

1
C
A

GASPAR ARIÑO ORTIZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

44/03/2000

PRINCIPIOS
DE
DERECHO PÚBLICO ECONÓMICO
(Modelo de Estado, Gestión Pública,
Regulación Económica)

Con la colaboración de
JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ
LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO

GRANADA, 1999

EL FOMENTO

SUMARIO: I. LA NOCIÓN DE FOMENTO: A. Origen. B. Concepto doctrinal. C. Clasificación. D. Su encaje en la Constitución: reconocimiento y límites. **II. LA SUBVENCIÓN:** A. Concepto. B. Régimen jurídico. **III. LA PRÁCTICA DE LAS SUBVENCIONES:** A. Ineficiencia económica y no sometimiento al principio de legalidad. B. Otras consecuencias peores: fraude y corrupción. C. Diagnóstico: la difícil juridificación de las medidas de ayuda del Estado Social. **IV. LINEAS DE REFORMA:** A. Es necesario mantener la acción de fomento del Estado financiador. B. Es necesario separar la política, régimen jurídico y aplicación. C. La necesaria reforma institucional. D. El necesario análisis económico de las técnicas de fomento.

I. LA NOCIÓN DE FOMENTO

A. Origen

Decíamos en la lección anterior que la actividad de fomento constituye una actividad de estímulo por la que el Estado no impone sino que ofrece a los particulares una ayuda para que éstos realicen actividades de interés público. Antes de abordar la técnica de fomento más usual, la subvención, conviene exponer brevemente, el origen, concepto y modalidades de las medidas de fomento.

En general, el origen del fomento como medio de ayuda a los ciudadanos se remonta al origen del propio Estado que vela por el bienestar de sus súbditos. En sentido estricto, como ha señalado VILLAR PALASÍ, la noción de fomento como título legal (justificador de una forma de actuación del Estado) aparece en España en la transición del despotismo ilustrado al primer constitucionalismo¹. Ha escrito JUAN MIGUEL DE LA CUÉTARA que «la Administración de fomento y las reformas administrativas fueron, en el despertar del liberalismo español, la gran esperanza de aquéllos que veían en ellas algo neutral a las tensiones políticas y la posibilidad de darle al Estado una estructura y

* Por LUCIA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO.

¹ VILLAR PALASÍ, *Apuntes de Derecho Administrativo*, U.N.E.D., Madrid, 1874, págs. 88-89.

ción que veían como imprescindible. Jurídicamente, su importancia en dos aspectos: en el organizativo, con la creación del Ministerio de Fomento y en la actuación del Estado, al constituir un título genérico de intervención en la vida económica que constituía un fin, un derecho y una obligación para el Monarca». De esta forma, la idea de fomento se presenta a priori como la de una necesidad generalizada de crecimiento de las artes y oficios y, jurídicamente, como un deber del Estado, como una misión o tarea encomendada y como un título de actuación con efectividad concreta. En la práctica, la idea de fomento sirve en España para buscar una tarea para el Estado que dirija y regularice el movimiento de las mejoras económicas y la sociedad «promueve indirectamente la riqueza general por los esfuerzos» (Circular de 9-ene-1816).²

Bien, como apunta J.M. DE LA CUÉTARA, la idea de Fomento en sus orígenes en España era contradictoria, lo que provocó su desaparición en el siglo XIX ante la importación del Derecho Administrativo francés, que dio lugar a la figura. El fomento era una idea ilustrada que logró sobrevivir por sus peculiares circunstancias, de la que los liberales sólo aprovecharon el aspecto instrumental: el Ministerio de Fomento (utilizable, pues era un instrumento para otros caminos) había creado la Revolución francesa: un Ministerio del Interior). En el momento de aparición del Derecho Administrativo en España, todavía la tarea de conseguir la prosperidad se encontraba en el Estado. La ideología liberal se la encomendaba a la Sociedad. La tradición saldrá vencedora la segunda postura, y la idea de fomento quedará obligada a desaparecer hasta que en el siglo XX se hable de la actividad económica y la Sociedad, de una Administración conformadora y de la del Estado liberal.³

to doctrinal

Profesor JORDANA DE POZAS quien identificó esta modalidad de actividad administrativa y la definió en los siguientes términos:

RICARDO DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 1. Con anterioridad dicho autor expuso su tesis sobre el fomento en «Revisión española del fomento», *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, 9, 1934, op. cit. pág. 293.

EL FOMENTO

«La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate.

Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos».⁴

Otra definición clásica es la de GARRIDO FALLA, según la cual el fomento sería:

«Aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente la satisfacen».⁵

De estas definiciones se deduce la caracterización básica del fomento, tal como ya quedó configurada en la lección anterior. Básicamente por las siguientes notas:

- se trata de una actividad administrativa, una forma de acción de la Administración y un título de intervención en la economía.
- con un aspecto negativo: sin utilizar la coacción, ni crear servicios públicos. Por lo tanto el Estado no manda, ni asume directamente la titularidad de la actividad.
- con contenido positivo: el Estado «ofrece» una actuación de *favorecimiento*, con carácter amplificador de la esfera de derecho del particular.⁶
- y carácter teleológico: el fomento se caracteriza por la búsqueda de una

⁴ JORDANA DE POZAS, «Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo», en *Revista de Estudios Políticos* núm. 48, 1949, pág. 46.

⁵ GARRIDO FALLA, «Tratado...», cit. pág. 306.

⁶ Como ha destacado J.M. de la CUÉTARA el carácter amplificador de la esfera de derecho del particular es una nota importante, ya que merced a ella los particulares acceden a posiciones jurídicas de ventaja de las que antes carecían. En ella van implícitas muchas otras, como el trato preferente —y, por tanto, diferencial— o el cierto contenido de privilegio que vienen a conformar la gran importancia de una exacta delimitación jurídica del concepto. Vid. J.M. CUÉTARA, «La actividad de la Administración», cit. pág. 296.

e trata de convencer a los particulares para que realicen una determinación y así promover actividades que revisten interés general.

tanto, la actividad de fomento se configura como una actividad de presión, realizada de modo no coactivo, sobre los ciudadanos y tales, para imprimir un determinado sentido a su actuación. El Estado mediante estímulos de carácter económico, tales como las subvenciones fiscales, los créditos, etc. De este modo, el Estado no impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración del particular y la actividad fomentada se lleva a cabo.

mbito de la vida económica, mediante esta actuación de fomento orientar e incentivar (o disuadir) la acción económica privada, lo la acción de los agentes hacia la producción de determinados vicios, necesarios para la colectividad. Cabe observar que, una vez do queda fuera de la actividad pero influye sobre ella, mediante económicos a las fuerzas sociales, para imprimir en ellas un determinado. Repárese en que se trata de actuaciones no coactivas, que se tradicionalmente en campos como la enseñanza, la vivienda, la anidad, la conservación del medio natural, etc. La política fiscal, y gastos públicos, es la clave de la actuación en estos campos, que egados a la iniciativa y gestión privada en régimen de mercado, ten otros medios de actuación.

acción

ñaló JORDANA DE POZAS el fomento pretende convencer a alguien ga algo. Según el incentivo utilizado para influir sobre la voluntado, las medidas de fomento se reconducen a la clásica clasificación, que distingue entre medios de fomento honoríficos, ventajas urídico y ventajas de carácter económico⁷.

alidad de los *medios honoríficos* es promover una determinada acciónocer su realización mediante distinción personal otorgada al ro de este grupo están las condecoraciones civiles y militares, los iarios o los premios literarios y científicos. Se trata, en todo caso, ics con un marcado carácter discrecional, aunque su concesión se, por supuesto, a la normativa que las regule.

A DE POZAS, *op. cit.*, pág. 41 y ss.

— En cuanto a las *ventajas de carácter jurídico*, como señala GARRIDO FALLA⁸, suelen consistir en la dispensa del cumplimiento de leyes o reglamentos de carácter prohibitivo para obtener una utilidad general (por ejemplo la dispensa del límite máximo de altura de las edificaciones para facilitar la urbanización). Estas ventajas tienen un carácter muy excepcional, puesto que los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la Ley, con su plasmación en el denominado «principio de inderogabilidad singular de los reglamentos» despliegan aquí plenamente su virtualidad. De ahí que ventajas de este tipo deban tener una expresa previsión legal y además deban estar suficientemente justificadas.

— Finalmente, las *ventajas de carácter económico* pueden ser muy diversas: prestaciones reales, como el permiso para la utilización del dominio público; o fundamentalmente, prestaciones de carácter financiero que se pueden subdividir en medios fiscales (exenciones, desgravaciones, etc.), medios crediticios (por ej. líneas de créditos privilegiados, a bajo tipo de interés para las PYMES), y medios económicos en sentido estricto, es decir, la figura de la subvención como entrega de cantidades a fondo perdido a los beneficiarios de las medidas de fomento.

Por lo demás, como señala SANTAMARÍA PASTOR, dentro de las técnicas de aportaciones de capital a quienes realizan las actividades privadas fomentadas, conviene distinguir entre *transferencias de capital directas e indirectas*, en los siguientes términos:

«1) En las primeras, las conceptualmente más simples, un ente público lleva a cabo una entrega de recursos monetarios destinados a financiar la realización de una actividad considerada de interés público (por ejemplo, el rodaje de una película o la construcción de una depuradora de residuos tóxicos), a compensar unas pérdidas de ingresos (por ej. el arranque de viñas o la cesación de determinados cultivos) o, lo que es, sustancialmente lo mismo, a proporcionar al beneficiario de la entrega, unas rentas personales que le permitan llevar a cabo una determinada actividad (por ej. una beca de estudios). Estas transferencias directas siguen recibiendo el nombre clásico de subvenciones.

2) Las transferencias indirectas de capital con fines de promoción son mucho más variadas, por lo que su tipificación completa ofrece problemas casi insolubles; en términos generales, poco más puede decirse salvo que consisten en la asunción directa por los entes públicos de la realización de determinadas inversiones dirigidas a mejorar la explotación de empresas privadas que, en otro caso, tendrían que

⁸ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo II*, *cit.*

titadas directamente por éstas. A título meramente enunciativo, estas transacciones pueden consistir en la realización de campañas publicitarias de promoción de determinados productos genéricos (por ej., el aceite de oliva, las especias pesqueras); el establecimiento de sistemas de garantía de commodities (niveles de precios) mediante los cuales los entes públicos asumen el compromiso de adquirir los excedentes de productos no colocados en el mercado, a determinados precios unitarios); la realización por organismos públicos de actividades de investigación pura o aplicada, que reduce los costes de I+D de esas; o la creación y financiación de foros comerciales, que facilitan y reducen el coste de la exhibición de productos con fines comerciales (p. ej., ferias, «patentes» etcétera).

En otras modalidades, las transferencias indirectas de capital son de reconocimiento problemático, en ocasiones, y carecen de un régimen unitario; con frecuencia se hallan previstas en norma jurídica alguna, realizándose sólo en el programa interno de la Administración (con frecuencia negociado con el sector privado) y a una consignación presupuestaria específica; ello se explica en el hecho de su relativa novedad, lo que no hace menos deseable una creciente regulación normativa de su régimen. Las transferencias directas, por el contrario, son de una disciplina jurídica relativamente desarrollada.⁹

2. en la Constitución: reconocimiento y límites

El principio de fomento se reconoce ampliamente en la Constitución Española, en la línea de la doctrina que se ha desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ahora bien, como se verá, la Constitución se refiere a la acción promotora de fomento en términos diferentes:

En primer lugar, al sancionar los «principios rectores de la política económica», con el significado con que se enuncian, de auténtico empuje a los distintos Poderes Públicos para la realización de una serie de acciones favorables: «los Poderes públicos promoverán las condiciones favorables al desarrollo económico y social y para una distribución de la renta regional más equitativa (...) realizarán una política orientada al pleno empleo» (art. 40.1); «los Poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, física y el deporte» (art. 43.3); «las organizaciones de consumidores y productores promoverán la cooperación entre ellos» (art. 51.2); «las sociedades cooperativas» (art. 129.2) etc., etc.

— en segundo lugar, la expresión «fomento» se utiliza como título para el ejercicio de determinadas competencias. Así, lo son de las Comunidades Autónomas «el fomento del desarrollo económico de la Comunidad» (art. 148.13) y el «de la cultura, investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua» (art. 148.17); y lo es del Estado, «el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica» (art. 149.1.15). Perspectiva competencial derivada de la acción de fomento, que sanciona un título habilitante de actuación en los términos que señalan también numerosos Estatutos de Autonomía: así por ejemplo, el artículo 35, 14, E. Ar. señala que corresponde a la Comunidad autónoma de Aragón la competencia exclusiva para «el fomento del desarrollo económico... dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional»¹⁰. Por lo tanto el reconocimiento constitucional de la acción de fomento es muy amplio, y se concreta en las medidas adoptadas para la consecución de los fines que se consideran de interés general. Ahora bien las medidas de fomento deben respetar principios constitucionales básicos, ya que junto al «Estado Social», España se constituye como un Estado de Derecho, y con una Constitución económica que consagra la economía (social) de mercado. En este sentido, los principios constitucionales que limitan el ejercicio de la acción promotora son los siguientes:

1. Principio de legalidad

Como toda actividad de la Administración la acción de fomento se halla sometida al principio de legalidad. Sin embargo, históricamente se consideraba una actividad benéfica de los poderes públicos, por lo que no regía el principio de reserva de la ley en esta materia. Por el contrario hoy se considera que el otorgamiento de medidas económicas de fomento debe someterse al principio de legalidad (aunque sea difícil en la práctica), con varias peculiaridades, que enunciamos a continuación.

- a) Aunque el fomento supone ampliar la esfera del particular, también puede tener una eficacia indirectamente limitativa de las conductas de los particulares competidores de aquél favorecido por la ayuda. Por lo tanto rige el principio de vinculación positiva a la ley.
- b) Las medidas de fomento con medios económicos están siempre so-

¹⁰ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988, pág. 445.

FAMARÍA PASTOR, *Principios...*, cit. pág. 351-352.

El principio de *legalidad presupuestaria*. La necesaria previa consignación presupuestaria para la eficacia, en principio, del otorgamiento de las ayudas se recoge en la LGP. Así, su art. 60 establece que «no podrán comprometerse gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los compromisos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que violen la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que den lugar». Ahora bien, si un particular cumple los requisitos exigidos en la Ley para recibir una ayuda, su derecho de crédito nacido del cumplimiento del presupuesto de hecho previsto en la norma, es exigible pese a la ausencia de consignación presupuestaria¹¹. Por otra parte, el art. 133.3 de la Ley de Presupuestos exige que todo *beneficio fiscal* que afecte a los tributos del Impuesto de Renta de las Personas Físicas establezca en virtud de la Ley.

En el otorgamiento de medios económicos de fomento surge una *subjeción especial*, ya que el beneficiario se compromete a unas obligaciones fundamentalmente la realización de la actividad promovida y la obligación goza de amplias potestades de control, por lo que es necesaria una intervención legal que module dichas situaciones¹².

Ante la consideración en el pasado de las medidas de fomento y de subsidios, del otorgamiento de subvenciones como actos discrecionales (actos libres), hoy la doctrina señala que se trata de *actos reglados*. En consecuencia, «así se desprende de las diversas regulaciones singulares que rigen los actos reglados que permiten enervar la invocación administrativa de discrecionalidad, sin perjuicio, además, de que a falta de estos elementos en la reducción de la discrecionalidad otros no previstos en la ley reguladora, como las bases de los concursos que anuncian y

se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1987, sobre el fomento del empleo. En el mismo sentido, MARTÍN-RETORTILLO señala que o de buena fe de un beneficio económico sin cobertura presupuestaria disolución de responsabilidad contractual o extracontractual para el rescancimiento ya que la ley sustantiva reconoce el derecho a la subvención, mientras que la ley procesal únicamente prevé la exigibilidad del gasto. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Administrativo... cit.* pág. 463.

queda resaltado en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho...*, cit. pág. 459.

ofertan las subvenciones, las directrices no normativas y los principios de igualdad, proporcionalidad, eficiencia y economía en el gasto público»¹³.

Ahora bien, como veremos más adelante, existen dificultades graves para garantizar el efectivo sometimiento al principio de legalidad en el otorgamiento de subvenciones.

2. Principio de igualdad

Las medidas de fomento suponen beneficiar a unos concretos sujetos privados, y no a todos, por lo que su otorgamiento se halla sometido al principio de igualdad. De esta forma se pretende atenuar el gran riesgo que existe en la concesión de medidas económicas de fomento, y en particular, de subvenciones, que es la posibilidad de favorecer un grupo de ciudadanos o de discriminar a otros. En este sentido, como ha destacado MARTÍNEZ LÓPEZ—MUÑOZ¹⁴, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha demostrado la utilidad del principio de igualdad y del contenido esencial de los derechos fundamentales como criterio de control de las subvenciones. Así es significativa la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1984, ex parte Ministerio de Educación (Ar.5573), que señala que la Administración no puede establecer ayudas públicas o becas para estudiantes en las que de entrada queden excluidos los alumnos de centros privados no subvencionados con fondos públicos pues tal exclusión vulnera el principio de igualdad. Y en términos similares, la sentencia del Tribunal Constitucional 20/85, 14 de febrero, enjuiciando las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de 1983 y 1984, señala que es contrario al principio de igualdad el sistema de subvenciones estatales a los sindicatos que diseñaban aquellas leyes por reservarse a «las centrales más representativas» excluyendo a las demás.

¹³ Por ello es impugnabile el acto de denegación, como también lo es el acto de otorgamiento de la subvención por terceros aspirantes que se consideren con mejor derecho a una subvención ya otorgada. En este sentido la Sentencia de 5 de febrero de 1979 les ha reconocido legitimación como titulares de «intereses competitivos comerciales». R. PARADA, *Derecho Administrativo I*, cit. pag. 467, citando asimismo a FERNÁNDEZ FARRERES.

¹⁴ Vid. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho: Educación y sindicatos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 47, 1985.

igencias del principio de igualdad se traducen en un doble plano: de el punto de vista económico, las ayudas públicas no pueden faltar las ayudas, discriminando a los competidores no favo-

de el punto de vista jurídico, las ayudas públicas deben ser otorgadas un procedimiento administrativo que garantice las reglas de trans- publicdad, objetividad y libre concurrencia, utilizando en lo posi- ismos competitivos ¹⁵.

io de libre competencia

e los pilares de la Constitución económica es el reconocimiento ad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 e significa la libre y leal competencia entre los agentes económi- mo, la libre competencia es uno de los ejes básicos del Tratado o de la Comunidad Europea y del Derecho comunitario derivado.

este punto de vista, las ayudas públicas se someten al análisis del la Competencia, a nivel nacional y sobre todo comunitario:

erecho español atribuye al Tribunal de Defensa de la Competen- is de los supuestos de ayudas públicas (ayudas otorgadas a las em- cargo a los recursos públicos) con las que se pueda afectar a la a. Se refiere a ello en el artículo 19, de la Ley 16/1989, de 17 de ensa de la Competencia, al establecer que el tribunal podrá pro- Poderes públicos la supresión o modificación de dichas ayudas, demás medidas conducentes al mantenimiento o restablecimiento tencia.

recho comunitario tiene una gran incidencia sobre el otorgamien- das públicas ¹⁶. La regla general está establecida en el art. 92, del

señala SANTAMARIA se trata de posibilitar que las ayudas se otorguen a aque- en capacitados para generar un mayor beneficio colectivo en el uso de di- incipios..., *cit.* pág. 345.

a doctrina actual del Derecho comunitario sobre ayudas, *vid.* el resumen a parte IV del informe sobre *Costes de Transición a la Competencia*, por G. z DE CASTRO Y J. DE QUINTO, Fundación de Estudios de Regulación (FER)

Tratado de Roma en el que se establece, como regla general, que «... serán incompatibles con el Mercado común, y en la medida que afecten a inter- cambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o ame- nacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o pro- ducciones». De esta forma, el concepto comunitario de ayuda estatal, tiene las siguientes notas definitorias: beneficio para una o varias empresas, origen público de los recursos, especificidad de la medida, falseamiento de la com- petencia y repercusión en el comercio intracomunitario. La Comisión y una jurisprudencia reiterada han precisado que se trata de un concepto econó- mico, más amplio que el concepto jurídico de subvención —que expondre- mos más adelante—, pues se mide en función de sus efectos y puede revestir cualquier forma o finalidad declarada.

Junto a la regla general de prohibición, en el Tratado de Roma se reco- gen diversas excepciones (art. 92.2, 90.2 —excepciones para los servicios de interés económico general— y disposiciones especiales para los productos agrícolas, transporte y defensa). Los arts. 93 y 94 atribuyen poderes a la Co- misión y el Consejo para la aplicación de dichas disposiciones, mientras que el art. 93.3 obliga a los Estados miembros a notificar a la Comisión toda me- dida que pueda constituir ayuda pública.

Ligado al principio de libre competencia, nuestra Constitución Econó- mica, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha consagrado el principio de *unidad del orden económico* o principio de unidad de mercado, que limita junto al principio de igualdad, el ejercicio de las competencias auto- nómicas en materia económica (*vid.* al respecto la Lección 4.^a), y por ello también limita la actividad de fomento de las CC.AA. Sin embargo, en este terreno se dificulta el control jurisdiccional ya que las exigencias del princi- pio de igualdad y de unidad de mercado se contraponen con las exigencias de la autonomía política en el ejercicio de las competencias autonómicas eco- nómicas, que se traducen siempre en una cierta diversidad. A este respecto conviene mencionar una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1998, en la que se anula la Norma Foral 28/1998 de Álava, de 18 de julio, sobre Beneficios fiscales a la inversión, porque exceden de los pre- vistos, para iguales impuestos y circunstancias, en la legislación tributaria y económico-financiera estatal, por lo que se infringe la Ley de Concierdo Eco- nómico con el País Vasco y los principios de igualdad y armonizadores al efec- to, contenidos en dicha ley. En este caso, las dificultades para demostrar la existencia de discriminación en el régimen foral fiscal del País Vasco se vic-

tas gracias a un acontecimiento externo «de repercusión vital», en palabras de la sentencia: la Comisión en su decisión 13/ de 10 de mayo, tras el procedimiento del art. 88.2 TCE (art. 93.2 control de las ayudas públicas, declaró que la Norma Foral 28/ ba contra el art. 43 TCE (art. 52 TCEE), por lo que los residentes Europa afectados debían ser compensados¹⁷. afirma la Sentencia en su Fundamento Cuarto:

Decisión de la CEE y la Disposición Adicional que se han citado sirvieron de ento a la sentencia de esta Sección y Sala de 7 de febrero de 1998 (y, después, iente de 13 de octubre de 1998), permitiendo concluir en la misma (y, por mbién en la de 13 de octubre y en la presente), que, de esa forma, ha queda ada la existencia de una auténtica discriminación y un menoscabo de los prin e libertad de competencia, que ha sido remediado en cuanto a los empre dentes en la Unión Europea que no lo sean en España, y que, por estar some a legislación común española, no puedan acogerse a la de la Comunidad au pero no en cuanto a los empresarios del restante espacio interior del siste l español, de suerte que las empresas españolas que operen en el País vasco, ablecidas fuera de él, aunque sean también residentes en la Unión Europea, rán reembolso alguno de la reconocida diferencia en los tributos que abo edarán en desventaja competitiva no sólo respecto de las empresas somet- ígimen foral, sino también de las de los demás Estados Miembros de dicha uropea que ejerzan actividades en el País Vasco.

abe, pues, prueba más palpable de que las Normas forales conteniendo los os Fiscales que se han citado y, del mismo modo, la número 28/1998 de upugnada en el presente recurso, discriminan abiertamente las actividades mpresarios radicados en el territorio de que se trata con relación a los del

uencia de dicho procedimiento y Decisión fue que, al promulgarse la Ley de diciembre, se incluyó una Disposición Adicional octava, que literalmente guiente: «Concesión de Incentivos Fiscales y Subvenciones a los residentes Europa que no lo sean en territorio español: Los residentes en la Unión o lo sean en España y que, por su condición de tales, deban someterse a la utariedad del Estado, sin que, por esa circunstancia, puedan acogerse a la de Autónoma o Territorio Histórico del País Vasco o Navarra en el que ope- recho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Ad- ibutaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente respecto al supuesto de haberse acogido a la legislación propia de dichas autónomas o Territorios Históricos, en los términos que reglamentariamente

resto de los Estados Miembros de la Unión Europea y, por tanto, a los del resto de España.

Se ha puesto, en consecuencia, de manifiesto la vulneración por la Norma Foral 28/1998 de Álava de las Reglas Once (menoscabo de la libre competencia empre-sarial) y Doce (presión fiscal efectiva global inferior a la que exista en territorio común) del artículo 4 de la Ley del Concierto Económico de 1987, que conlleva, forzosamente, la nulidad de la Norma impugnada, en su totalidad.

Son, por tanto, las más altas instancias comunitarias europeas las que han decla-rado discriminatorias las Normas en cuestión, debiendo afirmarse que el ordena-miento comunitario rechaza la creación de incentivos que fomenten, en perjuicio de otras, la implantación de empresas en un territorio determinado dentro de la Unión Europea, alterando el juego de la libre competencia entre ellas».

En definitiva, en la apreciación de la discriminación de las normas auto-nómicas que conceden beneficios fiscales u otro tipo de medidas de fomen-to en su territorio surgen nuevas dificultades. En la sentencia citada frente al tema sensible del ejercicio legítimo de la autonomía política pudo alegarse la apreciación de «las más altas instancias europeas», como prueba del he-cho de la discriminación. En otros casos no existe dicha prueba, y la situa-ción de discriminación a través del fomento permanece. Por ello, se deben extremar las cautelas en la utilización de esta técnica en el actual proceso de liberalización de la economía.

4. Principio de eficiencia y economía del gasto público

Según el art. 31.2 de la Constitución, «el gasto público realizará una asig-nación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución res-ponderá a los criterios de eficiencia y economía». Las medidas de fomento de carácter económico se traducen en gasto público, y como tales quedan sometidas no sólo al principio de igualdad sino también al principio de eco-nomía y eficiencia del gasto. Desde este punto de vista no sólo quedarían pro-hibidas ayudas públicas para fines superfluos, en contra del principio de aus-teridad en la gestión del gasto público, sino que asimismo se exige el análisis económico riguroso de los efectos sobre la eficiencia (económica y social) de las diferentes medidas de fomento aplicables a una finalidad de reconoci-da utilidad pública.

Tras esta breve consideración de las bases constitucionales a las que debe someterse la actividad de fomento, veamos el concepto y régimen jurídico de la técnica promocional más usual, la subvención.

VENCIÓN

to

as medidas de fomento, la subvención es la que ha tenido más atención doctrinal, la legislación y la jurisprudencia. Las subvenciones consisten en la entrega gratuita de fondos públicos, procedentes de los impuestos, pero su finalidad es cubrir parcialmente el costo de determinadas actividades que se consideran de interés público o de interés social.

La doctrina suele mantener una concepción estricta de la subvención: *«atribución patrimonial a fondo perdido de una Administración Pública en favor de una actividad particular, afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad económica»*¹⁸. De esta forma, el concepto doctrinal de subvención se ha ido modificando por tres notas, destacadas por PARADA en los siguientes términos:

«La subvención es ante todo una atribución patrimonial a fondo perdido (exclusión de la exención fiscal, la devolución de impuestos, los avales y los créditos subvencionados).

De una Administración Pública como sujeto activo otorgante en favor de un particular (excluyendo, por ello, las subvenciones presupuestarias a favor de Entidades autónomas, las dotaciones presupuestarias-financieras para el funcionamiento de los servicios públicos descentralizados, y las subvenciones a las empresas de los servicios públicos descentralizados, y las subvenciones a las empresas de déficit, las subvenciones a los concesionarios de los servicios públicos para compensar el equilibrio financiero de la concesión, y las subvenciones a las relaciones interadministrativas y como fuente de financiación de actividades locales).

La subvención fiscal de la atribución patrimonial al desarrollo de una actividad del beneficiario. Por falta de este elemento se excluirían del concepto de subvención los subsidios y las primas cuya cuantificación se hace a posteriori de una determinada actividad o conducta, pero sin entablarse una relación jurídica previa entre el otorgante y el aspirante, incluyéndose, no obstante, las becas en que realmente se produce el sacrificio de su concesión esa «atribución patrimonial afectada».

En esta concepción doctrinal en sentido estricto, la legislación ha

¹⁸ Véase, en los términos G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, 1987, pág. 39 y ss. Asimismo, sobre el concepto de subvención tiene gran importancia LEMMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, 1985.

¹⁹ PARADA, *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 465.

utilizado un concepto mucho más amplio de subvención en el que incluye todo tipo de incentivos económicos. Así, el art. 81.2 de la Ley General Presupuestaria (modificada por la Ley de Presupuestos para 1991), bajo el título «Ayudas y subvenciones públicas», es de aplicación a:

- Toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos Autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.
- A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea.

Por otra parte, como hemos señalado anteriormente, a nivel de la Comunidad Europea, la legislación y la jurisprudencia utiliza un concepto más amplio de «ayuda pública», incluyendo la subvención en sentido estricto, ventajas fiscales y crediticias, y ventajas económicas de todo tipo que falseen o amenacen falsear la competencia.

En todo caso, tiene sentido mantener la diferenciación doctrinal de las subvenciones de fomento (concepto de subvención en sentido estricto) y otras subvenciones que no pueden considerarse de fomento, porque son cuantitativamente diferentes, como son la subvención-dotación de servicios públicos y la subvención-consignación para entidades públicas. Como ha señalado CUÉTARA, «en cuanto a los servicios públicos, la subvención tiende a cubrir un déficit originado fundamentalmente por la política tarifaria seguida en ellos y permite que el servicio responda al principio de continuidad, al equilibrar, año tras año, su balance. La subvención-consignación es una figura más compleja. Por un lado, al centralizar los fondos económicos en el Estado, se permite un cierto dirigismo de las Administraciones menores a través de la política de subvenciones; por otro lado, el hecho de que un Organismo Autónomo reciba o no subvenciones del Estado es decisivo a la hora de su clasificación según la L.E.E.A.; finalmente, existen subvenciones-consignación que son el resultado de la supresión de determinados fondos propios que tenían los organismos a que afectan»²⁰.

En cuanto a la naturaleza jurídica se ha suscitado un largo debate doctrinal, en el que se han defendido diversas posturas (relación jurídica unilateral,

²⁰ J.M. CUÉTARA, *La actividad... op. cit.* pág. 313.

cter contractual, o de tipo mixto)²¹. Nos limitaremos a hacer tres onces:

trata de una relación jurídico-administrativa, sometida a Derecho civil como la configuró a principios de siglo la jurisprudencia, se trata de una donación, bajo los principios de liberalidad, gratuidad, como se defendió hace tiempo cuando el otorgamiento se regía por una absoluta discrecionalidad²². A este respecto se señalase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1954, por la que se confirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1954, en la que se afirmaba que la donación no obedece al *animus donandi*, sino a la causa de lograr un fin de fomento la realización de unos fines de interés general... lo común, por pertenecer a la naturaleza de las cosas, la inexistencia entre la misión encomendada a la Administración de los intereses generales de la sociedad, y la realización de actos de gestión con el consiguiente traspaso de fondos públicos patrimonio de la Administración.

El beneficiario de la subvención se somete a un «modo» o carga: el beneficiario está obligado a la realización de una determinada actividad de interés público, el cumplimiento de dicha obligación supone la ineficacia y el reintegro de la subvención.

1. El régimen jurídico

El régimen jurídico de las subvenciones queda esquemáticamente regulado en el art. 81 de la LGE, desarrollado en algunos aspectos procedimentales por el Decreto 2225/1993 de 17 de diciembre, si bien hay que señalar importantes lagunas legales en el régimen jurídico de las subvenciones, lo que juristas y economistas han señalado recientemente la necesidad de una ley general reguladora de las subvenciones.

En el presente artículo se plantean algunos problemas actuales planteados en torno a las

21. Véase la postura de FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.* y SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Económico*, pág. 355.

22. Véase el ejemplo de la configuración de la subvención como donación modal de Derecho en J. NIEVES BORRERO, «Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención», *RAP* 42, 1963, pág. 17 y ss.

subvenciones veamos brevemente el régimen jurídico que se desprende del art. 81 LGE, señalando los principios aplicables.

1. Las partes en la relación subvencional

a) *La Administración.* Según el art. 81.3, las competencias para otorgar las subvenciones en la Administración General del Estado corresponden a los Ministros y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos, excepto cuando el gasto a aprobar supere 2.000 millones de ptas. en cuyo caso será necesario acuerdo del Consejo de Ministros. Dichas atribuciones pueden ser objeto de delegación.

Además, se admite un sistema de gestión indirecta de subvenciones, ya que según el art. 81.5 LGE, «las bases reguladoras de las subvenciones o ayudas podrán establecer que la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios se efectúe a través de una Entidad colaboradora. A estos efectos podrán ser consideradas entidades colaboradoras las Sociedades estatales, las Corporaciones de derecho público y las Fundaciones que estén bajo el protectorado de un Ente de Derecho Público, así como las personas jurídicas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan».

b) *El beneficiario.* «Tendrá la consideración de beneficiario de la subvención el destinatario de los fondos públicos que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión» (art. 81.4 LGE). La LGE únicamente exige que los beneficiarios acrediten:

— el cumplimiento de los requisitos que deban reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención, establecidos en las bases reguladoras de la concesión (art. 81.6).

— que se encuentren al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social (art. 81.7).

2. El procedimiento de otorgamiento de subvenciones

Frente al sometimiento al procedimiento administrativo común hasta 1990, con la nueva redacción del art. 81 LGE el otorgamiento de subvenciones se somete a unos teóricos principios de *publicidad, concurrencia y objetividad*, y a una serie de reglas procedimentales enunciadas en el art. 81.6 y desarrolladas en el Decreto 2225/1993 de 17 de diciembre. Ahora bien, hasta qué punto las reglas procedimentales garantizan el sometimiento a los cita-

as de publicidad, concurrencia y objetividad? Es ésta una cuestión a la respuesta es: de modo insuficiente, según se desprende de la sobre todo, de la práctica del otorgamiento de subvenciones.

art. 81.6 para el otorgamiento de las subvenciones en base a los publicidad, concurrencia y objetividad, en caso de no existir, correspondientes establecerán las *oportunas bases reguladoras* de que se aprobarán por O.M., previo informe de los servicios jurídicos, serán objeto de publicación en el BOE y como mínimos los siguientes extremos:

finición del objeto de la subvención.
quisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención y forma de acreditarlos.
condiciones de solvencia y eficacia que hayan de reunir las personas jurídicas que se refiere el párrafo segundo del punto cuarto de este artículo.

o y forma de justificación por parte del beneficiario o de la Entidad colaboradora, en su caso, del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos.

el supuesto de contemplarse la posibilidad de efectuar anticipos de pago de la subvención concedida, la forma y cuantía de las garantías que, en su caso, se aporten los beneficiarios.

medidas de garantía en favor de los intereses públicos, que puedan considerarse precisas, así como la posibilidad, en los casos que expresamente se prevea la revisión de subvenciones concedidas.

forma de conceder la subvención.
obligación del beneficiario de facilitar cuanta información, le sea requerida al Tribunal de Cuentas.

nto, en estas bases reguladoras del otorgamiento de subvenciones en O.M. y publicadas en el BOE, se manifiesta el principio de publicidad, si bien el citado art. 81.6 añade que no será obligación cuando las ayudas o subvenciones tengan asignación en los Presupuestos Generales del Estado o su otorgamiento y ten impuestos para la Administración en virtud de normas de Además, como una exigencia de publicidad *ex post*, el art. 81.7 de la Ley de Boletín Oficial del Estado» de las subvenciones en cada período con expresión del Programa y crédito al que se imputen, Entidad beneficiaria, cantidad concedida y finalidades de la subvención.

ntario, el principio de concurrencia en el otorgamiento de sub-

venciones no se garantiza suficientemente ya que el otorgamiento será por *curso* únicamente «cuando la finalidad o naturaleza de la subvención así lo exija», estableciendo para este supuesto que la propuesta de concesión de subvenciones se realizará al órgano concedente por un *órgano colegiado* que tendrá la composición que se establece en las bases reguladoras de la subvención» (art. 81.6 LGP).

3. Contenido de la relación subvencional

Con el otorgamiento de la subvención surgen derechos, obligaciones y potestades para las partes de la relación subvencional, que se regulan en el art. 81 LGP en los siguientes términos:

a.—*Derechos del beneficiario*: al pago de la subvención concedida. Se trata de un derecho subjetivo plenamente exigible.

b.—*Obligaciones del beneficiario*: la fundamental es «realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención»; y otras detalladas en el art. 81.4 consisten en: 1) acreditar ante la Entidad concedente o la Entidad colaboradora, en su caso, la realización de la actividad o la adopción del comportamiento, así como el cumplimiento de los requisitos y condiciones que determinen la concesión o disfrute de la ayuda; 2) el sometimiento a las actuaciones de comprobación, a efectuar por la Entidad concedente o la Entidad colaboradora, en su caso, y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado, en relación con las subvenciones y ayudas concedidas y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas; y 3) comunicar a la Entidad concedente o la Entidad colaboradora, en su caso, la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos nacionales o internacionales.

La comunicación de otras ayudas es importante para garantizar el *carácter no lucrativo* de la subvención. A este respecto, establece el art. 81.8 LGP:

«El importe de las subvenciones reguladas en la presente sección en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente, o en concurrencia con subvenciones o ayudas de otras Administraciones públicas, o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario».

c.—La posición jurídica de la Administración concedente, además de su obligación esencial de abonar la subvención al beneficiario, se manifiesta en

de *derechos y potestades* que SANTAMARÍA PASTOR ha resumido en los términos:²³

«En todo, la Administración ostenta el derecho de *exigir al beneficiario la realización de la actividad* en base a la cual fue concedida la subvención, el art. 81.4 párr. 2.º, letra c) LGP otorga al órgano un amplio poder de comprobación sobre todas las actividades que también se atribuye a la Intervención General de la Administración del Estado.

La Administración también ostenta una *potestad de modificación* de la subvención, un poder que opera exclusivamente en los casos de alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, así como en los casos de obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o extranjeros (art. 81.8 LGP).

La Administración también ostenta una *potestad de revocación* de la subvención, un poder que opera exclusivamente en los casos de incumplimiento de la subvención por parte del beneficiario, de sus deberes de justificación de la subvención, de su dedicación a los fines para los que fue concedida, de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento (art. 81.9 LGP) o de la conculca, obviamente, el deber de reintegro de las cantidades más el interés legal devengado; reintegro que, en caso necesario, se hace efectivo por el procedimiento de apremio (art. 81.10 LGP).

Finalmente, el art. 82 LGP otorga a la Administración concedente la *potestad de revocación* de la subvención, un poder que opera exclusivamente en los casos de incumplimiento por el beneficiario de sus deberes de justificación de la subvención, de su dedicación a los fines para los que fue concedida, de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento (art. 81.9 LGP) o de la conculca, obviamente, el deber de reintegro de las cantidades más el interés legal devengado; reintegro que, en caso necesario, se hace efectivo por el procedimiento de apremio (art. 81.10 LGP).

En resumen, la normativa legal de carácter general sobre el otorgamiento de subvenciones. Parece claro que el principio de reserva de Ley es el que garantiza la competencia exclusiva del Estado para la concesión de subvenciones, pues los elementos esenciales de cada subvención (las condiciones de otorgamiento, criterios de su cuantificación, incluso la composición de la subvención, etc.) son materia de ley.

sión del órgano que deba adjudicar un eventual concurso...) quedan remitidos al desarrollo reglamentario, por Orden Ministerial.

Tras la exposición del régimen jurídico general de las subvenciones, veamos brevemente algunos problemas que se han planteado en la práctica de las medidas de fomento en España.

III. LA PRÁCTICA DE LAS SUBVENCIONES

En España, muchas políticas sectoriales, industrial y agrícola, de desarrollo regional y actividades culturales (enseñanza, cine, cultura, televisión) se han basado en las medidas de fomento, con los incentivos económicos anteriormente expuestos: desgravaciones fiscales, créditos privilegiados, aportaciones de terrenos, construcción y dotación de infraestructuras y sobre todo, variadas y abundantes subvenciones.

Ahora bien, la práctica del otorgamiento de subvenciones es tema que ha suscitado recientemente una viva polémica: en concreto, en junio de 1999, cuando se escriben estas líneas, las subvenciones para la reconversión minera, que se han manifestado en ayudas a iniciativas empresariales de lo más variopinto, las ayudas comunitarias al lino y al cáñamo, que se han visto acompañadas de misteriosos incendios de estos productos y la decisión de la multinacional química BASF de ubicar en Alemania una futura planta con una inversión de más de 20.000 millones, que hubiera podido estar destinada a Tarragona, ha vuelto a reabrir la polémica sobre la conveniencia de destinar dinero público a orientar e impulsar la política agrícola o industrial.²⁴

A. Ineficiencia económica y no sometimiento al principio de legalidad

De hecho, el balance de la política subvencional se somete hoy a revisiones muy críticas, tanto desde el punto de vista de su eficiencia, como desde el punto de vista de su control jurídico. Como ha señalado ARIÑO, por una parte, los economistas, especialmente aquellos que han tenido experiencia política directa —Ministros de Industria, Secretarios de Estado de Economía— coinciden en afirmar que en la mayor parte de los casos, las subvenciones son inútiles o superfluas, distorsionan los mercados, constituyen un despilgarro de recursos, etc.

²³ SANTAMARÍA, *Principios...*, cit. pag. 360.

²⁴ Vid. Comentarios de G. ARIÑO, en «Subvenciones: ese oscuro mundo...», *Exposición*, 8 de junio de 1999.

rsos y serían sustituibles con ventaja por otras políticas fiscales. lo, los juristas, después de algunas dudas, hemos terminado por que las subvenciones difícilmente cumplen con la legalidad previstos de la Administración. Hemos visto anteriormente que la re-en este campo es prácticamente inexistente y la doctrina jurídico-ido más remedio, por la misma naturaleza coyuntural y política a, que aceptar una habilitación genérica a la Administración para r vía reglamentaria, actúe como mejor le parezca. Una vez habilitados públicos en los Presupuestos Generales del Estado (y ya caso control que ejercen las cámaras legislativas sobre las partidas rias) son casi siempre unos reglamentos *extra legem* los que crean las subvenciones. Ciertamente, los derechos fundamentales y el igualdad ante los beneficios y las cargas públicas —en este caso, acceso a la subvención— serán límites a la discrecionalidad del ero de muy difícil instrumentación y control.

isto que el legislador ha establecido en el art. 81 LGP, unos teó- os de «publicidad, concurrencia y objetividad en la adjudica- ueдан condicionados en su aplicación a las bases reguladoras de n, que aprueba la propia Administración. Tales bases, suelen ser s en su aplicación, tanto en la tipificación de los supuestos que yuda, como en la cuantía que resulta adecuada. Los informes de que evalúan los proyectos no son nunca vinculantes y la libertad que los políticos conservan en este campo es total. Finalmente, a es no les resulta fácil el control a *posteriori* sobre las subvencio- en algún caso de arbitrariedad clamorosa se ha producido la : un acto de concesión (o de denegación) por un Tribunal, lo ie los Jueces renuncian a revisar en su fondo material la adjudica- a subvención, pues en definitiva —dicen— «es a la Administra- corresponde determinar, en función de las necesidades de la cional, las medidas que deben adoptarse para conceder ayudas, y créditos» (así, STS de 28 de mayo de 1985).

orma, en las subvenciones existe un margen de «discrecionalidad i este campo el control judicial es muy limitado. Dichos límites n en la Sentencia de la sala de lo contencioso— administrativo Supremo, del 22 de marzo de 1997, en el que se estima el recur- lenegación de una subvención. En particular, es significativo su sexto, que se expresó en los siguientes términos:

indudable la discrecionalidad de que goza la Administración para resolver aquellas

cuestiones que requieren un previo juicio de carácter técnico formulado por órgano especializado. Con referencia a la discrecionalidad técnica, la S.T.C. de 6 febrero de 1995, dictada en el recurso de amparo 3.488/1993, dice que, en estos supuestos, «las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar tal calificación». Se trata, añade la misma sentencia, de una presunción «iuris tantum» que cabe desvirtuar «si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador», lo cual puede tener lugar, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado, por la parte que lo alega. La proyección sobre el caso enjuiciado de esta doctrina conduce a la estimación del recurso. El Tribunal considera que la Administración ha incurrido en una equivocada apreciación de los presupuestos de hecho determinantes y que esa errónea constatación ha dado lugar a una resolución que no está ajustada al sector del ordenamiento jurídico que ha aplicado. En efecto, la valoración de la prueba obrante en el expediente y en estos autos pone de manifiesto que el proyecto de matadero proyectado —y ejecutado— por la empresa recurrente tenía —y tiene— una incidencia positiva en el desarrollo regional. Ello está reconocido por todos los órganos que han informado en cumplimiento de lo previsto en el apartado 2.1 de la Base 5.ª del R.D./3.361/1983, con la única excepción del evacuado por la Dirección General del M.A.P.A. antes recogido, informe desfavorable que incurre en la contradicción de considerar suficiente lo que según propios actos no lo era, pues el Plan General elaborado por ese mismo Departamento consideraba procedente instalar en Calahorra un matadero, para el cual había previsto unos determinados beneficios. La Administración aprecia también erróneamente los hechos cuando afirma que la concesión de los beneficios solicitados (no ciertamente al amparo de tan reiterado Plan sino pretendiendo agotarse a los ofrecidos por el concurso convocado por el Real Decreto 3.361/1983) supondría marginar el citado Plan pues durante el escaso tiempo transcurrido desde el agotamiento de sus efectos hasta la solicitud de los beneficios no habían cambiado las circunstancias que la propia Administración había tenido en cuenta para incluir el Matadero Comarcal de Calahorra entre los previstos en el territorio de aquella Comunidad Autónoma, de modo que mal se puede hablar de marginación cuando se pretende realizar exactamente lo que el Plan ha establecido como procedente. A juicio, pues, del Tribunal, una acertada valoración de los hechos determinantes debería haber conducido a afirmar —como admiten todos, menos uno, de los informes evacuados— que el proyecto cuestionado supondría carácter motoriz para la región, mejoraría la oferta (sobre esto último, los datos del informe del Veterinario Oficial de la Consejería de salud, Consumo y Bienestar Social son eloquentes), y crearía puestos de trabajo (recuérdese el informe del Director Provincial de Trabajo), aparte de acreditar la adecuada organización de la empresa para la consecución de sus objetivos (la Sala pondera la autorización obtenida para el intercambio comunitario y sus crecientes cifras de producción). Y como quiera que

no otros son los criterios que manda valorar el grupo normativo aplicable puesto enjuiciado, debemos concluir estimando que, *los actos administrativos ados no sirven con objetividad los intereses generales* (art.103. 1 C.E.), por lo que e la estimación del recurso, sin que sea preciso examinar la alegación sobre ión de poder formulada en la demanda. *Tal estimación sin embargo no lleva la concreta y exacta fijación de los beneficios procedente. El Tribunal entiende que la nación debe ser realizada por la propia Administración, utilizando los datos objeti- hemos recogido en esta sentencia y de acuerdo con los parámetros previstos en recogida en el artículo 2.2 de la Base 5.ª, varias veces invocada, pues confor- l norma, dentro de ellos la Administración puede elegir, elección en la que este tribu- uede sustituir al órgano competente».*

ento, se admite el recurso porque se considera que la Administra- en un patente error en la apreciación de los hechos determi- en el Tribunal reconoce la competencia de la Administración para a subvención dentro de los márgenes legales. En definitiva, el con- de la discrecionalidad técnica es muy limitado.

Inconsecuencias peores: fraude y corrupción

l práctica de las subvenciones se desarrolla al margen del Dere- problema es que a su sombra florece el fraude y la corrupción. , detrás de cada subvención surgen unos listillos que se colocan n adecuada y son subvencionados. Son los «cazaprimas», que uti- ención como vehículo de enriquecimiento, a costa del bolsillo ibuyentes, en contra de la justicia y de la eficiencia. A este res- eñalar la enorme bolsa de fraude que se ha originado en el seno i el cobro de subvenciones y ayudas con fondos comunitarios DER, FSE) ²⁵.

lado, al amparo de la discrecionalidad en su otorgamiento, sur- nente tentación de vincular la subvención al favor político. Las s generan así un nuevo caciquismo, practicado con dinero pú- ha señalado ARÑO, ya no se compra el voto con un duro, como

o de 1988 la Comisión Europea creó la Unidad de Coordinación de la Lucha según la estadística de 1997, en dicho año se investigaron 4.939 expedientes , que suponían un desembolso económico en principio indebido, por im- illones de euros. *Vid. J.A. SANZ RUIZ, «Fraude y subvenciones», en Expansión, 99. Recordemos el gran peso de la Política Agrícola Común (básicamente que actualmente se sitúa en torno al 40% del Presupuesto comunitario.*

antiguamente, sino con la subvención a la mina asturiana, al parado anda- luz, o la Municipio amigo, con la promesa de ayuda a la reindustrialización detrás de la cual todo cabe, o con el mantenimiento de producciones pura- mente subvencionadas, como el lino o el cáñamo, cuyo destino final es lo de menos (lo importante es cobrar la subvención). En los últimos debates a que hemos asistido en el Congreso, se ha producido incluso un análisis compara- do de quien ha sido más cacique en el manejo de las subvenciones, si el PSOE, otorgándolas en el pasado a los suyos, el PP con municipios y empresarios cercanos, o el gobierno de la Generalitat con el clientelismo político de que CiU hace gala en Cataluña. De todo hemos oído en la subcomisión parla- mentaria creada al efecto y probablemente todo era verdad.

C. Diagnóstico: la difícil juridificación de las medidas de ayuda del Estado Social

Como decíamos en la lección 3.^a, en nuestra opinión, el mal no está —sólo— en las personas, sino en el sistema, porque este Estado Social bene- factor, cuando maneja dinero público, fácilmente deja de ser Estado de De- recho y se convierte en Estado de amiguismo. Y es que el Derecho no puede controlar el gran poder del Estado Social, que es el poder de gastar y «satis- facer» las necesidades de sus súbditos, a los que previamente se ha vaciado los bolsillos con altísimos impuestos. Este poder, además, corre muchas veces a través de los partidos políticos.

Recordemos, de nuevo, al gran jurista alemán ERNST FORSTHOFF, que de- nunció hace muchos años esta peligrosa transformación del Estado Social: la posibilidad de dominar allí donde ayuda, fomenta o subvenciona, condicio- nando los comportamientos sociales en función del dinero público que se gasta en ellos. En sus relaciones con este Estado dispensador de favores — dice el gran maestro— «el individuo se orienta relativamente poco por prin- cipios o ideologías; no es él primordialmente conservador o liberal o socialis- ta, sino agricultor, importador, pensionista, almacenista, propietario de vivien- da» (...) y «es una de las características del Estado Social que el elector, cuando acude a las urnas, se oriente primariamente en función de su existencia indi- vidual concreta y vote en consecuencia» ²⁶. Por ello, las subvenciones, los cré-

²⁶ E. FORSTHOFF, «Problemas constitucionales del Estado Social», en el *Estado Social*, W. ABENDROTH, E. FORSTHOFF, y K. DOEHRING, Centro de Estudios Constitucionales, Ma- drid, 1986, pág. 55.

enciales (o su condonación como en algún caso), los beneficios económicamente acordados, son un mundo oscuro que hoy vive al Derecho.

DE REFORMA

reconducir este mundo de la promoción y de las subvenciones al del Derecho? Se trata de una cuestión de gran complejidad, únicamente señalaremos unos principios que pueden contribuir a la tipificación de las subvenciones.

ario mantener la acción de fomento del Estado financiador

fraude y corrupción que rodean la práctica subvencional, algo lado que la solución sería eliminar las subvenciones y los incentivos ya que no es fácil su sometimiento a la eficiencia y a la legitimación no es realista. Muchos de los fines a los que sirve hoy la promoción siguen vigentes, ya que persiguen la corrección de fallos de a de bienes públicos o cuasipúblicos, como la I+D²⁷.

alidades positivas, como el medio ambiente.

nación asimétrica y racionamiento del crédito que sufren las i mercados financieros.

reza, que exige la promoción de viviendas y otras ayudas de tipo en, como señalábamos en la lección 9.^a tras los «fallos del mercado los «fallos del Gobierno», por lo que se debe elegir con a modalidad de actuación administrativa que mejor cumpla las atseguidas.

²⁷ La necesaria financiación pública de la I + D y los instrumentos utilizados *id.* la ponencia del Director General de Inversiones del ICO, NICOLÁS TILLA, «Financiación pública de la innovación y desarrollo tecnológico», el curso *Investigación y Desarrollo Tecnológico: claves de la competitividad de la XXI*, en la Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 5 de julio de 1999.

Pues bien, en estos temas de la promoción industrial, regional y social, la figura del Estado financiador sigue llamada a desempeñar un papel relevante. Tras el fracaso de la empresa pública y la transformación del servicio público, que ya no supone una asunción pública de la titularidad, en ocasiones no bastará la figura del Estado regulador, y será necesaria la oferta, no intrusiva de la libertad ni distorsionada de la competencia, de incentivos económicos para corregir los fallos del mercado, los desequilibrios sociales y regionales. Todo ello dentro de los límites, que una sociedad se puede permitir, debido a su traducción en Gasto Público.

B. Es necesario separar la política, régimen jurídico y aplicación

Para la realización del fomento con eficiencia y control jurídico es necesario separar responsabilidades:

— Al *poder político* le corresponde adoptar las líneas fundamentales de la «política» («policy»). Por ejemplo, debe decidir si debe hacer reconversión industrial y cual es el *límite de gasto* que se puede destinar a través de su consignación presupuestaria. En este campo, como ha señalado DE LA CUÉTARA, se plantea la problemática de las relaciones Parlamento-Gobierno y toda la temática de la definición positiva o negativa de los ámbitos de actuación administrativa, que deben ser dilucidada como cuestión previa²⁸.

— Al *Parlamento* le corresponde la aprobación de una *Ley General de Subvenciones*, de forma que se regule con rango legal el régimen jurídico común de las subvenciones, que integre las lagunas existentes y ordene, respetando las bases constitucionales, el otorgamiento de subvenciones por todas las AA.PP.

— La aplicación de la *Ley* y el desarrollo de la política de fomento en un sector determinado debe realizarse a través de *Comités técnicos independientes*, con un *procedimiento de Derecho Público*.

C. La necesaria reforma institucional

Hay que reconocer que siempre existirá en el campo del fomento la denominada «discrecionalidad técnica», es imposible tipificar la resolución admi-

²⁸ J.M. DE LA CUÉTARA, *La actividad...*, pág. 30.

fomento de forma absolutamente reglada: siempre queda un resque de apreciación técnica, cuyo contenido es de imposible control jurisdiccional (errores patentados en la apreciación de los hechos, que rara vez se verifican). Por ello, ya que es imposible el control sobre el fondo, el Derecho de la actividad de fomento debe lograrse mediante el control de la actividad del gestor. Así, la objetividad en el otorgamiento no exige:

1.—*Procedimiento reglado de Derecho público*, bajo los principios de transparencia, objetividad y libre concurrencia. El concurso debe ser habitual en el otorgamiento de subvenciones. La publicidad no admite excepciones.

2.—*Creación de Comités técnicos independientes*, despolitizados, compuestos por personas de reconocido prestigio profesional de forma que, con una independencia autónoma, se logre el otorgamiento de los incentivos económicos de acuerdo con los fines perseguidos. Por el contrario, la creación de formas indirectas de gestión a través de sociedades establecidas a que se refiere el art. 81 LPG no logra el sometimiento a un control como vimos en la lección 2.^a, se trata de una huida del Derecho público, pues se realizan actividades materialmente administrativas por las que se someten en todo o en parte al Derecho privado. Aquí proponemos la creación de Comités técnicos (despolitizados) con sujetos de Derecho público. Funciones de dichos Comités serían, a) la selección de la medida de fomento más adecuada a la finalidad, tras el análisis económico de todos los factores implicados; b) la selección de las bases de los concursos —respetando la normativa vigente a el otorgamiento de medidas de fomento, y en su caso, de subvenciones; c) selección del beneficiario de la subvención, según la propuesta de un mayor bienestar colectivo a cambio del coste de dicha medida; d) supervisión y evaluación de los objetivos perseguidos, y e) concreta realización de actividades por el beneficiario.

3.—*Participación* es importante que la operación de estos Comités se abra a la participación de los interesados, a través de órganos consultivos y audiencias. Con ello se permitiría una mayor efectividad de la cláusula de control democrático y que la vida institucional autónoma en el desarrollo de la actividad de fomento atiende efectivamente a los intereses y problemas del

D. El necesario análisis económico de las técnicas de fomento

Por último queremos destacar la importancia de realizar un análisis económico riguroso de las concretas medidas de fomento consideradas, de forma que se verifiquen sus efectos beneficiosos sobre la eficiencia asignativa y distributiva, que efectivamente corrijan los fallos del mercado, y no creen otros nuevos, como el fraude o la corrupción. A este respecto queremos hacer dos consideraciones:

1.—La inferioridad de la técnica subvencional en términos de eficiencia. En efecto, entre los incentivos económicos posibles, la técnica subvencional es la que ha generado mayores ineficiencias y fraude. Aunque en teoría las medidas de fomento no tienen carácter lucrativo, de hecho muchas subvenciones se consideran por el beneficiario como una aportación a fondo perdido, para su enriquecimiento personal, sin que sea necesaria la efectiva realización de la actividad promovida. Aquí existe un problema de «cultura», difícil de cambiar, y de falta de control efectivo sobre la aplicación de las subvenciones al fin que justifique su otorgamiento.

Posiblemente una vía de solución, para mejorar la eficiencia en la aplicación de las medidas de fomento sea utilizar incentivos económicos que —a diferencia de la subvención— involucren al beneficiario en la ventura de la actividad promocionada. Se trata de hacer efectivo aquel principio doctrinal del «riesgo compartido» que hoy casi no rige en la práctica de las subvenciones, pero que sí rige en mayor medida, en otros incentivos como, son los créditos privilegiados (por ejemplo, a través del Instituto de Crédito Oficial, que actualmente mantiene entre otras, líneas de crédito para las PYMES, para la innovación y desarrollo tecnológico, y para la adquisición de activos fijos a largo plazo). En estos casos, el beneficiario recibe una subvención en los intereses, pero no en el capital del préstamo, que debe devolver en el plazo previsto, lo cual le exigirá el desarrollo de la actividad promovida con una cierta diligencia.

2.—Dada la dificultad de determinar la cuantía concreta del incentivo económico necesario para que efectivamente se promuevan las actividades privadas con un interés público cualificado, sin superar la cobertura del coste no competitivo, es fundamental utilizar, los elementos de mercado y en particular la técnica de concurso, sobre todo, cuando se sigue utilizando la técnica subvencional. Por ejemplo, entre los objetivos de la Política Energética se encuentra la promoción de las energías renovables, debido a sus efectos

entales positivos. Para ello, la Ley del Sector Eléctrico de 1997 crea un sistema de «primas» complementario al precio de mercado, que en su caso repercuta sobre el precio final de la electricidad para permitir la utilización de energías renovables (como la energía eólica y de residuos, que en caso contrario no serían rentables). Este sistema de «primas» según un sistema de instalación y la aplicación de los criterios contenidos en el Real Decreto 1998 para la cuantificación de las primas, los expertos señalan la necesidad de introducir competencia dentro de cada tipo de energías renovables mediante un sistema de concurso para la adjudicación de las primas, que serviría para minimizar su cuantía, y maximizar el bienestar económico de su aplicación.

En este sentido, la realización de los análisis económicos sobre los efectos económicos sería uno de los cometidos fundamentales de los técnicos profesionales que deben desarrollar la necesaria actividad en el ámbito de las presiones políticas. Este análisis económico, junto con el procedimiento reglado de Derecho público, bajo los principios de transparencia, publicidad y libre competencia, puede posibilitar la creación de una vida institucional autónoma, se abren cauces para la promoción económica y la efectiva juridificación de las actuaciones de ayuda y fomento del Bienestar.