congreso Internacional de Transparencia, celebrado en la UNED, en modo telemático.

viviendas de protección oficial). A continuación, se entra realiza un análisis introductorio sobre la aplicación del principio de igualdad y sus corolarios proclamados en art. 8.3 de la Ley 38/2003, como base de las recetas para evitar o reducir la corrupción. Y, finalmente, se recogen 13 propuestas para evitar o reducir la corrupción en el sector analizado (fijación de criterios de evaluación previos claros y precisos; que los criterios de evaluación no sean discriminatorios, etc.).

PALABRAS CLAVE: Corrupción – Transparencia – Buen gobierno – Ayudas públicas – Principio de igualdad – Concurrencia competitiva – Reducción de la discrecionalidad.

application of the principle of equality and its corollaries proclaimed in section 8.3 Of act 38/2003, as a basis for the prescriptions to avoid or reduce corruption: Finally, 13 proposals are collected to prevent or reduce corruption in the analyzed sector (setting clear and precise prior evaluation criteria; that the evaluation criteria are not discriminatory, etc.).

KEYWORDS: Corruption – Transparency – Good government – Public aid – Principle of equality – Open and competitive calls – Reduction of discretion.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN. II. LOS TEXTOS NORMATIVOS CONSIDERADOS COMO LEGISLACIÓN ANTICORRUPCIÓN ESPAÑOLA Y LOS SECTORES JURÍDICOS MÁS SIGNIFICATIVOS DONDE SE GENERA Y MANIFIESTA LA CORRUPCIÓN. III. EL SECTOR DE LAS AYUDAS PÚBLICAS: LA TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO EN DICHO SECTOR, EN SUS TEXTOS NORMATIVOS Y EN INFORMES RELEVANTES ELABORADOS AL RESPECTO. IV. LOS SUBSECTORES DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LOS QUE SE HA MANIFESTADO LA CORRUPCIÓN DE MODO MÁS NOTORIO. V. PROFUNDIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS COROLARIOS PROCLAMADOS EN EL ART. 8.3 DE LA LEY 38/2003 COMO BASE DE LAS RECETAS PARA EVITAR O REDUCIR LA CORRUPCIÓN. VI. PROPUESTAS PARA EVITAR O REDUCIR LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR DE LAS AYUDAS PÚBLICAS DERIVADAS DE LOS PRINCIPIOS DEL ART. 8.3 DE LA LEY 38/2003. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN SOBRE EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

1.1. Se ha invocado que *es difícil llegar a un concepto de corrupción generalizado internacionalmente* y que posibilite una estrategia común para prevenirla y contrarrestarla a nivel nacional², porque, en su noción, influyen no sólo las diferentes tradiciones legales, sino, asimismo, las diferentes sensibilidades políticas, históricas y sociales³.

La concepción seguida por el Alto Comisariado Anticorrupción italiano es la de actuaciones relacionadas con la actividad pública contrarias a la justicia, a la imparcialidad y a la buena conducta⁴.

Otra explicación más detallada la define como “el abuso por parte de un sujeto del poder que se le ha confiado con el fin de obtener ventajas privadas”. Por *abuso de poder* se considera el ejercicio del mismo de modo no conforme con los términos en los que se le ha atribuido. El *sujeto* que lo lleva a cabo puede ser público (en cuyo caso

2. Publicado en dicho año por el Alto Comisariado para la prevención y neutralización de la corrupción en Italia (Alto Commissario Anticorruzione, 2007, p. 4).

3. Ibidem, p. 4.

4. Ibidem, p. 8.

puede ser un cargo político, un cargo administrativo o titular de un órgano judicial o privado (administrador de una empresa). Y la *ventaja privada* puede consistir en un beneficio de tipo financiero o de otra naturaleza, que no es necesariamente del sujeto que abusa del poder, sino que puede afectar a terceros con los cuales el sujeto que realiza la conducta corrupta tiene algún tipo de lazo (familiar, de amistad, pertenecer al mismo grupo de interés, etc.)⁵.

1.2. Por otra parte, se destaca que *no todo acto de corrupción constituye un ilícito penal*, ya que está en función del tratamiento que el Derecho Penal dé a los actos corruptos⁶. Y se resaltan como tipos básicos de la corrupción (sin perjuicio de que existan otros): el soborno y la extorsión. El soborno es una especie de contrato que se perfecciona por el mero acuerdo y en el que el sobornador paga al sobornado para que éste actúe a su favor, a cambio de una contraprestación irregular, siendo la reciprocidad esencial. Sin embargo, en la extorsión, el extorsionador exige un precio bajo la amenaza de dar al extorsionado un tratamiento peor del que merecería y el extorsionado acepta cumplir con lo exigido para evitar males mayores⁷.

Aunque, desde el punto de vista práctico, resulta a veces difícil diferenciar cuándo un acto es un soborno y cuándo una extorsión, porque, además, actos que comienzan siendo típicamente sobornos con el tiempo se transforman en acciones extorsivas⁸.

Desde el punto de vista penal, en España, aunque se ha llegado a hablar en los medios de comunicación de delito de corrupción, no existe ninguno tipificado como tal, sin perjuicio de la existencia de los delitos de corrupción en los negocios, recogidos en el art. 286 bis del Código Penal (introducidos por la Ley Orgánica 1/2015), en los cuales un sujeto de una empresa mercantil solicita o recibe un beneficio o ventaja no justificada, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer a otro indebidamente en la compraventa de mercancías, las prestaciones de servicios y las relaciones comerciales.

Y el art. 286 ter contempla otro delito en el cual intervienen autoridades o funcionarios públicos, que consiste en el ofrecimiento o concesión a éstos de un beneficio para ellos o para terceros, para actuar o dejar de actuar en el ejercicio de funciones públicas, con el fin de conseguir un contrato u obtener una ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

1.3. A su vez, se ha enfatizado que la diferencia entre la corrupción y el crimen organizado es que, en aquélla no hay violencia física, mientras que en el crimen organizado sí⁹.

1.4. Y, por último, para finalizar esta introducción, debe recordarse la fórmula de R. KLITGAARD, que se invoca internacionalmente, según la cual *la corrupción es*

5. F. MONTEDURO/S. BRUNELLI/A. BURATTI (2013: 18-19).

6. J. F. MALEM SEÑA (2016: 27).

7. J. F. MALEM SEÑA (2016: 28).

8. J. F. MALEM SEÑA (2016: 28).

9. F. FAROUZ-CHOPIN (2014, marginal 8).

*directamente proporcional al grado de discrecionalidad con la que los agentes públicos pueden decidir la identidad de los beneficiarios de sus elecciones y al grado de eficacia de las formas de control que aseguran la responsabilidad de los agentes administrativos*¹⁰; lo que, en sentido contrario, implica que, para evitar tal responsabilidad, es necesario reducir el monopolio, limitar la discrecionalidad y mejorar la eficacia de los mecanismos de control¹¹.

II. LOS TEXTOS NORMATIVOS CONSIDERADOS COMO LEGISLACIÓN ANTICORRUPCIÓN ESPAÑOLA Y LOS SECTORES JURÍDICOS MÁS SIGNIFICATIVOS DONDE SE GENERA Y MANIFIESTA LA CORRUPCIÓN

No se puede hablar, en España, en la actualidad, de una Ley general sobre anti-corrupción, a diferencia de Italia¹² y Francia¹³, sino de textos normativos dirigidos a impedirla y prevenirla, en aspectos específicos.

En cualquier caso, se ha considerado como una de las primeras leyes parciales enfocadas a dicho objeto la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Pues, se ha dicho que *no hay mejor sistema de control y de prevención de la corrupción que el de la transparencia de la actuación de las Administraciones Públicas, para que ésta pueda ser conocida y fiscalizada por los ciudadanos*¹⁴.

Además, dicha Ley dedica una parte al denominado “buen gobierno”, en el que se proclaman como principios generales y principios de actuación

10. R. E. KLITGAARD (1988: 75; 2015: 37).

11. R. E. KLITGAARD (2015: 37).

12. Ley de 6 de noviembre de 2012, n.º 190, que cumple con la previsión del artículo 6 de la Convención de la ONU y de los artículos 20 y 21 de la Convención penal sobre la corrupción de identificar en el ámbito nacional la autoridad nacional anticorrupción y los otros órganos encargados de desarrollar la actividad de control, prevención y lucha contra la corrupción y la ilegalidad dentro de las Administraciones públicas. Ha sido afectada por la Decreto legislativo de 25 de mayo de 2016, n. 97, atinente a la revisión y simplificación de las disposiciones en materia de prevención de la corrupción, publicidad y transparencia, modificativo de la Ley de 6 de noviembre de 2012, n.º 190 y del Decreto Legislativo de 14 de marzo de 2013, n.º 33. Como también ha sido afectada por la Ley de 2019, n.º 3, de “Medidas para evitar la comisión delitos contra la Administración pública, así como en materia de prescripción del delito y en materia de transparencia de partidos y movimientos políticos”.

Un resumen de la Ley de 2012, n.º 190, con buena sistemática y explicación desarrollada de sus principales apartados la encontramos en S. FOÀ (2013, p. 293 y ss.).

13. Ley n.º 2016-1691, de 9 de diciembre, relativa a la transparencia, a la lucha contra la corrupción y a la modernización de la vida económica, también llamada Ley Sapin 2, se considera como la continuación del movimiento de reformas en favor de la transparencia y de la exigencia ética iniciado por la ley de 29 de enero de 1993, relativa a la prevención de la corrupción y a la transparencia de la vida económica y de los procedimientos públicos (conocida como Ley Sapin 1). Pero conecta, igualmente, con las leyes de 11 de octubre de 2013 (una ley orgánica y una ley ordinaria) relativas a la transparencia de la vida pública.

14. AGUDO FERNÁNDEZ, E./ PERRINO PÉREZ, A.L./ JAÉN VALLEJO, M. (2016: 33).

conductas predicables de los altos cargos cuyo seguimiento excluiría la corrupción, como *la imparcialidad* (art. 26.2.a.3.º), *el trato igual y no discriminación* (art. 26.2.a.4.º), *el pleno respeto a la normativa reguladora de las incompatibilidades y los conflictos de intereses* (art. 26.2.b.1.º) y *la no aceptación para sí de regalos* que superen los usos habituales, sociales o de cortesía, ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones (art. 26.2.b.6.º), entre otras. Si bien, como puede observarse, *tales conductas eran preceptivas ya antes, por exigencia de nuestra Constitución u otros textos normativos de nuestro Ordenamiento jurídico*; de modo que no deja de ser una reiteración de esos otros preceptos.

La innovación puede estar en la *tipificación de infracciones y sanciones disciplinarias para el incumplimiento de tales conductas que no se encontraban en las recogidas en la Ley 5/2006*, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, vigente en ese momento. *Si bien, es discutible la utilidad práctica de lo anterior, pues la aplicación del procedimiento disciplinario depende, como regla general, del alto cargo que los propuso o nombró*¹⁵.

Posteriormente, se han invocado, como leyes anticorrupción específicas, la Ley Orgánica 3/2015, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos; la Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; y Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal.

La Ley Orgánica 3/2015 modifica la Ley Orgánica 8/2007, sobre financiación de los Partidos Políticos; la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos; y la Ley Orgánica 2/1982 del Tribunal de Cuentas. En ella, por un lado, se prohíben las donaciones a las formaciones políticas procedentes de personas jurídicas y las condonaciones de deuda a los partidos por entidades de crédito. Y, por otro, se reduce a 50.000 euros el límite de donaciones de personas físicas a partidos. Además, obliga a la publicación de información contable de los partidos políticos y regula la figura del responsable de la gestión económica-financiera del partido.

15. Decimos que esa es la regla general, porque resulta muy difícil lograr que se imponga una sanción disciplinaria, si el titular del órgano competente para ello no está por la labor. Pero, en puridad, como ha recogido la jurisprudencia sobre la potestad sancionadora, ésta no es algo discrecional, sino reglado, para el órgano administrativo competente para la incoación del expediente disciplinario (o sea, que dicho órgano no puede incoar o dejar de incoar el expediente disciplinario a su voluntad, sino en función de si se haya incurrido en la infracción o no) y, ante la falta de incoación por el mismo, aquellos que tienen intereses legítimos, por generarles la no apertura un perjuicio evidente, están legitimados para presentar el correspondiente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa y lograr que sea ésta la que condene a la Administración a incoar el correspondiente expediente (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 3/6/1998 –[RJ 1998, 5046], FJ. 3–; 17/12/2001 –ROJ: STS 9921/2001, FJ. 5–; y 22/5/2002 –[RJ 2002, 7412] –).

Ley 3/2015, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, sustituyó a la citada Ley 5/2006, derogándola, y reiterando la obligación de cumplimiento de algunas de las conductas incluidas en la Ley 19/2013, también citada. Por lo demás, limita los gastos de representación del alto cargo; prohíbe el uso de tarjetas de crédito (salvo excepcionalmente, cuando el alto cargo desarrolle sus funciones en el extranjero y previa acreditación de las circunstancias extraordinarias que lo hagan imprescindible); refuerza las incompatibilidades en el ejercicio de actividades económicas privadas tras el cese; y prevé el control de la situación patrimonial del alto cargo al final de su mandato, para detectar posibles indicios de enriquecimiento injustificado, entre otros aspectos.

Y la Ley Orgánica 1/2015, por la que se modifica el Código Penal, incluye, como apartados propios de este ámbito, la tipificación del delito de financiación ilegal de partidos; la ampliación de los plazos de prescripción; y la exigencia al Gobierno de la remisión al Congreso cada seis meses de un informe sobre la concesión y denegación de indultos.

Asimismo, tal Ley Orgánica introduce, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, la previsión de una “Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, para el reintegro del dinero ilícitamente obtenido, cuya organización y funcionamiento se regularán reglamentariamente¹⁶. Y tal regulación reglamentaria se ha acometido por el Real Decreto 948/2015, del que se ha resaltado su total importancia en la materia que venimos analizando¹⁷.

Una propuesta de Ley general anticorrupción ha venido dada por la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de septiembre de 2016. Aunque no ha sido aprobada, da buena cuenta de los sectores que se consideran prioritarios en la neutralización y prevención de la corrupción para una parte de la sociedad española.

A nuestro entender, a la vista de la legislación anticorrupción de los países examinados o de las propuestas formulados en éstos, podemos destacar cuatro grandes sectores medulares, en torno a los cuales giran los demás: el de oposiciones y concursos de méritos¹⁸ como la base de todos ellos; el de los contratos del sector público¹⁹; el del sector urbanístico²⁰; y el de las subvenciones y ayudas públicas en general.

Pero, aquí, nos vamos a centrar exclusivamente en el de las subvenciones y ayudas públicas en general.

16. Art. 367 septies de tal Ley de Enjuiciamiento.

17. AGUDO FERNÁNDEZ, E./ PERRINO PÉREZ, A.L./ JAÉN VALLEJO, M. (2016: 32).

18. Sobre la corrupción y su prevención en tal sector, puede verse J.A. TARDÍO PATO (2020, in totum).

19. Sobre dicho sector, pueden consultarse L. TOLIVAR ALAS (2019, in totum) y J.A. TARDÍO PATO (2018b, in totum).

20. Sobre este ámbito, puede consultarse J.A. TARDÍO PATO (2018a, in totum).

III. EL SECTOR DE LAS AYUDAS PÚBLICAS: LA TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO EN DICHO SECTOR, EN SUS TEXTOS NORMATIVOS Y EN INFORMES RELEVANTES ELABORADOS AL RESPECTO

3.1. Desde el punto de vista normativo, en la Ley italiana anticorrupción, la n.º 190 de 2012, se exige expresamente la transparencia en el ámbito del otorgamiento de subvenciones y otras ayudas públicas (art. 16, letra c).

Sin embargo, en España, no aparece explícitamente citado el ámbito de las subvenciones y otras ayudas públicas en los textos normativos considerados como nuestra legislación anticorrupción, ni en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, de 2016, salvo en la propuesta de extensión de las obligaciones de transparencia a todas las entidades privadas que perciban subvenciones o ayudas públicas en una cuantía significativa (Disposición final cuarta).

Donde sí que aparece es en el art. 8.3, letra a, de la Ley 38/2003, General de Subvenciones.

3.2. En cualquier caso, unas de las propuestas relevantes sobre la transparencia en este sector han sido las de “Transparencia Internacional” (año 2015) y sus 60 medidas para prevenir la corrupción en España, que sí que han incluido 15 de dichas medidas para el ámbito de las Subvenciones y Ayudas públicas²¹, resaltando, en su introducción, que, precisamente, durante los últimos años, hemos podido apreciar cómo se han ido destapando en nuestro País diversos casos de corrupción asociados a su percepción.

Y, entre las diversas medidas, además de atribuir a la Intervención General correspondiente importantes competencias decisorias en la materia (para acordar y requerir el reintegro, para instruir y resolver expedientes sancionadores), destaca la exigencia de una regulación común en la materia y de la aplicación íntegra de la Ley General de Subvenciones a las otorgadas por cualquier tipo de entidad del sector público, independientemente de cuál sea su forma jurídica, por ser entidades con financiación e interés públicos.

3.3. Por otro lado, merece la pena ser destacado el Informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIREF) de junio de 2019, que ha resaltado, igualmente, que existen entidades y sujetos vinculados al sector público que conceden subvenciones, pero no están incluidos en la LGS²². Y, por eso, entre otras cuestiones, hace hincapié en que, en relación con este ámbito subjetivo, “si bien la LGS ha conseguido reforzar el régimen jurídico aplicable a las concedidas por fundaciones

21. Su documento lleva por título “Propuestas electorales a los partidos políticos sobre transparencia y prevención de la corrupción en Licitaciones, Contratos Públicos, Subvenciones y Ayudas públicas” y ha sido coordinado por el Profesor JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU. Puede obtenerse en la página institucional del Observatorio de Contratación pública.

22. “Evaluación del gasto público 2018. Proyecto 1 (transversal) Estudio. Evaluación de estrategia y procedimiento de las subvenciones”, publicado el 3 de junio de 2019, p. 18.

públicas (Disposición Adicional 16.^a de la LGS), no existen previsiones similares para las concedidas por empresas públicas ni por ciertas entidades (agencias e institutos) que funcionan con un amplio margen de discrecionalidad en la concesión de subvenciones públicas por delegación o encomienda de una administración pública” y en que “también es insuficiente la regulación de las entidades que operan como intermediarios de fondos europeos (grupos de acción local, por ejemplo) cuyo funcionamiento es complejo en la medida en que actúan simultáneamente como órgano gestor de subvenciones a terceros y formalmente, en muchos casos, como auténticos beneficiarios conforme a la normativa europea”²³.

En lo concerniente al ámbito objetivo, dice que la LGS no regula suficientemente otras medidas de apoyo económico de fomento distintas de las subvenciones, tales como préstamos reintegrables, avales, participaciones en capital social y otras ayudas públicas. Recalca, en particular, que “los préstamos reembolsables o anticipos reintegrables, que han adquirido un desarrollo considerable en el ámbito del fomento y estímulo empresarial, en la medida además en que, en principio, no computan como gasto público, tienen una regulación mínima e insuficiente en la LGS (disposición adicional 26.^a), aun cuando en la práctica, por sus condiciones y requisitos (tipo de interés mínimo, períodos de carencia excesivos y posibilidad de reintegros parciales a largo plazo) actúan como verdaderas subvenciones públicas”. Y concluye diciendo que “existe una excesiva discrecionalidad y flexibilidad en su concesión –distribuida en muchas ocasiones a través de agencias, institutos y otras estructuras de desarrollo regional– que no resulta justificada en comparación con el régimen más riguroso de las subvenciones públicas” y que “esta insuficiente regulación complica el seguimiento y el reintegro o reembolso de estas ayudas públicas”²⁴.

Con respecto a las subvenciones de concesión directa, considera que su regulación es insuficiente. Indica que “las nominativas se encuentran escondidas en las leyes presupuestarias sin una adecuada justificación de su fundamento, su cuantía y los compromisos que implican para sus beneficiarios”. Añade que “tampoco existe transparencia y visibilidad adecuada respecto de las concedidas por la vía excepcional” (por razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas), amparadas usualmente en convenios y que “la regulación de su cuantificación económica y de las obligaciones y compromisos de ejecución y resultados que asumen sus beneficiarios es insuficiente en ambos casos”. Y recuerda que “con frecuencia, los órganos de control externo han denunciado el ‘abuso’ de este tipo de subvenciones de concesión directa, en porcentajes en ocasiones muy superiores a las que se instrumentan de forma competitiva”, pues representan (incluidas las nominativas) la tercera parte de la cuantía total de las subvenciones registradas, sin perjuicio de que su otorgamiento va a parar, en mayor parte, a organismos de sector público, asociaciones y sociedades empresariales²⁵.

23. Ibidem, p. 56.

24. Ibidem, p. 55. También en p. 87.

25. Ibidem, p. 57.

A lo que se añade que, “en la medida en que la concesión de estas subvenciones directas puede afectar a la igualdad, concurrencia y objetividad, resulta aconsejable restringir con carácter general su empleo”²⁶.

Propone la reforma de los procedimientos de control, reintegro y sancionador²⁷, resaltando como puntos conflictivos, entre otros, las causas y supuestos en los que el beneficiario puede subcontratar con terceros la ejecución total o parcial de la actividad subvencionada y la responsabilidad de estos subcontratistas a efectos de proyectarse sobre ellos actuaciones de control o exigirles reintegros o responsabilidad sancionadora; la subrogación en la posición de los beneficiarios de subvenciones mediante operaciones de transmisión, fusión, escisión o similares, aspecto que no siempre está previsto en las bases reguladoras; o las dificultades de exigir reintegros a responsables y sucesores o la inaplicación generalizada del procedimiento sancionador²⁸.

Recalca la necesidad de su evaluación para que sirva a la mejora de la eficacia y eficiencia de las subvenciones, a cuyos efectos deben definirse e integrarse, en todo su proceso, indicadores de realización, resultados e impacto, adaptados a cada tipología de subvención²⁹.

Y esto conecta con la propuesta de desarrollo del contenido y alcance de los principios que rigen el establecimiento y concesión de subvenciones y ayudas públicas del art. 8 de la LGS³⁰, donde se vuelve a recalcar el desarrollo de los principios de eficacia y eficiencia mediante la exigencia de evaluación y rendición de cuentas de la actividad subvencional y que “no se trata únicamente de evaluar costes y resultados, sino también de contribuir a la difusión y rendición de cuentas a la sociedad del empleo que se hace con los fondos públicos y hacerlo con carácter periódico y próximo a los órganos legislativos y representativos de cada uno de los niveles territoriales de gobierno”³¹.

Pero también se indica que deben introducirse principios de sostenibilidad y responsabilidad social en los criterios de concesión de subvenciones públicas, con incorporación de criterios de protección social, laboral y medioambiental tanto en el diseño de las líneas de subvenciones como en los criterios de concesión, como ya se ha hecho en el ámbito de la contratación pública³².

Sin embargo, a pesar de que el Informe de la AIREF enfatiza la necesidad de reducir, con carácter general, la concesión directa de las subvenciones, porque puede afectar a la igualdad, concurrencia y objetividad³³ y critica la excesiva discrecionalidad y flexibilidad en la concesión de instrumentos como los préstamos reembolsables o

26. Ibidem, p. 89.

27. Ibidem, pp. 19-20.

28. Ibidem, p. 62.

29. Ibidem, p. 80.

30. Ibidem, pp. 18 y 88 y ss.

31. Ibidem, p. 89.

32. Ibidem, p. 89.

33. Ibidem, p. 89.

los anticipos reintegrables, en comparación con el régimen más riguroso de las subvenciones públicas³⁴, *no dice nada sobre la necesidad de establecer mecanismos para la mejor garantía de esa igualdad, concurrencia y objetividad que invoca, en el ámbito de las subvenciones que han de otorgarse en procedimiento de concurrencia competitiva.*

En esto último vamos a incidir nosotros, por considerar que sigue siendo un ámbito que exige mayor transparencia y buen gobierno, para garantizar las tan invocadas *igualdad, concurrencia y objetividad* y evitar la corrupción.

IV. LOS SUBSECTORES DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LOS QUE SE HA MANIFESTADO LA CORRUPCIÓN DE MODO MÁS NOTORIO

El ámbito de las ayudas públicas es amplísimo y, por ello, el de la posible corrupción en el mismo, pero existen subsectores especialmente sensibles a ésta y al favoritismo.

4.1. Una de las manifestaciones de corrupción en el ámbito de las ayudas públicas más descaradas y llamativas, en los últimos tiempos, *es el de las pertenecientes al llamado macro-asunto de los EREs de la Junta de Andalucía*, que ha dado lugar no sólo a sentencias del Tribunal de Cuentas sobre los denominados procedimientos de alcance y malversación de caudales públicos, sino también a sentencias penales y del orden contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (estas últimas sobre la revisión de oficio de actos nulos sobre los determinantes de dichas ayudas públicas).

A) En el ámbito penal, cabe destacar las Sentencias, de la Sala de lo Penal, de la Audiencia Provincial de Sevilla 269/2019, de 30 de mayo³⁵ y 490/2019³⁶.

Los hechos declarados probados por la primera de las citadas pueden resumirse en lo siguiente: para contratar, sin procedimiento selectivo alguno, a determinadas personas designadas por altos cargos del PSOE de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía, algunos de ellos con lazos de parentesco, vecindad o amistad con tales dirigentes, se utilizaron mecanismos de la contratación del sector público por dicha Administración andaluza, con carácter ficticio (primero, contratos menores y, después, procedimiento negociado sin publicidad); más tarde, subvenciones a una Fundación creada al efecto, para que fuese ésta quien contratase al mismo personal; y, más tarde, la absorción, por un ente institucional de la Administración de la Comunidad Autónoma, del citado personal de la Fundación³⁷.

34. Ibidem, p. 55. También en p. 87.

35. Roj: SAP SE 331/2019; (ARP 2019, 1551).

36. Roj: SAP SE 1101/2019.

37. En la explicación detallada de los hechos probados se nos relata que, en fecha no determinada de 2003, el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía (desde 1999 a 2008), decidió crear en tal órgano administrativo y, en los servicios de su Dirección General en las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, una estructura de personal paralela a la administrativa, al margen de las previsiones contenidas en la relación de puestos de trabajo vigente de la citada organización

Y los delitos invocados en el fallo de la Sentencia han sido un delito continuado

administrativa, con incumplimiento de la normativa de contratación en el sector público. Para ello, concertó verbalmente con el administrador único de la empresa UMAX informática y consultoría, S.L. (en adelante UMAX), que contratara las personas que él le indicara, para que prestaran sus servicios en exclusiva en distintas sedes de la mencionada organización administrativa, con abono de la retribución que estableciera el citado empresario para sus empleados, más las cuotas de la Seguridad Social, IVA y un porcentaje adicional que nunca sería inferior al 20%, como beneficio empresarial, con el perjuicio que ello implicaba para la Administración Pública, que no habría necesitado pagar estos últimos conceptos de haber realizado su contratación por los cauces legales.

Añade la Sentencia que se llegaron a contabilizar, al menos, 44 trabajadores contratados por dicha empresa o por otras de las que era administrador el mismo empresario (Square Inversiones S.L. y Ultra Informática S.L.), así como INARIA S.L., cuyo socio y administrador era también socio del primer empresario citado. Algunos de los trabajadores estaban relacionados por vínculos de vecindad y amistad con el Director General indicado y también de parentesco con otro acusado, que es el 2.º Director General que sustituyó al primero (de 2008 a 2010), con la decisión de mantener a los trabajadores de UMAX y de las otras entidades, en las sedes de misma organización administrativa y en la misma situación económica acordada por su antecesor, además de acordar contratar más personas con la misma finalidad, pues había formalizado ya cuatro contratos con las empresas UMAX e INARIA, en su cargo anterior como Delegado Provincial de Empleo en Huelva, siguiendo las instrucciones de su antecesor en la Dirección General.

Para poder cobrar UMAX lo pactado verbalmente, se utilizó el sistema de simular la concertación de contratos menores inexistentes, para cuyo abono sólo se precisaba la redacción de una memoria justificativa y una factura en la que se debía hacer constar el concepto de la prestación del supuesto servicio concertado, que no era real, pues lo que realizaban de forma continuada los empleados era lo mismo que desarrollaba el personal funcional, incluso ocupando cargos de confianza y responsabilidad en la tramitación de asuntos de la competencia de la Dirección General o bien se acudía a procedimientos de negociación sin publicidad en los que se invitaba a participar a tres empresas vinculadas con UMAX, que eran indicadas por el primer Director General o personal subordinado, a fin de aparentar legalidad en la tramitación del expediente y conseguir la designación arbitraria de esta mercantil para un servicio que, después, no se realizaba.

El personal contratado por UMAX prestó servicios para la Consejería de Empleo, ejerciendo sus funciones en las sedes de varios órganos directivos y administrativos de la misma, en tareas que deberían ser realizadas por personal integrado en la función pública de la Junta de Andalucía por ser de la naturaleza que sustenta la propia existencia de dicha actividad, y ello se hizo de forma continuada a lo largo de los años, desde 2003 hasta y mediados de 2010, además de ser realizado en régimen asimilable al del personal funcionario en cuanto a horario de trabajo, presencia en puesto de trabajo, dependencia jerárquica y supervisión superior etc...

En el año 2007, se abandonó el sistema de abono a UMAX y otras empresas vinculadas a través de los contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad antes indicados, para ser sufragadas las nuevas facturas que se iban generando, igualmente mediante conceptos falsos, por la *Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo* (FAFFE), dada la mayor facilidad que tenía en la contratación y pago, proviniendo los fondos destinados a dichos abonos de subvenciones otorgadas por distintos organismos de la Consejería de Empleo, entre ellos, la propia Dirección General de Empleo, la Consejería de Empleo y la Secretaría General Técnica. Dichas subvenciones a FAFPE se otorgaron, ficticiamente,

de prevaricación, un delito continuado de malversación de caudales públicos y un delito continuado de falsedad en documento oficial, en concurso medial del art. 77 del Código penal.

En dicho supuesto, puede comprobarse como en los hechos declarados probados aparecen entrelazados tres de los grandes sectores en los que opera la corrupción administrativa: la selección de personal, la contratación pública y las subvenciones o ayudas públicas en general. A lo que podríamos añadir un fenómeno de sobra conocido y que parece que no se quiere hacer nada eficaz para evitarlo: la utilización por entidades del sector público de entes con personalidad jurídica privada (en este caso una fundación) para eludir la aplicación de las normas del Derecho público y sus controles.

B) En las Sentencias del Tribunal de Cuentas, aparece ya un número considerable de ellas producidas en estos últimos años que también están relacionadas con la corrupción en la Junta de Andalucía y, en concreto, con las ayudas socio-laborales a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo (los denominados EREs) y a empresas en crisis, otorgadas por la Junta de Andalucía (por la Consejería de Empleo, que, por mediación de su Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, firma un convenio de colaboración con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía –IDEA–, en el que encomienda a esta Agencia el abono de la ayuda)³⁸.

con una finalidad distinta a la del pago de nóminas a los empleados de UMAX, cuando en realidad se concedieron para este pago indebido.

Y, a finales de abril o principios de mayo de 2010, se procedió al despido del personal por parte de UMAX y a la contratación de la mayor parte de dichos trabajadores por FAFPE, en el mismo destino que anteriormente tenían en la Dirección General de Trabajo, no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación, ahora bajo la dependencia de la citada Fundación; situación en la que siguieron trabajando tras la resolución de 20 de abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública que aprobó el protocolo de integración de dicho personal en el Servicio Andaluz de Empleo, en cuya regla tercera, se estableció la incorporación de personal de la Fundación a la Agencia de Régimen Especial Servicio Andaluz de Empleo, con efectos de 3 de mayo de 2011.

38. Sentencias 14/2017 (caso CALDERINOX); 15/2017 (caso SALDAUTO); 17/2017 (caso VALEO); 18/2017 (caso NUEVA LIMA); 2/2018 (caso CONSYPROAN); 3/2018 (caso ASTILLEROS DE SEVILLA); 9/2018 (caso FAJA PIRÍTICA); 10/2018 (caso “ANTONIO GÁLVEZ PELUQUEROS, SL.”); 12/2018 (caso ACYCO); 13/2018 (caso VISA); 14/2018 (caso NATURE PACK); 19/2018 (caso SCAFA); 1/2019 (Caso A. de S., S.A); y 2/2019 (caso FUNDACIÓN SAN TELMO).

En este último caso, según los hechos probados, el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía acordó, durante el periodo 2004 a 2008, que la Fundación San Telmo impartiera acciones formativas destinadas al personal directivo de la Junta de Andalucía denominadas “Curso de Alta Dirección de Instituciones”. Dichos cursos, tuvieron carácter anual y se instrumentaron por medio de convenios de colaboración firmados por la representación de la administración y por la representación de la Fundación San Telmo.

En relación a los ejercicios de 2005 y 2006, se previó, en los convenios de colaboración, la participación de 60 altos directivos de la Administración designados por la citada Dirección General y que ésta se comprometía a abonar determinada cantidad que sería aportada, según un convenio firmado con el Instituto de Fomento de Andalucía. Y, en 2007, se

En ellas se invoca el Informe de Fiscalización de la Cámara de Cuentas de Andalucía, de 18 de octubre de 2012, sobre las citadas ayudas públicas, en el período indicado. Y se resaltan las más graves irregularidades en su concesión producidas en relación con las ayudas a empresas que consigna dicho Informe.

Por un lado, que, hasta determinada fecha (marzo de 2010), no consta el acto administrativo previo y necesario de delegación de competencias del Consejero de Empleo a favor del Director General de Trabajo y Seguridad Social, para la concesión de las subvenciones y ayudas del programa presupuestario 31L.

Por otro lado, que no ha quedado acreditado en los expedientes de concesión de las ayudas a empresas las razones de interés social o económico, exigidas por la normativa aplicable.

Por otro, que se ha realizado un uso inadecuado de la figura de las transferencias de financiación como procedimiento de ejecución presupuestaria para tramitar tales ayudas, lo que ha conducido, entre otras consecuencias, a la ausencia de la preceptiva fiscalización previa, adecuada a la naturaleza del gasto subvencional.

Igualmente, que la Consejería de Empleo *no realizó el diseño previo de las ayudas, de modo que no se establecieron los requisitos exigidos para ser beneficiarios; los criterios para la aceptación o rechazo de las solicitudes; los plazos de ejecución de las acciones a subvencionar; y, tampoco, las actuaciones posteriores encaminadas a obtener la justificación del cumplimiento de las finalidades y del empleo de los fondos otorgados.*

A su vez, que *se han otorgado prescindiendo absolutamente del procedimiento administrativo establecido al efecto y que ni se ha exigido por la Administración, ni ha quedado acreditado por el beneficiario, el cumplimiento de las finalidades para las que fueron concedidas, ni la correcta aplicación de los fondos.*

Por otra parte, invoca que *la calificación de estas ayudas como subvención excepcional ha dado lugar a un abuso del margen de la discrecionalidad administrativa en su concesión*, que se ha puesto de manifiesto en hechos tales como la concentración de las ayudas en determinadas zonas geográficas, en grupos de empresas y en concesiones realizadas sin acreditar el fin o interés público perseguido con las mismas.

Y se concluye que, desde la perspectiva de la responsabilidad contable, el pago con fondos públicos, en concepto de ayuda o en cualquier otro concepto, *realizado*

firmaron nuevos Convenios de colaboración con la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA, nueva denominación del Instituto de Fomento de Andalucía), en cuya virtud la Dirección General encomendaba a IDEA la materialización de los pagos previstos en los convenios celebrados con la Fundación San Telmo, en concepto de ayuda específica. Y, en 2009, el citado Director General instó a la Agencia IDEA al pago del importe previsto para la Fundación San Telmo “en concepto de Ayuda Sociolaboral como medida de acompañamiento al Plan formativo recogido en el Convenio de Colaboración” de 2007.

También hay Sentencias del Tribunal de Cuentas posteriores sobre cuestiones semejantes (9/2020, de 6 de julio, Sala de Justicia y 10/2020, de 6 de julio, Sala de Justicia).

prescindiendo absolutamente del procedimiento administrativo establecido al efecto y con absoluto desprecio de las exigencias más elementales derivadas de la normativa aplicable en materia de gasto público, constituye un hecho dañoso para los fondos públicos que debe ser calificado como alcance o malversación, en el sentido de los arts. 177.1.a) de la Ley 47/2003, General Presupuestaria y 72 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

A lo que se añade que tal responsabilidad contable alcanza, con carácter general, a los gestores de fondos públicos indicados en el art. 42.1 Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas y que, tratándose de pagos realizados en concepto de subvenciones o ayudas públicas, tienen tal condición, con deber de rendir cuentas de su correcto empleo, no solamente las autoridades, funcionarios o empleados públicos que conceden o pagan la ayuda, o intervienen de manera relevante en la concesión o pago de la misma, sino también los perceptores de los fondos públicos, en los términos que resultan de los arts. 177.1.e) de la Ley 47/2003 y 34.3 y 49.1 de la Ley 7/1988.

Como, igualmente, se precisa que se aprecia culpa grave del ordenador del pago (el Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía), puesto que “omitió la más mínima diligencia exigible a quien dispone de dichos caudales dando lugar a un pago que no debía haberse efectuado” y que “a ello hay que añadir que era plenamente conocedor de que con su actuación incumplía gravemente la normativa presupuestaria y contable, porque no siguió procedimiento alguno, ordenó un pago sin haber quedado acreditado el destino del mismo y eludió los controles legalmente previstos”, por lo que se le declara responsable contable directo del menoscabo causado a los fondos públicos de la Junta de Andalucía; al igual que es objeto de igual responsabilidad la entidad privada perceptora de las subvenciones, en la mayor parte de los casos enjuiciados (puesto que en alguno de ellos no viene mencionada en el fallo), con carácter solidario con aquél, por concurrir dolo.

C) En el orden contencioso-administrativo, cabe citar las SSTS 19/2017 de 11 enero (RJ 2017, 1900); 271/2018, de 20 de febrero (RJ 2018, 952); 420/2018, de 15 marzo (RJ 2018, 1353); y 1096/2018, de 26 de junio (RJ 2018, 3094), que ratifican en este punto la Sentencias recurridas del TSJ de Andalucía, que consideraron susceptible de declaración de nulidad de pleno derecho, mediante la revisión de oficio de actos nulos, las ayudas socio-laborales otorgadas por la Junta de Andalucía a las empresas en ellas referidas.

Y es que, como indicaban las Sentencias del TSJ de Andalucía, “aunque la empresa actora cumpliera con los compromisos adquiridos en las resoluciones y Convenios de Colaboración, como se hace constar en la resolución impugnada”, nos encontramos “ante el instrumento empleado por la Administración Laboral, para dar apariencia de legalidad a una actuación absolutamente irregular de otorgamiento de una ayuda socio-laboral, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y eludiendo además los controles de fiscalización de la Intervención de la

Junta de Andalucía, al encomendar la materialización del pago al Instituto de Fomento de Andalucía (IFA, posterior Agencia IDEA) con cargo a la partida presupuestaria de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social”.

Y lo que añaden las Sentencias del TS es que no es posible compartir las razones por las que la Sala de instancia priva de efecto real a la declaración de revisión de oficio, al excluir la obligación de devolución de la suma recibida como subvención, por invocación de los límites del art. 106 de la Ley 30/1992 (hoy art. 110 de Ley 39/2015), dado que tal limitación no está en dicho precepto, ni en el presente supuesto operan las limitaciones de tal artículo legal, pues éstas son excepcionales y sólo operan en casos de transcurso de mucho tiempo, inactividad del interesado en la declaración de nulidad y perjuicio a derechos de terceros protegibles; aspectos que no concurren en los casos enjuiciados.

4.2. Otro sector es el de las *ayudas indirectas a los medios de comunicación social, mediante la publicidad institucional*, con las que se ha favorecido a los medios próximos al gobierno nacional o autonómico de turno y se ha discriminado negativamente a los no adeptos³⁹, con lógica repercusión en la información final que llega a la ciudadanía a través de dichos medios.

4.3. Pero también hay que recordar el *subsector de las viviendas de protección oficial*, donde se encuentran noticias de adjudicaciones de las mismas, previo pago de una comisión a la autoridad o empleado público de turno⁴⁰; adjudicaciones directas contrarias a Derecho, sin seguir el procedimiento legalmente establecido, pero sin constar comisión económica por medio u otro beneficio personal⁴¹; y ventas de dichas viviendas a los denominados fondos buitres, a un precio inferior al resultante de su valor oficial y con generación de bolsas monopolísticas de viviendas en arrendamiento e incidencia en el alza de la renta a pagar por los arrendatarios.

39. SSTs 14/1/1988 (RJ 1988, 274) y 13/3/1991 (RJ 1991, 2278), entre otras.

40. Así, en noticias de Europa Press de 28 de noviembre de 2017. Y consta que, el 17/02/2017, se dictó un Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Ceuta (Diligencias previas procedimiento abreviado 355/2015), en el que se ordenó la prisión provisional, comunicada y sin fianza, de una persona que, de las diligencias llevadas a cabo (concretamente, las escuchas telefónicas y los seguimientos policiales efectuados), en unión con el resto documentación y pesquisas obtenidas, se colegía que había participado en delitos de cohecho y organización criminal, toda vez que constaba que las funciones del mismo en la trama criminal habían consistido en buscar posibles compradores para las viviendas de VPO en Ceuta, en coordinación con un directivo de la entidad del sector público EMVICESA (investigado) y recoger dinero de los interesados para la adjudicación espuria de 317 viviendas de protección oficial. Y el recurso de apelación frente a tal Auto ha sido desestimado por Auto 105/2017 de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Sexta, con sede en Ceuta (ROJ: AAP CE 100/2017).

41. Sentencia n.º 238/2009, de 15 junio, del Juzgado de lo Penal de Pamplona (Provincia de Navarra), (ARP 2010, 328). Absuelve al alcalde acusado, porque considera que, aunque se adjudicó sin seguir el procedimiento legalmente establecido, no concurrió el dolo específico de la prevaricación.

En estos últimos supuestos, varias Sentencias del TSJ de Madrid ratificaron la *anulación de la venta de tales viviendas a dichos fondos, por no estar motivada la innecesariedad para el patrimonio público de dichos bienes y por la falta de competencia del órgano que adoptó tal venta* (SSTSJ de Madrid 244/2019⁴²; 442/2019⁴³; y 117/2020⁴⁴).

42. Su antecedente es la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 29 de Madrid n.º 118/2018, de 21 de mayo (ROJ: SJCA 161/2018). Dicha Sentencia anuló la enajenación, por el IVIMA (Instituto de la Vivienda de Madrid) a AZORA GESTIÓN, de 32 promociones de viviendas de protección oficial en régimen de arrendamiento y en arriendo con opción a compra, con los correspondientes garajes, trasteros y locales. Un motivo fue la falta de motivación del requisito de innecesariedad de dichas promociones que exige el art. 49.1 de la Ley 3/2001, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, en concordancia con el art. 131 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones públicas, para poder autorizarse la enajenación de bienes patrimoniales de las Administraciones públicas. Pues –como dice la Sentencia– no consta en el expediente ningún informe o análisis que explique cómo el cumplimiento de los fines del IVIMA puede determinar la enajenación de dichas promociones erigidas para cumplir precisamente el fin fundamental del IVIMA, que es el de proporcionar el acceso a una vivienda digna a clases desfavorecidas. Y el segundo motivo consistió en la falta de competencia del acuerdo adoptado, porque no fue adoptado por el Consejo de Administración del IVIMA, al tratarse de una enajenación que suponía toda una alteración del programa de actuación del IVIMA.

Dicha Sentencia ha sido ratificada por Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, del TSJ de Madrid, 244/2019, de 14 de mayo (Roj: STSJ M 3835/2019), que, a los argumentos de la Sentencia del Juzgado, añade que la Administración pública está sometida al mandato de los preceptos constitucionales que invocan el derecho a la vivienda digna en términos de igualdad de oportunidades y, por tanto, desde los poderes públicos se deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho en lugar de una entidad privada, que como titular tiene como “finalidad la obtención de beneficios en una sociedad de mercado” y que “el cambio de régimen jurídico que le ocasiona al recurrente no es meramente abstracto, antes bien tiene consecuencias directas y concretas, dada la diferencia entre los fines sociales que si tiene una Administración pública que no concurren en una empresa privada respecto a la vivienda y a la situación del arrendador”.

E invoca también el precepto de la Ley por la que se establece el mecanismo de naturaleza no tributaria compensatorio de la repercusión obligatoria del Impuesto sobre Bienes Inmuebles a los arrendatarios de viviendas de la Agencia de Vivienda Social con opción a compra, en tanto que el mismo exceptúa de posible venta “la vivienda con protección pública cuya titularidad corresponda a la Comunidad de Madrid, que no podrá ser objeto de transmisión a terceros distintos de los inquilinos o sus causahabientes”.

43. La STSJ de Madrid, Sección 8.ª, 442/2019 (Roj: STSJ M 7009/2019), destaca ya, desde el primer momento (FJ 8.º), que acoge en su integridad el criterio de la STJ de Madrid 244/2019 citada, por evidentes razones de unidad de criterio y seguridad jurídica y estima el recurso de apelación interpuesto por los ciudadanos afectados por la venta, al haber sido inadmitido en primera instancia.
44. La STSJ de Madrid, Sección 8.ª, 117/2020 (Roj: STSJ M 2627/2020), sigue el mismo criterio que las anteriores, ratificando la SJCA número 2 de Madrid, en el Procedimiento Ordinario n.º 467/2013, invocando de nuevo la unidad de criterio (FJ 1.º) iniciado con la STSJ 244/2019, de 14 de mayo (Roj: STSJ M 3835/2019).

Y la Sentencia 11/2018 del Tribunal de Cuentas exigió responsabilidad contable a determinados agentes públicos⁴⁵, pero, finalmente, fue revocada por la Sentencia 13/2019, de la Sala de Justicia⁴⁶, aunque con un voto particular favorable a la exigencia de tal responsabilidad.

45. Según sus hechos probados de la Sentencia 11/2018 del Tribunal de Cuentas, la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid S.A (EMVS) enajenó a determinadas sociedades, por un precio global de 128.500.000 euros, en 2013, 18 promociones completas de vivienda protegida, sus elementos vinculados y otros inmuebles no vinculados (un total de 5.315 inmuebles). Dicha operación fue publicada en un periódico y en la página web de la EMVS, pero quedó acreditado que, con anterioridad, tenían conocimiento de dicha enajenación, antes de la citada fecha, al menos cuatro empresas, una de las cuales resultaría la adjudicataria final de la venta. Ello vino también avalado, entre otras pruebas documentales, por el plazo para presentar ofertas, que era de 14 días naturales desde la fecha de publicación de la compraventa, un período insuficiente, a menos que se pudiera disponer de información previa, para realizar, de modo riguroso, una inspección, la valoración económica y la comprobación de la situación jurídica, al tratarse de 5.315 inmuebles. La enajenación se articuló sin la elaboración de los oportunos pliegos administrativos, sin la preceptiva publicidad y concurrencia, y, sobre todo, sin la previa fijación de un precio inicial de referencia basado en una tasación o en un estudio previo adecuado sobre el valor de los inmuebles enajenados. El precio de venta de todos estos inmuebles, que estaban sometidos a un régimen de protección pública por razón de su función social, fue inferior al mínimo jurídicamente exigible, que era el valor máximo posible de venta de las viviendas calificadas como viviendas públicas protegidas (151.211.518 euros), lo que –según el Tribunal de Cuentas– dio lugar a un menoscabo injustificado en el patrimonio público que ascendió a 22.711.518 de euros.

La Sentencia declaró responsables contables directos al Consejero Delegado de la Empresa Municipal, por la totalidad de dicho perjuicio, a la titular de la Alcaldía y a otros responsables solo hasta la cifra de 22.711.518 euros.

46. Concluye que los hechos enjuiciados no resultan subsumibles en el concepto legal de alcance que implica o presupone un perjuicio ilegítimo, real y evaluable económicamente, al considerar que no existió perjuicio real y efectivo. Dice, en su FJ. 23, que “ni los gastos efectuados, por el pago de dos facturas de un contrato de intermediación inmobiliaria han carecido de justificación, correspondiendo a servicios efectivamente prestados a la EMVS, ni se han acreditado otros pagos indebidos o descubiertos en los fondos públicos de la mercantil municipal”. “Por lo que se refiere a las ventas de promociones de viviendas, tanto de viviendas protegidas, como de viviendas libres, así como de otros elementos y plazas de garaje, ha quedado acreditado su ajuste a las normas y principios del ordenamiento jurídico que eran aplicables [...] pese a la existencia de ciertas irregularidades formales, que ya fueron señaladas en fases indagatorias previas”. “[H]a quedado demostrado que el precio final por el que se cerró la operación inmobiliaria, 128.500.000 euros, figuraba en la parte alta de la horquilla de valoración de los inmuebles que había aportado el informe de PwC (PriceWaterhouseCoopers) que activó el Plan de Viabilidad y evitó la quiebra de la empresa municipal, que se encontraba al borde de la disolución, no solo por una negativa situación económica, sino también, más decisivamente, por la aplicación de la entonces nueva normativa que impuso las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. De no haberse producido los ingresos derivados de la operación de compraventa de promociones inmobiliarias, que coadyuvaban a la mejora y recuperación de la situación financiera

V. PROFUNDIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y SUS COROLARIOS PROCLAMADOS EN EL ART. 8.3 DE LA LEY 38/2003 COMO BASE DE LAS RECETAS PARA EVITAR O REDUCIR LA CORRUPCIÓN

El mejor antídoto frente a la corrupción, en todos los sectores citados, es la optimización de la garantía de los principios proclamados por el art. 8.3 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones (o sea los de igualdad y no discriminación, publicidad, transparencia, concurrencia competitiva y objetividad), de modo que no sólo basta con invocarlos para reducir a lo estrictamente necesario la adjudicación de forma directa, en las ayudas de carácter excepcional, sino que hay que profundizar en los mismos, en las ayudas públicas que han de concederse en procedimientos de concurrencia competitiva.

Por eso, echamos en falta que el Informe de la AIREF sólo destaque la necesidad de reducir, con carácter general, la concesión directa de las subvenciones, porque puede afectar a la igualdad, concurrencia y objetividad⁴⁷ y simplemente critique la excesiva discrecionalidad y flexibilidad en la concesión de instrumentos como los préstamos reembolsables o los anticipos reintegrables, en comparación con el régimen más riguroso de las subvenciones públicas⁴⁸, pero que no diga nada *sobre la necesidad de establecer mecanismos para la mejor garantía de esos principios, en el ámbito de las subvenciones que han de otorgarse en procedimiento de concurrencia competitiva.*

5.1. A nuestro entender, la regulación establecida en la citada Ley 38/2003 es bastante rigurosa y precisa, pues no sólo proclama en este ámbito la aplicación de los citados principios en el referido artículo, sino que después incluye normas-regla, aplicación de tales principios, que coadyuvan a la garantía de los mismos, mejorando enormemente la situación normativa anterior.

Así, los principios de publicidad y transparencia se plasman en que las bases reguladoras de cada tipo de subvención se publicarán en el BOE o Diario Oficial correspondiente (art. 9.2 LGS). También, en que dichas bases concretarán el objeto de la subvención, los requisitos de los beneficiarios, el procedimiento de concesión, los criterios objetivos para su otorgamiento y los órganos competentes para su ordenación, instrucción y resolución y la cuantía (art. 17.3 LGS). Como, asimismo, de desarrollan en la exigencia de que las ayudas concedidas se publicarán, como regla general, en el Diario Oficial correspondiente, con expresión de convocatoria, programa y crédito presupuestario, beneficiario, cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención. Todo ello, sin perjuicio de que, después, se establecen matizaciones

de la EMVS, el Ayuntamiento de Madrid se hubiera visto privado de un instrumento eficaz para el cumplimiento de los fines públicos de gestión social de la vivienda y suelo públicos, de la que la mercantil municipal constituye uno de sus puntales”.

47. Ibidem, p. 89.

48. Ibidem, p. 55. También en p. 87.

y excepciones por número de habitantes del municipio y por cuantía inferior a determinada cifra⁴⁹.

El principio de concurrencia competitiva se traduce en que, en el procedimiento ordinario de adjudicación, se exige: a) la comparación de las solicitudes presentadas; b) el establecimiento de prelación entre las mismas, de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria; y c) la adjudicación con el límite fijado en la convocatoria a aquellas que han obtenido mayor valoración en aplicación de los criterios (art. 22.1 LGS).

Y, en cuanto al principio de objetividad, se manifiesta en que los requisitos exigidos para la obtención de la subvención deben figurar en las normas reguladoras de las bases (art. 17.3 LGS) y en la convocatoria (art. 23.e LGS); en que los criterios objetivos de otorgamiento deben estar consignados en las normas reguladoras de las bases (art. 17.3.e LGS) y en la convocatoria (art. 23.e LGS); en que la adjudicación debe realizarse a las solicitudes que cumplan los requisitos y que hayan obtenido mayor valoración en la aplicación de los criterios de valoración (art. 22.1 LGS); y en la exigencia de motivación de la decisión, tanto en el Informe de evaluación del órgano instructor (art. 24.4 LGS), como en la propuesta de resolución provisional del órgano instructor, que debe estar debidamente motivada (art. 24.4 LGS) y como en la resolución del órgano competente para resolver, que también estará motivada, de conformidad con lo que digan las bases reguladoras de la subvención, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte (art. 25.2 LGS). Y a ello cabe añadir la exigencia de que el órgano que realice la propuesta sea un órgano colegiado (arts. 22.1 y 24.4).

5.2. El problema es la reticencia de algunas Administraciones públicas a aplicar dichos principios a las ayudas públicas que gestionan o su aplicación con una interpretación mínima o restrictiva de los mismos, además de la profusa invocación de la discrecionalidad técnica, para restringir los controles.

Ámbitos cercanos al mundo universitario donde ha ocurrido u ocurre esto son los de las *ayudas para proyectos de investigación* y los de las *ayudas para estancias docentes e investigadoras*, en convocatorias nacionales, autonómicas o de las propias Universidades, pudiendo, no obstante, observarse mayores o menores garantías de los mismos, en las distintas convocatorias y en los diversos *modus operandi* observados en la ejecución de ellas. Así, en unas, los criterios de evaluación son más precisos que en otras, con inclusión de puntuaciones parciales más o menos pormenorizados. Como también, la motivación de las propuestas de resolución y las resoluciones son más individualizadas y precisas, en unas que en otras⁵⁰.

49. Sobre la publicación también ha incidido la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que en su art. 8.1, letra c, exige que los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación deberán hacer públicas las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.

50. Por ejemplo, ya aprobada la Ley 38/2003, General de Subvenciones, en la Resolución de 23 de agosto de 2004, de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por la que se convocó el Programa Nacional de ayudas para la movilidad de profesores de universidad

Y ello es extensible a toda convocatoria en la que haya de establecerse orden de prelación, con evaluación de factores de adjudicación; lo que ocurre, asimismo, en sectores como el citado de la adjudicación de viviendas de protección oficial.

5.3. Frente a ello, debemos tener en cuenta que el derecho constitucional fundamental de igualdad y no discriminación, afectado en el sector de las ayudas públicas y matriz de algunos de sus demás principios citados del art. 8.3.a de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, exige como todos los derechos fundamentales una interpretación de las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico, en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental⁵¹.

e investigadores españoles y extranjeros (BOE del 7 de septiembre), se establecieron unos criterios de evaluación, que en una correcta aplicación hubiese permitido una adjudicación bastante conforme con los principios citados.

Así, bajo la rúbrica A.5 (Evaluación y criterios de selección), decía, en su art. A.5.1, que: “En la evaluación de las solicitudes por parte de la Comisión de Evaluación se tendrán en consideración los siguientes criterios: a) Méritos curriculares del candidato, hasta 4 puntos; b) Interés científico del proyecto, hasta 3 puntos; c) Viabilidad del proyecto a la luz del calendario establecido y de los recursos humanos y materiales disponibles en el centro receptor, hasta 2 puntos; y d) Historial científico del grupo receptor, hasta 3 puntos”.

En el art. A.5.3, añadió que “La Comisión de Selección elaborará la propuesta de concesión teniendo en cuenta los siguientes criterios adicionales: a) Valoración del informe científico-técnico en el conjunto de solicitudes presentadas en la misma área científica; b) Interés de la propuesta para la política de fomento de la calidad docente e investigadora del sistema público de enseñanza superior español; y c) Interés del grupo receptor en la colaboración del candidato en su proyecto de investigación”.

Y el art. 4.2.1. de la Convocatoria preveía que “Las solicitudes se evaluarán por una Comisión de expertos de todas las áreas de conocimientos, designada por la Dirección General de Universidades, que tendrá en consideración los criterios que se establecen para cada modalidad de la convocatoria, y elaborará los correspondientes informes individualizados, así como una relación priorizada de candidatos por cada área en la que se hayan clasificado las solicitudes”.

Sin embargo, las resoluciones denegatorias notificadas sólo decían, por toda motivación: “no haber alcanzado en la evaluación científica el nivel de prioridad propuesto por la comisión de selección”. No figuraban ni las puntuaciones parciales ni las puntuaciones finales de los participantes en la Convocatoria, que se derivaban de la aplicación de las cláusulas de la misma citadas, por lo que tampoco figuraban los competidores de la misma área con sus correspondientes puntuaciones, para poder comprobar, el grado de cumplimiento en los mismos de los criterios de evaluación invocados en la Convocatoria. Y, aunque se solicitara el Informe evaluador, tampoco se facilitaba por la Administración concernida.

Por el contrario, en la Convocatoria de Becas para estancias de personal investigador doctor en centros de investigación radicados fuera de la Comunitat Valenciana (BEST/2013), realizada por Orden 23/2012, de 25 de mayo, de la Conselleria de Educación, Formación y Empleo (DOCV n.º 6.791, de 7 de junio de 2012), sí se facilitó Informe evaluador personalizado, en el constaban las puntuaciones parciales del interesado, con una explicación concisa, pero con cierto grado de precisión.

51. SSTC 17/1985; 1/1989; 39/1999, F. 3; 259/2000, F. 2; 3/2001, F. 5; 78/2002, F. 2; y 203/2002, F. 3; 153/2003, FJ 9.º; 188/2003, FJ 4.º; 45/2004, FJ 4.º; y 192/2012, FJ 6.º, entre otras.

Y, por otro lado, la función informadora de los Principios Generales del Derecho, reconocida expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, conforme al carácter informador de tales principios proclamado por el art. 1.4 del Código Civil (FJ 4, letra B), supone que las normas de nuestro Ordenamiento Jurídico, en tanto sean susceptibles de dos o más interpretaciones, han de interpretarse en el sentido de la más plena realización del Principio General del Derecho concernido⁵².

En ese sentido, destacamos como exigencias garantizadoras de los principios del art. 8.3.a de la Ley 38/2003, General de Subvenciones y como mejor antídoto frente a la corrupción en el sector de las ayudas públicas, algunos de los requerimientos que ha recogido la jurisprudencia del TS, en relación con los procesos selectivos de empleados de las Administraciones públicas.

Y ello porque presentan gran similitud con los que ahora nos ocupan, por ser ambos de concurrencia competitiva y porque, además, el haber sido adjudicatario directo o indirecto de algunas de las citadas ayudas públicas es invocado como criterio evaluador en algunos procesos selectivos (véase, por ejemplo, la invocación como mérito en tales procesos de las estancias docentes e investigadoras o la participación en proyectos de investigación con financiación obtenida en procedimientos de concurrencia competitiva).

VI. PROPUESTAS PARA EVITAR O REDUCIR LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR DE LAS AYUDAS PÚBLICAS DERIVADAS DE LOS PRINCIPIOS DEL ART. 8.3 DE LA LEY 38/2003

Tales exigencias o requerimientos son a nuestro entender los que enumeramos y desarrollamos a continuación.

6.1. El *establecimiento de criterios de evaluación previos, claros y precisos*, basados en *elementos lo más objetivos posibles, con restricción de los basados en juicios de valor y con previsión de puntuación parcial y total* sobre los mismos.

El art. 17.3.e de la LGS dispone que “la norma reguladora de las bases de concesión de las subvenciones concretará, como mínimo [...], (los) criterios objetivos de otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos”.

El art. 23.2.1 también prevé que los citados criterios figuren en la convocatoria de subvención.

El art. 22.1 precisa que la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una relación entre las mismas, se hará de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y que la

52. Así lo destacó J. RAZ (1971-1972, pp. 839-840). Y, así, lo hace el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en relación con el principio *iura novit curia* (en la STC 20/1982, FJ 2) y con el principio de buena fe (en la STC 120/1983, FJ 2).

adjudicación se realizará a aquellas solicitudes que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios.

En el art. 24.3.b, al referirse a la instrucción del procedimiento, se vuelve a hacer referencia a tales criterios, indicando que tal fase comprenderá la evaluación de las solicitudes o peticiones, efectuada conforme con los criterios, formas y prioridades de valoración establecidos en la norma reguladora de la subvención o, en su caso, en la convocatoria.

Y, en el art. 60 del Reglamento a la Ley General de Subvenciones (aprobado por Real Decreto 887/2006), se matiza lo anterior diciendo que, “cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos. En el caso de que el procedimiento de valoración se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuáles de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al solicitante para continuar en el proceso de valoración”. Y se añade que, “cuando por razones debidamente justificadas, no sea posible precisar la ponderación atribuible a cada uno de los criterios elegidos, se considerará que todos ellos tienen el mismo peso relativo para realizar la valoración de las solicitudes”.

El problema es que, en muchas convocatorias, los criterios son bastante ambiguos y basados en juicios de valor, claramente más subjetivos, en lugar de utilizarse criterios susceptibles de evaluación empírica o de evaluación automática, que son más objetivos y más fácilmente mensurables.

a) En favor del uso de los criterios susceptibles de evaluación empírica y más precisos frente a los juicios de valor y más etéreos, cabe invocar la interpretación de las normas en el sentido más favorable al principio general del Derecho de objetividad del art. 103.1 CE y del art. 8.3.a de LGS y la interpretación de las normas en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho fundamental de igualdad del art. 14 CE.

Y es que la tendencia natural al ejercicio del poder de modo abusivo (destacada por los politólogos desde antiguo⁵³) o, al menos, de modo libre y desembarazado⁵⁴,

53. Y dijo MONTESQUIEU que “[...] es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”. [...] “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder” (Segunda Parte, Libro XI, Capítulo IV, 1971, p. 150).

Más tarde, escribió Alexis DE TOCQUEVILLE que “no hay, pues, sobre la tierra autoridad tan responsable en sí misma, o revestida de un derecho tan sagrado, que yo quisiera dejar obrar sin control y dominar sin obstáculos [...]” (1980, Libro I, Segunda Parte, Capítulo VII, p. 238).

Y, muchos años más tarde, se ha seguido manteniendo lo mismo y calificándolo como “hecho psicológico fundamental”, diciéndonos K. LOEWENSTEIN que “es evidente y numerosas son las pruebas de ello que, allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede” (1976, p. 28).

54. Como recogió el Real Decreto de Competencia del 31 de octubre de 1849.

sin limitaciones, determina, tanto en materia contractual, como en la de ayudas públicas, como en la de los procedimientos selectivos, la preferencia de la utilización, si no se obliga a lo contrario, de criterios basados en fórmulas imprecisas y sustentadas en juicios de valor sobre los criterios a evaluar con juicios empíricos y en juicios automáticos, más objetivos o con menor o escaso margen de subjetividad.

Por eso, los mejores antídotos frente al favoritismo y la corrupción son los criterios más objetivos posibles, con las características señaladas.

b) Como, igualmente, cabe invocar la interpretación más favorable a los citados principios y derecho fundamental, para exigir que los criterios utilizables sean mensurables y medidos a través de puntuaciones parciales y finales, especialmente de forma automática, mediante fórmulas u operaciones matemáticas.

No sólo lo apoya la analogía con la legislación contractual pública, en la que figura tal previsión⁵⁵, sino también la jurisprudencia del TS en relación con los procedimientos selectivos⁵⁶; teniendo en cuenta de nuevo la gran identidad de razón

55. Recordemos que el art. 146.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, dispone que “cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”.

Pero nosotros consideramos –como destacamos arriba– que la posibilidad de su utilización debe entenderse como regla general de obligado cumplimiento y la imposibilidad de su empleo como excepción a la regla general y, por ello, necesitada de la correspondiente motivación rigurosa.

56. Recuérdese que la cuantificación numérica de los méritos acabó por imponerse en la jurisprudencia del TS sobre los concursos-oposición de acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios de la Ley Orgánica 11/1983 (LRU), en la STS de 26 de octubre de 1994 ([RJ 1994, 8317], FJ 4.º), seguida de la STS de 25 de marzo de 2000 (FJ 4.º), que ha tenido reflejo después en múltiples Sentencias de Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia, como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana 937/2006, recaída en el recurso 701/2004 (ROJ: STSJ CV 5032/2006), y la Sentencia de la misma Sala 956/2007, de 21 de septiembre (ROJ: STSJ CV 4891/2007).

Según tal doctrina jurisprudencial, “la valoración ha de ser entendida como cuantificación numérica del mérito [...], siendo además dicha cuantificación numérica de los méritos un factor de inexcusable utilización para dar racionalidad a la valoración final del conjunto de las pruebas” (STS de 26 de octubre de 1994, [RJ 1994, 8317], FJ 4.º).

Y en la segunda de las citadas (la STS de 25 de marzo de 2000) se finaliza diciendo que “cabe concluir que esa falta de cuantificación numérica, conlleva un defecto de motivación causante de indefensión, que ha de conducir a declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, procediendo retrotraer el procedimiento a la fase de valoración de la primera prueba practicada, a fin de que la Comisión de Selección cuantifique numéricamente las puntuaciones obtenidas”.

Y que tienen que existir puntuaciones parciales para los diversos grupos de méritos lo destacan las SSTs de 30/11/2006 (ROJ: STS 8289/2006, FJ 6.º); 10/10/2007 (ROJ: STS 6786/2007, FJ 4.º); 10/10/2007 (ROJ: STS 6481/2007, FJ 10.º); y 17/1/2008 (ROJ: STS 161/2008, FJ 5.º),

entre las tres materias (contratos, procedimientos selectivos de empleados públicos y procedimientos de adjudicación de ayudas públicas), por regir en todas ellas la concurrencia competitiva y ser ámbitos todos ellos de peligro conocido de corrupción.

6.2. *Los criterios de evaluación de las solicitudes no pueden ser en sí mismos lesivos del principio de igualdad y no discriminación*, como resalta la STS 725/2020⁵⁷.

Ello se colige de la necesidad de que los criterios sean los más objetivos posibles, destacado en el punto anterior, pero dicha Sentencia lo ha enfatizado, en un supuesto en el que en la Convocatoria se exigía, sin una justificación razonable, el uso obligatorio de una lengua cooficial (concretamente el euskera), en las actividades realizadas por los menores de 16 años requeridas para ser beneficiarios de las ayudas a otorgar por el Ayuntamiento en cuestión.

6.3. *La igualdad de método en la evaluación de los participantes*⁵⁸ y *la garantía de la proporcionalidad en las puntuaciones*⁵⁹.

Se trata de garantizar la igualdad no solo en la fijación de los criterios de evaluación, que hemos visto en los apartados anteriores, sino en la fase de aplicación de los mismos.

6.4. *Una motivación acorde con los criterios de evaluación, basada en puntuaciones parciales y finales y que, además, explique de modo suficiente cómo se han producido las puntuaciones parciales y finales de conformidad con los mencionados criterios. Y que permita comprobar que se ha evaluado con igualdad de método y garantía de la proporcionalidad en las puntuaciones.*

Se deriva del art. 35 de la Ley 39/2015, que exige la motivación tanto en los supuestos en los que los actos se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales

cuando dicen que la Resolución debe comprender, al menos lo siguiente: “(3) *Puntuación otorgada a cada uno de los méritos que le hayan sido ponderados y explicación* [...]”.

57. Roj: STS 1628/2020. Se enjuició la Ordenanza de concesión de subvenciones del Ayuntamiento de Lasarte-Oria.
58. Se destacó por la STS de 28/11/1984 ([RJ 1984, 5983], Considerando 4.º), apoyándose en las demás sentencias que allí cita (SSTS de 6 de julio de 1959, [RJ 1959, 3326], y 4 de mayo de 1965, [RJ 1965, 4029]), resaltando que el principio de igualdad constitucional tiene que operar en “la igualdad de método para la valoración de los méritos y capacidades de los concursantes que contienden en el proceso que nos ocupa [...]”.
59. Está recogido expresamente, para el ámbito de los procesos selectivos de personal, con los que hemos ya resaltado que existe cierta identidad de razón, en el art. 61.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, que dispone que la valoración ha de consistir en una “puntuación proporcionada”.

Y ha sido aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como exigencia de puntuación proporcionada, en el ámbito de los procesos selectivos, en la STS 16/5/2008 (RJ 2008, 5286), en sus FFJJ 1 y 4.6, y, después, en las SSTS de 24/9/2009 (RJ 2009, 7330), FJ 5, letra b; de 13/5/2010 (RJ 2010, 4968), en FJ 5.º; de 23/9/2010 (RJ 2010, 6733), FJ 6.º; de 10/3/2011 (RJ 2011, 2044), en su FJ 1.º y de 25/3/2011 (RJ 2011, 2576), en su FJ 2.º, párrafo 6 y ss.

(art. 35.1.i), como en los que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva (art. 35.2).

Uno de los pocos ejemplos de Sentencia estimatoria por motivación insuficiente, en el ámbito de las ayudas públicas y en especial de las otorgadas para la financiación de proyectos de investigación, lo encontramos en la STSJ del País Vasco 476/2015, de 21 de octubre, que declara la retroacción de actuaciones para que se proceda a la evaluación motivada, porque no se pusieron de manifiesto, de forma justificada, las razones de la puntuación que finalmente se trasladó⁶⁰.

Y otros dos ejemplos de sentencia estimatoria en el ámbito de la adjudicación de ayudas para proyectos de investigación, en relación con la motivación, pero no tanto por insuficiencia, sino por falta de coherencia de la aportada por la Administración, al concurrir diferencias valorativas muy relevantes en los informes de los evaluadores externos, vienen representados por las SSTSJ de Galicia (Contencioso, Sección 3.ª) 424/2015 y 500/2015, de 30 de junio⁶¹.

Como también ha resaltado otra Sentencia de este ámbito (aunque en este caso desestimatoria de la demanda: SAN, Contencioso, Sección 3.ª, de 20 febrero 2018⁶²), la motivación no es suficiente con la mera expresión de una puntuación, ni tampoco con el empleo de expresiones abstractas o estereotipadas, sino que su contenido debe cumplir al menos estas exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia frente a los demás⁶³.

60. STSJ del País Vasco 476/2015, de 21 de octubre (Contencioso, Sección 2.ª, [RJCA 2016, 351]), FJ 7. Declara la Sentencia la retroacción de actuaciones para que se proceda a la evaluación motivada del Grupo de Investigación recurrente, porque no se pusieron de manifiesto, de forma justificada, las razones de la puntuación que finalmente se trasladó, por asumir finalmente la Comisión de Selección una valoración que implicaba reducir 18 puntos la valoración que inicialmente efectuó el evaluador asignado; lo que exigía una especial motivación de la reducción de las puntuaciones, aunque lo fuera en la labor de coordinación que se asignó a la evaluadora Coordinadora.

61. Concretamente, las SSTSJ de Galicia (Contencioso, Sección 3.ª) 424/2015 (JUR 2015, 153939) y 500/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 175452), declararon que los evaluadores externos incurrieron en unas diferencias valorativas tan relevantes que se hacía necesaria la práctica por un tercer evaluador de una valoración en cierto modo dirimente. Y, por ello, acordaron anular la valoración del proyecto de investigación y la retroacción de actuaciones para que, con el obligado nombramiento de un tercer evaluador externo, éste ponderase las estimaciones valorativas de los otros dos y la Consejería resolviese de nuevo acerca de la valoración realizada.

62. Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso, Sección 3.ª) de 20 febrero 2018 (JUR 2018, 72412), FJ 2.º.

63. Así se recoge en la jurisprudencia del TS, en su Sentencia 104/2019, de 31 enero (RJ 2019, 367), que invoca, como sentencias precedentes que recogen las mismas exigencias, las SSTS

En realidad, estas últimas son exigencias de la jurisprudencia del TS respecto de los procesos selectivos que también se consideran aplicables aquí⁶⁴. Y es que, por la identidad de razón con los procesos selectivos a la que nos venimos refiriendo, son aplicables aquí las exigencias de la motivación destacadas en la jurisprudencia sobre tales procesos, que exige puntuaciones parciales en la evaluación⁶⁵ y la motivación en la que se explique del modo más detallado posible cómo se han otorgado las puntuaciones parciales⁶⁶.

6.5. La utilización de mecanismos en los que *la evaluación se realice por los órganos de evaluación, sin conocimiento de la identidad del aspirante evaluado*, o al menos en partes diferenciadas, con clara distinción de la parte en que ha habido evaluación sin tal conocimiento y de aquella en la que sí la ha habido, para que pueda comprobarse, en dichos casos, cómo ha sido el juicio sin conocimiento de la identidad y cómo el juicio con tal conocimiento.

Ésta es una modalidad utilizada en algunos premios científicos (por lo tanto, del ámbito de las ayudas públicas *in genere*), que resulta garante de la objetividad en el juicio del jurado del premio, mediante la entrega por el solicitante de dos sobres diferenciados: uno, en el que figura la obra sometida a evaluación, que no puede llevar datos identificativos de su autor o autores, sino sólo una clave identificativa y otro, en el que, junto a la clave identificativa, sí que figura la identidad de autor y autores⁶⁷.

Y también es el sistema utilizado en las pruebas de acceso a la Universidad, actualmente llamadas “evaluación del bachillerato para acceso a la Universidad”

de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 7053); de 27 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 794); de 19 de mayo[sic] de 2008 (RJ 2008, 7924); y de 18 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8214).

64. Ver, de nuevo, la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso, Sección 3.ª) de 20 febrero 2018 (JUR 2018, 72412), FJ 2.º.

65. Ya hemos destacado atrás las Sentencias del TS que acabaron por imponer la cuantificación numérica de los méritos en los concursos-oposición de acceso a plazas de los cuerpos docentes universitarios de la Ley Orgánica 11/1983 (LRU (STS de 26 de octubre de 1994, [RJ 1994, 8317], FJ 4.º), seguida de Sentencias de TSJs en la misma línea como la del TSJ de Castilla-León, sede de Burgos, de 25 de marzo de 2000 –(RJCA 2000, 430)–, FJ 4.º.

Como también hemos referenciado la que requieren que existan *puntuaciones parciales para los diversos grupos de méritos* (SSTS de 30/11/2006, ROJ: STS 8289/2006, FJ 6.º; 10/10/2007, ROJ: STS 6786/2007, FJ 4.º; 10/10/2007, ROJ: STS 6481/2007, FJ 10.º; y 17/1/2008, ROJ: STS 161/2008, FJ 5.º).

66. Lo exigen las citadas SSTS de 30/11/2006 (ROJ: STS 8289/2006, FJ 6.º); 10/10/2007 (ROJ: STS 6786/2007, FJ 4.º); 10/10/2007 (ROJ: STS 6481/2007, FJ 10.º); y 17/1/2008 (ROJ: STS 161/2008, FJ 5.º), porque lo que dicen no es sólo lo anteriormente resaltado, sino esto más completo: “la Resolución debe comprender, al menos lo siguiente: (3) Puntuación otorgada a cada uno de los méritos que le hayan sido ponderados y explicación, en su caso, *de cuál fue el concreto criterio que fue aplicado para llegar a esa precisa puntuación*”.

67. Art. 9.3 del Real Decreto 310/2016, de 29 de julio, por el que se regulan las evaluaciones finales de Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato: “El tribunal u órgano de calificación garantizará el anonimato de los alumnos y centros docentes durante el proceso de corrección y calificación de las pruebas”.

(EBAU), en las que, en los exámenes a corregir, no consta la identidad del alumno evaluado⁶⁸.

6.6. *Facilitar el acceso a las puntuaciones parciales y finales de los demás solicitantes en el mismo procedimiento*, con el fin de que el interesado pueda comprobar cómo se le ha puntuado a él en relación con esos otros participantes y si se ha guardado la citada igualdad de método requerida y la proporcionalidad de las puntuaciones.

La posibilidad de visualización de los expedientes es un extremo que es mejor que conste expresamente en la legislación general de ayudas públicas. Pero no debería considerarse estrictamente necesaria tal mención expresa, porque puede entenderse que tiene actualmente su cobertura en el art. 53 de la Ley 39/2015 (en cuanto a la visualización del expediente⁶⁹), lo que se ve reforzado por la recepción por el art. 3.1.c de la Ley 40/2015 de los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa.

Y, al igual que en el caso de los procedimientos selectivos, no debe aceptarse la restricción del acceso a los expedientes por invocación de la protección de datos personales, puesto que, si los interesados participan en un procedimiento derivado de convocatoria pública, de concurrencia competitiva, salvo datos estrictamente personales (como puede ser el domicilio personal, o el teléfono o los datos aludidos en los arts. 9 y 10 de la Ley Orgánica 3/2018), siempre que no actúen como requisito o factor tenido en cuenta legalmente por el procedimiento competitivo, todos los demás datos deben considerarse susceptibles de ser conocidos y revisados por los otros candidatos, para que puedan verificar su veracidad y si se han puntuado de modo proporcional y equitativo.

En términos semejantes se han pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos y Sentencias de la Audiencia Nacional y de nuestro Tribunal Supremo, en relación, sobre todo, con las calificaciones académicas y los procedimientos selectivos del personal al servicio de las Administraciones públicas⁷⁰.

68. Por ejemplo, Acuerdo plenario de la Diputación Provincial de Alicante de 12 de marzo de 2009, por el que se aprueban las bases y convocatoria de los premios Fernando Albi, anualidad 2009 (BOP Alicante e 27 marzo 2009, p. 77).

69. Recordemos que el art. 53.1.a de la Ley 39/2015 proclama, como derechos del interesado en el procedimiento administrativo, el derecho “a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados [...] y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán *derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos*”.

70. El art. 13.h de la Ley 39/2015 dice que “quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, son titulares, en sus relaciones con ellas, de los siguientes derechos: h) A la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas”.

Pero la STS de 6 de junio de 2005 ([RJ 2005, 6711], FJ. 7) declara lo siguiente: “El punto de partida en el que nos sitúa la Constitución no puede ser otro que el del reconocimiento a los ciudadanos de la facultad de acceder a los documentos que obran en los archivos y

Pero tal criterio también ha sido mantenido por el Tribunal Supremo, en proceso de concurrencia competitiva relativo al otorgamiento de ayudas públicas, en su Sentencia 16 de diciembre de 2011 (RJ 2011, 2832), FJ. 3; concretamente en un

registros públicos. Esta es la regla general y las excepciones que se le impongan por las leyes han de estar justificadas en términos constitucionalmente aceptables. En opinión del Tribunal, es irrefutable que los participantes en un proceso selectivo son titulares de un interés directo y legítimo en lo relativo al acceso a los ejercicios realizados por otros participantes y su conclusión es que *el recurrente tiene derecho a acceder a los documentos que ha indicado*. Y también lo tiene a obtener copia de ellos a sus expensas. Y ello porque, además de ser coherente con lo que la Constitución afirma en su artículo 105 b), también lo es con los principios que deben inspirar la actuación de las Administraciones Públicas y, en particular, con *el de transparencia* que, según el artículo 3.4 de la Ley 30/1992 y conjuntamente con el de participación, ha de guiar sus relaciones con los ciudadanos” (hoy, arts. 3.1.c de la Ley 40/2015).

Y, por su parte, la Sentencia de 26 de abril de 2012 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (ROJ: SAN 2131/2012, FJ. 2), en relación con otro procedimiento selectivo, declara lo siguiente:

“[...] no es exigible el consentimiento de aquellas personas que participen en un procedimiento de concurrencia competitiva para el tratamiento de las calificaciones obtenidas en dicho procedimiento y ello como garantía y exigencia de los demás participantes para asegurar la limpieza e imparcialidad del procedimiento en el que concurren (...)”.

Y añade que “es cierto que la Ley Orgánica 15/1999 no recoge expresamente exenciones o excepciones al régimen de tratamiento de datos personales en ella contenida con fundamento en las garantías de transparencia de los procesos competitivos por lo que será preciso ponderar los intereses en conflicto para poder determinar cuál de ellos debe prevalecer. Efectuada dicha ponderación, y valorando las circunstancias que aquí concurren, es claro para este Tribunal que *debe prevalecer en este caso la garantía de publicidad y transparencia del proceso competitivo sobre el derecho a la protección de datos* [...]”.

Dicha Sentencia confirma, además, el criterio que había utilizado en su anterior Sentencia de 16 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 944/2012, FJ. 3), para anular la sanción impuesta al sindicato que supuestamente filtró la información relativa al resultado de la oposición y en relación al que la Agencia Española de Protección de Datos consideró que se había cometido una infracción relativa al tratamiento de datos sin consentimiento.

Por ello, el Informe número 0178/2014, de la Agencia Española de Protección de Datos, invoca la argumentación anterior de las citadas Sentencias de 2012 de la Audiencia Nacional para llegar a la misma conclusión, en materia de la publicación de las calificaciones académicas de los alumnos universitarios. Y a igual resultado, aunque con otros matices, se llega en el Informe de 0030/2019, aun teniendo en cuenta Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Prevalece, pues, el derecho de acceso a los documentos y a obtener copia de los mismos y la transparencia sobre la protección de datos.

Si bien, deberían tenerse en cuenta las importantes matizaciones de la distinción entre acceso a tales expedientes por los interesados frente a la publicidad general de libre acceso en relación con los procesos selectivos que nos aporta A. TRONCOSO REIGADA (2010, especialmente 832-840; 2017: 988 y ss.).

supuesto de concesión de ayudas a entidades sin fines de lucro para la gestión de centros de acceso público a Internet.

6.7. La exigencia de *especialización técnica en las materias a evaluar, según los distintos elementos a analizar, ya sea del órgano evaluador, ya sea de los expertos que emitan los informes pertinentes*.

Así lo proclamó nuestro Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 26/1987 (FJ. 12.3) y 215/1991 (FJ. 3.º), en las que declaró la necesidad de que se diese una homogeneidad entre la competencia científica de los miembros de las comisiones evaluadoras de los concursos y los conocimientos propios que corresponden a las plazas objeto de los concursos-oposición de acceso a los cuerpos docentes universitarios y que ésta es una exigencia del derecho fundamental del art. 23.2 CE, en conexión con los principios del mérito y la capacidad proclamados por el art. 103.3 de la misma. Es la exigencia de la denominada “competencia técnico-científica del órgano evaluador”⁷¹.

Y, aunque tales Sentencias se refieren a los procesos selectivos de los cuerpos docentes universitarios, su razón de ser es predicable de todo proceso selectivo basado en el mérito y capacidad y de todo procedimiento de concurrencia competitiva en el que se tienen que evaluar cuestiones técnicas y se viene invocando la denominada discrecionalidad técnica.

Porque, además, declaran las Sentencias del Tribunal Constitucional 353/1993 (FJ. 3.º, párrafo 2), 34/1995 (FJ. 3.º, párrafo 4), 73/1998 (FJ. 5, párrafo 4) y 86/2004 (FJ. 3.º, primer párrafo), entre otras, que el fundamento de la denominada discrecionalidad técnica y “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una ‘presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación’”.

71. La STC 215/1991 (en su FJ. 3.º), después de resaltar la conexión entre el principio constitucional de igualdad y la resolución de un concurso con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad de los aspirantes, subraya que este Tribunal ha declarado que, en la designación de los miembros de las comisiones evaluadoras de los méritos, “tiene que darse una homogeneidad real entre el objeto de conocimiento que sirve de base para la configuración de las áreas (de conocimiento) y las plazas a las que corresponda el concurso”.

Por tanto, la efectividad del derecho fundamental del art. 23.2 de la CE y los principios del mérito y la capacidad del art. 103.3 de la misma requieren, en garantía de los derechos constitucionales que salvaguarda, “que las áreas de conocimiento a efectos de la designación de los miembros de las Comisiones encargadas de resolver los concursos sean homogéneas respecto de las plazas objeto del concurso”.

Y evoca las líneas de la STC 26/1987, que dicen que “esta homogeneidad entre áreas del conocimiento y plazas del concurso ha de darse necesariamente para que la competencia científica de los miembros de las Comisiones [...] esté referida a los conocimientos propios que correspondan a las plazas objeto del mismo (FJ. 12.3)”.

Lo que implica que quienes emiten los juicios técnicos necesarios tiene que ostentar la correspondiente especialización científico-técnica y que es una contradicción lógica (y, por tanto, manifestación de arbitrariedad proscrita por el art. 9.3 CE) invocar la discrecionalidad técnica del juicio evaluador de la solicitud de proyecto de investigación o de estancia investigadora o docente, si quien ha evaluado no ostenta la especialización técnica correspondiente a la cuestión objeto del juicio evaluador.

Pero también supone que quien está evaluando no puede estar incurso en motivos de abstención y recusación, pues según la jurisprudencia constitucional la discrecionalidad técnica no sólo exige especialización técnica, sino también objetividad de quien evalúa o participa en la evaluación.

6.8. *La publicidad y transparencia de la identidad de los miembros del órgano evaluador y de los que, en concreto, emitan su informe experto* en el procedimiento de otorgamiento de la ayuda, con la referencia a su especialización técnica en la materia en cuya evaluación ha intervenido, para que los interesados puedan comprobar si realmente ostentan la requerida especialización técnica y la exigida objetividad y para que pueda realizarse la correspondiente recusación, en el caso de concurrencia de los motivos determinantes de la misma, según nuestro Ordenamiento jurídico.

Es una consecuencia lógica de la jurisprudencia constitucional citada sobre la discrecionalidad técnica, pero también de la interpretación de las normas de nuestro Ordenamiento jurídico más favorables a los principios de publicidad, transparencia y objetividad del art. 8.3.a de la LGS.

6.9. *Aplicación rigurosa de la abstención y recusación* prevista en nuestro Ordenamiento jurídico, como garantía del principio de imparcialidad-objetividad en la actuación administrativa proclamados en el art. 103.1 CE, con carácter general, y en el art. 8.3.a de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, en particular.

Ello requiere que se aplique de forma totalmente escrupulosa el deber de abstención y estimación de la recusación basada en los motivos del art. 23.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷², de determinadas Sentencias del Tribunal

72. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al juzgar sobre la lesión del derecho a una instancia independiente e imparcial, como manifestación del derecho a un proceso equitativo proclamado en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, establece dos criterios o trámites para apreciar la imparcialidad: el subjetivo y el objetivo.

El trámite subjetivo, que “trata de determinar la convicción personal” de quien enjuicia en dicha ocasión, de si “existiera [...] una toma de partido” por él (STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero contra España –Aranzadi [TEDH 2003, 27]–, apartados 21 y 22).

Y el trámite objetivo, que tiende a “asegurarse de que existían las garantías suficientes para excluir a ese respecto cualquier duda legítima” y “consiste en preguntarse si, independientemente del comportamiento personal del juzgador, ciertos hechos comprobables permiten sospechar de la imparcialidad de éste. Incluso las apariencias son importantes en

Supremo español⁷³ y de otras de Tribunales Superiores de Justicia⁷⁴, no con la laxitud

este caso” (STEDH de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero contra España –Aranzadi [TEDH 2003, 27]–, apartados 21 y 23, que cita, a su vez, la Sentencia Thomann contra Suiza de 10 junio 1996 –[TEDH 1996, 26] –).

Recordemos en este punto que la Jurisprudencia del TEDH es de obligada aplicación por las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales españoles, en virtud del art. 10.2 de nuestra Constitución (pues España tiene ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 por Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979 –BOE de 10 de octubre– y es Estado miembro de la Unión Europea y ésta ha incorporado el Convenio de Derechos Humanos como Derecho propio a partir del Tratado de Maastricht –art. 6.2 del mismo–). Y téngase en cuenta que, en algunas de las citadas Sentencias del TEDH, éste precisamente condena al Reino de España por lesión del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

73. Pueden ser citadas, por un lado, las SSTS de 26 de febrero de 1990 –(RJ 1990, 3401)–; 4 de mayo de 1990 –(RJ 1990, 3799)–; 19 de octubre de 1993 –(RJ 1993, 7367)–; 9 de octubre de 1995 –(RJ 1995, 7500)–, FFJ 3.º y 8.º; 23 de octubre de 1998 –(RJ 1998, 7997)–; y 28 de febrero de 2002 –(RJ 2002, 6989)– FJ 3.º.

La STS de 26 de febrero de 1990 –(RJ 1990, 3401)– traduce tal consecuencia en un fallo estimatorio del recurso y anulatorio de los actos impugnados, tras estimar por primera vez en tal instancia la recusación solicitada por el recurrente.

Las SSTS de 19 de octubre de 1993 –(RJ 1993, 7367)– FJ. 5.º; 9 de octubre de 1995 –(RJ 1995, 7500)–, FFJJ 3.º y 8.º; y 23 de octubre de 1998 –(RJ 1998, 7997)– FJ. 2.º, también lo traducen en la anulación del acto administrativo impugnado, porque intervienen autoridades o funcionarios que deberían haberse abstenido y no lo hicieron.

Y la STS de 28 de febrero de 2002 –(RJ 2002, 6989)– FJ 3.º, de casación en interés de ley, ratifica la doctrina del Juzgado de lo CA de Barcelona que anula el acto recurrido, porque el titular del órgano que resuelve (el Rector de la Universidad) debió haberse abstenido y no lo hizo, por lo que procede su recusación, dado que la exigencia de imparcialidad consagrada en el art. 103 de la Constitución, “a la que está ordenada la institución de la recusación que ha de regir, sin excepciones, en cualquier fase de la actuación administrativa” (FJ. 3.º, letras b y d).

Por otro lado, resalta la STS de 19/7/2012 (ROJ: STS 5568/2012), FJ 6.º, párrafos 7, 8 y 9, que ratificó la Sentencia de instancia, anulatoria de la resolución del proceso selectivo, por considerar que:

“[...] la decisión que ha de adoptar la correspondiente Comisión de habilitación que resuelve las pruebas no exterioriza un simple acto de voluntad sino un juicio de valoración profesional encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica y, por tanto, caracterizado por un muy amplio margen de apreciación. *Ese amplio margen de apreciación que es posible hace que el debate previo a la decisión tenga una gran importancia y que, por esta razón, en la formación de la convicción final que refleja el voto de cada miembro de la Comisión influyan tanto sus propios criterios como los que haya escuchado en el debate provenientes de otros miembros de la Comisión.* Pues bien, esa interrelación de la totalidad de los miembros de la Comisión que es inherente al debate *hace que sea de compartir el razonamiento de la sentencia de instancia de que la presencia de [...] miembros afectados por la causa de abstención/recusación irradiaba y contaminaba a los restantes miembros y viciaba de falta de imparcialidad a la decisión colegial*”.

74. Destacan en relación con el supuesto de intervención de un miembro de la Comisión Evaluadora que ya emitió informe sobre el evaluado las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo,

y carácter permisivo con que la vienen aplicando nuestros órganos jurisdiccionales, en clara minusvaloración del principio de objetividad en la actuación de las Administraciones públicas y de imparcialidad de sus agentes⁷⁵.

6.10. Utilización en los procedimientos de otorgamiento de las ayudas de la *publicidad reforzada consistente en no sólo realizar la publicación en los correspondientes tablones de edictos electrónicos y la notificación que proceda, en las correspondientes plataformas electrónicas, sino también del uso de la publicidad adicional de los avisos al correo electrónico* indicado por cada participante (mediante la elaboración de las

de Murcia 776/1996 (Sección 2.º), de 12 de diciembre (RJCA 1996, 2445); de Baleares n.º 367/2001, de 30 de marzo (Aranzadi [JUR 2001, 156011]); y de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede de Valladolid (Sección Única), 786/2001, de 4 de mayo (RJCA 2001, 808).

La STSJ de Murcia 776/1996 (Sección 2.º), de 12 de diciembre (RJCA 1996, 2445), que, en el caso controvertido, resuelve que procede la aplicación del motivo de recusación del art. 28.2.d de la Ley 30/1992 (“haber tenido intervención como perito o testigo en el procedimiento de que se trate”) y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución rectoral que no admitió tal recusación. E incluso justifica esa interpretación amplia de la locución “haber tenido intervención como perito en el procedimiento de que se trate” en los procesos evaluadores de mérito y capacidad en “el especial rigor con que debe tratarse la imparcialidad de los miembros de una comisión de calificación, rigor propio de la importancia que se otorga a su dictamen, prácticamente irrefutable”, por la doctrina de la discrecionalidad técnica y que “se trata de peritos muy calificados por la relevancia que se da a sus dictámenes y es por ello que dada su importancia y dado su valor, difícilmente corregible en vía judicial, que en mayor medida le sea exigible una imparcialidad y un mayor rigor en los criterios tenidos en cuenta para conseguirlas”.

La STSJ de Baleares n.º 367/2001, de 30 de marzo (Aranzadi [JUR 2001, 156011]) destaca, en su FJ. 2.º, que, al haber emitido Informe previo a la celebración del concurso sobre un candidato, negativo en relación con el mismo, no lo podía calificar en la Comisión Evaluadora de tal concurso, incurriendo en el motivo de abstención del art. 28.2, letra d, de la Ley 30/1992, por cuanto, sin ser perito en sentido estricto, había emitido informe previo sobre alguno de los candidatos. Y por ello estima el recurso en cuanto a la cuestión de la recusación.

Y la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede de Valladolid (Sección Única), 786/2001, de 4 de mayo (RJCA 2001, 808), después de argumentar que la actuación y actitud de determinados vocales de una Comisión Evaluadora de Concurso docente universitario dificulta la objetividad de los mismos en una nueva evaluación sobre el mismo concurso, otorga al recurrente la oportunidad de recusarlos para el nuevo juicio evaluador al que conduce la misma Sentencia, por anular la anterior propuesta de provisión, con retroacción de actuaciones (Fundamento Jurídico 5.º, 6.º y fallo).

75. Sobre esta cuestión también es imprescindible leer el libro de S. FERNÁNDEZ RAMOS y J.M. PÉREZ MONGUIÓ, en el que resaltan que, en la vertiente subjetiva del principio de imparcialidad, el alcance debe ser idéntico en el ámbito administrativo y judicial, pues su finalidad no es otra que “mantener la actividad administrativa a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales” y, en dicha vertiente, tal principio “forma parte de la más extendida formulación del moderno derecho a la buena administración” (2012, p. 202).

correspondientes listas de correo) de que se ha realizado la publicación o de que se ha puesto a disposición la notificación correspondiente.

Aunque existen procedimientos de adjudicación de ayudas públicas en los que sí se utiliza dicho aviso (los de los proyectos de investigación y de estancias investigadoras de convocatorias estatales y algunos de las Universidades), nos consta que existen otros en los que se ha excluido deliberadamente tal aviso, planteando los correspondientes problemas de conocimiento de la información por sus interesados.

Frente a ello, debe destacarse que el principio de transparencia (proclamado tanto en el art. 3.1.c de la Ley 40/2015, como en el art. 8.3.a de la LGS) implica no sólo una publicidad activa de actos y normas (Exposición de Motivos de la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, Epígrafe II, en diversos párrafos), sino también “facilitar el acceso a la información divulgada”, como se recoge, en la Exposición de Motivos de la citada Ley 19/2013 (Epígrafe II, párrafo 3, líneas 2.º y 3.ª de dicha Ley) y en su art. 5.4, que dice que “se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad” a la información.

Y, además, constituyendo la notificación y la publicación de los actos (tanto resolutorios como de trámite), consecuencias lógicas del principio constitucional de audiencia del art. 105.c CE. y siendo los preceptos que las regulan normas-regla informadas por el citado principio general del Derecho de carácter constitucional, como he destacado en trabajos anteriores, se impone la interpretación de los preceptos reguladores de la notificación y de la publicación del modo más favorable tanto al aludido principio constitucional de audiencia, como al citado principio de transparencia.

6.11. La realización de *emplazamiento de la subsanación de los defectos de la solicitud o de la documentación a adjuntar a la misma*, prevista en el art. 68, puntos 1 y 2 de la Ley 39/2015.

Debe recordarse que lo que se excluye, en el caso de procedimientos de concurrencia competitiva (al igual que en los selectivos), no es la subsanación, sino la ampliación de plazo de 10 a 15 días a la que se refiere el art. 68.2 de dicha Ley.

Ciertamente, varias sentencias de la Salas de lo Contencioso-Administrativo de Tribunales Superiores de Justicia comenzaron a aplicar el criterio de excluir totalmente la obligatoriedad e incluso la posibilidad de emplazamiento para subsanación y aportación de documentos que faltasen, en el caso de los procedimientos selectivos, a pesar de lo que decía y sigue diciendo la Ley⁷⁶.

Pero, frente a ello, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de febrero de 2003⁷⁷, que resolvió un recurso de casación en interés de Ley, declaró que la citada

76. Este fue el caso, por ejemplo, de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de mayo de 2001, que aplicó el citado criterio *contra legem*. Pero, tras ser recurrida en casación, por interés de ley, fue revocada por la STS de 4 de febrero de 2003.

77. (RJ 2003, 1565) y ROJ n.º 679/2003.

doctrina era “gravemente dañosa para el interés general y errónea”. Afirmar esta Sentencia que en los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva rige igualmente el obligado emplazamiento de subsanación, pero en el plazo de 10 días, sin posibilidad de prórroga. Y hay que recalcar que la referida Sentencia fue dictada al resolver el citado recurso de casación en Interés de Ley, que fijaba doctrina legal (art. 100.7 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su redacción anterior a la Ley Orgánica 7/2015), vinculante para todos los órganos jurisdiccionales y administrativos y publicada en el BOE⁷⁸.

Y la STS de 14 de septiembre 2004 (RJ 2004, 5642) insiste en la subsanabilidad, cuando no se muestre una actitud incumplidora del participante en el proceso selectivo (en relación con la acreditación de los méritos requerida en la convocatoria)⁷⁹.

Pero, las Administraciones han seguido incumpliendo tal precepto y diversos órganos judiciales inferiores al Tribunal Supremo también, acogiendo una interpretación restrictiva del mismo, y se han tenido que producir posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo, incluidas varias sentencias del año 2018, en garantía de la aplicación del mencionado precepto⁸⁰.

Y es que, tras la citada subsanación, subyace el principio general del Derecho de que los posibles errores del ciudadano, en la solicitud y documentación anexa (art. 68, puntos 1 y 2 de la Ley 39/2015) y en los trámites posteriores a la misma (art. 73.2 de la Ley 39/2015), deben poder corregirse.

Y lo mismo puede afirmarse, en aquellos supuestos en los que la documentación a presentar con la solicitud ni siquiera exige subsanación, porque ya obra en poder de la Administración convocante del proceso de concurrencia competitiva y, en la solicitud, se indica tal cosa, con base en el art. 53.1, letra d, de la Ley 39/2015

78. BOE de 16 de mayo de 2003, página 18.868.

79. Dice la Sentencia, en su FJ 3, párrafo 4, que “conviene subrayar que ciertamente los participantes en procesos selectivos están obligados a cumplir con las bases de la convocatoria y recae sobre ellos la carga de aportar la documentación en los términos que establezcan dichas bases, ya que así resulta conveniente para que el funcionamiento de esos procesos sea igual para todos los participantes y se desarrolle con la normal regularidad que exige el principio constitucional de eficacia administrativa (artículo 103 CE).

Pero debe destacarse también que esos criterios de racionalidad y proporcionalidad [...] no permiten valorar como incumplimiento de las repetidas bases aquellos comportamientos de los aspirantes que no respondan a una resistencia a observarlas, sino a una *razonable duda sobre su significado o alcance*. Cuando esto último suceda, lo procedente será permitir subsanar el error inicial en que se pueda haber incurrido”.

80. En la oscura STS de 7 de junio de 2007 (ROJ: STS 4052\2007, FJ 2, letra b), se declara que sólo son subsanables los requisitos procedimentales y no los que afecten al derecho para cuyo reconocimiento se insta. Pero tal criterio restrictivo no aparece reproducido en las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, que aplican una visión más amplia de la referida subsanación y son todas estimatorias: SSTS de 11 de octubre de 2010 (RJ 2011, 978); de 26 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1184) (rec. 694/2012); de 21 de marzo de 2018 (ROJ: STS 1060/2018); y 673/2018 de 25 abril (RJ 2018, 1836).

(derecho a “no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas”), como recogió la STS de 20 de abril de 2009 ([RJ 2009, 4044], FJ 3), que dijo que “bastaba con la indicación del expediente en que constaba la documentación requerida”.

6.12. La *posibilidad de utilización de prueba pericial*, en el procedimiento inicial o en el de recurso administrativo o contencioso-administrativo.

Es admitida dicha prueba en recursos contencioso-administrativos relativos a procesos selectivos, en las SSTS de 2/3/2007 (RJ 2007, 2602), (FJ.1); de 20/7/2007 (RJ 2007, 4791), (FJ.2); de 18/5/2011 (RJ 2011, 4446), (FJ.2); y de 18/4/2012 (RJ 2012, 5211), (FJ.5).

Y ello también viene apoyado por existir sentencias, en el ámbito de las ayudas para proyectos de investigación, ya mencionadas atrás, que han destacado la necesidad de contar con nuevos informes evaluadores que dirimiesen las diferencias valorativas tan relevantes que concurrían en los informes de los evaluadores externos del expediente administrativo⁸¹.

6.13. Y la *creación, en los ámbitos de ayudas públicas más especializados técnicamente* (convocatorias de ayudas a proyectos de investigación, estancias investigadoras, etc.) o más sensibles a la corrupción (adjudicación de viviendas de protección oficial, etc.), *de comisiones especializadas dotadas de autonomía funcional no sometidas a instrucciones jerárquicas* y la previsión de utilización en tal ámbito de los correspondientes medios de impugnación sustitutivos de los recursos de alzada y reposición, para reforzar la objetividad en la resolución de los supuestos litigiosos.

Ya hemos destacado que, en primaria instancia administrativa, se exige que el órgano que realice la propuesta sea un órgano colegiado (arts. 22.1 y 24.4 de la LGS). Pero ello no basta. Hoy por hoy, la mayor objetividad, en vía administrativa, suelen darla las comisiones especializadas dotadas de autonomía funcional y no sometidas a instrucciones jerárquicas (con el caso paradigmático de los tribunales económico-administrativos).

VII. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO FERNÁNDEZ, E./ PERRINO PÉREZ, A.L./ JAÉN VALLEJO, M., (2016) “Derecho Penal de las personas jurídicas”. Editorial Dykinson. Madrid.

81. Se trata de las SSTSJ de Galicia (Contencioso, Sección 3.ª) 424/2015 (JUR 2015, 153939) y 500/2015, de 30 de junio (JUR 2015, 175452), que declararon que los evaluadores externos incurrieron en unas diferencias valorativas tan relevantes que se hacía necesaria la práctica por un tercer evaluador de una valoración, en cierto modo, dirimente. Y, por ello, acordaron anular la valoración del proyecto de investigación y la retroacción de actuaciones para que, con el obligado nombramiento de un tercer evaluador externo, éste ponderase las estimaciones valorativas de los otros dos y la Consellería resolviese de nuevo acerca de la valoración realizada.

- ALTO COMMISSARIO ANTICORRUZIONE, (2007) “Il fenomeno della corruzione in Italia. Prima mappa dell’Alto Commissario Anticorruzione”, <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2012/03/Mappa-corruzione-Italia.pdf>.
- FAROUZ-CHOPIN, F., (2014) “La lutte contre la corruption”. Presses universitaires de Perpignan. Perpignan.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., (2012) “La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación”. Ed. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra).
- FOÀ, SERGIO, (2013) “Le novita` della legge anticorruzione”, in *Rivista Giuridica “Urbanística e Appalti”*, 3/2013, pp. 293-306.
- KLITGAARD, ROBERT E., (1988) “Controlling corruption”. University of California Press, Berkeley and Los Angeles.
- (2015) “Addressing corruption together”. OECD.
- LOEWENSTEIN, KARL., (1976) *Teoría de la Constitución*. Ed. Ariel. Barcelona. Segunda edición española, traducción de la segunda edición alemana de 1969.
- MALEM SEÑA, J. F., (2016) “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”. R.V.A.P. núm. 104-II. enero-abril 2016. Pp. 25-41.
- MONTEDURO, F. / BRUNELLI, S./ BURATTI, A., (2013) “La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici”. Formez PA. Roma.
- MONTESQUIEU (SECONDAT, Charles-Louis, Baron de la Brède et de Montesquieu), (1971) *Del Espíritu de las Leyes*. Ed. Tecnos. Madrid. Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.
- RAZ, JOSEPH, (1971-1972) “Legal principles and the limits of the law”. *The Yale Law Journal* 81, pp. 823-854.
- TARDÍO PATO, J.A., (2018a) “La corrupción en el ámbito urbanístico y su prevención mediante transparencia y buen gobierno”. *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 3273-3298.
- (2018b) “Los contratos del sector público y la prevención de la corrupción mediante transparencia y buen gobierno”. *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*. Ed. Aranzadi-Thomson-Reuters 2018, pp. 1023-1045.
- (2020) “Transparencia y buen gobierno como prevención frente a la corrupción en el ámbito de los procesos selectivos de la función pública”, en “*Transparencia y participación para un gobierno abierto*”, coordinado por Manuel Sánchez de Diego Fernández de la Riva y Javier Sierra Rodríguez. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos. Wolters Kluwer. Madrid, pp. 249-268.

- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE, (1980) *De la Democracia en América*. Tomo I. Alianza Editorial. Madrid. Traducción por Dolores Sánchez de Aleu de la 12.^a edición francesa de 1848, publicada por Editions Gallimard, en 1961.
- TOLIVAR ALAS, LEOPOLDO, (2019) “Contratación pública: corrupción y transparencia en una sociedad digital”, en “Los desafíos del derecho público en el siglo XXI: libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz”. Coordinado por Iñigo del Guayo Castiella y Almudena Fernández Carballal. INAP. Madrid, pp. 895-913.
- TRONCOSO REIGADA, ANTONIO, (2010) “La protección de datos personales. en busca del equilibrio”. Valencia. Tirant lo Blanch.
- (2017) “Comentario al art. 15 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, en “Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”. Director/a Troncoso Reigada, Antonio. Editorial Thonsom-Reuters-Civitas, p. 988 y ss.