

**Principios de
Derecho Administrativo**

**Principios
de Derecho
Administrativo**

Volumen II

Volumen II



COLECCIÓN CEURA

**EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS
RAMÓN ARECES, S. A.**

CAPÍTULO DECIMONOVENO

LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL O DE FOMENTO

SUMARIO.—I. LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL O DE FOMENTO. A) La evolución de la actividad promocional. B) La disciplina jurídica de la actividad promocional y sus insuficiencias. 1. La supuesta ajénidad respecto del Derecho. 2. La jurificación de la actividad promotora. II. LAS TÉCNICAS DE FOMENTO. A) La clasificación tradicional y su necesidad de depuración. 1. Los supuestos medios honoríficos. 2. Los llamados medios jurídicos. 3. Los "medios económicos". a) *La tipología clásica y sus deficiencias*. b) *Las técnicas de aportación de capital*. B) *Las transferencias directas de capital: el régimen de la subvención*. 1. Concepto, naturaleza y caracteres. 2. Las partes de la relación subvencional. a) *La Administración: competencia, gestión indirecta y comunicación previa a la Comunidad Europea*. b) *El beneficiario*. 3. El procedimiento de otorgamiento de la subvención. a) *Los principios de publicidad, concurrencia y objetividad*. b) *Las reglas del procedimiento*. 4. El contenido de la relación subvencional.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL.—L. JORDANA DE POZAS, *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo*, en REP 48 (1949), p. 41 y ss.; J. L. VILLAR PALASÍ, *Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político*, RAP 14 (1954), p. 11 y ss.; M. BAENA DEL ALCÁZAR, *Sobre el concepto de fomento*, RAP 54 (1967), p. 43 y ss.; P. ESCRIBANO COLLADO, *El fomento del comercio interior*, Sevilla, 1978; S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Derecho Administrativo Económico I*, Madrid, 1988, p. 437 y ss.

1. LA ACTIVIDAD PROMOCIONAL O DE FOMENTO

Todas las técnicas que hemos examinado en los dos capítulos anteriores se apoyan sobre un principio implícito de desconfianza y ajenidad de la Administración respecto de los ciudadanos: las de ordenación, en los posibles riesgos que determinadas conductas privadas pueden ocasionar en los intereses públicos; las de prestación, en una hipótesis de incapacidad natural de los sujetos privados para llevar a cabo determinadas funciones de especial relevancia colectiva, que hace necesaria su realización directa por los entes administrativos o, cuando menos, una gestión privada estrechamente dirigida y controlada por la Administración.

Estas hipótesis, sobre las que todos los regímenes políticos operaron desde sus mismos orígenes, adquieran un carácter meramente parcial a partir del momento en que el Estado deja de ser una pura estructura de dominación para asumir una responsabilidad creciente sobre la marcha de los procesos sociales y económicos. Desde los tiempos en que el Estado comienza a considerarse como un objetivo primordial el bienestar de los súbditos y el incremento de su riqueza, se pone de manifiesto que diversas actividades que lle-

van a cabo los sujetos privados presentan un grado de coincidencia natural con los objetivos de interés general que persigue institucionalmente la Administración: son actividades cuya realización es deseable desde el punto de vista del Estado, pero que éste, por razones muy diversas, no puede emprender por sí solo. Por ello, frente a dichas actividades no cabe otra actitud posible que estimular a dichos sujetos a desarrollarlas y, en su caso, orientarlas de manera que se optimice el beneficio colectivo que generan y se eviten eventuales desviaciones en su ejecución.

Estas funciones de promoción, de estímulo y orientación, que integran la actividad que analizamos en este capítulo, deben ser analizadas, de modo semejante a como hicimos en el capítulo precedente con la actividad prestacional, desde una doble perspectiva: las características materiales de la actividad promocional en sí, tal y como se deducen de su evolución histórica (A) y su tratamiento jurídico (B).

A) La evolución de la actividad promocional

BIBLIOGRAFÍA.—P. DEYON, *Los orígenes de la Europa moderna: el mercantilismo*, trad. esp., Barcelona, 1970; E. F. HECKSCHER, *La época mercantilista*, trad. esp., México, 1943; G. ANES, *Economía e Ilustración en la España del siglo XVIII*, Barcelona, 1972; J. RODRÍGUEZ LABANDEIRA, *La política económica de los Borbones*, en M. ARTOLA (ed.), *La economía española al final del Antiguo Régimen*, IV, Madrid, 1982, p. 107 y ss.

1. La iniciación por parte de los entes públicos de una actividad promocional debe situarse en períodos históricos bastante próximos: es cierto que precedentes de dicha actividad pueden hallarse en las épocas más remotas; pero los mismos no tienen más interés que el puramente anecdótico. En los tiempos actuales, la actividad promocional se configura, ante todo, como uno de los principales instrumentos de la política económica; y, en cuanto tal, las raíces de la misma han de buscarse en los siglos XVII y XVIII.

2. Es en plena vigencia del absolutismo, en efecto, cuando Francia e Inglaterra, en primer lugar, y los restantes Estados europeos, después, emprenden un conjunto de acciones tendientes a introducir cambios estructurales en sus respectivos sistemas económicos. La ideología que impulsa inicialmente estos cambios es la teoría económica conocida como *mercantilismo*: una teoría basada sobre la rudimentaria hipótesis de que la riqueza de un país se cifra en la cantidad de metales preciosos en circulación en el mismo; metales que había que intentar conservar en el mayor grado posible, para lo cual

debía fomentarse la producción interior (para reducir las importaciones) y limitarse las compras al exterior, al menos, de productos manufacturados.

Pero el incremento de la riqueza que el mercantilismo perseguía resultaba inevitable sin introducir alteraciones en otros aspectos básicos de la estructura social, como el régimen de tenencia y explotación de la tierra, la existencia de fronteras y aduanas interiores y la rigidez de determinadas actividades económicas, ahogadas por los privilegios, las reglamentaciones y las regulaciones gremiales: estas alteraciones constituyeron las principales propuestas de las primeras *teorías económicas liberales*, que comienzan a ponerse en práctica por los monarcas ilustrados ya en el siglo XVIII, antes incluso de la Revolución Francesa.

3. Objetivo clave de todas estas políticas, que en España se inician en el reinado de Fernando VI, es el fomento o promoción de las actividades económicas privadas de mayor relevancia. Pero una cosa es el fomento como objetivo global, y otra las medidas concretas y específicas que poseen esta particular naturaleza.

a) De una parte, en efecto, es preciso reseñar que el objetivo general de fomento de la actividad económica privada se persiguió, a lo largo de toda esta época, con la adopción de medidas de reforma estructural (que en sí mismas no eran de fomento), como el aumento del volumen de tierras puestas en cultivo (frente a los privilegios de la Mesta), la eliminación de las aduanas interiores (supresión de los "puertos secos" en 1714; traslado de las aduanas de importación a las fronteras territoriales, en 1717), la libertad de circulación de mercancías nacionales en el interior del reino (1757) y el libre comercio de granos (1765), así como una incipiente política de construcción de obras públicas (principalmente, canales y caminos).

b) Estas medidas de alcance general se completaron con otras numerosas, ya dirigidas abiertamente a estimular, de manera más o menos individualizada, la actividad económica de los subditos, y que se centraron en el ámbito de la producción industrial:

— en un primer momento, junto a la creación por la Corona de las llamadas "fábricas reales" (de Guadalajara, San Fernando, Talavera, etc.), el Estado favoreció la iniciativa de creación de concretas industrias privadas, concediéndoles privilegios singulares de comercialización (garantías de compra, adjudicación en exclusiva de mercados);

— a partir del reinado de Fernando VI (1756) y, sobre todo, del de Carlos III (1779), sin embargo, se inaugura una política de promoción sectorial, dirigida fundamentalmente a la totalidad de la industria textil, cuyo establecimiento se apoya decididamente con medidas tales como exenciones fiscales (en la adquisición de materias primas y en materia de alcabalas y cientos), facilidades para la importación y exportación y concesión de privilegios de comercialización; medidas que, con las transformaciones naturales, han continuado hasta nuestros tiempos.

4. Las medidas de promoción continuaron utilizándose abundantemente durante el siglo XIX (una de cuyas principales novedades organizativas, como vimos en un capítulo anterior, fue justamente la creación de un Ministerio y de unos Subdelegados de Fomento), pero sin introducir en las mismas alteraciones sustanciales: su campo principal de aplicación fue la construcción de obras públicas (obras hidráulicas y ferrocarriles, principalmente). Pero es sólo transcurrido el primer tercio del siglo XX cuando comienzan a emplearse de modo sistemático y global, como elementos básicos de las políticas globales de desarrollo de raíz keynesiana; y ello con una triple finalidad:

- a) de un lado, el incremento de la producción industrial y agraria, bien dirigido genéricamente a la creación de riqueza y empleo, bien para hacer frente a la labor de reconstrucción de los daños ocasionados por las guerras civiles y por la segunda conflagración mundial;
- b) de otro, el sostenimiento de empresas y sectores económicos de importancia estratégica o de fuerte impacto social, pero situados en una fase de declive y de baja o nula productividad; la actividad de promoción ha servido, en este ámbito, como una técnica de mantenimiento del tejido productivo de numerosos países; y
- c) por último, el estímulo de las actividades culturales y de prestación de servicios sociales, unas y otras también caracterizadas por su escasa rentabilidad empresarial.

5. La segunda mitad del siglo XX ha conocido un desarrollo de la actividad de fomento que carece de precedentes en las etapas históricas anteriores.

a) En primer lugar, la actividad pública de promoción se ha extendido a la inmensa mayoría de los sectores económicos y a buena parte de sectores de la cultura y de la acción social; la responsabilidad que el Estado ha asumido respecto de la marcha global de toda la sociedad ha

provocado, podríamos decir, una generalización de las medidas de fomento, basada en la singular hipótesis de que lo que no es negativo se considera poco menos que de utilidad pública; ya no se trata sólo de que los particulares satisfagan indirectamente necesidades públicas, estimulándoles a ello, sino de la posibilidad de favorecer cualquier tipo de actividades que ofrezcan algún rasgo positivo.

b) Pero las políticas de promoción no sólo han crecido en extensión material, sino también en intensidad. En no pocos países europeos existen diversos sectores económicos que se han sostenido casi exclusivamente sobre el sistema de subvenciones públicas; así ha sucedido con buena parte de la agricultura, de la minería, de la vivienda de protección oficial y de la construcción naval, por no hablar del cine o del teatro.

c) Este incremento de las políticas de fomento han tenido una repercusión financiera de igual intensidad: los fondos públicos que se dedican hoy a este tipo de acción estatal son de un volumen tan inusual (y, lo que es peor, bastante mal conocido) que han hecho pasar a primer plano las preocupaciones y la disciplina hacendística; así lo prueba el que, en España, la única regulación general que existe en materia de subvenciones se contiene precisamente en la Ley General Presupuestaria.

6. El desordenado crecimiento de la actividad de promoción pública de la vida económica, unido a la crisis financiera del Estado social y al auge de las políticas macroeconómicas de signo neoliberal, han terminado generando una reacción que ha afectado a la legitimidad de estas políticas, así como al conjunto de los instrumentos que utiliza.

a) Por una parte, la faz aparentemente benéfica de esta actividad ha sido sustituida por la constatación de que su empleo produce distorsiones en el libre juego de las fuerzas del mercado: la subvención pública de determinadas actividades es susceptible de falsear el mecanismo de la competencia, al primar a unas empresas frente a otras, y tiende a disminuir la competitividad y el realismo económico de no pocas explotaciones empresariales, que no se sostienen por su capacidad de generar beneficios, sino solamente gracias a la inyección artificial de recursos financieros públicos.

b) Por otra, los nuevos planteamientos de la política económica ha reducido sensiblemente el conjunto de instrumentos utilizados en este tipo de actividad, como luego veremos con detalle. Por ello, las técnicas económicas de promoción han quedado prácticamente reducidas a la subvención pura y simple, allí donde es admisible.

Pese a todo, la actividad pública promocional continúa teniendo una importancia cualitativa y cuantitativa extraordinaria, que permite situarla en pie de igualdad con las actividades de ordenación y prestacional.

B) La disciplina jurídica de la actividad promocional y sus insuficiencias

1. La supuesta ajenidad respecto del Derecho

La relevancia económica de este tipo de actividad administrativa no tiene un paralelo, sin embargo, en el plano jurídico, en el que sus carencias resultan ostensibles.

a) Estas carencias se encuentran justificadas históricamente por la consideración benéfica, amable, de que este tipo de actividad ha gozado hasta hace bien pocos años. Frente a la cara hosca de la actividad pública de policía u ordenación, que llevó naturalmente al Estado de Derecho a rodearla de un amplio conjunto de cautelas, límites y garantías, la actividad de promoción no parecía necesitar de disciplina jurídica de ningún tipo, al estar basada en hipotéticos principios de liberalidad y de no constricción de la libertad de los particulares.

b) La aparente ajenidad del fomento respecto del Derecho ha tenido como efecto la inaplicación al mismo de principios básicos del Derecho público, como los de reserva de ley, de legalidad, de igualdad y de sujeción a un procedimiento. Incluso, como ha puesto de relieve MORELL, se ha llegado a afirmar que la actividad promocional opera como un ámbito de actuación libre de los poderes públicos, en el que éstos pueden operar al margen del régimen de distribución de competencias entre los distintos entes territoriales, adoptando medidas de esta naturaleza en ámbitos materiales confiados a la competencia exclusiva de otro ente territorial distinto (así, SSTC 49/1984, 53/1988 y 75/1989).

2. La juridificación de la actividad promotora

La nueva óptica desde la que, en los últimos años, ha venido a ser contemplada la actividad pública de promoción, obliga, sin embargo, a un radi-

cal cambio de tendencia en esta supuesta ajenidad de la misma respecto al mundo del Derecho administrativo. Sin embargo, queda aún mucho camino que andar.

a) Ofrece importantes problemas, en primer término, la incidencia del *principio de reserva de ley* en esta materia; principio al que, como antes señalábamos, la actividad promocional ha sido tradicionalmente alérgica, en base a la hipótesis de que dicha actividad no posea carácter ablativo o limitativo de las conductas y libertad de los particulares. Sin embargo, además de la eficacia indirectamente limitativa que las medidas de promoción pueden alcanzar (una subvención no tiene esta naturaleza, claro está, para la empresa a la que se concede, pero tiene o puede tenerlo para las que no la reciben, a las que se sitúa en una posición de inferioridad competitiva que puede llegar a ser absoluta), es notorio que las ayudas públicas, en cuanto suponen una inversión de fondos públicos, están en todo caso sujetas al principio de legalidad presupuestaria. Aun cuando sería quizá deseable que las ayudas a conceder, su importe y el procedimiento de adjudicación se hallaran reguladas en normas con rango de ley (lo que hoy no sucede sino en parte, como de inmediato veremos), lo que es inexcusable es que, al menos, los créditos necesarios para otorgarlas deben figurar con la debida especificación en los Presupuestos de la respectiva entidad pública.

b) La actividad promocional se halla inequívocamente sometida, sin embargo, al *principio constitucional de igualdad*. Las medidas de fomento no pueden, por definición, beneficiar a la totalidad de los sujetos privados: ni siquiera a los que se mueven dentro de un concreto sector económico, dado que los recursos financieros de que puede disponerse para instrumentarlas son, por necesidad, limitados. Ello supone una serie de consecuencias capitales:

1) primera, que las ayudas públicas deben otorgarse en un régimen basado en *reglas de transparencia, publicidad y libre concurrencia* entre todos los sujetos que puedan estar interesados en su obtención;

2) segunda, que su adjudicación debe llevarse a cabo mediante cauces proceduralizados, esto es, *mediante procedimientos administrativos* licitatorios o de carácter competitivo que posibiliten que las ayudas se otorguen a quienes se hallen capacitados para generar un mayor beneficio colectivo en el uso de dichas ayudas;

3) y tercera, que la obtención de las ayudas no debe falsear las reglas de la competencia, colocando a unas empresas en posición de injusta ventaja respecto a las que no obtengan tales ayudas (reglas de competencia que, al provenir del Derecho comunitario, poseen en España rango suprallegal).

- c) Por fin debe recordarse la inexcusable vigencia de la regla establecida en el art. 31.2 CE, según la cual "el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía"; regla que excluye cualquier apariencia de liberalidad y decisión incondicionada en el proceso de otorgamiento de las ayudas públicas; ayudas que, en definitiva, constituyen gastos públicos y que, por tanto, han de ser asignadas no sólo de manera equitativa (esto es, conforme al principio de igualdad), sino también eficiente y austera; sería contrario a esta regla, p. ej., que un Ayuntamiento dedicara una parte importante de su presupuesto a subvencionar la actividad de una asociación que tuviera como objeto el embellecimiento de las farolas, por decir algo disparatado.

II. LAS TÉCNICAS DE FOMENTO

A) La clasificación tradicional y su necesaria depuración

En su célebre trabajo de 1949 (al que aludimos en la introducción al capítulo XIV de esta obra), el profesor JORDANA DE POZAS introdujo, junto a la clasificación de las formas de la actividad administrativa en policía, fomento y servicio público, una segunda división tripartita de las técnicas de fomento en medios honoríficos, jurídicos y económicos; división que, athen de, decía, a los tres estímulos psicológicos principales de la acción humana el honor, el derecho y el provecho.

Esta añeja clasificación responde, sin duda, a un esquema de valores de dudosa validez en nuestros días; pero es, además, discutible desde tres puntos de vista: *primero*, porque incluye entre las técnicas de fomento modalidades de acción pública que no pueden ser consideradas, realmente, como tales; *segundo*, porque, en sentido opuesto, omite la mención de nuevos medios de estímulo que poseen hoy una importancia sustancial; y *tercero*, porque una parte importante de los medios que enumera no son hoy utilizados por razones jurídicas y económicas de diversa naturaleza.

Es preciso realizar un examen sumario, pues, de todos estos medios, en orden a lograr una depuración de los mismos.

1. Los supuestos medios honoríficos

a) Entre las técnicas públicas de fomento que apelan al estímulo psicológico del honor suelen mencionarse la *concesión de títulos nobiliarios*, las *condecoraciones civiles y militares* y los *premios*, además de algún otro supuesto singular, como son las calificaciones académicas.

b) Todas estas modalidades de acción premial poseen una relevancia e impacto social indudables; pero su *calificación como medidas de fomento es altamente discutible*. De promoción o fomento puede hablarse con propiedad sólo en la medida en que pueda establecerse una relación directa de causa a efecto entre una acción pública dirigida a un sujeto y la realización por éste de una conducta o actividad de interés general; y nada de ello sucede en las medidas que antes enumeramos, todas las cuales son i) puros actos de reconocimiento público (cuya razón de ser radica más en la conveniencia estatal de efectuar gestos o alardes de aprecio hacia valores o modelos personales o culturales, o hacia estereotipos ejemplares de ciudadano adecuados al *establishment* o a la ideología dominante); ii) que tienen lugar *a posteriori* (y que, por tanto, no son la causa directa de la conducta premiada: Jorge Luis Borges no escribió *El Aleph* precisamente para que le dieran el Premio Príncipe de Asturias); iii) de carácter normalmente abstracto (en cuanto se refieren a un complejo de acciones de muy diversa naturaleza, no a una actividad específica); y iv) en ocasiones, desvinculados por completo del mérito personal de su destinatario, en cuanto basados en circunstancias puramente fácticas (p. ej., la rehabilitación de un título nobiliario).

c) Por lo demás, no cabe desconocer que la eficacia incentivadora, incluso indirecta, de estas medidas, se encuentra en idénticos niveles de presencia en el que se hallan en nuestros días todas las restantes acciones, públicas o privadas, basadas en el principio del honor (guste o no, es la realidad), y que incluso pesa sobre ellas una cierta animosidad, debida a su problemática compatibilidad con el principio constitucional de igualdad (máxime habida cuenta de la absoluta singularidad de estas medidas y de la completa libertad en su adopción). Sólo, pues, pueden considerarse integrantes de la actividad administrativa de promoción desde una perspectiva paradigmáticamente laxa de la misma.

2. Los llamados medios jurídicos

a) Los siglos XVIII y XIX mostraron una particular afición por el empleo de un conjunto dispar de medidas de apoyo a la iniciativa privada consistentes en el otorgamiento singularizado a determinadas personas o empresas de específicas situaciones jurídicas de carácter activo, como la concesión del *status* de beneficiario en la expropiación forzosa; el otorgamiento de la vecindad administrativa al contratista de una obra pública y a su personal; la imposición a terceros del consumo de productos fabricados por la persona o empresa incentivada, así como el establecimiento de situaciones de monopolio o restricción de la competencia, tendientes a asegurar determinadas cuotas de mercado.

b) De modo similar a lo que sucede en relación con los denominados medios honoríficos, el interés que ofrece este segundo bloque de técnicas desde la perspectiva de la actividad administrativa de promoción es muy escasa, por razones diversas.

1) Hay que hacer notar, ya inicialmente, que la calificación de estas medidas como medios "jurídicos" es errónea, por cuanto *su finalidad y contenido material son puramente económicos*: se trata de técnicas de financiación indirecta, que permiten al beneficiario la adquisición de activos inmobiliarios a precio inferior al del mercado (así, en el beneficio de la expropiación forzosa), o la subvención indirecta de los costes salariales (el otorgamiento de la vecindad administrativa tenía como efecto la posibilidad de que los trabajadores del contratista pudieran participar en el aprovechamiento de los bienes comunales de los pueblos donde trabajaban, proporcionándoles rentas adicionales) o, directamente, una garantía de venta o colocación de sus productos en un mercado cautivo (así, en el caso de los monopolios) o parcela (p. ej., las oficinas de farmacia).

2) El forzado encuje de estas medidas en la teoría del fomento deriva, en segundo lugar, del hecho evidente de que *prácticamente ninguna de dichas medidas persigue, en realidad, fines de auténtico estímulo de la iniciativa privada* en orden a la consecución de objetivos de interés público; a lo sumo, de manera muy lejana e indirecta. Las dos enunciadas en primer lugar son, más que medidas de fomento, técnicas mediante las cuales la Administración disminuía el coste monetario de las obras públicas a través de pagos en especie. Y las restantes no persiguen tanto estimular actividades que, en cualquier caso, se habrían realizado, sino generar rentas adicionales de trabajo o beneficios extra

ordinarios del capital destinados teóricamente a financiar necesidades de interés público que, de otro modo, tendrían que haber sido cubiertas por los presupuestos públicos (así, p. ej., en el caso de los antiguos monopolios de petróleos y teléfonos, cuya justificación era, precisamente, permitir que las empresas gestoras pudieran abordar los costes de instalaciones de interés estratégico).

3) Por lo demás, es un hecho que todos *estos denominados medios jurídicos se hallan en un estado de completa obsolescencia*. Los dos primeros, porque, en la actualidad, la financiación complementaria de las obras públicas se efectúa a través de otros mecanismos (p. ej., otorgando concesiones paralelas a los contratistas, como sucede con la construcción y explotación de estacionamientos subterráneos, anejos a la realización de determinadas obras públicas, como túneles urbanos). Y los restantes, por su incompatibilidad con las reglas de la competencia propias de un mercado libre (recuérdese que el art. 37 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe, con ciertas salvedades, los monopolios comerciales).

3. Los "medios económicos"

a) La tipología clásica y sus deficiencias

El último bloque de medios de fomento, en la clasificación de JORDANA, comprendía los llamados inespecíficamente "medios económicos" que, a su vez, se dividían en cuatro subcategorías: reales, fiscales, crediticios y económicos *sensu stricto*; una clasificación de contenido una vez más cuestionable.

1) Los llamados *medios reales* consistían, básicamente, en la puesta a disposición de la persona o empresa beneficiada de bienes de titularidad pública, tanto demaniales como patrimoniales; así, p. ej., permitiendo que el contratista estableciese en terrenos públicos un parque de maquinaria; también, el otorgamiento de una concesión de explotación minera (siendo de dominio público todos los recursos minerales) se califica como una medida de fomento de actividades tendientes a la creación de riqueza.

Pero es obvio que estas y otras técnicas similares tienen bastante poco que ver con la actividad administrativa de promoción. El caso del

uso temporal de bienes públicos en los contratos de obras no es más, nuevamente, que un procedimiento de pago en especie; y es claro que el régimen de concesiones o autorizaciones de uso de bienes públicos no persigue incentivo alguno, sino, antes bien, la protección de los valores colectivos que dichos bienes poseen y la correcta ordenación de su aprovechamiento; son, pues, más técnicas de ordenación que de promoción.

- 2) Los *medios fiscales*, como el establecimiento de exenciones o desgravaciones tributarias o arancelarias o de regímenes excepcionales de favor en la regulación de determinados impuestos (p. ej., la libertad de amortización de elementos del activo durante períodos determinados), gozan de una tradición secular y han tenido y tienen una importancia indiscutible.

Sin embargo, es evidente que, conceptualmente, su calificación como técnicas *administrativas* de fomento es muy discutible; antes bien, se trata de medidas generales de política económica establecidas necesariamente por vía legislativa (como impone la reserva de ley que establece el art. 133.3 CE respecto de todo tipo de beneficios fiscales) y cuya aplicación a personas o empresas determinadas es, normalmente, de carácter reglado. Pero, además, el empleo de estas técnicas se halla hoy en franca regresión, por considerarse contrarias a la ortodoxia de la imposición tributaria: un beneficio fiscal es un pago indirecto (bajo la forma de un ahorro de gasto del sujeto pasivo) que, en términos contables correctos, debiera ser sustituido por una prestación directa (esto es, por una subvención).

- 3) Los *medios crediticios*, en tercer lugar, han tenido también una gran difusión en los dos primeros tercios del siglo XX, y han revestido una gran diversidad de formas: establecimiento de líneas privilegiadas de crédito (por tipo de interés o de condiciones de amortización, o por reducción de garantías) o de medios alternativos de financiación (como, p. ej., la concesión de avales públicos para la obtención de créditos en el mercado financiero).

Sin duda alguna, los medios crediticios siguen constituyendo hoy una técnica fundamental de promoción económica, sobre todo en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, cuyo acceso a la financiación y el mercado de capitales es un factor esencial para su sostenimiento y modernización de sus estructuras. Pero no es menos evidente que su

forma de instrumentación ha cambiado sensiblemente, eliminándose las modalidades que suponían una distorsión de los precios o condiciones generales del mercado, al falsear las cuentas de las entidades financieras (que tenían que prestar en condiciones irreales de tipo de interés o de garantía). En la actualidad, por ello, estas técnicas se han reducido en número y hecho más sutiles (p. ej., mediante la constitución con ayudas públicas de sociedades que prestan garantías a empresas para la toma de créditos), o han derivado hacia formas atípicas de subvención (p. ej., en la construcción de viviendas de protección oficial, en la que los entes públicos abonan a los compradores una parte del interés que han de abonar a las entidades financieras por los créditos tomados para la compra de aquéllas).

- 4) Por fin, los *medios económicos en sentido estricto* quedaban reducidos a la figura de la subvención, forma de entrega de cantidades a fondo perdido a los beneficiarios de las políticas de fomento. Con ello llegamos, sin duda, al núcleo principal (y casi exclusivo, en la actualidad) de las técnicas de promoción; un núcleo que, sin embargo, ofrece alguna complicación adicional que debemos precisar antes de entrar en su análisis.

b) Las técnicas de aportación de capital

(Como se deduce de lo antes expuesto, la actividad administrativa de promoción descansa casi exclusivamente en un conjunto de sistemas de financiación pública parcial de actividades privadas, instrumentados a través de transferencias de capital o aportaciones monetarias a quienes las realizan. Estas transferencias de capital pueden ser directas o indirectas.

- 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 (p. ej., el rodaje de una película o la construcción de una depuradora de residuos tóxicos), a compensar unas pérdidas de ingresos (p. ej., el arranque de una cesación de determinados cultivos) o, lo que es sustancialmente lo mismo, a proporcionar al beneficiario de la entrega unas rentas personales que le permiten llevar a cabo una determinada actividad (p. 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 ser afrontadas directamente por éstas. A título meramente enunciativo, estas transferencias pueden consistir en la realización de campañas publicitarias de promoción del consumo de determinados productos geográficos (p. ej., el aceite de oliva, o concretas especies pesqueras); el establecimiento de sistemas de garantía de compras o de niveles de precios (mediante los cuales los entes públicos asumen el compromiso de adquirir los excedentes de concretos productos no colocados en el mercado libre, a determinados precios unitarios); la realización por organismos públicos de actividades de investigación pura o aplicada, que reduce los costes de I+D de las empresas; 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, "pasarelas", etcétera).

De ambas modalidades, las transferencias indirectas de capital son de reconocido problemático, en ocasiones, y carecen de un régimen unitario con frecuencia, ni siquiera se hallan previstas en norma jurídica alguna, realizándose sólo en base a un programa interno de la Administración (con frecuencia, negociado con el sector) y a una consignación presupuestaria específica; ello se explica en el hecho de su relativa novedad, lo que no hace menos desecable una creciente formalización normativa de su régimen. Las transferencias directas, por el contrario, gozan de una disciplina jurídica relativamente desarrollada, que vamos a exponer a continuación.

B) Las transferencias directas de capital: el régimen de la subvención

BIBLIOGRAFÍA.—J. NIEVES BORRERO, *Estudio sistemático y consideraciones de carácter administrativo sobre la subvención*, RAP 42 (1963), p. 17 y ss.; G. 118. NÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español*, RAP 113 (1987), p. 39 y ss.; J. M. DÍAZ HERRERA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, 1985; M. SANCHEZ MORÓN, *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Madrid, 1990.

J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *Subvenciones e igualdad*, REDA 65 (1990), p. 119 y ss.; J. W. RODRÍGUEZ CURIEL, *Compatibilidad con el mercado común de las ayudas de Estado a empresas públicas* (art. 92.3 del Tratado de la CEE), RAP 122 (1990), p. 409 y ss.; M. LAFUENTE BENACHES, *Las ayudas económicas a la cinematografía española*, RAP 124 (1991), p. 379 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1993; J. M. GIMENO FELIU, *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (Ayudas y subvenciones)*, RAP 137 (1995), p. 147 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La actividad de fomento en el Reglamento de obras, actividades y servicios de las subvenciones y de la acción concertada*, RAP 139 (1996), p. 309 y ss.; S. HERRERO SUÁZOA, *El régimen de las subvenciones públicas en Estudios en honor de César Albániz*, I. Madrid, 1987.

1. Concepto, naturaleza y caracteres

a) El concepto de subvención ofrece discrepancias según se aborde desde una perspectiva doctrinal o legal.

1) Por lo común, la doctrina suele acogerse a una noción estricta, considerando subvenciones, exclusivamente, las atribuciones patrimoniales a fondo perdido (esto es, sin devolución de su importe) realizadas por una Administración a favor de un particular (lo que excluye las transferencias de capital realizadas por un ente público a favor de otro, que la legislación presupuestaria sigue denominando equívocamente subvenciones de capital) y destinadas necesariamente a financiar el desarrollo de una actividad de interés público (PARADA).

2) La legislación, por el contrario, suele utilizar definiciones mucho más amplias, por lo mismo que su objeto es someter a disciplina todas las posibles modalidades atípicas de subvención o transferencia de capital a particulares. Tal es el criterio que mantiene el art. 81 LCP (que, materia), según cuyo apartado 2 se incluyen en la noción, de una parte, 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; así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayu-

das, financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea”.

3) Este último inciso desborda notoriamente el concepto de subvención, configurando el más amplio de *ayuda pública*, que integra, junto a la subvención, tanto las transferencias indirectas de capital como las medidas de carácter fiscal y crediticio a que antes aludimos. Y es ésta la misma noción que acoge el Derecho comunitario (a los efectos que después veremos), para el que la ayuda “es una noción todavía más amplia que la subvención, comprendiendo no solamente las prestaciones positivas tales como las propias subvenciones, sino igualmente las incentivaciones que, bajo formas diversas, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, son de idéntica naturaleza y producen los mismos efectos” (STJCE de 23 de febrero de 1961).

b) La *naturaleza jurídica de la subvención* ha sido objeto de un largo debate (que, como tantos otros, finaliza en una situación de bloqueo que hace imprescindible apelar, en última instancia, al Derecho positivo), en el que se han opuesto dos tesis:

1) De una parte, la calificación como *contrato o convenio de Derecho público*, a la que alude el art. 3.1.d) LCAP al referirse a los “convencios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado”; la Ley de Contratos del Estado de 1965 era más explícita, al decir que estos convenios tenían por objeto “la realización de actividades económicas privadas de interés público”. Desde esta perspectiva, Administración y beneficiario de la subvención serían las partes de un contrato (excluido del ámbito de aplicación de la LCAP), que la doctrina tradicional, en la fase en la que el otorgamiento de las subvenciones se regía por principios de absoluta discricionalidad, calificaba como donación modal (NIEVES).

2) De otra, la consideración de la subvención como *acto unilateral*, creada en virtud de un acto administrativo de otorgamiento a favor de un particular, que hace nacer en él un derecho de crédito frente a la Administración, a la par que una serie de obligaciones y cargas. Tal es la tesis que se mantiene en la excelente obra de FERNÁNDEZ FARRI RES, reseñada, como las demás, en la bibliografía.

3) Como antes advertimos, el problema de la naturaleza de la subvención no puede recibir, probablemente, una respuesta unitaria. La regulación que de la misma hace hoy la LGP ofrece rasgos equívocos; incluye notas indiscutiblemente tomadas de la legislación de contratos públicos (p. ej., el procedimiento competitivo de adjudicación, o el requisito de solvencia del beneficiario); pero, sin embargo, elude calificar la relación como contractual, lo que podría haber hecho sin dificultad. Y ello se debe, seguramente, a que existen subvenciones cuyo otorgamiento responde al esquema típico del acto unilateral, y otras que se otorgan en forma de contrato, o en el seno de un convenio comprometido en el que, junto a otras obligaciones, la Administración se compromete a otorgar una subvención.

c) Dada su extrema diversidad, no es fácil señalar caracteres comunes a todo tipo de subvenciones. Pueden, quizá, destacarse tres, de muy diversa complejidad e importancia.

1) El primero y más simple radica en la necesidad de cobertura presupuestaria. La subvención consiste, como vimos, en un gasto u obligación que se crea contra el patrimonio de un ente público; en consecuencia, la existencia en el presupuesto del mismo de un crédito de cuantía suficiente y dedicado a tal finalidad es un requisito de validez del otorgamiento de la subvención, sin el cual ésta sería nula de pleno derecho, conforme prevé el art. 60 LGP (nulidad que, sin embargo, generaría en el beneficiario una acción de responsabilidad contra la Administración que otorgó la subvención sin el debido respaldo presupuestario).

2) Nota básica de todas las subvenciones es su carácter no lucrativo. Ello significa que su importe total en ningún caso debe superar el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario, de tal modo que produzca un excedente no destinado a cubrir el fin público en base al cual se otorga; así lo establece expresamente el art. 81.8 LGP.

3) El último de los caracteres comunes a todas las subvenciones radica en el límite de que, por su naturaleza, no deben afectar a la situación de competencia en el mercado. El art. 92.1 TCE declara “incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones” (aunque después enumera una se-

rie de ayudas que se consideran compatibles, y otras que pueden declararse como tales, por el procedimiento que después establece); y, en el ámbito puramente interno, el art. 19 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye al Tribunal de Defensa de la Competencia, a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, la potestad de "examinar las ayudas otorgadas a las empresas con cargo a recursos públicos, en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia".

2. Las partes de la relación subvencional

a) *La Administración*, por descontado, es la primera de las partes de la relación jurídica de subvención. Respecto de la misma deben señalarse tres órdenes de cuestiones.

1) *La competencia para otorgar las subvenciones*, en primer lugar, se encuentra regulada de manera estricta en nuestro Derecho positivo. Dicha competencia corresponde, en la Administración General del Estado, a los Ministros y a los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos, salvo cuando el gasto sea superior a 2.000 millones de pesetas, en cuyo caso será necesario acuerdo del Consejo de Ministros (art. 81.3 LGP).

2) La LGP, rompiendo una inveterada tradición que reservaba el otorgamiento de las subvenciones a los órganos superiores de la Administración activa, ha abierto la posibilidad de un *sistema de gestión indirecta de las subvenciones*, al prever que las bases reguladoras de las subvenciones establezcan que la entrega y distribución de los fondos públicos a los beneficiarios se efectúe a través de una Entidad colaboradora (art. 81.5). Se trata, pues, de una mera fórmula alternativa de gestión, que puede encomendarse a cualesquiera personas jurídicas, públicas o privadas ("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"; art. 81.5, párr. 2°), las cuales actuarán en nombre y por cuenta del Departamento u Organismo concedente de la subvención, teniendo confianza las tareas de verificar el cumplimiento de las condiciones para el otorgamiento de la subvención, entregar su importe a los beneficiarios y justificar su aplicación a los fines previstos.

3) Con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, sin embargo, ha de llevarse a efecto su establecimiento, trámite que, conforme al art. 93 TCE, requiere una *comunicación previa por parte del Estado español a la Comisión de la Comunidad*, la cual, en contacto con la representación española, decide finalmente sobre el carácter compatible o no de la ayuda proyectada con el mercado común, pudiendo requerir al Estado para que la suprima o modifique. A tal efecto, cuando el ente que pretende establecer la ayuda es distinto de la Administración del Estado, debe darle a ésta traslado de su proyecto, para su comunicación a la Comisión de la Comunidad (trámite regulado en el Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre).

b) La contraparte de la relación subvencional es, naturalmente, *el beneficiario* o receptor de la misma, esto es, "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 LGP). Dada la extrema variedad de las subvenciones, la LGP no impone requisito alguno para gozar de la condición de beneficiario, limitándose a autorizar a las bases reguladoras de las subvenciones para que establezcan los que en cada caso sean procedentes, así como la forma de acreditar su cumplimiento (art. 81.6); solamente se le impone el deber de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, como a cualquier persona que contraa con las Administraciones públicas (art. 81.7 LGP).

3. El procedimiento de otorgamiento de la subvención

Hasta la aprobación de la versión vigente de la LGP, el otorgamiento de las subvenciones no se hallaba sujeto a ningún procedimiento específico, aplicándose las normas generales de la LRIAP (y antes, de la Ley de 1958). El nuevo texto de la LGP establece, sin embargo, una tría de principios formales de gran relevancia y un conjunto de reglas generales sobre el procedimiento de concesión; principios y reglas que, dos años después, fueron desarrollados por el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre (por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones públicas).

a) Los *principios reguladores del otorgamiento de las subvenciones* se encuentran enfáticamente en el art. 81.6 LGP, según el cual éstas deben otor-

garse “bajo los principios de publicidad, concurrencia y objetividad”. El desarrollo y eficacia de dichos principios es, sin embargo, desigual.

- 1) El principio de *publicidad* tiene como principal expresión el sometimiento de la concesión de las subvenciones al establecimiento de unas bases, que deben aprobarse por los Ministerios previamente a la disposición de los créditos y publicarse necesariamente en el Boletín Oficial del Estado (art. 81.6 LGP); su contenido, bastante detallado, viene especificado en el precepto referido, al que debemos remitirnos ahora. Pero la publicidad opera también *ex post*, al añadirse el deber de las Administraciones concedentes de las subvenciones de publicar trimestralmente en el Boletín Oficial del Estado las subvenciones concedidas en cada período (art. 81.7 LGP). Sin embargo, el cumplimiento de estos requisitos no es necesario cuando las ayudas o subvenciones tengan asignación nominativa en los Presupuestos Generales del Estado (esto es, cuando identifiquen la persona que tiene derecho a percibirla y su cuantía: art. 81.6 LGP).

- 2) Si la aplicación del principio de publicidad es la regla, la del *principio de concurrencia* es meramente eventual. Este principio entraña el otorgamiento de las subvenciones en un trámite de carácter competitivo, que la LGP denomina concurso, en el que las diferentes solicitudes son presentadas en un plazo único y se valoran y resuelven en un solo acto, otorgándose la subvención al peticionario o peticionarios que ostente mayores méritos u ofrezca mejores condiciones. Pero la Ley no impone preceptivamente dicho trámite, sino sólo “cuando la finalidad o naturaleza de la subvención así lo exija”, lo que equivale, en la práctica, a conferir un amplio margen de discrecionalidad al órgano concedente para aplicar o no este procedimiento; procedimiento que la LGP no regula, remitiéndose implícitamente a las bases reguladoras a que antes aludimos; con la prevención a que nos referiremos en el siguiente epígrafe (art. 81.6, párr. final, LGP).

- 3) Al principio de *objetividad* no existen otras alusiones directas en la LGP; su operatividad, sin embargo, es indudable, y se manifiesta, de una parte, en la propia obligación de establecer las bases a que hemos venido refiriéndonos (bases cuyo contenido supone una importante objetivación del trámite y de los requisitos para el otorgamiento); y, de otra, en el juego del propio principio de concurrencia, allí donde se aplique el sistema de concurso, el cual ha-

brá de ser resuelto necesariamente a propuesta de un órgano colegiado (cuya composición se remite nuevamente a las bases reguladoras de la subvención).

- b) Por su parte, la *regulación del procedimiento que efectúa el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre*, antes mencionado, no tiene apenas extremos dignos de mención: se limita a realizar una mezcla de las normas del art. 81 LGP, que venimos glosando, con las generales de la LRJAP, que estudiamos en un capítulo anterior. De ellas debe sólo destacarse la regla de resolución por silencio: el plazo máximo para dictar resolución es de seis meses (salvo que las bases de otorgamiento de la subvención establezcan otro diverso), y el sentido del silencio es de carácter desestimatorio (art. 6.3 y 4 del Real Decreto); por excepción, sin embargo, el silencio tiene carácter positivo, tras el transcurso de un plazo de resolución de sólo tres meses, en el caso de las subvenciones de carácter social o asistencial renovables periódicamente previa solicitud documentada de los beneficiarios (art. 6.5).

4. El contenido de la relación subvencional

El otorgamiento de la subvención hace nacer entre las partes de la relación un conjunto de situaciones jurídicas (obligaciones, deberes y potestades) que el art. 81 LGP desarrolla y que poseen, por lo demás, un contenido bastante obvio. Pueden clasificarse según afecten al beneficiario y a la Administración concedente, subdistinguiendo dentro de cada posición las situaciones jurídicas activas y pasivas.

- a) Los *derechos del beneficiario* se ciñen a la percepción de la cantidad en que la subvención concedida consiste. El acto (o contrato) mediante el que la subvención se otorga crea a favor del beneficiario un derecho subjetivo perfecto, no una mera expectativa de liberalidad, lo que convierte al pago de la subvención en una obligación plenamente exigible. La Administración, por tanto, carece de un poder de revocación (como, por el contrario, prevén el art. 26 RSCL) que sólo podrá ejercerse en los supuestos de ilegalidad previstos en los arts. 102 y 103 LRJAP y previo cumplimiento del procedimiento de revisión de oficio (que analizaremos en un capítulo posterior), además de las potestades de modificación y reintegro a que nos referiremos de inmediato.

b) De modo paralelo, entre las *obligaciones del beneficiario* destaca, claro está, la de realización de la actividad que constituye el fundamento de la subvención que le fue concedida (art. 81.4, párr. 2.º, letra a). Esta obligación se refuerza por la LGP con otras de carácter instrumental, como son las de acreditar ante la Administración la realización de la actividad y comunicarle, en su caso, la obtención de subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedente de cualesquiera Administraciones o Entes Públicos nacionales o internacionales (*ibidem*, letras b) y d)).

c) La posición jurídica de la *Administración concedente* se concreta, además de en su *obligación* primordial de abonar al beneficiario el importe de la subvención, en un amplio conjunto de *derechos y potestades*, que pueden resumirse del siguiente modo:

- 1) Ante todo, la Administración ostenta el derecho de *exigir al beneficiario la completa realización de la actividad* en base a la cual fue concedida la subvención. A tal efecto, el art. 81.4, párr. 2.º, letra c) LGP otorga al órgano concedente un amplio poder de comprobación sobre todas las actividades del beneficiario, que también se atribuyen a la Intervención General de la Administración del Estado.
- 2) 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 internacionales (art. 81.8 LGP).
- 3) La potestad antes mencionada se completa con un *poder de revocación* en caso de incumplimiento, por parte del beneficiario, de sus deberes de justificación, de dedicación de la subvención a los fines para los que fue concedida o de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento (art. 81.9 LGP); la revocación conlleva, obviamente, el deber de reintegro de las cantidades percibidas más el interés legal devengado; reintegro que, en caso necesario, puede hacerse efectivo por el procedimiento de apremio (art. 81.10 LGP).
- 4) Y, por fin, el art. 82 LGP otorga a la Administración concedente la *potestad sancionadora para los casos de incumplimiento* por el beneficiario de sus obligaciones antes mencionadas: infracciones

que pueden ser sancionadas con multa de hasta el triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada, además de con la inhabilitación por plazo de hasta cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones públicas, así como de celebrar contratos con el Estado u otros Entes públicos.