



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 175/2015

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 15 de junio de 2015, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Consejero de Economía y Hacienda, mediante oficio registrado el día 28 de abril de 2015, sobre resolución de discrepancia entre la Intervención General y la Consejería de Agricultura y Agua en relación con una ayuda FEAGA de la línea 05020812, beneficiario --, "Plan de consumo de fruta en las escuelas" (expte. 160/15), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en aplicación del Reglamento (CE) nº 485/2008, del Consejo, de 26 de mayo de 2008, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (en adelante FEAGA), y en uso de las atribuciones que le confieren los artículos 45.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y 38.3 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, procedió al control financiero de las ayudas percibidas, entre otros, por Asociación de Productores y exportadores de Murcia (--), con cargo a Fondos Comunitarios (FEAGA), línea de ayuda 05020812 "Plan de consumo de fruta en las escuelas", percibida en el ejercicio económico FEAGA 2011-2012. Dicho control está incluido en el Plan Nacional 2011-2012 de los controles establecidos en el Reglamento (CE) nº 485/2008, del Consejo, de 26 de mayo de 2008, relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA).

SEGUNDO.- Dentro de tal procedimiento de control emitió la Intervención General un informe provisional el 13 de septiembre de 2013 en el que concluía recomendado el inicio del procedimiento de reintegro a -- por importe de 228.199,01 euros, debido a un exceso de ayuda liquidado, según el siguiente desglose; a) 185.495,00 euros al resultar un gasto no elegible por no justificarse su entrega mediante los documentos válidos establecidos en el artículo 2.1.6 y el 8.c de la Orden de 4 de mayo de 2012 (185.495 raciones x 1 euro); además, este importe se encuentra afectado por el motivo siguiente, del que resulta afectado por importe de 68.633,15 euros (185.495 raciones x 0,37 euros); b) 38.967,41 euros, porque el importe de la ayuda es superior al coste de la actividad subvencionada, en base a los costes efectivos soportados por el beneficiario mediante facturas pagadas a proveedores (incumplimiento del artículo 19.3 de la Ley 38/2003; artículo 5.1.a y 10.4 del Reglamento (CE) nº 288/2009; artículo 109.2 del Reglamento (CE) 1605/2002); y c) 3.736,60 euros, debidos a documentación justificativa no válida conforme al artículo 6.3.c y 6.3.f de la Orden de 4 de mayo de 2012; artículo 5.1 y 10.4 del R(CE) nº 288/2009; artículo 31.1 de Ley 38/2003 General de Subvenciones (costes octubre 2012 e IVA).

TERCERO.- El 31 de enero de 2014 -- presentó un escrito solicitando que se elimine del informe de control definitivo la recomendación de inicio de procedimiento de reintegro, de conformidad con unas extensas alegaciones, que se refieren a:

1) cumplimiento de todas las obligaciones exigidas por la Orden de 4 de mayo de 2012, de la Consejería de Agricultura y Agua, de condiciones generales para la autorización de solicitantes de la ayuda para la distribución de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del plátano en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para la campaña 2011-2012 (en adelante, Orden de 4 de mayo de 2012), así como de las instrucciones marcadas por la Administración regional, actuando de manera coordinada con las Consejerías

implicadas y, especialmente, con la Consejería de Agricultura y Agua, quien fue validando paso a paso la actuación desplegada por --;

2) Consta debidamente acreditada la entrega efectiva y adecuada de la fruta a los centros escolares, por lo que impugna el primer motivo esgrimido para el reintegro, que viene referido a la falta de validez que se ha otorgado a muchos de los albaranes acreditativos de las entregas realizadas, al considerar la Intervención General que existe un exceso de ayuda liquidada "por no acreditar con documentos válidos las entregas de fruta en un importe de 185.495,00 euros", y ello puesto que "los albaranes que sirven de justificante de dicho gasto incumplen los requisitos para ser válidos". En este sentido, señala el escrito, a pesar de que todas y cada una de las 1.897 entregas de raciones a los centros escolares se encuentran soportadas por su correspondiente albarán de entrega, en el Informe de control provisional se señalan algunas deficiencias en 1.158 albaranes - consistentes en que hay albaranes a los cuales les falta la firma o el nombre o DNI de la persona que firma o el sello del Centro, o no están firmados por el Responsable autorizado-, considerando que las mismas invalidan por completo dichos documentos justificativos y, por tanto, el derecho a la ayuda por la entrega del producto; aunque reconoce los errores formales de los albaranes, cree desproporcionado e improcedente proponer el inicio de procedimiento de reintegro por un importe de 185.495,00 euros a partir de una serie de errores materiales de los albaranes de entrega (como son la falta de firma, nombre o DNI del firmante) cuya veracidad ya ha sido constatada por las Consejería de Agricultura y Agua y Educación, Universidades y Empleo, y que, en todo caso, en modo alguno desacreditan la realidad de la entrega adecuada de las raciones de frutas en los centros escolares;

3) Frente al Informe provisional, que concluye con la necesidad de iniciar el reintegro de parte de la ayuda concedida al considerar que existe un exceso de ayuda liquidada en relación con el coste subvencionable, y ello al fijar dicho coste subvencionable en el importe de 0,63 euros por ración en lugar del importe de 1 euro por ración entregada de frutas y hortalizas, reconocido por la orden de 4 de mayo de 2012, considera que el importe de la ayuda liquidada es absolutamente conforme con el Reglamento (CE) 288/2009 y con el artículo 6.3.a) de la orden de 4 de mayo de 2012, sin que proceda reintegro alguno por este concepto. Basa esta afirmación en el artículo 5.1.a) del Reglamento citado, según el cual el gasto subvencionable vendrá representado por los costes de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del plátano cubiertos por el plan de consumo de fruta en las escuelas entregados al centro escolar. De esta manera, de conformidad con la literalidad de las normas y su integración en el contexto de la regulación de la ayuda, entiende obvio que el "coste de la fruta" es el coste que supone para el destinatario de la ayuda la entrega efectiva de la fruta en los centros escolares y en las condiciones exigidas. Por lo que, según --, es incuestionable que dicho coste engloba la adquisición de la fruta, su concreta calidad, toda la fase de preparación y confección, las operaciones de gestión, distribución y transporte y la concreta logística que exige la entrega de la fruta en el marco del Plan, lo que acarrea exigentes labores de gestión, coordinación y asunción de múltiples riesgos y responsabilidades, sería la suma de lo que denomina costes intermedios de 0,63 euros por ración abonados a sus colaboradores, más costes adicionales, de 0.40 o 0.44 euros por ración, correspondiente a los servicios desarrollados por la propia --.

Añade a ello que la cuantificación y acreditación en este momento de dichos costes (que resulta muy difícil por las razones apuntadas) coloca a -- en una evidente situación de indefensión, toda vez que guió su conducta y estructura interna de costes por la certeza y en la confianza legítima de que el importe de la ayuda era 1 euro por ración y los albaranes el documento probatorio de pago, de suerte tal que si el mecanismo de la determinación del importe de la ayuda hubiera sido otro o se hubiera explicitado de otra manera, quizá no hubiera concurrido como solicitante de la ayuda o habría modificado los contratos, precios y asunción de responsabilidades y tareas con proveedores.

4) Finalmente, señala que el IVA no fue efectivamente deducido por --, de forma que fue un gasto efectivo del desarrollo del Plan de consumo de frutas en las escuelas y debe ser considerado un gasto elegible. A este respecto consta aportado en el expediente administrativo certificado de la AEAT por el que se reconoce la aplicación a -- de la exención de IVA a las operaciones que constituyen su tráfico habitual.

CUARTO.- El 31 de enero de 2014 formuló alegaciones el Director General de Industria Agroalimentaria y Capacitación Agraria, que a lo largo de un extenso escrito refiere observaciones y justificaciones a las distintas deficiencias y recomendaciones recogidas en el informe provisional. Por lo que respecta a las recomendaciones relativas al inicio de procedimiento de reintegro, expone que los gastos justificados reúnen los requisitos de subvencionalidad y han respetado los límites previstos en el artículo 5 del Reglamento (CE) n° 288/2009 y en el 6.3 de la Orden de 4 de mayo 2012; que el pago de la ayuda se ha realizado conforme a lo previsto en el artículo 11 del Reglamento y artículo 8 de la Orden, previa realización de los controles previstos en el artículo 9 de la

misma Orden y, en su caso, se han establecido las correspondientes penalizaciones señaladas en los citados artículos; que para garantizar la necesaria simplificación de la gestión, de la administración y del control de las operaciones que conlleva la entrega de la fruta en los colegios, la Consejería de Agricultura y Agua optó por un modelo simplificado de justificación de gastos mediante la aplicación de un baremo estándar de coste unitario (n° de raciones \times coste estándar por ración) que se cuantificó en 1 euro; dicho coste procede de la experiencia adquirida durante "El Plan de Consumo de frutas y hortalizas en los centros escolares de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia", iniciado en la campaña 2009/2010 dentro de la Estrategia Autonómica integrada en la Estrategia Nacional como un proyecto piloto donde participaron 40 colegios y 3.250 alumnos (entre 6 y 7 años), a través de un Convenio de Colaboración con la Federación de Cooperativas de la Región de Murcia (FECOAM); en dicho análisis se estudiaron diferentes costes tales como: adquisición y compra de fruta (75%), distribución a escuela (18%), entrega y almacenamiento (7%), siendo el coste por ración entregada de 1,07 euros; también se analizaron las diferentes posibilidades de suministro de frutas y hortalizas de temporada durante el periodo de vigencia del Programa y la repercusión en los costes de ración entregada que variaban en una horquilla de 0,62 -1,56 euros.

QUINTO.- El 10 de abril de 2014 el Jefe de Servicio de Control Financiero de Subvenciones emitió el informe definitivo en el que, en síntesis, se recomienda el inicio del procedimiento de reintegro por importe de 111.633,26 euros, así como la exigencia, en su caso, de los intereses previstos en el artículo 80 del Reglamento (CE) n° 1122/2009, de la Comisión, y el artículo 13 del propio Reglamento (CE) n° 288/2009, por:

Primero.- Exceso de ayuda liquidado por el concepto de gasto de "adquisición, distribución de frutas y hortalizas en centros escolares" por no acreditar con documentos válidos las entregas de fruta, en un importe de 200,00 euros.

Segundo.- Exceso de ayuda liquidado por el concepto de gasto de "adquisición, distribución de frutas y hortalizas en centros escolares" en relación al coste efectivamente soportado por el beneficiario, por un importe de 107.696,66 euros, resultante de la diferencia entre 1 euro/ración solicitado y 0,63 euros/ración de coste efectivo para el beneficiario, correspondiente a 290.218 raciones entregadas. Este hecho es contrario a los principios de las subvenciones públicas señalados, de una parte, en el artículo 19.3 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (el importe de las subvenciones en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos, supere el coste de la actividad subvencionada) así como en el artículo 109.2 del Reglamento (CE) n° 1605/2002 del Consejo de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, el cual redacta que "(...) La subvención no podrá tener por objeto o efecto producir beneficio alguno al perceptor de la misma (...)".

Tercero.- Exceso de ayuda liquidado por el concepto de gasto de "seguimiento y evaluación del Plan de consumo", al declararse gastos fuera del periodo de ejecución e IVA, por importe de 3.736,60 euros.

SEXTO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2) de la Ley de 7/2005, de 18 de noviembre, de subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Dirección General de Industria Agroalimentaria y Capacitación Agraria emitió el 23 de mayo de 2014 un informe de discrepancia en lo que concierne al coste por ración de fruta y hortalizas entregadas en los centros escolares de 1 euro, incluyendo los gastos de transporte y distribución, actuación que había sido instada por -- el día 21 anterior.

Concluye que: a) La actividad subvencionable conlleva otros costes, además de los reflejados en las facturas citadas en el Informe de Control Financiero, y que se tuvieron en cuenta por el informe técnico que estableció 1 euro como coste unitario, en concordancia, además con la variabilidad de costes según zonas que admite la UE; b) los baremos estándar de costes unitarios están previstos por la normativa comunitaria y la legislación nacional, incluso se incentiva su aplicación para simplificar los costes y cargas administrativas; c) lo dispuesto en la Orden de 4 de mayo de 2012, vincula tanto al beneficiario como al órgano gestor, y en la misma se fija el coste en 1 euro.

SÉPTIMO.- El 26 de diciembre de 2014 el Jefe de Servicio de Control Financiero propuso al Interventor General la adopción de informe de actuación, de acuerdo con lo previsto por el artículo 43 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para que por la Consejería de Agricultura y Agua se inicie el procedimiento de reintegro parcial por importe de 111.633,26 euros de la ayuda concedida a --, en los mismos términos señalados en el informe de control financiero de 21 de abril de 2014.

La propuesta es aprobada por el citado Interventor General el 22 de enero de 2015, fecha en la que dirige al Consejero de Agricultura y Agua el informe de actuación para que por la Consejería se inicie procedimiento de reintegro parcial por importe de 111.633,26 euros de la ayuda concedida a --, en los mismos términos señalados.

OCTAVO.- El 20 de marzo de 2015 la Consejera de Agricultura y Agua, a propuesta del Director General de Industria Agroalimentaria y Capacitación Agraria del 18 anterior, planteó su disconformidad con el informe de actuación, al objeto de que por parte de la Intervención General se eleve, a través del titular de la Consejería de Economía y Hacienda, el referido informe a la consideración del Consejo de Gobierno para que, tras el dictamen del Consejo Jurídico, adopte la resolución que estime oportuna.

NOVENO.- El día 20 de abril de 2015, el Interventor General dirigió al Consejero de Economía y Hacienda un oficio trasladando que *"en virtud de lo previsto en el artículo 43.2 de la LSCARM, se procede por este órgano fiscalizador a la remisión del referido informe de actuación para su elevación y consideración por el Consejo de Gobierno, previo dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, proponiendo que se lleve a cabo la siguiente actuación: La Consejería de Agricultura y Agua debe iniciar el procedimiento de reintegro parcial, por importe de 111.633,26 euros, de la ayuda concedida a -- en relación con una ayuda FEAGA de la línea 05020812 "Plan de consumo de fruta en las escuelas", establecida en el Reglamento (CE) 288/2009, en los mismos términos señalados en el informe de control financiero, referencia 13FG0207, de 21 de abril de 2014"*.

Y en tal estado, fue remitido el expediente al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el 28 de abril de 2015.

Al día siguiente fue registrada de entrada en el Consejo una comunicación del Secretario General de la Consejería discrepante mediante la cual remite un Informe de la Dirección General de Industria Agroalimentaria y Capacitación Agraria, de 17 de abril de 2015, por el que se propone a la Consejera de Agricultura y Agua que, en base a las argumentaciones que expone, se manifieste disconformidad con el Informe de Actuación de la Intervención General, para su incorporación al citado expediente.

La Intervención General, a su vez, remitió un escrito a este Consejo Jurídico (el 11 de mayo de 2015) manifestando su disconformidad con tal actuación, ya que la discrepancia estaba declarada por la Consejera dentro del plazo de 2 meses (quiere decir de un mes) que concede el artículo 43.2 LSCARM, con ratificación expresa de las alegaciones ya presentadas al informe definitivo de control financiero; por ello, entiende que en la valoración del informe definitivo que debe realizar este Consejo no debiera tomarse en consideración el último informe de la Consejería de Agricultura por su carácter extemporáneo y dado el plazo perentorio para exigir el reintegro, aunque afirma que tal informe no aporta datos que pudieran determinar la modificación de la propuesta formulada.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El artículo 43.2 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dentro del Título III de la misma, relativo al control financiero de subvenciones, y dentro de la regulación de los informes de control financiero que concluyan en la exigencia del reintegro de la ayuda, establece que el órgano gestor deberá comunicar a la Intervención General, en el plazo de un mes a partir de la recepción del informe de control financiero, la incoación del expediente de reintegro o la discrepancia con su incoación, que deberá ser motivada. En este último caso, la Intervención General podrá emitir informe de actuación dirigido al titular del departamento del que dependa o esté adscrito el órgano gestor de la subvención, del que dará traslado asimismo al órgano gestor. El titular del departamento, una vez recibido dicho informe, manifestará a la Intervención General, en el plazo máximo de dos meses, su conformidad o disconformidad con el contenido del mismo. La conformidad con el informe de actuación vinculará al órgano gestor para la incoación del expediente de reintegro. En caso de disconformidad, la Intervención General podrá elevar, a través del titular de la Consejería de Economía y Hacienda, el referido informe a la consideración del Consejo de Gobierno para que, tras el dictamen del Consejo Jurídico, adopte la resolución que estime oportuna. La decisión adoptada resolverá la discrepancia.

Por tanto, se impone al citado Consejero recabar el dictamen para que sea tenido en cuenta por el Consejo de

Gobierno, lo que permite calificar la consulta como preceptiva, al no quedar la misma a la facultad discrecional de órgano alguno.

SEGUNDA.- Procedimiento.

El expediente remitido refleja que se han cumplido las previsiones recogidas en el ya citado artículo 43.2 LSCARM. Debe destacarse que la discrepancia se fundamenta en las alegaciones del órgano gestor, cuya competencia es técnica en su sector, pero carece de aval jurídico de la propia Consejería de Agricultura y Agua. También se ha de afirmar, de acuerdo con el Interventor General, que el informe-propuesta de la Dirección General de Industria Agroalimentaria y Capacitación Agraria, de 17 de abril de 2015, es extemporáneo, ya que se emite cuando el procedimiento está ultimado y formulada la consulta al Consejo Jurídico, desconociendo, en suma, que la Consejera de Agricultura y Agua ya había manifestado la discrepancia que el informe dice proponer.

La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas -dice el artículo 63.3 LPAC- sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, efecto necesario en cuanto al carácter de propuesta que tiene ese documento, pero no respecto al contenido argumental, que es válido aunque no contenga información nueva de relevancia.

TERCERA.- El ámbito institucional y normativo de la controversia.

I. El artículo 4.1, c), TRLH, al consagrar los principios esenciales de la Hacienda regional, establece como uno de ellos el de *"control sobre todas las operaciones de contenido económico"*, el cual se articula a través de las técnicas, procedimientos y órganos señalados en el Título IV, denominado control y contabilidad pública. Este control interno lo ejerce la Intervención General, y se caracteriza por desarrollarse con plena autonomía respecto de las autoridades y órganos controlados, constituyendo una actividad administrativa de superior grado, por cuanto trasciende la acción propia de los centros gestores para contemplarlos en su función instrumental, controlando su adecuación a la Ley. Así, la Intervención General de la Comunidad Autónoma es configurada como centro de control interno y de control financiero (art. 91.1 TRLH), el cual puede realizarse, además de a través de la fiscalización previa, mediante la comprobación económico-financiera y legal de los distintos servicios de la Administración, siendo entonces propiamente control financiero.

La necesidad del control interno se fundamenta en la protección del interés público, y atribuye a los órganos competentes una auténtica potestad que los sitúa en una cierta posición de supremacía sobre los órganos controlados. Ello tiene su razón de ser en que la Administración Pública tiene bajo su responsabilidad la adecuada conservación y aplicación de los bienes y demás recursos públicos, por lo que necesita una gestión que le permita lograr sus fines en las mejores condiciones posibles, si bien, como se está insistiendo, sin desatender la adecuada naturaleza de los medios empleados. De ahí que la realización del gasto público esté íntimamente vinculada a la idea de control, resultando de ello que el ordenamiento jurídico arbitre mecanismos para hacerlo efectivo.

La Ley 38/2003, General de Subvenciones, es, en gran medida, una Ley básica (Disposición final primera) cuyo fundamento constitucional reside en el artículo 149.1.18 CE, que reconoce al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y sobre el procedimiento administrativo común. Del Título III de la Ley, el relativo al control financiero de subvenciones, que incluye los artículos 44 a 51, tienen carácter básico los artículos 45 y 46 referidos, respectivamente, al control financiero de ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios y a la obligación de colaboración con los interventores.

Según el primero, en las ayudas y subvenciones financiadas total o parcialmente con cargo a fondos comunitarios, la Intervención General de la Administración del Estado será el órgano competente para establecer, de acuerdo con la normativa comunitaria y nacional vigente, la necesaria coordinación de controles que, respecto al FEOGA sección garantía (actual FEAGA), deben ser desarrollados por los órganos de control interno de las Administraciones de las comunidades autónomas, a virtud de lo que exige el Reglamento (CEE) nº 4045/89 del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de diciembre de 1989.

Por tanto, la función de control que aquí realiza la Intervención General lo es a consecuencia de una heteronormación, esto es, como aplicación de productos normativos emanados de un sujeto de Derecho externo, como es la Unión Europea, si bien el Derecho comunitario se integra plenamente en el ordenamiento jurídico autonómico, pero con la particularidad de que resulta necesario que el propio Derecho interno sea interpretado del

modo más acorde al contenido y finalidad de la normativa comunitaria, de modo que pueda alcanzarse el resultado que ésta establece (Sentencia de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing v./La Comercial Internacional de Alimentación*, C-106189, entre otras).

II. Desde la perspectiva expuesta, el régimen jurídico aplicable a la ayuda es el que resulta del artículo 3 de la Ley 38/2003, según el cual *"las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquéllas"*. Así, pues, han de tenerse en cuenta, en cuanto al contenido material, el Reglamento (CE) nº 288/2009 de la Comisión, de 7 de abril de 2009, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1234/2007 del Consejo en lo relativo a la concesión de una ayuda comunitaria para la distribución de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del plátano a los niños en los centros escolares, en el marco de un plan de consumo de fruta en las escuelas; y en el ámbito autonómico la Orden de 4 de mayo de 2012, de la Consejería de Agricultura y Agua, de condiciones generales para la autorización de solicitantes de la ayuda para la distribución de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del plátano en escuelas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para la campaña 2011-2012.

A la vista de lo que dispone el artículo 43.2 de la Ley 7/2005 a la hora de conformar la consulta, el Dictamen tiene por finalidad determinar la adecuación al ordenamiento del informe de actuación emitido por la Intervención General el 22 de enero de 2015 para que por la Consejería consultante se inicie procedimiento de reintegro parcial por importe de 111.633,26 euros de la ayuda concedida a --. Y en el examen de las cuestiones planteadas por el expediente, la participación de este Consejo Jurídico tiene por finalidad velar por la observancia de la Constitución y del Ordenamiento Jurídico en su conjunto, emitiendo una opinión de juridicidad que cumple una función garantista tanto del interés público como de los derechos e intereses de los particulares.

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

I. La principal objeción del informe de la Intervención General consiste, como quedó dicho, en que considera que existe un exceso de ayuda liquidado por el concepto de gasto de "adquisición y distribución de frutas y hortalizas en centros escolares" en relación al coste efectivamente soportado por el beneficiario, por un importe de 107.696,66 euros, resultante de la diferencia entre 1 euro por ración (cantidad abonada a --, según recoge la Orden de 4 de mayo de 2012) y 0,63 euros por ración de coste efectivo para la citada -- (según resulta de las facturas de proveedores y demás documentación), correspondiente a 290.218 raciones entregadas. El informe funda esta conclusión en que el importe liquidado por la Administración excede del coste subvencionable de las frutas y hortalizas entregadas a los centros escolares, previsto en el artículo 5.1.a) del Reglamento (CE) 288/2009, de acuerdo al coste acreditado mediante las facturas pagadas por el beneficiario previstas en el artículo 10.4 del citado Reglamento. Está fuera de la controversia que el precio que -- pagó a sus proveedores en concepto de adquisición y entrega fue de 0,63 euros/ración.

La conclusión del informe de la Intervención General es difícilmente rebatible, a tenor de cómo se expresa el Reglamento citado, cuyo artículo 5.1 determina los costes subvencionables, señalando como tales en el apartado a): *"costes de frutas y hortalizas, frutas y hortalizas transformadas y productos del plátano cubiertos por el plan de consumo de fruta en las escuelas y entregados a un centro escolar"*; añadiendo en el apartado b) los costes de equipos, los de las actividades de seguimiento y evaluación, y los de comunicación; en el párrafo 2 se dice que no son subvencionables los costes de personal ni el IVA, y que *"cuando los costes de transporte y de distribución de los productos cubiertos por un plan de consumo de fruta en las escuelas se facturen por separado"*, estos costes no excederán del 3 por ciento de los costes de los productos. Se aprecia, pues, que distingue, de una parte, el coste del producto, y de otra, los que denomina costes afines, que incluirán expresamente los costes vinculados con la logística y la distribución, el equipamiento, la publicidad, el seguimiento, la evaluación y las medidas de acompañamiento. De ahí cabe deducir con la suficiente claridad que no son subvencionables otros costes diferentes a los citados.

El artículo 6 de la Orden de 4 de mayo de 2012, titulado *presupuestos y costes subvencionables*, reproduce el 5 del Reglamento, excepto al definir los costes de los productos, que lo hace así:

"costes de los productos incorporados en la Estrategia Regional de Consumo de Frutas en las Escuelas y entregados al centro escolar (costes de las frutas u hortalizas más los costes de transporte y distribución)(...)El coste por ración de fruta o verdura será de 1 euro, incluidos los gastos de transporte y distribución".

Mientras que el Reglamento se refiere únicamente al coste de la fruta entregada al centro escolar, la Orden introduce una variación al fijar el coste de la ración de fruta en un euro, siendo la cuestión a resolver, en primer lugar, si la Orden está habilitada y, en segundo lugar, si, incluso estando habilitada, tal efecto sería admitido por el Reglamento.

II. Sobre la potestad reglamentaria de los Consejeros, con carácter general, han tratado diversos dictámenes, como el 106/2007, que destacan el rigor con el que ha de comprobarse en todo proyecto de desarrollo reglamentario la existencia de la debida conexión con el texto legal habilitante, de modo que quede garantizado que su contenido se está desarrollando dentro de los límites de la facultad reglamentaria conferida por la ley, rigor que debe extremarse en los proyectos de orden, pues el destinatario de la habilitación legal no es el depositario de la potestad reglamentaria originaria, el Consejo de Gobierno, sino el titular de la consejería del ramo. Esta circunstancia tiene evidentes repercusiones en el alcance de la regulación reglamentaria que, al amparo de la referida habilitación, puede dictarse. En efecto, la Ley 6/2004 limita la potestad reglamentaria de los Consejeros, pues éstos sólo podrán hacer uso de ella *"cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal o en materias de ámbito organizativo interno de su departamento"* (artículo 52.1, Ley 6/2004, y 16.2, d) de la Ley 7/2004).

Ya desde los primeros Dictámenes de este Consejo Jurídico se indicó que el adverbio *"específicamente"* reclama *"fijación precisa que así lo distinga y apartarse de generalizaciones, en cuanto la atribución específica es la excepción de la regla general que confiere originariamente al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria"* (por todos, Dictamen 17/1998). En el asunto consultado existe una habilitación legal y general al Consejero de Agricultura y Agua para aprobar las bases reguladoras de las subvenciones en el artículo 13.1 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de subvenciones de la Región de Murcia, que, *a priori*, da cobertura a esta Orden. Y dicha habilitación tiene una doble dimensión: una positiva, en tanto que permite el desempeño de la potestad reglamentaria; y otra negativa, en tanto que límite material del contenido normativo que puede el Consejero desarrollar, que está conformado, en particular, por el Reglamento (CE) 288/2009, dada su primacía, efecto directo y precedente de la Orden, que dice en su artículo 1 que la regulación que contiene es para adecuarse a los términos señalados en el Reglamento (CE) 288/2009 de la Comisión, de 7 de abril.

Dada la primacía de la norma comunitaria, la competencia normativa del Consejero sólo puede ser residual y se limita a las situaciones no contempladas por el régimen comunitario y a los casos en que éste les reconoce competencia de manera explícita (STJUE, de 18 de septiembre de 1986, Comisión/Alemania, 48/85). El Tribunal Constitucional, por su parte, en la sentencia 79/1992, de 28 de mayo, dice, con referencia a los Reglamentos comunitarios de ayudas a la agricultura y ganadería, que el margen para una normativa complementaria, de desarrollo o ejecutiva es muy estrecho y por lo general se limita a prescripciones de orden organizativo y procedimental, que resultan necesarias para instrumentar la concesión y pago de las ayudas dentro de los diferentes Estados miembros; agregando que sólo en contadas ocasiones la legislación nacional puede complementar la normativa comunitaria europea aplicable, por remisión de ésta, con prescripciones de contenido sustantivo, relativas a la definición de los beneficiarios o a algunas condiciones, límites o suplementos de las ayudas.

Desde esta perspectiva, el examen del citado Reglamento no permite afirmar que contenga habilitación para que autoridad nacional alguna introduzca alteraciones en un precepto, como el 5, cuya aplicabilidad directa es evidente, y que no precisa de norma que lo desarrolle, ejecute o aclare. Se llega a tal conclusión deductivamente y *a sensu contrario* de lo que el Reglamento hace en otros artículos, en los que sí remite o encarga a la norma nacional que actúe para su ejecución, así, por ejemplo, en los artículos 6, 7 y 13. Pero también es posible concluir lo mismo en base a una lectura directa del artículo 5, que cuando se refiere al coste de fruta *entregado al centro escolar* se está refiriendo a una realidad que habrá de concretarse por un proceso mercantil, pero no abstractamente en una norma, a través de la creación de un nuevo concepto, como es el coste medio estándar, que conduce a un resultado distinto al previsto por el Reglamento, cual es regular como subvencionable un coste no previsto provocando el efecto manifestado por la Intervención General en su informe de liquidar por este concepto 1 euro por ración en lugar de 0,63 euros por ración de coste efectivo justificado, con la consecuencia también manifestada en el informe de la Intervención de producir un enriquecimiento en el perceptor prohibido por el artículo 19.3 LSCARM.

III. El reglamento comunitario es una norma directamente aplicable en cada Estado miembro que, en principio, no necesita de otra interposición normativa interna para producir sus efectos, por lo que está vedada cualquier actividad por parte de los Estados susceptible de obstaculizar la inmediatez de su aplicación, incluida la

reproducción de los mismos. Así, el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE señala que los reglamentos son directamente aplicables en los Estados miembros, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) indicó en la sentencia *Politi*, del 14 de diciembre de 1971, que se trata de un efecto directo completo, lo que significa que atribuye derechos y obligaciones, pudiendo los particulares utilizarlos como referencia en sus relaciones con otros particulares, con los Estados miembros o con las autoridades europeas.

Es cierto que esta aplicabilidad directa hay que entenderla en sus justos términos, ya que sería imposible para los órganos comunitarios entrar en contacto directo con los sujetos obligados sin la interposición de la autoridad estatal. Pero esta colaboración de los Estados no podría, en ningún caso, vulnerar el carácter directamente aplicable de los reglamentos, por lo que sería una colaboración para propiciar su efecto, no para alterarlo y, en todo caso, con el límite que para el derecho nacional supone la primacía del derecho comunitario, en virtud de la cual se produce la prevalencia de la norma comunitaria sobre la nacional siempre y cuando aquella se encuentre dentro de su esfera de competencia. Como es ya sabido, el TJUE consagró el principio de primacía en la sentencia *Costa Enel*, de 15 de julio de 1964, al declarar que el Derecho procedente de las instituciones europeas se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, que están obligados a respetarlo y, en consecuencia, si una norma nacional es contraria a una disposición europea, las autoridades de los Estados miembros deben aplicar la disposición europea. El Derecho nacional no se anula ni deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido, ya que la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias, según dijera la conocida Sentencia *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978. Tales consecuencias son asumidas en el ordenamiento interno, siendo pertinente traer a colación la doctrina fijada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a partir de la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4, en la que precisa que la primacía no se sustenta necesariamente en la jerarquía, *"sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones"*, lo que obliga al Juez nacional o a la Administración pública, en su caso, a aplicar la norma prevalente y a dejar sin efecto a la norma desplazada, aun cuando no haya sido expulsada del ordenamiento interno, algo propio de la Unión Europea como proceso de creación de una unidad política por agregación o unión de Estados (STC 145/2012, de 2 de julio).

III. Como ha declarado el TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia de 13 julio 2004, el principio de primacía del Derecho comunitario implica su prevalencia sobre el derecho interno en caso de conflicto, y en Derecho español esta operatividad comporta la nulidad de las disposiciones de carácter general que se opongan al ordenamiento comunitario.

Es principio tradicional en nuestro Derecho el que establece la nulidad radical de las disposiciones administrativas contrarias a las normas con fuerza de Ley o de rango superior, como prescriben los artículos 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 62. 2 LPAC, para el cual los reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho. Esta circunstancia supone que si estas disposiciones administrativas contravienen o vulneran lo establecido por la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, son nulas, y por tanto, inexistentes, debiendo devolverse las cosas al estado anterior al dictado del reglamento ilegal. Para su impugnación no existe límite temporal alguno, ya que no pueden ser convalidados por el transcurso del tiempo. Esta conclusión, como se ha dicho, es aplicable también cuando el reglamento interno se opone a un Reglamento comunitario (STSJ Navarra 303/2006 de 2 mayo y STS, Sala tercera, de 13 julio 2004).

La Orden de 4 de mayo de 2012 era para la campaña 2011-2012, y fuera de ella no puede ya producir nuevos efectos y, respecto al asunto objeto del Informe de la Intervención, tampoco podía hacerlo, dada su inaplicabilidad, por lo que, en principio, no parece imprescindible su formal declaración de nulidad de pleno derecho.

IV. La discrepancia también se funda en que, según la Consejería de Agricultura y Agua, la ayuda se justifica mediante los albaranes de entrega, mientras que para el informe de la Intervención dichos documentos únicamente prueban la entrega del producto a los centros escolares, no así el coste incurrido, que ha de justificarse mediante los documentos previstos en el artículo 10.4 del Reglamento (CE) 288/2009, el cual dispone que *"los importes objeto de la solicitud de pago deberán justificarse mediante documentos probatorios que se pondrán a disposición de las autoridades competentes"*, añadiendo el artículo 11.1, c) que la ayuda solo se pagará *"previa presentación de una prueba alternativa del pago de las cantidades suministradas con fines de la aplicación del presente Reglamento"*. Por su parte, la Orden establece en el artículo 8,c) que *"de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Reglamento (CE) nº 288/2009, la ayuda sólo se pagará (...) previa presentación de una prueba alternativa de pago de las cantidades suministradas que estará compuesta por los albaranes de entrega de*

la fruta firmados y sellados por el responsable autorizado del centro.

Con independencia de que pueda existir cierta confusión entre la documentación relativa a la solicitud de la ayuda y la referente al pago, razona la Intervención que los albaranes constituyen documentos que acreditan la entrega al destinatario de la mercancía (centros escolares), y en ningún caso constituyen una prueba del pago de las cantidades suministradas. Esta discrepancia sobre la justificación formal de los costes es, como suele suceder con las formas jurídicas, el reflejo de la cuestión de fondo, que en este caso es la manifestación de la discrepancia en cuanto a cuales son los gastos subvencionables. Al separarse la Orden del Reglamento y crear un concepto abstracto de coste (distinto al concreto que se formaría en una operación industrial o mercantil) tampoco necesita el documento que en el ordenamiento español sirve para acreditar el desembolso, y se amolda a ello considerando que éste se produce por la mera entrega. Prescinde así del documento mercantil que sirve de justificante para el desembolso de las operaciones, que es, con carácter general y también como requisito de la normativa comunitaria, la factura (Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, que contiene el régimen jurídico aplicable a las obligaciones de facturación en el Derecho español). En cualquier caso, no ha de olvidarse que a pesar de afirmarse por la Consejería como motivación de la Orden que la actividad subvencionable conlleva otros costes además de los reflejados en las facturas, éstos no han sido justificados ni durante el control ni en alegaciones (folio 16 del Informe de la Intervención) y, además, han sido abonados por la Consejería 20.656 euros en concepto de costes de actividades de seguimiento y evaluación, y otros 8.610 euros por costes de comunicación de la campaña.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Por las razones antedichas en las consideraciones precedentes, no se aprecia fundamento jurídico suficiente para estimar la discrepancia formulada al informe de actuación de la Intervención General de 22 de enero de 2015, instando al Consejero de Agricultura y Agua a que inicie procedimiento de reintegro parcial por importe de 111.633,26 euros de la ayuda concedida a -- en el marco del FEAGA y dentro del "Plan de consumo de fruta en las escuelas", establecida en el Reglamento (CE) 288/2009.

No obstante, V.E. resolverá.