

# **LA INTENSIDAD DE LAS AYUDAS PÚBLICAS Y EL EQUIVALENTE BRUTO EN TÉRMINOS DE SUBVENCIÓN: LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO AL NECESARIO CÁLCULO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS HÍBRIDAS**

Por

Carmen Fernández Rodríguez  
Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

**SUMARIO.-** I.- ACLARACIÓN PREVIA DE LA NATURALEZA DE LA SUBVENCIÓN Y OTRO TIPO DE AYUDAS PÚBLICAS. II.- LA TIPOLOGÍA DE AYUDAS PÚBLICAS: EL CALCULO DE SU INTENSIDAD Y EL EQUIVALENTE BRUTO EN TÉRMINOS DE SUBVENCIÓN. III.- EL EFECTO DE HIBRIDACIÓN<sup>1</sup> DE LA ADAPTACIÓN DE LAS AYUDAS A LOS NEGOCIOS JURÍDICOS PRIVADOS: EL CRÉDITO OFICIAL Y LA AYUDA PÚBLICA DEL PRÉSTAMO SUBVENCIONADO. IV.- ALGUNAS CONCLUSIONES

**PALABRAS CLAVE:** subvención; ayuda pública; préstamo subvencionado; intensidad de la ayuda; elemento de la ayuda; el equivalente en términos de subvención bruta; negocios jurídicos híbridos.

**RESÚMEN:** En este artículo se pretende poner el énfasis en la naturaleza particular de algunas ayudas públicas en cuanto que en ellas se integran negocios jurídicos diversos que dan lugar a negocios jurídicos híbridos distintos que obligan al cálculo de la intensidad que hay en ellos de ayuda en términos del equivalente de subvención bruta, dado que, aunque son ayudas públicas no todo en ellos es subvención en sentido estricto.

**KEY WORDS:** subvention; public aid; subvention loan; intensity aid; aid element; equivalent gross subvention; hybrid legal business.

**ABSTRACT:** The article has the intention to explain the specific nature of any public aids that incorporate different legal business and produce new and hybrid legal business. This situation compels to calculate the intensity of the aid like a gross subvention because there are public aids which the subvention strictly speaking is only a part of the legal business.

## **I.- ACLARACIÓN PREVIA DE LA NATURALEZA DE LA SUBVENCIÓN Y OTRO TIPO DE AYUDAS PÚBLICAS**

El actual frenesí de concesión de ayudas públicas en la situación de crisis económica derivada de la pandemia reciente se ha hecho prácticamente endémico de nuestra

---

<sup>1</sup> La definición de la hibridación según la RAE tiene tres acepciones que nos resultan útiles a nuestros efectos, en relación a la institución de la ayuda pública sobre negocios jurídicos de naturaleza diversa, dando lugar a otro de características mixtas y complementarias: “1. f. Producción de seres híbridos. 2. f. Biol. Fusión de dos células de distinta estirpe para dar lugar a otra de características mixtas. 3. f. Biol. Asociación de dos moléculas con cierto grado de complementariedad”.

estructura económica dado que el pistoletazo de salida de esta aceleración de la actividad de fomento económico ya se produjo con motivo de crisis anteriores, especialmente la crisis que comenzara en el año 2008. Existen muy diversas modalidades de ayudas públicas y cada una tiene su propio régimen jurídico dentro de un marco común. De ahí que se haga preciso observar que el cajón de sastre que es el régimen jurídico de la ayuda pública exige discriminar los supuestos y modalidades existentes, no sólo para determinar los límites de concesión de ayudas por parte de los Estados, sino también el cálculo de la ventaja de la que dispone el beneficiario.

No resulta extraño que las disposiciones normativas de la categoría que fuere, cada vez, con más frecuencia, dediquen una parte importante de sus textos, a definir lo que entiende esa norma cuando utiliza los términos en su articulado para, a renglón seguido, establecer qué supuestos quedan afectados por sus disposiciones y cuáles otros se excluyen de su objeto. Parece razonable que, por la propia seguridad jurídica que ha de ofrecer cada texto, se garantice con la propia definición de los términos y del objeto de la norma que es claro a qué se aplica y a qué no y, sin embargo, parecería razonable también que si los términos se utilizaran con cierta precisión e integración con el resto del ordenamiento jurídico, la técnica legislativa no debería requerir mayor definición que la que ofrece la literalidad de sus términos.

Si hay una materia jurídica en la que se advierte la necesidad de concretar los términos que se utilizan, así como el mismo objeto al que se aplica, es sin duda alguna la que corresponde a la regulación de las ayudas públicas. Las razones no son sólo derivadas de la integración del derecho de la Unión Europea en el de los Estados miembros en lo que se refiere al control de los fondos objeto de ayudas de Estado en lo que ello afecta a la libre competencia (que también), sino, sobre todo, a la evolución interna del concepto de subvención de nuestro ordenamiento jurídico del que parte la tarea de fomento administrativo; concepto a partir del cual se trata de construir de forma omnicomprendiva el resto del régimen jurídico aplicable a todas las ayudas públicas, a pesar de la muy diferente naturaleza que pudieran tener esas disposiciones según su causa y origen. Por ello y dada la diversidad, resulta imprescindible que los operadores jurídicos distingan la naturaleza de estas modalidades de ayuda distintas de la subvención a todos los efectos y posibles planos jurídicos -civil, administrativo y penal<sup>2</sup>.

La dificultad interpretativa está servida y se expresa en los contradictorios pronunciamientos judiciales dado que la *vis atractiva* de la intervención comunitaria y del control presupuestario y financiero administrativo sobre los fondos públicos dispuestos, hacen que, como apuntamos, automáticamente se venga a considerar sin mayor profundización que cualquier disposición de fondos públicos resulta ser ayuda y que todas las ayudas son iguales en naturaleza, cálculo, régimen jurídico y control financiero por el hecho de existir disposición de dinero público, cuando, lo cierto, es que ni toda disposición de fondos públicos supone una ayuda, ni mucho menos, todas las

---

<sup>2</sup> Aunque referidos los comentarios a la primera etapa inmediatamente posterior a la aprobación de la LGS, los supuestos en los que la misma y su reglamento de desarrollo se aplica a la ayuda pública con carácter general o no, son ciertamente numerosos y controvertidos. Y así a los créditos pactados por la Administración sin interés o con interés inferior al del mercado, los ubica entre los supuestos en los que sólo se aplica la LGS y su RGS de forma supletoria. Vid. CUBILLO RODRÍGUEZ, C. "Figuras controvertidas en la aplicación de la ley general de subvenciones y su reglamento de desarrollo", pág. 8. <http://www.cositalfe.es/img/eventos/CarlosCubillo.pdf>

ayudas tienen la misma naturaleza, régimen jurídico, cálculo y control<sup>3</sup>. A esta automática subsunción, colaboran además dos hechos: por un lado el que las disposiciones normativas comunitarias vayan dirigidas a los Estados que, a efectos de obligación y estadística sólo pueden ofrecer, con determinadas condiciones, determinados tipos de ayuda y, por tanto, dichos efectos no se refieren tanto al beneficiario de la ayuda, como a la Administración disponente de los recursos. Y, de otro lado, colabora el hecho de que las Administraciones disponentes de los fondos públicos anuncian “a bombo y platillo” la concesión de ayudas a la ciudadanía, sin matiz alguno y, por tanto, sin transparentar de qué clase o tipología de ayudas se trata, dando lugar a que la generalización produzca la confusión sobre la naturaleza de las obligaciones de los beneficiarios de las mismas, pues es bien distinto que, sin perjuicio del cumplimiento del fin de interés general que necesariamente ha de cumplir toda disposición de fondos públicos, aquél reciba préstamos subvencionados, anticipos reembolsables o subvenciones, ya que en unos casos tendrá que realizar una contraprestación consistente en la devolución y en otros recibirá la ayuda a fondo perdido que deberá aplicar al fin previsto, pero sin contraprestación devolutiva alguna por su parte.

Con alcance general, las categorías jurídicas y su naturaleza, cuando se interpretan de forma cerrada en torno al sector del ordenamiento que parece darles origen, eludiendo la causa del negocio que subyace a ellas, dan lugar frecuentemente a interpretaciones sesgadas, cuando no, injustas. El problema no es común cuando la naturaleza de una institución se presenta en estado puro<sup>4</sup>. Sin embargo, en materia de ayudas públicas es frecuente que las categorías y los negocios jurídicos privados entren en conjunción con la actividad de fomento de las Administraciones, dando paso a compuestos negociales distintos, híbridos, que constituyen a su vez tipologías diferentes en todo o en parte. Esto es común no sólo en las relaciones interadministrativas sino, sobre todo, cuando la Administración interviene sobre el Derecho privado, especialmente sobre negocios o realidades jurídico-privadas, e incluso, como un particular más en el ámbito financiero. Para la interpretación de estas categorías híbridas -nacidas de la conjunción de negocios jurídicos diferentes- no es pues correcto que utilicemos exclusivamente los parámetros propios de la naturaleza de las instituciones que la componen y la hacen híbrida, sino que esa naturaleza compleja del nuevo negocio que se origina, da lugar a categorías nuevas que, en todo o en parte requieren de su adecuada reinterpretación.

---

<sup>3</sup> Por ello, sin perjuicio de lo que establece el artículo 2 del RGS, al indicar que lo previsto en la LGS, así como en el cuerpo de este Reglamento, es de aplicación a toda disposición dineraria que, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones, se realice por cualquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de la LGS a favor de personas públicas o privadas, “cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se deriva dicha disposición”, lo cierto es que ello no elude que, efectivamente, se cumplan estos requisitos previstos en el artículo 2.1 de la LGS, dado que el hecho de que para calificar una ayuda como tal no pueda existir contraprestación por los fondos recibidos, ya excluiría por antinomia, que ciertos negocios pudieran ser calificados como ayuda, cuando existe contraprestación como sucede en el caso del préstamo subvencionado, teniéndose que devolver el principal del préstamo y la diferencia de intereses.

<sup>4</sup> Sucede así en la subvención como ayuda en la que reiterada jurisprudencia reconoce su carácter modal o, si se prefiere, su naturaleza como figura de Derecho público, que genera inexcusables obligaciones a la entidad beneficiaria, cuyo incumplimiento determina la procedencia de la devolución de lo percibido sin que ello comporte, en puridad de principios, la revisión de un acto administrativo declarativo de derecho que haya de seguir el procedimiento establecido para dicha revisión. Y es que la subvención comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar el ejercicio de su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. “La subvención no responde a una *causa donandi*, sino a la finalidad de intervenir la Administración, a través de unos condicionamientos o de un *modus*, libremente aceptado por el beneficiario en la actuación de éste” STS 25 de septiembre de 2017, sala de lo contencioso-administrativo (ECLI:ES:TS:2017:3342).

Sucede así que cuando una Administración Pública concede ayudas públicas en sus diferentes tipologías -que progresivamente vamos viendo demanda el libre mercado de la Unión y, especialmente, el sector financiero, adoptando formas variadas como son anticipos reembolsables, préstamos subvencionados, participación en el capital de empresas o subvenciones- en ellas, la naturaleza de la ayuda pública difiere en cada caso, sin perjuicio de que, en cada una de ellas exista una cuantía de subvención que deberá calcularse y, por tanto, este sea el motivo por el cual les sea de aplicación el régimen jurídico de las subvenciones, que al fin y a la postre, constituye la originaria y principal modalidad de disposición de fondos públicos objeto de la actividad administrativa de fomento.

Nuestra Ley General de Subvenciones (LGS) 38/2003, de 17 de noviembre<sup>5</sup>, partiendo del concepto de subvención en sentido estricto, tiene la vocación de ser omnicompreensiva del régimen jurídico de todas las ayudas públicas; labor, de otro lado, ciertamente imposible dado que las ayudas han ido revistiendo formas cada vez más diversas en su naturaleza, no sólo por el origen de los fondos (europeo, estatal, autonómico o local) sino por cómo se adaptan a las necesidades de los beneficiarios y su conjunción con su propia actividad profesional privada. Así, la LGS -art. 2.1 y 2- expresa qué elementos mínimos ha de tener una subvención, en cuanto disposición dineraria realizada por una Administración a favor de personas públicas o privadas, señalando que la entrega se ha de realizar “sin contraprestación directa” de los beneficiarios; estando sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo que es el que constituye el objeto del fomento “por tratarse de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”. A pesar de lo anterior, como es sabido, no siempre que la disposición queda dentro del concepto de subvención en sentido amplio, luego es realmente subvención a los efectos de la LGS, ya que se establecen también los supuestos en que el legislador excluye ciertas disposiciones -art. 2.4 LGS- que responden a otra lógica en cuanto a que su causa o interés subyacente es de naturaleza distinta a la actividad de fomento, apuntándose así que:

“4. No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos:

- a) Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social.
- b) Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora.
- c) También quedarán excluidas, en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos.
- d) Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio.
- e) Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo.
- f) Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial.
- g) Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social.

---

<sup>5</sup> BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 2003.

h) El crédito oficial<sup>6</sup>, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.”.

Resulta evidente que en estos supuestos excluidos del objeto de la LGS y del propio concepto de subvención como ayuda pública que es, la causa jurídica que subyace tras de estas disposiciones dinerarias por parte de la Administración es singularmente diferente a la de la ayuda pública, bien porque previamente el ciudadano ha contribuido económicamente en su vida laboral o indirectamente para posteriormente recibir una prestación -prestaciones contributivas o no contributivas-, bien porque el fomento tiene una naturaleza distinta a la ayuda pública en sí -beneficios fiscales-; bien porque el sujeto disponente o la causa del negocio no es en su totalidad la de ser ayuda pública -crédito oficial- a pesar de que los préstamos con interés subvencionado se califiquen como tales por tener una parte de subvención -el tipo o las condiciones del interés-.

En relación a este último supuesto -el de los préstamos subvencionados- se pueden observar rasgos comunes a las ayudas públicas distintas a la subvención en sentido estricto. El artículo 4 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (RGS)<sup>7</sup>, remite al desarrollo reglamentario las operaciones de crédito subvencionadas por la Administración General del Estado. Lo que no significa que el crédito oficial no pueda ofrecer créditos más favorables -que no serán nunca ayuda pública- dado que respecto de las operaciones que instrumente el Instituto de Crédito Oficial se ha de aplicar lo previsto en el apartado 2 del artículo 53 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, y demás normativa específica, según la cual se han de hacer las correspondientes dotaciones presupuestarias de forma previa:

“Dos. En los supuestos de intereses subvencionados por el Estado, en operaciones financieras instrumentadas a través del Instituto de Crédito Oficial, los acuerdos del Consejo de Ministros o de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos requerirán la acreditación previa de reserva de créditos en los Presupuestos Generales del Estado.” – art. 53. 2 de la Ley 30/2005-.

A estas exclusiones de la LGS y del RGS, asimismo hay que añadir las exclusiones de las disposiciones de fondos públicos que cada normativa reguladora va proveyendo cuando al regular cada tipología de ayudas -ayudas de *minimis*; ayudas regionales; ayudas para

---

<sup>6</sup> La Administración ha formado parte de los disponentes financieros como un operador más desde finales del siglo XIX y lo ha hecho tradicionalmente en condiciones más beneficiosas para los potenciales cliente,s dando lugar a una mayor preferencia por sus condiciones a través del crédito oficial que se ha articulado históricamente en nuestro país a través del ICO como entidad pública empresarial integrada en el Ministerio de Economía. Los orígenes de la institución se enraizan en una serie de bancos creados en España desde el último tercio del siglo XIX con el Banco de Crédito Hipotecario (1876), al que siguieron el Banco de Crédito Industrial (1920), el Banco de Crédito Local (1925) y el Banco Exterior de España (1929). Posteriormente una serie de instituciones (el Servicio Nacional de Crédito Agrícola, la Caja Central de Crédito Marítimo y Pesquero y el Instituto de Crédito para la Reconstrucción) dieron lugar en 1962 al Banco de Crédito Agrícola, el Crédito Social Pesquero y el Banco de Crédito a la Construcción. La ley de 1962 nacionalizó y ordenó el crédito oficial y creó el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, antecedente directo del ICO. En 1971 se reorganizaron estas entidades oficiales de crédito, a partir de la Ley de Organización y Régimen del Crédito Oficial (LORCO), y se creó el ICO. A partir de este momento pueden distinguirse tres etapas claramente diferenciadas en esta institución: el periodo 1971-1991, en el que el Instituto mantuvo bajo su control las entidades oficiales de crédito; a partir de 1991, cuando dichas entidades pasaron a ser regidas por la CBE (Argentaria) y el ICO perdió la capacidad que los bancos oficiales le proporcionaban de llegar directamente a los demandantes de crédito; y la última que abarca la última crisis que se hizo notar a partir de 2008 en nuestro país.

<sup>7</sup> BOE núm. 176, de 25 de julio.

sectores específicos- se dejan fuera del régimen general aplicable a esas ayudas por no considerarlas tal por los motivos que fuere: cuantitativos; competenciales, de transparencia o estadísticos.

## **II.- LA TIPOLOGÍA DE AYUDAS PÚBLICAS: EL CALCULO DE SU INTENSIDAD Y EL EQUIVALENTE BRUTO EN TÉRMINOS DE SUBVENCIÓN**

Lo anterior viene a propósito de la necesidad de diferenciar, dentro del “gran saco” de las ayudas públicas, la modalidad de ayuda y sus condiciones, lo que, de entrada, nos obliga a centrar adecuadamente el problema jurídico sobre el que pretendemos reflexionar porque cuando el legislador y la Administración prevén determinados tipos de ayuda pública adaptándose a las necesidades de los beneficiarios, no pueden eliminar ni obviar, como es lógico, la naturaleza ni las diversas causas jurídicas que subyacen a los negocios concretos sobre los que se articula el fomento. De manera que el que se trate de ayudas públicas en las que se aplica en todo o en parte el régimen jurídico correspondiente, no excluye la existencia de un negocio cuya causa y lógica difiere de la subvención en sentido estricto y ello tiene sus consecuencias.

Tomando como ejemplo el supuesto de exclusión del régimen de ayudas públicas relativo al crédito oficial, vemos que la diferencia entre ser o no ser ayuda está en el hecho, no ya sólo de que el disponente sea el ICO, sino en el hecho relevante de que el interés se haya subvencionado o no.

Y es que cuando la Administración Pública desarrolla la actividad de fomento prestando ayudas, se deben conjugar hasta tres planos diferentes: el privado o mercantil de la operación objeto de ayuda pública que tiene su causa propia; el plano de la ayuda pública como actividad de fomento administrativa que tiene también sus principios propios y, finalmente, el plano de las consecuencias o efectos de uno y de otro en los tres órdenes: civil/mercantil; administrativo y penal.

La delimitación resulta definitiva pues, de hecho, los efectos de los diferentes planos se producen a lo largo de toda la vida y duración del negocio en cuestión, afectando asimismo a la regulación de la actividad de la Administración y a las prestaciones debidas por los particulares o empresas. Por ello, desde los tres ámbitos se aportan singularidades a la naturaleza y responsabilidades derivadas de la tipología de ayuda porque cuando existe una atribución patrimonial a fondo perdido en la que la causa de la ayuda o fomento administrativo consiste en esa diferencia en la contraprestación devolutiva de los intereses -préstamos subvencionados- la lógica de esa ayuda se yuxtapone a la lógica y la causa del negocio de préstamo en la que la contraprestación de devolución del principal del mismo forma parte constitutiva del negocio, devolutivo por su propia naturaleza, frente al carácter no devolutivo de lo que constituye el total del objeto de ayuda cuando esta se trata de una subvención en sentido estricto, que es a fondo perdido y, por tanto, no devolutiva.

El negocio jurídico mixto<sup>8</sup> o híbrido en el que convergen las causas mercantil del contrato de préstamo y subvencional de la actividad administrativa de fomento, da lugar pues a un

---

<sup>8</sup> No nos referimos aquí como es lógico a la figura administrativa del contrato mixto como aquel que contiene prestaciones correspondientes a distintas clases de contratos públicos (obras, suministros o servicios) dentro de la LCSP, sino a negocios jurídicos de naturaleza híbrida que dan lugar a un *tertium*

régimen jurídico de la ayuda en el cual el cálculo de la ayuda que hay en el conjunto del negocio, requiere de concreción dado que, como consideramos, a diferencia de la subvención en sentido estricto, en el que la ayuda es toda su cuantía, en la medida que son fondos públicos dispuestos a fondo perdido, en estas otras modalidades convergen contraprestaciones que obligan a identificar cuál es la parte de ayuda que existe en el total del negocio, sin perjuicio de que el préstamo subvencional como tal sea calificado como ayuda.

Las causas de estas nuevas tipologías de ayudas son muy diversas<sup>9</sup> ya en su origen, precisamente porque como más arriba hemos apuntado, en ellas confluyen planos privados, administrativos y de responsabilidad y control diversos: la colaboración público-privada en la cual los particulares colaboran en la realización del interés público mediante la realización de actividades o proyectos para cuya realización perciben recursos públicos; la libre competencia del mercado que obliga a exigir a los Estados el cumplimiento de determinadas condiciones para permitir que existan ayudas concretas de Estado; la transparencia de los mercados para la libre competencia; la libertad negocial de los particulares o el control y responsabilidad por el cumplimiento del fin de los fondos públicos dispuestos<sup>10</sup>.

---

*genus* distinto de los negocios que lo constituyen. La expresión tampoco se utiliza en los términos que últimamente parece estar tomando su definición como negocios que se realizan en forma presencial y *on line* de forma simultánea, sino como negocio jurídico en el que confluyen causas diversas, dando lugar a una tipología distinta en todo o en parte, que es en la que confluyen las diversas causas jurídicas.

<sup>9</sup> En cada periodo de programación estratégica de la Unión los reglamentos financieros determinan la intensidad de las ayudas en virtud del momento concreto y del tipo de ayuda. Así sucedió de en periodo 1990-1998; en el siguiente de 2000-2006 y en la actualidad. De manera que se concretaba ya si el tipo de subvención estaba amparado por un Reglamento de exención de la obligación de comunicar a la Comisión el régimen de ayuda, de acuerdo con la habilitación conferida a la Comisión por el Consejo en virtud del Reglamento 994/1998 sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a determinadas categorías de ayudas de Estado, la intensidad máxima de la subvención la determinaba el propio Reglamento de exención. Si el régimen de ayuda debía ser comunicado a la Comisión y esta se había pronunciado expresamente sobre el mismo, habría que estar a lo que en dicho pronunciamiento expreso se dispusiera en relación con la intensidad máxima de la subvención. Caso de que no hubiera pronunciamiento expreso de la Comisión, según el artículo 4.6 del Reglamento 659/1999, transcurridos 2 meses desde la comunicación a la Comisión del régimen de ayudas sin que esta se haya manifestado al respecto, dicho régimen podía ser llevado a efecto por el Estado miembro. En este caso, si la Comisión había aprobado un encuadramiento sobre ese régimen concreto de ayudas de Estado, habría que estar a lo que en el mismo se dispusiera. Es el caso, por ejemplo, de las ayudas de Estado de I+D+i, en las que, salvo que los beneficiarios sean Pymes, debían ser comunicadas a la Comisión. En el caso de subvenciones a empresas, y sin perjuicio de que su importe no puede superar los límites que señala la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado, la financiación de los fondos estructurales podía llegar como máximo hasta el 35% en regiones del objetivo 1, y el 15% en regiones de fuera del objetivo. De manera que estaban previstos dos límites: por un lado, la subvención nacional no podía superar la intensidad máxima prevista en la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado y, por otro, la Comisión financiaba la citada subvención de acuerdo a los límites máximos de financiación anteriormente expuestos. Así, por ejemplo, tratándose de ayudas de incentivos regionales a empresas en el que la inversión se localizara en zonas regionales del objetivo 2, con un coste de 1.000 euros. La intensidad máxima de la subvención, según el mapa de ayudas regionales aprobado por la Comisión para el periodo 2000-2006, era del 30%, por lo que su importe sería de 300 euros. La tasa de financiación de la subvención por el FEDER sería del 15% y ascendería a 45 euros ( $0,15 \times 300$ ). De manera que para un coste de 1.000 euros, 700 los financiaría la empresa y 300 euros tendrían financiación pública, de los que 255 los aportaría la Administración del Estado y 45 la Unión Europea. Vid. BASCONES RAMOS, J.M. "Régimen jurídico de los Fondos Estructurales de la Unión Europea para el periodo 2007-2013. Principales novedades e incidencia del nuevo reglamento de la Ley General de Subvenciones". Revista Española de Control Externo, vol. 8, núm. 24, 2006, págs.,81-134.

<sup>10</sup> Son tres los supuestos en que estas ayudas de Estado se pueden considerar compatibles con el mercado interior: las ayudas denominadas de *minimis* reguladas en el Reglamento UE de la Comisión, 1407/2013, de 18 de diciembre, que en consideración a su reducida cuantía están exentas de notificación y de

Así, en la órbita de la transparencia y eficacia del control, el Reglamento de la UE 1407/2013 de la Comisión, 18 de diciembre de 2013,<sup>11</sup> relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de *minimis*<sup>12</sup>, se explica el motivo por el cual determinadas ayudas transparentes y con un límite cuantitativo tienen un cálculo que se concreta a lo que constituye la intensidad de la ayuda en estos casos, indicando en su Expositivo que:

“En aras de la transparencia, la igualdad de trato y la eficacia del control, el presente Reglamento solo debe aplicarse a las ayudas de *minimis* cuyo equivalente de subvención bruta pueda calcularse previamente con precisión sin necesidad alguna de efectuar una evaluación del riesgo («ayuda transparente»). Ese cálculo puede realizarse con precisión, por ejemplo, en el caso de las subvenciones, las bonificaciones de intereses, las exenciones fiscales limitadas u otros instrumentos que llevan asociado un tope que garantiza que no se supere el límite máximo pertinente. La fijación de un tope supone que, si se desconoce o no se conoce todavía el importe exacto de la ayuda, el Estado miembro ha de asumir que dicho importe es igual al tope, con el fin de evitar que varias ayudas juntas sobrepasen el límite máximo establecido en el presente Reglamento y de aplicar las normas sobre acumulación.” (14). “En aras de la transparencia, la igualdad de trato y la correcta aplicación del límite máximo de *minimis*, todos los Estados miembros deben aplicar el mismo método de cálculo. Para facilitar este cálculo, los importes de las ayudas que no sean en concepto de subvención en efectivo deben convertirse en su equivalente de subvención bruta<sup>13</sup>. Para calcular el equivalente de subvención bruta de las categorías transparentes de ayuda distintas de las subvenciones o de las ayudas pagaderas en varios plazos, deben utilizarse los tipos de interés de mercado vigentes en el momento de la concesión de la ayuda. Con vistas a aplicar de manera uniforme, transparente y sencilla las normas sobre ayudas estatales, debe entenderse que los tipos de mercado aplicables a efectos del presente Reglamento son los tipos de referencia contemplados en la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (15).

A estos mismos efectos, se excluyen algunas tipologías de ayuda -como son las aportaciones de capital o medidas de financiación de riesgos- como ayudas de *minimis*, precisamente porque en ellas no es fácil identificar el equivalente de subvención bruta:

“Las ayudas consistentes en aportaciones de capital no deben considerarse ayudas de *minimis* transparentes, salvo si el importe total de la aportación pública no sobrepasa el límite máximo de *minimis*. Las ayudas consistentes en medidas de financiación de riesgos que adopten la forma de inversión de capital o cuasicapital privado, según se establece en las directrices sobre financiación de riesgos, no deben considerarse ayudas de *minimis* transparentes, a menos que la medida en cuestión aporte una cantidad de capital que no sobrepase el límite máximo de *minimis*.”.

Sin embargo, sí se incluyen en el concepto de ayuda de *minimis* otras ayudas como los préstamos subvencionados que así se consideren, si cumplen con determinadas

---

comunicación a la Comisión; las ayudas por compatibilidad automática derivada de la aplicación del Reglamento UE 651/2014, RGEC (GBER), de 17 de junio, que no tienen que ser notificadas pero deben ser comunicadas a la Comisión y las ayudas notificadas que limitan la capacidad de los Estados miembros, siendo ilegales si no son notificadas y resueltas favorablemente.

<sup>11</sup> DOUE de 21 de diciembre de 2013.

<sup>12</sup> Se considera que estas ayudas de *minimis* que cumplen las condiciones establecidas en el Reglamento 1407/2013, no reúnen todos los criterios del artículo 107, apartado 1, del Tratado, y, por consiguiente, están exentas de la obligación de notificación establecida en el artículo 108, apartado 3, del Tratado. El importe total de las ayudas de *minimis* concedidas por un Estado miembro a una única empresa no puede exceder de 200 000 EUR durante cualquier período de tres ejercicios fiscales.

<sup>13</sup> Vid. TURRIÓN NIEVES, M. “Cálculo de la subvención bruta equivalente”. Presentación de 19 de noviembre de 2019.

condiciones tales como que el beneficiario no esté incurso en un procedimiento de insolvencia colectiva o en virtud de las condiciones de garantías ofrecidas<sup>14</sup>.

Posteriormente, el Reglamento de la UE 651/2014, de la Comisión, de 17 de junio de 2014<sup>15</sup>, por el que se declararon determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, definió distintos tipos de ayuda<sup>16</sup> y, en concreto en su artículo 7, refirió los supuestos en que la ayuda se concede en una forma que no sea subvención -tales como beneficios fiscales, ayudas pagaderas en varios plazos; anticipos reembolsables- en cuyo caso su cálculo se hará en su “equivalente de subvención bruto”, ya no concretado a que se trate de ayudas de *mínimis*, sino en virtud de la tipología de ayuda como ayuda transparente<sup>17</sup>. De modo que: “en aras de la transparencia, la igualdad de trato y la eficacia del seguimiento, el presente Reglamento solo debe aplicarse a las ayudas cuyo “equivalente de subvención bruto” pueda calcularse previamente con precisión sin necesidad de efectuar una evaluación del riesgo (“ayudas transparentes”). Sin embargo, respecto a determinados instrumentos de ayuda, tales como préstamos, garantías, medidas fiscales, medidas de financiación de riesgo y, en particular, anticipos reembolsables, el citado Reglamento debe definir en qué condiciones pueden considerarse transparentes”<sup>18</sup>. De modo que dentro de la complejidad

---

<sup>14</sup> Que el préstamo esté garantizado abarcando al menos el cincuenta por ciento del mismo y ascienda bien a un millón de euros a lo largo de cinco años, bien a quinientos mil euros a lo largo de diez años. En el caso de que el préstamo concedido sea de cuantías inferiores a las indicadas o/y tenga una duración inferior a cinco o diez años, respectivamente, “su equivalente de subvención bruto se calculará como una parte proporcional del límite máximo pertinente establecido en el artículo 3, apartado 2, o si el equivalente de subvención bruta se ha calculado sobre la base del tipo de referencia aplicable en el momento de la concesión” -art. 4.3 Reglamento 1407/2013-.

<sup>15</sup> DOUE de 26 de junio de 2014.

<sup>16</sup> Ya desde una década anterior este tipo de ayudas de carácter regional resultan matizadas en cuanto a su cálculo, sus condiciones de compatibilidad y transparencia. Y así se expresa ya en la Decisión del órgano de vigilancia de la Asociación Europea del Libre Comercio -AELC- 616/98/COL, de 4 de noviembre de 1998, sobre la decimocuarta modificación de las normas sustantivas y de procedimiento en materia de ayudas estatales, en la que las excepciones al principio de incompatibilidad se condiciona a que se pueda garantizar el equilibrio entre el falseamiento de la competencia que se deriva de su concesión y las ventajas de la ayuda desde el punto de vista del desarrollo de una región desfavorecida. Entonces ya se hablaba de diversas modalidades de ayuda: “La modalidad de las ayudas es variable: subvención, préstamo a tipo reducido o bonificación de intereses, garantía o adquisición pública de participaciones en condiciones ventajosas, exención fiscal, reducción de las contribuciones sociales, adquisición de bienes o servicios a precios ventajosos, etc.”. El Reglamento UE 651/2014, se aplica asimismo a las ayudas de finalidad regional, pero además se amplía a ayudas a las PYME en forma de ayudas a la inversión, ayudas de funcionamiento y ayudas para el acceso de las PYME a la financiación; ayudas para la protección del medio ambiente; ayudas de investigación y desarrollo e innovación; ayudas a la formación; ayudas a la contratación y empleo de trabajadores desfavorecidos y trabajadores con discapacidad; ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por determinados desastres naturales; ayudas de carácter social para el transporte en favor de residentes en regiones alejadas; ayudas para infraestructuras de banda ancha; ayudas a la cultura y la conservación del patrimonio; ayudas a infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales; y ayudas a infraestructuras locales.

<sup>17</sup> Ambos Reglamentos de la UE, el Reglamentos (UE) 1407/2013 y (UE) 651/2014, expiraban el 31 de diciembre de 2020, pero la situación pandémica dio lugar a que el período de aplicación se prorrogase por un período de tres años más, hasta el 31 de diciembre de 2023.

<sup>18</sup> Las aportaciones de capital no deben considerarse ayudas transparentes, sin perjuicio de las condiciones específicas aplicables a las ayudas a la financiación de riesgo y las destinadas a nuevos proyectos empresariales. Las ayudas consistentes en garantías deben considerarse transparentes si el equivalente de subvención bruto se ha calculado sobre la base de primas refugio establecidas para el tipo de empresa de que se trate. En el caso de las pequeñas y medianas empresas (PYME), la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de

que ya supone la misma delimitación, hay ayudas automáticamente incluidas, otras automáticamente excluidas y otras en las que el propio Reglamento determina con qué condiciones están incluidas y con cuales no lo están <sup>19</sup>.

La intensidad de la ayuda no viene referida sólo o exclusivamente a los límites de financiación de los proyectos y sus costes, impuestos a los Estados por la Unión Europea, sino al método de cálculo de lo que constituye la ayuda pública o ventaja para el beneficiario. Por ello, de la diferente tipología de las ayudas a estos efectos de transparencia del mercado y la libre competencia, se hacen asimismo eco los diferentes informes anuales de la CNMC relativos a las ayudas públicas, los cuales resumen no sólo el tipo o modalidades de ayudas existentes sino también, cuantificando la intensidad de la ayuda en cada modalidad y así, se diferencia entre las ayudas regulares que son las no dirigidas al sector financiero y las ayudas al sector financiero. En las primeras se distingue a su vez entre el “importe de ayuda autorizado” (*approved amount*) y el “importe efectivamente utilizado” (*used amount*). En general, es sobre este último sobre el que se calcula el “elemento de ayuda” (*aid element*) o lo que se denomina “intensidad de ayuda” que es lo que se considera que constituye verdaderamente la ventaja económica derivada de la ayuda concedida. Se concreta pormenorizadamente en base a los distintos instrumentos, cómo ha de procederse para el cálculo del “elemento de ayuda”:

- en las donaciones, por ejemplo, en la medida en que se trata de un apoyo directo al beneficiario mediante una donación pura o un instrumento asimilable, como un subsidio a los intereses o una venta o alquiler de propiedad pública a precios inferiores al mercado, el elemento de ayuda se calcula como el importe nominal de la medida (o la diferencia entre el precio efectivo y el de mercado en el caso de venta o alquiler de propiedad pública).
- En las exenciones fiscales que son las ayudas que se calculan como reducciones en la base imponible, deducciones en la cuota tributaria, rebajas en los tipos o en las cotizaciones sociales, el elemento de ayuda se calcula directamente como el importe que se ahorra el beneficiario.
- En el diferimiento fiscal que es la provisión que permite retrasar el pago de impuestos, de forma directa o indirecta (por ejemplo, con la permisión de

---

garantía, indica los niveles de las primas anuales por encima de los cuales una garantía del Estado no se consideraría constitutiva de ayuda.

<sup>19</sup> Para determinar la intensidad de la ayuda y los costes subvencionales, el Reglamento UE 651/2014 apunta que todas las cifras empleadas se entienden antes de cualquier deducción fiscal u otras cargas, siendo avaladas por pruebas documentales claras, específicas y actualizadas y cuando la ayuda se concede en una forma que no sea una subvención, el importe de la ayuda será siempre su equivalente de subvención bruto. Concretándose que las ayudas pagaderas en varios plazos se deben actualizar a su valor en el momento en que se conceden. Los costes subvencionables se actualizan asimismo a su valor en el momento en que se concede la ayuda. El tipo de interés que habrá de emplearse a efectos de actualización será el tipo de actualización aplicable en el momento en que se conceda la ayuda. Cuando la ayuda se concede mediante beneficios fiscales, el cálculo actualizado de los tramos de ayuda se basa en los tipos de actualización aplicables en los distintos momentos en que se hagan efectivos los beneficios fiscales. Cuando la ayuda se concede en forma de anticipos reembolsables que, en ausencia de un método aceptado para calcular su equivalente de subvención bruto, se expresen en porcentaje de los costes subvencionables y la medida establezca que en caso de éxito del proyecto, definido sobre la base de una hipótesis razonable y prudente, los anticipos se reembolsarán a un tipo de interés al menos igual al tipo de actualización aplicable en el momento en que se conceda la ayuda, las intensidades máximas de ayuda establecidas en el capítulo III podrán incrementarse en 10 puntos porcentuales. Cuando las ayudas regionales se concedan en forma de anticipos reembolsables, las intensidades máximas de ayuda establecidas en el mapa de ayudas regionales en vigor en el momento en que se conceda la ayuda no podrán incrementarse.

- amortización libre o acelerada), el elemento de ayuda se calcula como el ahorro de intereses que obtiene el beneficiario mientras dure el diferimiento.
- En la participación en el capital que constituye ayuda pública si el Estado se adhiere al capital en unas condiciones –rentabilidad, riesgo- que no hubieran sido aceptadas por un inversor con criterios de mercado, el elemento de ayuda se calcula como la diferencia entre el valor de la operación de capital y el que habría tenido lugar en el mercado.
  - En los préstamos blandos -que sólo son ayudas si se conceden a un tipo de interés inferior al de mercado (no siéndolo cuando no exista esta diferencia esencial)- el elemento de ayuda se calcula como el ahorro que obtiene el beneficiario en la amortización y el pago de intereses respecto a las condiciones de mercado. Por ello, el elemento de ayuda es inferior al importe nominal del préstamo (si no hubiera información suficiente sobre ese tipo de interés, se tomaría el elemento de ayuda como un quince por ciento del nominal del préstamo).
  - En las garantías, que son avales prestados por el sector público a instrumentos financieros del sector privado, el elemento de ayuda se calcula como el ahorro en la prima de intereses (libre de cargas y comisiones) que obtiene el beneficiario respecto a las condiciones de mercado. Por ello, el elemento de ayuda es inferior al importe nominal de la garantía (si no hubiera información suficiente, se tomaría el diez por ciento del nominal del préstamo). En todo caso, si la garantía se ejecuta y el sector público debe afrontar pagos o pérdidas de capital se tendrán en cuenta dichos pagos o pérdidas para el cálculo final del elemento de ayuda.

Por el contrario, las denominadas ayudas al sector financiero en el contexto de las diferentes crisis económicas -a las cuales no vamos a referirnos específicamente en este artículo centrado en las ayudas regulares- son ayudas dirigidas al sector financiero que consisten en medidas de índole diversa tales y como son la recapitalización; medidas de protección o rescate de activos deteriorados; garantías sobre pasivos y otras medidas de liquidez<sup>20</sup>, a las que son de aplicación el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo que es el Reglamento Financiero de la Unión, el cual determina el procedimiento de elaboración del presupuesto y su ejecución mediante subvenciones, contratos públicos, premios, gestión indirecta, instrumentos financieros, garantías presupuestarias, ayuda financiera y reembolso a los expertos externos, además de prever controles de la responsabilidad de los agentes financieros. Y, en la medida en que se trate de fondos comunitarios, es de aplicación a las ayudas financieras, el Reglamento UE 2021/1060, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados

Como consecuencia de la pandemia por Covid-19 y la situación de crisis y parálisis económica producida en toda Europa, el Consejo Europeo del 21 de julio de 2020, realizando un esfuerzo sin precedentes, prevé además la disposición de ayudas públicas de gran alcance a realizar por los Estados miembros, con la singularidad de adaptarse a proyectos y planteamientos, en principio de naturaleza innovadora, y con el objeto de

---

<sup>20</sup> DOUE de 30 de junio de 2021.

impulsar la convergencia, la resiliencia y la transformación en la Unión. Esto sin duda ha afectado a las nuevas modalidades de ayuda pública, obligando en el plano jurídico a delimitar la intensidad de ayuda real existente en cada tipología. En nuestro país es el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre<sup>21</sup>, el que aprueba medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, adoptando un marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027 y la puesta en marcha del Instrumento Europeo de Recuperación («*Next Generation EU*») que implica para España la disposición de recursos de gran alcance en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-26, basándose en tres pilares:

- adopción de instrumentos para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse,
- reparar los daños y salir reforzados de la crisis;
- adopción de medidas para impulsar la inversión privada y apoyar a las empresas en dificultades y el refuerzo de los “programas clave de la Unión Europea para extraer las enseñanzas de la crisis, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente y acelerar la doble transición ecológica y digital”<sup>22</sup>.

El Capítulo V del Título IV de este Real Decreto 36/2020, elimina algunos de los requisitos procedimentales que constituían una garantía del cumplimiento de los principios propios de la actividad de fomento administrativo, suprimiéndose ciertos trámites en la concesión de ayudas, tales como la autorización del Consejo de Ministros; informes, referidos sobre todo a los beneficiarios de ayudas en forma de préstamos y anticipos reembolsables, como la mera exigencia de la declaración responsable de estar al corriente del pago de las obligaciones de reembolso de cualesquiera otros préstamos o anticipos.

Del mismo modo la jurisprudencia, aunque inicialmente es prácticamente omnicomprendiva en la interpretación de calificar cualquier disposición dineraria de fondos públicos como ayudas públicas, va delimitando y se va haciendo eco de estas diferencias según sus diferentes modalidades, principalmente como consecuencia de la propia adaptación europea a las necesidades de los beneficiarios cuando estos son entidades financieras. Un ejemplo de ello nos lo ofrece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de marzo de 2019, sala de lo contencioso-administrativo, estimando el recurso, al confirmar, entre otros aspectos, que, a los efectos de la compatibilidad y límite máximo de ayudas, el cálculo de las mismas, en el caso del préstamo subvencionado, no se integra por el principal del préstamo:

---

<sup>21</sup> BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020.

<sup>22</sup> En el Capítulo III del Título II se recoge una nueva figura de colaboración público privada: los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTES) que se crean con vocación de permanencia para incluir en nuestro ordenamiento nuevos instrumentos de colaboración público privada que permitan una gestión ágil, si bien, resulta especialmente interesante su aplicación en el ámbito el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia ya que con ella se pretende reforzar a aquellos proyectos incluidos en el mismo que contribuyan claramente al crecimiento económico, al empleo y a la competitividad de nuestro país, corrigiendo el fallo de mercado de infra-inversión cuando las iniciativas privadas no se materializan debido a los riesgos significativos y a la necesaria colaboración público-privada que entrañan este tipo de proyectos. Esta colaboración permite intuir que surgirán figuras híbridas nuevas que tendrán sus efectos interpretativos en cuanto a la naturaleza de los negocios resultado de las mismas.

“... teniendo en cuenta lo expuesto y en orden a determinar la compatibilidad de la ayuda solicitada con la ya percibida que hemos reseñado, debemos convenir con la parte recurrente en que no es posible equiparar el capital concedido con el equivalente de subvención bruto, a los efectos de cuantificar el porcentaje máximo de las ayudas que pueden ser concedidas y su compatibilidad con el préstamo REINDUS ya percibido”<sup>23</sup>.

### **III.- EL EFECTO DE HIBRIDACIÓN<sup>24</sup> DE LA ADAPTACIÓN DE LAS AYUDAS A LOS NEGOCIOS JURÍDICOS PRIVADOS: EL CRÉDITO OFICIAL Y LA AYUDA PÚBLICA DEL PRÉSTAMO SUBVENCIONADO**

La modalidad del crédito oficial hemos visto que la LGS -art. 2.4 h)- la excluye del concepto de subvención, en sentido amplio o ayuda, salvo que se trate de créditos subvencionados en su interés, en los que se estipula un precio inferior al del mercado:

“El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.”

El Instituto de Crédito Oficial a través del que, en parte se canaliza el crédito oficial, es una entidad pública empresarial de las previstas en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, adscrita al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, que, como tal entidad pública empresarial, se rige por el Derecho privado “excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la Ley 40/2015, en su Ley de creación, sus estatutos, la Ley 39/2015, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y el resto de normas de Derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación -art. 104 Ley 40/2015-. Se trata en definitiva de una entidad de crédito, además de ser una Agencia Financiera del Estado, con personalidad jurídica, patrimonio y tesorería propios que está dotada de autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> ECLI: ES: AN: 2019: 922

<sup>24</sup> La definición de la hibridación según la RAE tiene tres acepciones que nos son útiles a nuestros efectos de la institución de la ayuda pública sobre negocios jurídicos de naturaleza diversa, dando lugar a otro de características mixtas y complementarias: 1. f. Producción de seres híbridos. 2. f. Biol. Fusión de dos células de distinta estirpe para dar lugar a otra de características mixtas. 3. f. Biol. Asociación de dos moléculas con cierto grado de complementariedad.

<sup>25</sup> El nacimiento del ICO tuvo lugar en 1971 como entidad responsable de coordinar los bancos públicos existentes en ese momento. Su estructura y funcionamiento se reguló en la Ley 13/1971, de 19 de junio, sobre Organización y Régimen del Crédito Oficial. La Ley de Presupuestos Generales del Estado de 1988 modificó la naturaleza jurídica del ICO, y el Instituto pasó de ser un Organismo Autónomo a convertirse en una Sociedad Estatal con consideración de entidad de crédito, asumiendo la titularidad de la Banca Pública oficial, que estaba integrada en aquel momento por: el Banco de Crédito Industrial, Banco de Crédito Agrícola, Banco de Crédito Local y Banco Hipotecario de España, teniendo asimismo una importante participación del accionariado del Banco Exterior de España. A partir de entonces dejó de recibir financiación exclusiva del Tesoro y comenzó a financiarse principalmente en los mercados de capitales. Hoy el ICO es un banco público, y se rige por la normativa recogida en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Ley 12/1995 de 28 de diciembre sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera y posteriores modificaciones, por el Real Decreto 706/1999 de 30 de Abril, de adaptación del Instituto de Crédito Oficial a la Ley 6/1997 de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de aprobación de sus Estatutos que, posteriormente, ha sido incorporada a las tipologías de Administraciones institucionales de la Ley 40/2015 del sector público, siendo una entidad pública empresarial.

Con ello, lo que puede afirmarse es que la actividad económico-financiera articulada por la Administración Pública a través del crédito oficial no es una actividad administrativa de fomento sino una actividad de carácter patrimonial de la Administración que se rige por el Derecho privado con carácter general, dado que, de otro lado, su dotación es la propia del mercado financiero. Es por tanto la existencia de la diferencia en las condiciones y el tipo de interés en forma de subvención, lo que el legislador marca como diferencia para delimitar en este caso lo que constituye actividad de fomento y lo que es actividad patrimonial de la Administración. Pero a su vez, es también claro que el hecho de que el préstamo subvencionado se califique por nuestro legislador como ayuda pública en su integridad, no elimina la causa jurídica que subyace en cualquier contrato de préstamo. Cuando el préstamo o mutuo es un contrato bilateral y sinalagmático de carácter devolutivo -que, incluso, como tal, puede no participar de los caracteres esenciales de la subvención cuando el préstamo no se formaliza con un interés inferior al de mercado sino al interés de mercado- sus efectos son distintos a cuando el préstamo efectivamente es subvencionado -en cuanto que sus intereses son inferiores a los del mercado-. En este último supuesto se trata de un instituto en el que converge el contrato de préstamo y la ayuda en el interés, dando lugar al crédito subvencionado, en el cual, sin perjuicio de que se califique a estos efectos como ayuda pública, la subvención en sentido estricto es preciso calcularla en cuanto a la intensidad que existe en el conjunto del contrato, por lo que únicamente va a consistir en este caso en la diferencia del precio del mercado respecto del interés a que se somete el préstamo subvencionado. La cuestión que se suscita entonces está en determinar en qué grado y con qué naturaleza, el préstamo subvencionado catalogado como ayuda pública destinada al cumplimiento de una finalidad de utilidad o interés público -y, que, por tanto, queda bajo el paraguas de la LGS- sigue existiendo como tal o puede desaparecer o desdibujarse como tal préstamo en lo que al principal se refiere dado que esta parte del contrato constituye también el objeto del negocio, obligando a realizar al beneficiario una contraprestación consistente en la devolución de lo dispuesto como principal, como contrato bilateral y sinalagmático, además de ser un elemento que descarta el propio concepto de subvención en sentido estricto que exige que no exista contraprestación. La contraprestación en que consiste la devolución dentro del plazo y de las condiciones pactadas, es de otro lado ajena al hecho de que el incumplimiento de la finalidad o la falta de justificación puedan dar lugar al procedimiento administrativo de reintegro propio de las ayudas públicas previsto en la LGS, que supone un mayor gravamen para el beneficiario en el caso de incumplimiento frente a la Administración.

Las vías de subvención del crédito son muy variadas y tienen sus matices en cuanto al margen de la naturaleza pública del recurso del que se dispone:

- crédito con interés reducido por parte de un instituto de crédito oficial, en las que las diferencias entre el interés percibido y el de mercado se compensan a posteriori con transferencias a la entidad oficial de partidas previstas en los Presupuestos Generales del Estado. Esto es lo que venimos a denominar crédito oficial en sentido propio que queda excluido de la LGS<sup>26</sup> por cuanto esa posible diferencia de interés no se considera subvención;

---

<sup>26</sup> Recordemos que el artículo 4 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (RGS), remite al desarrollo reglamentario las operaciones de crédito subvencionadas por la Administración General del Estado, lo que obliga a basarnos en lo dispuesto para cada ayuda específica. De otro lado esto no significa que el crédito oficial no pueda ofrecer créditos ventajosos -que no serán nunca ayuda pública- sino que respecto de las

- técnicas mediante las que, tras un concierto entre la Administración y las entidades de créditos privadas, éstas suministran a los particulares los préstamos con interés reducido, y la Administración transfiere directamente a tales entidades la diferencia entre la cuota del interés concedido y la correspondiente al interés del mercado. Esto es lo que se conoce como crédito subvencionado en sentido propio y,
- créditos subvencionados son también aquellos en los que la Administración asume un porcentaje de la cuota de interés del crédito obtenido por el particular de entidades financieras privadas y le transfiere directamente al particular la cuota correspondiente a los puntos de interés que la norma que prevé la ayuda determine.

De manera que en los tres supuestos, con independencia de la vía de financiación del crédito que siempre es de naturaleza pública en mayor o menor intensidad -vía presupuestos del Estado; transferencias de recursos públicos a entidades bancarias privadas o directamente al beneficiario- en todos ellos se estipula una ventaja para el beneficiario que consiste en un interés reducido o en mejores condiciones -diferencia entre la cuota de interés de mercado y la cuota de interés privilegiado estipulado o mayor plazo de amortización- y ello se produce tanto en el crédito oficial como en los préstamos subvencionados que sin embargo son ayudas públicas según la LGS, en la consideración de que el crédito oficial se financia por el ICO en los mercados nacionales e internacionales, con el respaldo de su carácter público, emitiendo bonos y títulos de deuda y los fondos así obtenidos son los que luego se utilizan para financiaciones señaladas, directamente o a través de entidades de crédito. Mientras que, si la ventaja en el tipo de interés procede directamente de la Administración a través de la disposición de fondos públicos en forma de subvención de interés del préstamo, estamos ante una ayuda pública<sup>27</sup>.

---

operaciones que instrumente el Instituto de Crédito Oficial se ha de aplicar lo previsto en el apartado 2 del artículo 53 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, y demás normativa específica, según la cual se han de hacer las correspondientes dotaciones presupuestarias de forma previa: “Dos. En los supuestos de intereses subvencionados por el Estado, en operaciones financieras instrumentadas a través del Instituto de Crédito Oficial, los acuerdos del Consejo de Ministros o de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos requerirán la acreditación previa de reserva de créditos en los Presupuestos Generales del Estado.” – art. 53. 2 Ley 30/2005-.

<sup>27</sup> Vid. FERNÁNDEZ-FARRERES, G. Sistema de Derecho Administrativo. Madrid, 2012, pág. 12, explica los requisitos de la subvención en sentido estricto, en virtud de lo previsto en el artículo 2 LGS, refiriendo tales exigencias como los elementos objetivos y subjetivos de la subvención que luego vamos a ver cómo se aplican con carácter más o menos extensivo a otro tipo de ayudas que no son subvención en sentido estricto: la de disposición dineraria -que obliga a la entrega de dinero- y a no considerar subvención lo que no sea tal; el fin público que es una carga jurídica de dicha disposición dineraria -lo que excluye, por tanto, del concepto estricto de subvención a la ayuda social -sin perjuicio de que esta sea otro tipo de ayuda-; el requisito de que la entrega no ha de determinar ninguna contraprestación directa del beneficiario -lo que “excluye del concepto de subvención a los préstamos en sus variadas modalidades, por cuanto falta en los mismos el requisito de la entrega no devolutiva, total o parcial, es decir, la entrega a fondo perdido”-. Y, por último, se refiere al cuarto rasgo de la subvención en sentido estricto que supone que el proyecto, la acción, conducto o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública”. Requisito este último que sí tiene relevancia cuando la Administración no opera en virtud de una causa de fomento porque supone una actividad de otra naturaleza como puede ser la financiera. El profesor se refiere efectivamente al concepto de subvención en sentido estricto, cuyas características, en todo o en parte, se van a dar o no en otro tipo de ayudas públicas, que no estrictamente subvención. En cualquier caso, como apunta, no se puede obviar la naturaleza jurídica del contrato de préstamo como devolutivo si es que la ayuda incorpora un préstamo. De ahí que excluya, a pesar de lo señalado en la LGS, que este tipo de operaciones sea correcto que las califiquemos como subvención en sentido estricto porque siendo ayudas de conformidad a lo que se prescribe en el 2.4 h) LGS, no lo son con la misma naturaleza que la subvención en sentido estricto.

Esta exclusión inicial y posterior inclusión como ayuda que hace la LGS lleva a una parte de la doctrina, tras la aprobación de la LGS, a afirmar que existe una antinomia entre el 2.4 h) de la LGS en su primera y segunda parte: al excluirse y afirmarse a la vez la naturaleza de subvención del crédito oficial, ya que se excluye como subvención pero a su vez si está “bonificado” se considera subvención porque la ley no resuelve la incógnita de qué parte entonces del crédito oficial no es subvención, a lo que cierto sector doctrinal responde que sólo es ayuda la parte de interés subvencionado que sería la subvención en sentido estricto y no así el principal del préstamo en sí. Bajo esta perspectiva en puridad estaríamos ante un contrato mixto: préstamo y subvención por los intereses, con independencia de que se someta a la LGS a los efectos de su exigencia y control como ayuda pública.

En cierto modo la antinomia se ha resuelto en posteriores periodos programáticos de ayudas, porque la ayuda que es el préstamo subvencionado debe calcularse en su cuantía mediante el equivalente de subvención bruto, pero la cuestión de la naturaleza y los efectos de esta calificación como ayuda respecto de la parte del negocio jurídico que no constituye subvención en sentido estricto, no ha quedado zanjada<sup>28</sup>, pues si bien, la intensidad o elemento de ayuda que viene a calcular efectivamente la parte de subvención que puede existir en un negocio determinado que se hace híbrido, resuelve y calcula el elemento de ayuda que existe en la misma -lo que efectivamente constituye la ventaja económica obtenida por el beneficiario- lo cierto es que el hecho de que esos negocios se califiquen como ayuda pública, aplicándoseles por tanto la LGS y los diferentes Reglamentos comunitarios en la materia, conduce a la que en nuestra opinión es una errónea interpretación que contradice abiertamente lo anterior, dando lugar a que se califique también de subvención en sentido estricto a la parte que excede del cálculo del equivalente de subvención bruto que trae causa distinta (el principal préstamo), a pesar de que, respecto de esa parte existe contraprestación del beneficiario, lo que responde a una lógica distinta a la del fomento administrativo y encaja más en la actividad financiera en la que la Administración opera como un agente más del mercado. Todo ello sin perjuicio de la naturaleza pública de los fondos y del fin público que provoca la disposición y vincula al beneficiario.

Y es que la sencilla afirmación de que no toda disposición de fondos públicos constituye una ayuda se ve abordada por el carácter omnicompreensivo del régimen de control de la ayuda pública a nivel interno y comunitario. A pesar de ello, se van reconociendo en las normas europeas, internas y en las bases de convocatorias de las mismas, más supuestos que quedan fuera del régimen jurídico de las ayudas públicas, con independencia de que, como tales fondos públicos deban satisfacer una finalidad de interés público que es una cuestión bien distinta. Es por ello que merece nuestro juicio negativo el pronunciamiento que en la jurisdicción penal se ha llevado a cabo recientemente y que da lugar a una interpretación errónea en materia de ayudas públicas. Se trata de la Sentencia STS 638/2021, de 24 de febrero<sup>29</sup>, en la cual, en virtud de que no existe delito si se reintegra todo el importe de la ayuda -art. 308.6 CP- y de que no existe un concepto legal de ayuda pública, el Tribunal considera ayuda todo el importe del préstamo subvencionado porque todo él va destinado a cumplir el fin público (principal e intereses (art. 308.5 CP: 5”A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo

---

<sup>28</sup> Op.cit. FERNÁNDEZ-FARRERES, G.

<sup>29</sup> ECLI: ES: TS: 2021: 638

obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones Públicas conjuntamente”).

Se justifica el pronunciamiento en el hecho de que tanto el principal como los intereses suponen una disposición de fondos públicos a favor del beneficiario que responden del cumplimiento de un fin público específico que no se ha cumplido en el caso de autos, en base a lo cual se condena al recurrente que, con un argumentario ciertamente insuficiente, afirma por el contrario que el principal del préstamo no es ayuda, lo cual tampoco es correcto, sin perjuicio de la necesidad del cálculo de su intensidad. Así apunta el Tribunal:

“No eran los intereses, que no existían, sino los propios fondos públicos entregados los que debían ser aplicados a los fines señalados en la Resolución por la que fueron concedidos. Los fondos no dejaron de ser públicos al ser traspasados al acusado. Lo que se le transmitió no fue la titularidad del dinero sino su gestión para su aplicación a un proyecto muy concreto”.

Se trata de una interpretación sorprendente la que hace la sala de lo penal de nuestro Tribunal Supremo, integrando bajo sus propios criterios la institución de Derecho administrativo que es la ayuda pública, toda vez que, con esa argumentación, además considera que toda disposición de fondo público afecto por tanto a un fin de utilidad o interés público constituye una ayuda pública sometida al régimen administrativo y penal de las subvenciones<sup>30</sup>. Con la deducción que lleva a cabo el Tribunal, no tendrían sentido

---

<sup>30</sup> No distingue ni entra nuestro Tribunal a considerar que el dinero público no es un bien patrimonial al estar excluido explícitamente del artículo 3.2 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas -BOE núm. 264, de 4 de noviembre-, el cual expresa que: “2. No se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería.”. Paradójicamente, este respeto hacia lo hacendístico no ha encontrado su correlato en la ley 47/2003, General Presupuestaria, que regula la noción de Hacienda Pública donde se incluye el dinero y los demás recursos financieros que la LPAP excluye de la noción de patrimonio: “1. La Hacienda Pública estatal, está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y a sus organismos autónomos. 2. Los derechos de la Hacienda Pública estatal se clasifican en derechos de naturaleza pública y de naturaleza privada. Son derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas” (art. 5 LGP), siendo así que, en pura lógica, ambos conceptos, patrimonio y de Hacienda Pública deberían ser de contenido equivalente. Es lo que se considera el patrimonio financiero, hacendístico o de cartera de la Administración Pública. El Real Decreto Legislativo 2004, de 5 de marzo -BOE núm. 59, de 9 de marzo- que aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, en su artículo 2.1 define los elementos que lo componen: “1. La hacienda de las entidades locales estará constituida por los siguientes recursos: a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado. b) Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras entidades locales. c) Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas. d) Las subvenciones. e) Los percibidos en concepto de precios públicos. f) El producto de las operaciones de crédito. g) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias. h) Las demás prestaciones de derecho público. Vid. PARADA VÁZQUEZ, J.R. Derecho Administrativo III. Bienes públicos y Derecho urbanístico. Madrid, 2019, pág. 25, quien afirma que: “Desde esta perspectiva, la afectación de los bienes demaniales al uso público, el uso por todos, se presenta como incompatible con el carácter individualista y exclusivo que el derecho de propiedad comporta. El Estado ostentaría sobre el dominio público no una propiedad, sino simples poderes de policía, de guarda y vigilancia, poderes, pues, que no comportan, como es normal en una relación de propiedad, el uso exclusivo, que corresponde a todos, ni la percepción de frutos o rentas, que ordinariamente no producen, ni el abuso o disponibilidad, pues son inalienable”. Asimismo, SANTAMARÍA PASTOR, J.A. “Objeto y ámbito. La tipología de los bienes públicos y el sistema de competencias”. Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Madrid, 2004, págs., 94 y ss., para quien “Esta calificación

las exclusiones del concepto de subvención que suponen también disposición de fondos públicos afectos a un fin público, incluido el crédito oficial o los mismos salarios de aquel empleado público que cumpliera defectuosa o indebidamente con el objeto de su empleo, que vendrían a ser conforme a esta argumentación ayudas públicas que deberían reintegrarse a la Administración, constituyendo un delito de subvenciones por no cumplir el fin público. El Tribunal no tiene en cuenta que en todo préstamo, al margen de que este sea subvencionado, existe contraprestación y que, por tanto, su principal responde a una lógica diferente añadida a la de ser ayuda pública. Evidentemente es una interpretación expansiva improcedente respecto de la naturaleza de la disposición y el propio concepto de subvención en sentido amplio que maneja la LGS y su RGS. Interpretación que, por otro lado, se ve forzada por la inexistencia, en el momento del enjuiciamiento de los hechos, de un tipo de delito que, posteriormente ha sido incorporado al Código Penal para responder precisamente a las conductas de defraudación de fondos públicos sin naturaleza de ayuda pública -art. 305 CP-.

De otro lado, siguiendo con la argumentación del Tribunal, se expresa que los fondos nunca dejan de ser públicos por el hecho de que se dispongan de ellos a favor del beneficiario porque lo que recibe el prestatario es la gestión y no la titularidad del dinero, confundiendo, por tanto, la naturaleza con el fin dado que en la figura del préstamo de dinero confluye la causa propia de este tipo de contratos de cosa fungible -en la cual sí existe transmisión de la titularidad de la cosa- con la obligación de la devolución de otro tanto, y la causa propia de la actividad administrativa de fomento: en concreto, de las ayudas públicas mediante préstamos subvencionados dirigidas al cumplimiento, por tanto, de una finalidad de interés público. A diferencia de lo que constituye el objeto del préstamo de cosa fungible (como es el dinero), en el comodato o préstamo de cosa no fungible se transmite meramente la posesión y pareciera que el Tribunal lo confunde, eludiendo esta diferencia. En todo caso no se puede considerar -como hace la Sentencia interpretando erróneamente la naturaleza civil del contrato de préstamo- que un préstamo de dinero -sea o no subvencionado- es un comodato en el que la naturaleza de fondo público supone una mera posesión, negando la titularidad de la propiedad privada sobre los fondos dispuestos a favor del prestatario, sin perjuicio del direccionamiento hacia su finalidad pública<sup>31</sup>.

La naturaleza híbrida de la ayuda pública en que consiste el préstamo subvencionado no puede interpretarse como fórmula para eludir la naturaleza del préstamo en sí. Y esto es predicable de otras tantas ayudas como son las donaciones, los anticipos reembolsables, respecto de las que es claro que se abren dos escenarios de interpretación diferentes: o

---

ha llevado, en efecto, a concepcionar a las Administraciones supuestamente titulares de los bienes como simples "administrados", exactamente iguales a cualquier propietario privado, y que por tanto se hallan sujetas a las potestades de ordenación y control ejercidas por las restantes Administraciones ...". Y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. "La reformulación del dominio público en el ordenamiento jurídico español". Lecciones y Ensayos, Núm. 93, 2014, págs. 85-113.

<sup>31</sup> En definitiva, el comodato es el préstamo de uso, en el que simplemente se transmite la posesión inmediata de la cosa prestada, pero no la propiedad de la misma, por lo que, transcurrido el tiempo pactado, se ha de devolver, siendo esencialmente gratuito. Pero en el préstamo se trasmite la propiedad de la cosa fungible, por lo que el prestatario ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, pudiendo ser gratuito o con el pacto de pagar interés que sería por tanto de naturaleza onerosa: "... por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo. El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés" - 1740 del Código Civil-.

bien considerar que estamos ante un negocio mixto o complejo en el que existe, por un lado, un préstamo que no se desdibuja y que, como tal, es siempre un negocio bilateral y sinalagmático y, por tanto, con contraprestación del beneficiario hacia la Administración -en la medida que como en todo préstamo ha devolverse-. Mientras que, por otro lado, existiría una ayuda (la diferencia en el interés pactado y el de mercado) con su propio régimen jurídico ubicado en la LGS. El hecho de que el préstamo subvencionado se califique en la LGS como ayuda pública no obstaculiza esta interpretación.

Pero, del mismo modo, la subsunción del negocio de préstamo en el concepto de ayuda pública, en la medida que se trata de una disposición de recursos públicos a favor de un beneficiario como sucede en el caso del préstamo con intereses subvencionados, podría dar lugar a una interpretación algo diferente y más conforme con la naturaleza jurídica subyacente y es que estamos ante un negocio jurídico, no ya mixto por confluir en él causas diferentes -la del préstamo y la de la ayuda-, sino ante un negocio híbrido, distinto de los negocios que lo componen: por un lado, una ayuda pública que se concreta estrictamente a la parte de subvención que tiene el negocio y que obliga a calcular la intensidad de la misma mediante el equivalente bruto en términos de subvención (porque esa es la verdadera ventaja de la actividad de fomento en el caso del préstamo subvencionado) sin perjuicio de que toda la ayuda se someta a la LGS y se dirija al cumplimiento del fin público. Y, por otro lado, forma parte de este negocio híbrido, el principal del préstamo como en cualquier préstamo ordinario, si bien el disponente prestamista es una Administración Pública que al disponer de fondos públicos obliga al beneficiario a utilizarlo para el cumplimiento de un fin de interés general, lo que no debe eludir que se trata de un contrato de préstamo, tanto para el prestamista como para el prestatario y, por tanto, manteniendo su naturaleza bilateral y sinalagmática. En esta parte el régimen jurídico de las ayudas públicas debe atenuarse porque su lógica no responde a una verdadera actividad de fomento administrativo.

De manera que el carácter híbrido del préstamo subvencionado como ayuda pública se da en dos datos significativos y esenciales, a saber: que la ayuda en sentido estricto (intensidad o elemento de ayuda) se circunscribe a los intereses subvencionados y que la totalidad del préstamo (principal e intereses) en cuanto disposición de fondos públicos se ha de destinar a la finalidad que justifica la disposición por parte de la Administración. Lo anterior no altera -frente a lo que apunta la STS 638/2021, respondiendo a la interpretación del entonces vigente ordenamiento jurídico penal- la naturaleza de la titularidad de los fondos como consecuencia del préstamo, que como tal disposición de dinero de bien fungible se transmite al beneficiario como propiedad y no como posesión o gestión, sin perjuicio de que deba destinarse al fin de interés general previsto. Tampoco se altera el hecho de que la devolución del préstamo por parte del beneficiario es independiente del cumplimiento de la finalidad y deriva de la propia naturaleza del contrato bilateral y sinalagmático en que el contrato de préstamo consiste.

De lo anterior se deduce que la exclusión del crédito oficial como subvención, cuando los intereses no son subvencionados, es causa suficiente para descartar que todo el préstamo (principal e intereses) constituye subvención en sentido estricto, puesto que si así fuera, también sería ayuda el crédito oficial. De manera que lo que determina que el crédito sea o no ayuda es que los intereses sean objeto de subvención, pero ello no conduce inexorablemente a la interpretación de que el préstamo subvencionado sea ayuda en los mismos términos que lo es la ayuda en que consiste la subvención en sentido estricto, pues no se llega a esta conclusión por el hecho de que tanto el principal como los intereses

sean disposiciones de fondos públicos de la Administración a favor del beneficiario para cumplir una finalidad de interés público, dado que existen múltiples disposiciones dinerarias procedentes de las Administraciones Públicas -y que, por tanto, van dirigidas al cumplimiento de fines de interés general- que quedan fuera de esta naturaleza de ser ayudas públicas, como es lógico, por traer causa distinta al fomento administrativo: como apuntábamos, las retribuciones a los funcionarios o empleados públicos; pensiones de jubilación; prestaciones sociales diversas; beneficios fiscales o cualquier disposición dineraria de fondos públicos cuya causa no sea la de fomento sino patrimonial, financiera o de cualquier otra naturaleza. Cada tipo de ayuda lo es en su intensidad y por ello su cálculo difiere en cada caso, puesto que su cuantía viene determinada por el elemento o intensidad de ayuda que existe en cada modalidad en base al equivalente bruto en términos de subvención. En el préstamo este elemento o intensidad de ayuda que obliga a calcular el equivalente bruto en términos de subvención es precisamente la diferencia entre el interés subvencionado y el interés de mercado y en la subvención es la totalidad de lo dispuesto a fondo perdido.

Resultaría contradictorio que lo que no es ayuda para los Estados a los efectos de incompatibilidad y transparencia -en las ayudas de *minimis*; ayudas de Estado regionales y otras- pudiera interpretarse como hace la citada sentencia, como ayuda en su integridad para los beneficiarios -principal e intereses- porque si se determina la cuantía y la intensidad de la ayuda delimitándose para la Administración de los Estados miembros, la intensidad de la ayuda a los efectos estadísticos, de transparencia presupuestaria y competencia entre los Estados miembros, la misma cuantía se mantendrá como recurso público una vez lo reciba el beneficiario y, por tanto, el mismo cálculo habrá de realizarse determinando su intensidad respecto del beneficiario de la ayuda<sup>32</sup>. De hecho, la reforma penal da respuesta con la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, confirmando esta diferencia. De manera que por un lado está previsto el tipo penal de defraudación en materia de subvenciones o ayudas y por otro, el tipo penal cuyo objeto es la defraudación de otras disposiciones de fondos públicos de diversa naturaleza, sin perjuicio de que uno y otro recojan como elemento de la defraudación el incumplimiento del fin público que justificó la disposición.

La concreción de esta naturaleza híbrida y distinta, así como el diferente régimen jurídico de unas y otras ayudas se reconoce asimismo en las bases reguladoras de ayudas públicas, en las que se prevén no sólo condiciones de compatibilidad para la Administración disponente, sino efectos de esta naturaleza respecto del beneficiario, estableciéndose el

---

<sup>32</sup> Así, las distintas órdenes por las que se establecen desde hace décadas las bases reguladoras de ayudas para proyectos concretos, refieren la intensidad de la ayuda como el porcentaje máximo a recibir por el beneficiario de la misma respecto del total del coste financiable, indicándose que en el caso de las subvenciones, la intensidad bruta máxima de las ayudas en forma de subvención será de hasta el 95% del coste financiable de la actuación en el caso de entidades sin ánimo de lucro, y hasta el 50% del coste financiable de la actuación para las demás entidades. Mientras que en el caso de los préstamos para el importe máximo del préstamo será del 75% del coste financiable de la actuación, respetando los límites de intensidad de ayuda establecidos para las subvenciones, entendiéndose que para atender a estos límites se calcula el importe del préstamo en términos de subvención bruta equivalente. En el caso de anticipos reembolsables del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), podrá alcanzar los importes fijados para las subvenciones -art. 8 Orden CIN/1559/2009, de 29 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas públicas a la ciencia y tecnología en la línea instrumental de articulación e internacionalización del sistema, enmarcada en el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, 2008-2011.

cálculo en el que se distingue claramente, dentro del préstamo subvencionado, lo que constituye el equivalente de subvención bruta, del principal del préstamo, marcándose además la diferencia respecto de lo que constituye subvención como otra modalidad de ayuda que además puede sumarse al préstamo subvencionado. Como ejemplo, se apuntan condiciones de esta naturaleza:

“... El porcentaje máximo de subvención para los beneficiarios, siempre que exista disponibilidad presupuestaria podrá ser del:

10% de subvención sobre el total del proyecto.

Cuando no se puedan aplicar los porcentajes máximos anteriores, éstos se disminuirán en el mismo número de puntos porcentuales para todos los proyectos financiados.

No podrá concederse una ayuda superior a la solicitada, calculada ésta como la suma de la subvención más la subvención bruta equivalente del préstamo.

Los préstamos tendrán las siguientes características:

Plazo máximo de amortización de cinco años, incluido uno de carencia.

Su importe podrá complementar la subvención hasta el 100 por cien del coste financiable del proyecto.

El tipo de interés aplicable será del 0,592 por ciento,

En todo caso, se respetarán los límites de intensidad de ayuda y de importes, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 11 de la orden por la que se establecen las bases reguladoras de estas ayudas.

Los beneficiarios no podrán subrogar la devolución del préstamo a favor de entidades financieras. El cálculo de la subvención equivalente se realizará de conformidad con el anexo I de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional, (98/C 74/06) y con la metodología indicada por la Comunicación de la Comisión (2008/C 14/02) relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización.”<sup>33</sup>.

Asimismo, encontramos convocatorias de ayudas en las que la disposición de recursos públicos mediante préstamos -en principio con interés subvencionado- en la medida en que el cálculo del equivalente de subvención bruta ofrezca un resultado negativo, conforme a la fórmula prevista para su determinación, se considera incluso que tal préstamo no es ayuda, entre otros motivos porque no existiría ventaja económica alguna, con independencia del origen público de los fondos:

“En el supuesto de que el equivalente de subvención bruta de acuerdo con la fórmula anterior dé un resultado negativo, se entenderá que el préstamo no lleva implícita ninguna ayuda...”<sup>34</sup>.

#### IV.- ALGUNAS CONCLUSIONES

Las consecuencias por tanto de la calificación administrativa del préstamo con intereses subvencionados -y por analogía para otras tipologías- como ayuda pública se concretan

---

<sup>33</sup> Dichas condiciones, entre otras, aparecen en el portal del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital:

<https://portalayudas.mineco.gob.es/AEESD-software/Descripcion/Paginas/Caracteristicas.aspx>

En el marco de la Acción Estratégica Economía y Sociedad Digital (AEESD) - Software de Entretenimiento, se convocan ayudas -convocatoria 3/2014- definidas en la Orden IET/786/2013, de 7 de mayo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas en el ámbito de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y la Sociedad de la Información, dentro del Plan de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 en el marco de la Acción Estratégica de Economía y Sociedad Digital -BOE núm.111, de 9 de mayo-.

<sup>34</sup> Línea Financiera de Préstamo Ordinario para Ahorro y eficiencia energética y energías renovables para Pymes del Gobierno de Canarias:

<https://www.sodecan.es/wp-content/uploads/2020/06/ConvocatoriaFCF1AE-AnexoX.pdf>

en su régimen jurídico necesariamente híbrido, especialmente en el procedimiento de concesión, de gestión presupuestaria, de reintegro, de control financiero o régimen sancionador. El hecho de que sea ayuda pública, como venimos apuntando, exige un cálculo, delimitando qué parte del negocio constituye subvención en sentido estricto - mediante la determinación del equivalente bruto de subvención que determina el elemento de ayuda que incorpora- y qué otra parte, siendo ayuda en sentido amplio, no lo es en sentido estricto como subvención, por tratarse del principal del préstamo.

Es en este último punto en el que el carácter híbrido del negocio del préstamo como ayuda produce sus consecuencias más importantes derivadas de la modalidad típica de ayuda que es, siendo preciso que los intérpretes jurídicos observen las diferentes causas y negocios jurídicos en juego porque, en definitiva, en el régimen jurídico y en los efectos, se han de contemplar los distintos planos en que la hibridación tiene consecuencias jurídicas: tanto en el plano civil porque el contrato de préstamo no deja de serlo por el hecho de que se subvencionen los intereses y se califique como ayuda pública. En el plano administrativo porque esto obliga a delimitar, no sólo para la Administración prestamista, sino para el beneficiario prestatario, la intensidad de ayuda que incorpora el préstamo subvencionado, dándole el correspondiente tratamiento. Y al mismo tiempo, en el plano administrativo es preciso diferenciar las actuaciones de fomento de las que no lo son. Y, por supuesto, en el orden de la responsabilidad administrativa, porque con independencia de que todo el préstamo subvencionado sea ayuda pública, no lo es en su cálculo con carácter íntegro como en lo es en la ayuda en que consiste una subvención en sentido estricto, sino que en el préstamo subvencionado una parte no es devolutiva -la diferencia de los intereses subvencionada- y la otra sí lo es -el principal y la diferencia de intereses- como consecuencia de la naturaleza bilateral y sinalagmática del contrato de préstamo y siendo devolutiva, esto tiene repercusión en que, *a sensu contrario*, esta parte no constituye subvención en sentido estricto, tratándose de fondos dirigidos al cumplimiento de un fin cuyo régimen de devolución excede del fomento administrativo.

Finalmente, y, asimismo, en el plano de la responsabilidad penal -y aunque no pretendemos erigirnos en intérpretes de este ámbito del ordenamiento- también es preciso distinguir la causa en virtud de la cual se dispone de fondos públicos: bien ofreciéndolos como ayudas públicas -y dentro de las ayudas públicas, distinguiendo qué modalidad de ayuda pública se ha utilizado para determinar su cuantía- de otras disposiciones de fondos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado, Comunidades Autónomas, Entes locales o de la Unión Europea, que no son ayuda pública porque la causa que subyace a ellas es diferente. De manera que el tipo penal ante el que puede encontrarse el sujeto beneficiario de recursos públicos, cuando defrauda, incumpliendo el fin para el que recibió o por el que se dispuso del fondo público, distingue según se trate de un delito de

subvenciones -art. 308 CP- o de un delito contra la Hacienda Pública -arts. 305<sup>35</sup> y 306<sup>36</sup> CP-, entre otros.

En realidad, estas normas penales que constituyen “tipos penales en blanco”, requieren de una interpretación adecuada, integrada del ordenamiento jurídico administrativo pero también civil. Cuando hay ayuda habrá de tenerse en cuenta para determinar la cuantía defraudada sobre el total de lo recibido, cuál es su cuantía en sentido estricto, determinándose en base a la equivalencia de la subvención bruta tal y como se exige,

---

<sup>35</sup> El artículo 305 CP, después de las sucesivas reformas que vienen a dar respuesta penal a las conductas delictivas referidas en general al fraude respecto de fondos públicos sin naturaleza de ayuda pública, expresa el siguiente tipo de delito contra la Hacienda Pública: “1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo. La mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. 2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior: a) Si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en el apartado 1. b) En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación. 3. Las mismas penas se impondrán a quien cometa las conductas descritas en el apartado 1 y a quien eluda el pago de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de cien mil euros en el plazo de un año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado. Si la cuantía defraudada no superase los cien mil euros pero excediere de diez mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años...”

<sup>36</sup> El artículo 306.1 aún de forma más extensiva en su última redacción dada por la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea -BOE núm. 157, del 2 de julio- expresa claramente la diferencia entre fondos públicos a los que se refiere este precepto de los referidos en el artículo 308 CP como ayudas: “El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar o, dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años. Si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los cincuenta mil euros, pero excediere de cuatro mil, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de seis meses a dos años.”

según su modalidad, atendiendo a los Reglamentos comunitarios, a las bases internas de convocatoria de cada Estado, a la LGS y su RGS. Mientras que en los supuestos en que la Administración dispone de fondos públicos a favor de un beneficiario, no tratándose de los supuestos previstos en el artículo 308 CP que deben calcularse de conformidad a la normativa sobre ayudas -y no tratándose tampoco de los supuestos del artículo 305. 3 CP: “de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea”- el tipo difiere y no es el de una conducta integrada en los delitos de subvenciones porque viene referido al “que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por esta, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305, el pago de cantidades que se deban ingresar o, dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido...”.

El tipo penal se ha diferenciado por razones obvias a partir de la reforma de 2021, pues la actividad administrativa de fomento no puede confundirse con las disposiciones de fondos públicos procedentes de otras modalidades de intervención administrativa que responden a causas y lógica jurídica distintas, sin perjuicio de que eludir o defraudar el fin público sea el elemento determinante de la actuación que constituye cualquiera de los dos tipos penales. De manera que, siendo común el fin público al que debe ir destinado cualquier disposición de fondos públicos, no lo es el régimen sobre lo dispuesto en virtud de la causa que le da motivo: la actividad administrativa de fomento o cualesquiera otra: financiero, comercial, fiscal; seguridad social, entre otras.

La distinción procede en todos los planos apuntados y, por ello, la interpretación jurídica debe acompañarse a las nuevas modalidades de ayuda. Ya no estamos ante la incógnita interpretativa del carácter más o menos expansivo del control administrativo que supone la disposición de los fondos públicos afectos al cumplimiento del fin público, sino ante la necesidad de distinguir la naturaleza que subyace tras de los negocios jurídicos y operaciones administrativas que, quedando dentro o fuera del concepto de ayuda pública, deben interpretarse dentro del ordenamiento jurídico según su naturaleza, analizándose las causas que subyacen en él y determinando sus efectos derivados de su naturaleza híbrida, dentro de los cuales sin lugar a duda está la necesidad de hacer un cálculo y cuantificación de la intensidad de la ayuda porque el concepto de ayuda pública, no siendo legal, se va expresando en sus diversas modalidades y en el diferente régimen jurídico sin que podamos desnaturalizar los negocios civiles y administrativos a los que la actividad administrativa de fomento se adapta.