

LEGALIDAD, TRANSPARENCIA, CONTROL Y DISCRECIONALIDAD EN LAS MEDIDAS DE FOMENTO DEL DESARROLLO ECONOMICO (AYUDAS Y SUBVENCIONES)

Por
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE EL PAPEL DEL FOMENTO ADMINISTRATIVO EN EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA: A) *Intervención del Estado en la economía: el papel de la «Administración Económica».* B) *El Estado como «director» de la economía a través del fomento: escenarios sobre los que se vertebra su actuación.* C) *Fomento del desarrollo económico y autonomía territorial.*—II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ACTIVIDAD DE FOMENTO.—III. LA TRANSPARENCIA EN LA CONCESIÓN DE AYUDAS Y SUBVENCIONES.—IV. EL CARÁCTER FINALISTA DE LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES Y LOS INSTRUMENTOS DE FISCALIZACIÓN: A) *El carácter teleológico de estas medidas y sus consecuencias.* B) *Sistemas de control de las ayudas y subvenciones.*—V. ALCANCE DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LAS SUBVENCIONES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL SOBRE EL PAPEL DEL FOMENTO ADMINISTRATIVO EN EL DESARROLLO DE LA ECONOMÍA

Antes de analizar las cuestiones referentes a la legalidad, objetividad y discrecionalidad en la concesión de ayudas y subvenciones por parte de los distintos poderes públicos de cara a favorecer el desarrollo económico, parece conveniente, a modo de introducción, fijar unas premisas previas relativas al marco o escenario en el que se deben desarrollar estas medidas. En cualquier caso, sí que debe resaltarse convenientemente, como destaca el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, que la evolución del Derecho Administrativo pasa en la actualidad por la problemática surgida en torno al hecho caracterizador de la moderna Administración, o sea, alrededor del fenómeno del intervencionismo económico y del sistema prestacional que ha puesto en marcha el Estado Social (1). Y para ello, con carácter preliminar, resulta necesario realizar una breve reflexión sobre la intervención de las Administraciones Públicas en la economía (la denominada «Administración Económica») a fin de conocer, como presupuesto de partida, las características o singularidades de ésta en relación al contenido tradicional de nuestro Derecho Administrativo,

(1) FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, pág. 578.

para poder realizar una correcta valoración de los problemas jurídicos (y posibles soluciones) que puede presentar la actuación administrativa en este complejo escenario a través de las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones).

A) *Intervención del Estado en la economía:
el papel de la «Administración Económica»*

Para referirse al fenómeno del intervencionismo administrativo en el mundo económico, conviene empezar aclarando que se pretende aludir a una conformación social muy característica y determinada de la actuación administrativa, pues es una realidad histórica que el poder público, la autoridad que en cada momento ha sido, siempre ha intervenido, de una u otra forma, en la actividad económica de los particulares, por lo que una cierta intervención pública es consustancial al propio concepto de autoridad o de civilización, en lo que tiene de cauce de ordenación, estímulo o condicionamiento de las decisiones que los hombres pueden adoptar con respecto a las actividades que realicen con un claro sentido económico y aun de aquellas que, sin tenerlo directamente presente, sí que conlleven, en cambio, repercusiones de esa naturaleza (2). Al mismo tiempo que todas las ideologías sustentadoras de los diversos sistemas económicos han reconocido algún margen, mayor o menor, de actuación de los poderes públicos en la economía (3). Es más, como opina M. S. GIANNINI, cualquier ordenamiento jurídico, por el solo hecho de ser tal, es intervencionista, en cuanto supone un condicionamiento del ámbito de lo privado, con independencia de la dimensión del mismo (4). De esta manera, como dice GIANNINI, lo verdaderamente importante es conocer el régimen regulador de las potestades ejercitadas por los poderes públicos y de las garantías para los sujetos privados.

Ahora bien, con el significado del término que aquí consideramos, puede afirmarse que el origen del intervencionismo público en el mundo económico se encuentra en las alteraciones coyunturales,

(2) Se debe realizar una precisión no por obvia menos válida: cuando hablamos de intervencionismo «estatal», lo hacemos utilizando el significado general no preciso del término, en cuanto intervencionismo público, del poder público con potestad normativa, sin aludir así al concreto papel de una de las instancias territoriales de organización (no como Estado en sentido estricto o Administración del Estado, en cuanto diferenciado de las entidades territoriales descentralizadas integrantes del tipo de Estado compuesto).

(3) Vid. GIMENO FELIU y TENA PIAZUELO, en BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Cívitas, Madrid, 1994, págs. 637-639.

(4) M. S. GIANNINI, *El poder público. Estado y Administraciones públicas*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 17-22.

las crisis económicas y aparición del pensamiento socialista en los finales del siglo XIX y principio del siglo XX (5). Todos estos factores producen una evolución en las conductas del Estado, que pasa a tomar las riendas de aquellas actividades económicas y sociales que redundan en beneficio del interés general, de la colectividad (6). No obstante, el intervencionismo administrativo —algo ya inherente a todas las políticas económicas modernas— alcanza diversidad de intensidad en función del planteamiento político del Poder gobernante. Resulta obvio el hecho de que la mayor o menor intensidad de la actitud de las potestades públicas en relación a los sectores económicos y sociales depende, no sólo de las circunstancias objetivas en que tal actividad se viene desarrollando, sino también de las distintas fórmulas políticas y de la ideología dominante de cada época sobre las distintas finalidades que debe satisfacer el Estado (7). Con todo, cierto grado de intervencionismo parece necesario a fin de satisfacer un mínimo de derechos subjetivos a los ciudadanos, a fin de asegurar la «procura existencial» de los mismos, ya que el advenimiento del Estado-Providencia ha traído consigo el aseguramiento por el Estado de determinadas prestaciones garantizadoras de un mínimo vital, existencial, a sus ciudadanos (8). Así pues, toda intervención del poder público en el mundo socioeconómico deberá estar justificada en la intención de garantizar ese mínimo existencial a todos sus ciudadanos, o lo que es lo mismo, en la satisfacción de determinadas finalidades de interés general. Es decir, toda modalidad de intervención tendrá como fin último la consecución de un interés público. Es esta nota, el logro de la procura existencial de los distintos ciudadanos, la nota caracterizadora del concepto de Estado Social de Derecho

(5) Frente a la impotencia que demostró el sistema liberal burgués de derechos, el Estado Social aparece propugnando fórmulas de programación de actuación y, en general, de intervención de los poderes públicos con vistas a la realización de las condiciones materiales dignas de vida que hagan posible el ejercicio real de la libertad por todos los hombres. CHINCHILLA MARÍN, «El servicio público: ¿amenaza o garantía de los derechos fundamentales?», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 955.

(6) La realidad nos enseña con claridad cómo existen una serie de sectores socioeconómicos que resultan claves para la organización económica y social en los modernos Estados —v. gr., Banca, seguros, energía, comunicaciones, etc.— dado que éstos, en todos los países, ejercen sobre tales sectores un intenso control ya que el interés general encuentra su plasmación en dichos sectores. Sobre este punto, por todos, ARIÑO ORTIZ, «La empresa pública», en el libro colectivo *El modelo económico en la Constitución Española*, vol. II, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 112.

(7) Sobre tal afirmación, vid., por todos, VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la Industria*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1964, pág. 15.

(8) El concepto *Daseinvsorge* acuñado por FORSTHOFF ha recibido gran aceptación, por cuanto a través de dicho concepto se marca la misión del nuevo Estado Social y Democrático frente a sus ciudadanos. Sobre el tema, puede consultarse el trabajo del profesor L. MARTÍN-RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinvsorge»*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962, págs. 35 y ss.

—consagrado en el art. 1.1 de nuestra Constitución—. Y no sólo su cometido y su fin, sino también su propia y principal responsabilidad (9).

Ahora bien, todos estos fines, ese mínimo existencial de todos los ciudadanos, se pueden lograr a través de distintas y diversas técnicas, es decir, la Administración tiene a su disposición un amplio abanico de modalidades interventoras, tanto directas, que van desde la simple reglamentación de la actividad por razones de seguridad o salubridad a la asunción por el Estado de la titularidad —con o sin su gestión posterior— de determinadas actividades económicas consideradas esenciales para la comunidad (v. gr., telecomunicaciones, televisión, transporte, etc.) (10); como indirectas, a través de la función de regulación del proceso económico que, como sostiene E. MALARET, no debe ser entendida simplemente en el sentido de ordenar el ámbito de actuación de los diferentes agentes económicos, sino en el más amplio sentido de tarea de dirección, impulso, de estructuración del desarrollo del proceso económico (11).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que, sin obviar los inevitables trasfondos políticos, toda opción de intervención en la economía por parte de los poderes públicos debe estar en función de factores de muy diversa índole, entre los que podemos destacar, por su trascendencia, la capacidad financiera del Estado y la capacidad de gestión de la Administración (12). Ahora bien, toda opción por uno u otro modelo de organización y gestión en aquellas actividades económicas consideradas esenciales o especialmente afectas al interés público no es un problema neutro, sino de una tremenda carga política. Dependerá de cada Estado y, en concreto, de la posición de sus respectivos Gobiernos, la utilización de estas medidas interventoras en todas o en algunas de sus fases, intervención que, lógicamente, tendrá mayor o menor alcance, es decir, será más o menos restrictiva de la libre iniciativa económica, en función de la medida utilizada. Y en la actualidad, sobre todo en los países occidentales, se

(9) Como señala el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, los términos Estado de Derecho y Estado Social mantienen una recíproca interrelación, son valores que se complementan, se autointegran de forma necesaria para configurar un tipo de Estado en el que éste asume el logro de una sociedad más justa, respetando siempre rigurosamente —y en todo su alcance— los postulados caracterizadores del Estado de Derecho: sanción y garantía de los derechos fundamentales, del pluralismo político, del principio de legalidad, etc. *Derecho Administrativo Económico I*, Ed. La Ley, Madrid, 1988, pág. 38.

(10) Me remito en este punto a lo que hemos expuesto en el libro, dirigido por el profesor BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., págs. 657-748.

(11) MALARET I GARCÍA, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 74.

(12) La necesidad de tener en cuenta estos factores es destacada por ARINO ORTIZ, «La empresa pública», ob. cit., pág. 11.

observa la tendencia a reducir el protagonismo estatal en el desarrollo de las actividades económicas, acusándose una importante reducción del intervencionismo administrativo (13), debido a que, como destaca el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, ha quedado ya suficientemente acreditado que los sistemas de intervención directa resultan incompatibles con un verdadero crecimiento, y que, por otra parte, y esto es lo realmente significativo, resultan inútiles e inoperativos a efectos de satisfacer las exigencias del interés público (14). Al mismo tiempo se detecta un fenómeno más amplio de liberalización de la economía, traducido en una progresiva «desregulación» o «desreglamentación» de actividades que hasta ahora se encontraban fuertemente intervenidas (15). En cualquier caso, este proceso de liberalización y desregulación no exige, de ninguna manera, la disminución del papel de la Administración en la economía, sino que, simplemente, ésta debe adaptarse a las nuevas circunstancias utilizando para ello no las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y dirección de una política económica concreta. Así, hoy prevalecen los instrumentos de incentivación del desarrollo económico frente a las técnicas de carácter autoritario (16). En la econo-

(13) En este punto debo remitirme a los trabajos del profesor MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía. Más Estado y menos Administración*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, págs. 3-6 y 37-88; RODRÍGUEZ ARANA, *La privatización de la empresa pública*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, págs. 72-95; GARRIDO FALLA, *Privatización y reprivatización*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, págs. 16-26; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, págs. 90 y ss., y VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 99 y ss.

(14) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las nuevas perspectivas de la Administración Económica*, núm. 116 de esta REVISTA, 1988, pág. 35.

(15) Conviene realizar una aclaración, ya que, como bien señala el profesor MARTÍN MATEO (*Liberalización de la economía*, ob. cit., pág. 40), los términos privatización y desregulación no son sinónimos. Por privatización se entiende toda aquella medida tendente a que los particulares puedan asumir bienes o actividades económicas anteriormente de titularidad o gestión pública. Por contra, la desregulación alude a todas aquellas medidas liberalizadoras tendentes a dinamizar la vida económica y que consisten básicamente en la eliminación por parte de la Administración de todas las limitaciones y restricciones que afectaban al libre desarrollo empresarial. En este mismo sentido se expresa SANTOS PASTOR, «Estado, mercado, eficiencia y equidad», en *Derecho y Economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 190. RODRÍGUEZ-ARANA (*La privatización de la empresa pública*, ob. cit., pág. 80) parece mantener posición contraria al considerar a la desregulación como una de las formas de privatización. A nuestro juicio, la distinción resulta conveniente ya que la desregulación no supone en ningún caso una disminución o reducción del sector público, sino simplemente una disminución en el grado de reglamentación de determinada actividad económica.

(16) Se trata éste, por lo demás, de un proceso general, ya que, como destaca PAREJO ALFONSO, hoy en día las Administraciones públicas asumen con mayor frecuencia el papel de prestador, estimulador, para dirigir y encauzar la evolución de la sociedad. Ello significa que, globalmente, su acción se ofrece cada vez más como combinación específica y variable de las formas unilateral-imperativa y cooperativa-concertada. *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, pág. 120.

mía se aprecia, como destaca S. VALENTINI, una reducción de la aplicación del Derecho Administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativa (17).

Siendo éste el planteamiento general sobre el papel de la Administración en la economía, parece conveniente formular ahora algunas precisiones en relación a la denominada «Administración Económica». Siguiendo al profesor MARTÍN MATEO, cabría entender por Administración económica dos realidades distintas, según el punto de vista que se adopte, conforme al criterio orgánico o funcional, respectivamente (18):

- en una consideración estática —descriptiva—, las organizaciones y los medios de todo tipo utilizados por los poderes públicos para intervenir en la actividad económica;
- en una consideración dinámica, el conjunto de acciones que llevan a cabo los poderes públicos en relación con la economía.

En definitiva, entendemos por «Administración Económica» las específicas actuaciones de cualquier órgano de las distintas Administraciones Públicas que tratan de satisfacer concretos objetivos de política económica a través de la orientación, mediatización o protagonismo de las relaciones económicas (19). Por otro lado, precisamente la multiplicidad de formas bajo las que se presenta y la diversidad evidente de las finalidades a las que debe atender, aconsejan, sin embargo, dejar constancia de las peculiaridades características de la actuación de la «Administración Económica», que el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO las ha sintetizado en una tríada verdaderamente expresiva (20):

(17) S. VALENTINI, «L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni», en libro col., dirigido por C. FERRARI *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Giuffrè, Milano, 1987, pág. 245.

(18) R. MARTÍN MATEO, *Derecho público de la Economía*, Ceura, Madrid, 1985, pág. 15.

(19) En realidad, lo que nos interesa destacar es que existe un complejo de órganos, entidades, Administraciones que, por razón de las funciones que les están asignadas, pueden ser aglutinados bajo la denominación a la que nos referimos. Es decir, no existe, como tal, «una» determinada «Administración Económica», sino que con esta expresión aludimos simplemente a todo órgano de cualesquiera Administraciones territoriales (estatal, autonómica, local) y a todo ente institucional (Organismo autónomo, Sociedad de ente público, Entidad de Derecho público sometida al privado) y Corporaciones de Derecho público, a los que la Constitución y el ordenamiento jurídico encomiendan la realización de alguna de las finalidades de carácter económico que contemplan. Vid. GIMENO FELIU y TENA PIAZUELO, en BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., pág. 654.

(20) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., págs. 58-63. Sobre las perspectivas sobre las que se debe conformar la actuación de esta Administración Económica resulta también de especial interés el trabajo ya citado de este mismo autor, *Las nuevas perspectivas*, ob. cit., págs. 36 y ss.

- tendencia a la colaboración y/o negociación con los agentes económicos; es decir, la Administración económica como Administración negociada;
- flexibilidad y relativo antiformalismo; o lo que es lo mismo, la obligada superación de los esquemas formales;
- intercambiabilidad de las técnicas jurídicas empleadas, con una frecuente utilización de fórmulas jurídico-privadas.

En cualquier caso, los principios constitucionales de objetividad, satisfacción de interés general, sometimiento pleno a la Ley y al Derecho o imparcialidad son igualmente predicables de los actos de la «Administración Económica» (21), si bien es cierto que en muchos casos estas decisiones vienen acompañadas de altas dosis de politicidad que complican la aplicación del esquema tradicional de las instituciones del Derecho Administrativo (22). Con todo, es labor del jurista, a pesar de estos importantes escollos que aparecen en las actuaciones de las Administraciones Públicas en relación con la realidad económica, esforzarse por presentar instrumentos que permitan la juridificación de esta actividad que garantice, en la medida de lo posible, un adecuado control de la misma. Por ello, a modo presupuesto de partida irrenunciable, podríamos afirmar que la caracterización de la «Administración Económica» resulta de la confluencia entre la que generalmente es predicable de la Administración pública de un Estado de Derecho y la que sobre la actividad administrativa se deriva de los postulados de la Constitución y del modelo económico constitucional, con una inequívoca componente social.

B) *El Estado como «director» de la economía a través del fomento: escenarios sobre los que se vertebra su actuación*

Junto a técnicas de intervención directa del Estado en la economía existe, como ya se ha dicho, otra vía de intervención, no directa pero sí efectiva, por la que el Estado incide en el comportamiento de los agentes económicos. Esta vía de actuación es la técnica del fo-

(21) Como bien afirma el profesor R. MARTÍN MATEO, la «Administración Económica» tiene un papel subordinado, dado que sólo le corresponde el cumplimiento de los fines previamente fijados, funcionando en este aspecto como funciona cualquier Administración Pública. *Derecho Público de la Economía*, ob. cit., pág. 16.

(22) Así lo destacan MARTÍN MATEO (*Derecho Público de la Economía*, ob. cit., pág. 16) y S. MARTÍN-RETORTILLO (*Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 52), si bien éste insiste en la necesidad de reforzar los mecanismos o técnicas de control a fin de garantizar la observancia de los principios constitucionales aplicables a las Administraciones Públicas en cualquiera de los campos que éstas actúen.

mento administrativo del desarrollo económico, por la que el Estado ofrece *estímulos positivos* (ayudas y subvenciones) a los ciudadanos y empresas que satisfacen determinados fines fijados de antemano en atención al interés general. Sobresale aquí la idea de *colaboración* frente a la de imposición, por cuanto se trata de medidas que ofrecen los poderes públicos a fin de conseguir determinados objetivos, decidiendo libremente el particular si opta o no por la consecución de éstos (23).

En cualquier caso, debe destacarse suficientemente la problemática que puede plantear esta actividad en la que se fijan objetivos y preferencias, se manejan selectivamente considerables cantidades de dinero y se «premia» determinadas iniciativas o empresas particulares, y que ofrece la suficiente entidad como para requerir una categoría jurídica que pueda servir de punto de referencia a la hora de enjuiciar la actuación concreta de la Administración. La idea del fomento del desarrollo económico, por lo demás, expresa una posición intermedia entre una actitud inhibicionista del Estado, en la que sus cometidos aparecen reducidos al máximo, y aquella otra en la que, con mayor o menor intensidad, actúa de forma directa y con sus propios medios. Mediante esta técnica el Estado fija unos fines u objetivos que cumplir por los agentes económicos, a los que estimula a través de ayudas y beneficios de diversa índole. Se trata de garantizar la satisfacción de unas necesidades que revisten interés público para la comunidad a través de la *colaboración voluntaria de los agentes económicos*. Así, la misión del Estado no es la de realizar la actividad, sino la de impulsar a la iniciativa privada para que sea ella quien la realice (24). En este sentido, es paradigmática la STS de 27 de mayo de 1977 (Ar. 3229), por la que se define a esta técnica del fomento de la siguiente manera:

(23) La teoría del fomento administrativo, pese a ser una conducta de gran arraigo histórico en todos los Estados, es relativamente reciente, siendo su introductor en España JORDANA DE POZAS, quien llevó a cabo la elaboración de una teoría general sobre dicha técnica de intervención a la que define como la acción 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 usar de la coacción ni crear servicios públicos. *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*, «Revista Estudios Políticos», núm. 48, 1949, pág. 46.

(24) Un ejemplo claro lo tenemos en la instrumentación jurídica de la reconversión industrial, que se caracteriza, por un lado, por la participación de los interesados en el proceso de reestructuración y, por otro, por la flexibilidad del procedimiento —de carácter voluntario— y la intercambiabilidad de las técnicas y mecanismos de actuación mediante incentivos, preferentemente de carácter económico. Vid., por todos, MALARET I GARCÍA, *Régimen jurídico...*, ob. cit., págs. 149 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, en libro col., dirigido por S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, II, La Ley, Madrid, 1991, págs. 539-540; y JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *La legislación sobre reconversión y reindustrialización*, «REDA», núm. 47, 1985, págs. 365 y ss.

«... es una de las actividades de la Administración con tipicidad muy definida (...) mediante la cual la misma extiende sus objetivos, poniendo en práctica técnicas encaminadas a que éstos se cumplan, sin necesidad de asumir directamente la gestión de los medios dirigidos a alcanzarlos, ni por tanto el montaje de servicios públicos; actividad en la que el dirigismo y el intervencionismo quedan sustituidos por otras medidas tendientes a que sean los propios administrados los que libremente colaboren en el cumplimiento de fines considerados convenientes y deseables, mediante orientaciones y persuasiones...».

Queda así claro el concepto del fomento administrativo del desarrollo económico, el cual se caracteriza por la variedad de fórmulas que el Estado tiene para incentivar a los agentes económicos a realizar los objetivos considerados deseables. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la finalidad de estas medidas de fomento puede ser, bien paliar el déficit de empresas de interés público (caso de RENFE), bien impulsar la creación de empresas eficaces desde un punto de vista empresarial, supuesto este último en el que, al fin y al cabo, el Estado podrá resarcirse de lo desembolsado a través del otorgamiento de subvenciones (en cierto modo, «recuperar» el dinero invertido) vía impuestos, ya que la recaudación por este concepto será tanto mayor cuanto más productivas sean las empresas sujetas al impuesto (25).

Evidentemente, estas técnicas de fomento del desarrollo económico se encuentran condicionadas por dos concretos «escenarios» sobre los que deben articularse: el derecho de libertad de empresa consagrado en el artículo 38 de nuestra Constitución y el principio de libre competencia a que se refiere el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea. Pues bien, en relación al primer condicionante, en una economía delimitada por el concreto modelo de una economía social de mercado, en el que los poderes públicos tienen la importante función de coordinar y dirigir la política económica nacional, las medidas de fomento, por principio, no resultan contrarias al derecho a la libertad de empresa sino que, por contra, aunque parezca una paradoja, pueden convertirse en una garantía de ésta (26). Lo que

(25) Vid. DE LA CUÉTARA, *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 312.

(26) Al respecto, sobre el modelo económico constitucional y el concreto contenido del Derecho de libertad de empresa me remito a mi trabajo *Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas*, núm. 135 de esta REVISTA, 1994, págs. 149-163.

está claro es que en la aplicación de estas medidas se debe garantizar el principio de igualdad (27), independientemente de la forma jurídica del ente beneficiario, no pudiendo privilegiar al sector público frente al sector privado. Así lo ha manifestado la STS de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7352), donde se afirma:

«En resumen: la creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación y en el que *el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado*» (cursiva nuestra).

En lo que hace referencia al segundo condicionante, la Comunidad Europea consagra entre sus objetivos la libre competencia, si bien ésta no se articula como una libre competencia absoluta, sino como una competencia eficaz o practicable (28), dentro de la cual, respetando los límites impuestos por el Tratado, resulta compatible una política de ayudas y subvenciones a determinadas empresas. Así, de los artículos 85-86 y 90-93 del TUE se deduce que cualquier ayuda se encuentra fuertemente condicionada, resultando contraria a los objetivos del Tratado en cuanto tenga por objeto falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones (29). Y se

(27) Sobre la concreta proyección del principio de igualdad en el Derecho Económico puede consultarse el trabajo de ORTIZ-ARCE, *El principio de igualdad en Derecho Económico*, «REDC», núm. 11, 1984, págs. 111 y ss. Como indica este autor, el principio de igualdad en el ámbito económico debe abrirse hacia una adecuada libertad de competencia y hacia un necesario intervencionismo público por motivos de interés público (pág. 117).

(28) En relación al alcance y contenido del principio de libre competencia puede consultarse mi libro *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Cívitas, Madrid, 1994, págs. 140-151.

(29) La existencia de estos preceptos, que conforman la llamada política de competencia, son un medio más para obtener los fines básicos del mercado único europeo, siendo un instrumento de creación de ese mercado competitivo, que evite que las empresas puedan reconstruir mercados nacionales cerrados. Al respecto pueden consultarse, entre otros muchos, LÓPEZ GARRIDO, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 77 y ss.; A. PAPPALARDO, «La política de competencia», en obra col. *Manuale di Diritto Comunitario*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 349 y ss.; C. BELLAMY y G. CHILD, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 73 y ss.; P. MENGOZZI, «Il Diritto della Comunità Europea», en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto dell'economia* (Dir. F. GALGANO),

debe entender por «ayuda» (en cuanto este término tiene una inequívoca amplitud), como se desprende de la jurisprudencia del TJCE, las «exenciones de impuestos y tasas, exenciones y tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, suministros de bienes o cualquier otra medida de efectos equivalentes» o, incluso (H. P. IPSEN, citado por S. MARTÍN-RETORTILLO), «toda medida que de alguna forma disminuya las cargas que un empresario tiene que soportar con carácter general, y también aquellas que, aun no representando subvención alguna en sentido estricto, están al mismo nivel en cuanto a sus efectos» (30). En cualquier caso, estas medidas, para resultar contrarias al Tratado de la Unión, deben originar un efectivo falseamiento de la competencia (31), de tal manera que, si se dan las condiciones previstas por el Tratado, estas medidas de fomento del desarrollo económico pueden resultar compatibles en un mercado único (32).

Se trata, por lo demás, de auxilios que provengan de cualquier «poder público», lo que abarca a todo tipo de entes instrumentales creados por la Administración y que exige un «levantamiento del velo de la personalidad jurídica» (33). Así lo ha manifestado el profesor FERNÁNDEZ FARRERES al afirmar que el término Estado a que se refiere el artículo 92 TUE, tal y como ha advertido la Comisión, se

Cedam, Padova, 1990, págs. 334-349. Como afirman C. BELLAMY y G. CHILD (pág. 38), las reglas comunitarias de la libre competencia cumplen tres amplias funciones: 1) prevenir que sean erigidas barreras de comercio por acuerdos particulares entre empresas, por abusos de unas posiciones de monopolio o por subsidios estatales; 2) preservar una competencia efectiva como semilla para la creación de un mercado único; 3) incentivar la eficiencia, la innovación y los precios más bajos.

(30) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 475.

(31) Vid., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 47-54.

(32) Respecto al conjunto de ayudas compatibles con el mercado interior me remito a lo expuesto por A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Cívitas, Madrid, 1991, págs. 101-106; RODRÍGUEZ CURIEL, *Compatibilidad con el mercado común de las ayudas de Estado a empresas públicas (art. 92.3 del Tratado CEE)*, núm. 122 de esta REVISTA, 1990, págs. 409-438, y por FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas...*, ob. cit., págs. 69-98.

(33) El concepto material de «poder público» utilizado permitiría «levantar el velo» de la personalidad de los entes instrumentales sujetos al Derecho privado, descubrir su verdadera condición de poderes públicos (por su origen, por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz, por su financiación, en cuanto que operan con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) y sujetar al Derecho Administrativo los «actos separables» de su actividad privada. Opinión también sostenida en nuestro país por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, *El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público*, núm. 129 de esta REVISTA, 1991, págs. 203-204, y que también ha sido indicada por el profesor MUÑOZ MACHADO a propósito de la responsabilidad concurrente entre varias Administraciones. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*, Cívitas, Madrid, 1992. Vid. también ARIAS SENOSAIN, «Otra vez, ¿el mayor peligro el Estado? Reflexiones en torno a los orígenes y causas de las inmunidades del poder de las autoridades y funcionarios y a la técnica del "levantamiento del velo" de la personalidad jurídica de la Administración Pública, como medio de defensa de los ciudadanos», en *Libro Homenaje al profesor GONZÁLEZ PÉREZ*, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 495 y ss.

extiende al Estado, a las colectividades públicas y a los organismos públicos o privados en los que el Estado ejerza una influencia determinante o de aquel que designe para gestionar la ayuda. Desde la consideración del Estado español abarca, por tanto, a las Administraciones territoriales y a los entes instrumentales de ellas dependientes, sin que tenga mayor relieve y significado el *status* y régimen jurídico de que se haya podido dotar a los mismos (34).

Por ello, si bien parece correcto acudir a las formas de personificación privadas cuando la Administración pretende actuar en el mercado libre y al mismo nivel de los demás empresarios (35), carece de justificación cuando ese mecanismo se utiliza para burlar las vinculaciones que la Constitución le impone a la Administración como poder público (36). Así, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R.

(34) FERNÁNDEZ FARRERES en su libro *El régimen de las ayudas...*, ob. cit., págs. 29-30. Al respecto el citado autor enumera la principal jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que avala plenamente la decisión por él sostenida (págs. 31-33)

(35) No se trata ya de la utilización de regímenes jurídico-privados en la gestión de la actividad económica a cargo de empresas públicas, hoy, incluso, obligada para respetar el régimen de libre competencia de los agentes económicos que imponen la internacionalización del marco económico y nuestros compromisos europeos (tal y como se exige, entre otras muchas, en la STS de 10 de octubre de 1989, Ar. 7352), sino del sometimiento de dichos poderes públicos a las normas administrativas. Sobre esta cuestión vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico*, ob. cit., págs. 258 y ss.; ibidem, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, núm. 126 de esta REVISTA, 1991, págs. 663 y ss.; R. MARTÍN MATEO, *Liberalización de la economía...*, ob. cit., págs. 40 y ss.; S. MUÑOZ MACHADO, «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en *Libro Homenaje al profesor CLAVERO*, Cívitas, Madrid, 1994, págs. 1257 y ss.; y GIMENO FELIU, *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, ob. cit., págs. 139 y ss.

(36) Siendo un problema tradicional el de la delimitación del uso del Derecho Privado y el Derecho Administrativo por la Administración, el fenómeno referido en el texto se ha acentuado en los últimos años, lo que explica la preocupación con la que es analizado este problema por la reciente doctrina. Vid. así, relacionados cronológicamente, los trabajos de BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Tecnos, Madrid, 1975; ARIÑO ORTIZ, *La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico*, IEA, Madrid, 1972; BAENA DEL ALCÁZAR, *Administración Central y Administración Institucional en el Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976; y los más recientes de JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español*, INAP, 1987, págs. 341 y ss.; PALOMAR OLMEDA, *Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración*, «RICA», 1990, vol. 57, 4, págs. 121-178; J. L. VILLAR PALASÍ, «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas», en el *Congreso-homenaje al profesor M. CLAVERO AREVALO*, Sevilla, 1991 (publicado en Cívitas, 1994); GARRIDO FALLA, *Privatización y reprivatización*, ob. cit., págs. 7-26; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas...*, ob. cit., págs. 63-132; DEL SAZ, «Desarrollos y crisis del Derecho Administrativo», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 101 y ss.; SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA», núm. 75, 1992, págs. 399-413; BORRAJO INIESTA, *El intento de huir del Derecho administrativo*, «REDA», núm. 78, 1993, págs. 233-249; GARRIDO FALLA, *Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales*, «REDA», núm. 79, 1993, págs. 389-399; S. DEL SAZ, *La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 57 y ss.; PIÑAR MAÑAS, *Privatización de Empresas públicas y Derecho comunitario*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 17 y ss. Asimismo, resultan de especial interés las colaboraciones publicadas en el *Libro Homenaje al profesor*

FERNÁNDEZ, entre otros, opinan que la Administración Pública, a diferencia del empresario privado, no puede desentenderse por esos mecanismos artificiosos de su condición de «poder público» sujeto a la legalidad, anclada hoy, en cuanto a sus principios básicos, en el propio texto constitucional (interdicción de arbitrariedad; promoción de la libertad y la igualdad; vinculación a los derechos y libertades fundamentales; sometimiento al derecho presupuestario y a la censura de cuentas; obligada a la objetividad, imparcialidad, y servicio de los intereses generales; sometimiento a ciertos principios del procedimiento administrativo; control judicial de su actuación y de los fines que la justifican), principios que tienen el necesario desarrollo en la legalidad administrativa ordinaria. Este bloque normativo constituye la legalidad que vincula la actividad de la Administración (y, por ello, a la concesión de ayudas y subvenciones) como una exigencia indeclinable del principio democrático (37).

C) *Fomento del desarrollo económico y autonomía territorial*

No dejan, por otra parte, de darse situaciones en las que el uso de la técnica de fomento del desarrollo económico (generalmente mediante la mecánica subvencional) da lugar a la participación conjunta de varias Administraciones en una actuación determinada, por lo que es preciso en esos casos deslindar adecuadamente los cometidos que corresponden a cada una de ellas. Supuestos en los que pueden surgir problemas, especialmente ante la intervención conjunta de la Administración del Estado y la de una o varias Comunidades Autónomas, derivados de la misma complejidad del reparto competencial (38).

CLAVERO, Cívitas, Madrid, 1994, dedicado en gran medida a analizar este problema, a cuyos trabajos, por tanto, me remito con carácter general en este momento.

(37) GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 388-391. Opinión que comparte MALARET I GARCÍA al advertir que la utilización del Derecho privado por la Administración tiene siempre un carácter instrumental cuando ésta actúa dentro de su giro o tráfico, resultando distinta la situación cuando opera en el ámbito de la gestión económica o actividad económica simple, en el que el principio de paridad de trato que se deriva de nuestro ordenamiento constitucional impide precisamente la sujeción al Derecho Administrativo. *Público y privado en la organización de los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Cívitas, Madrid, 1993, pág. 100. E igualmente GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ al afirmar que si se ejercen funciones administrativas, independientemente de la forma jurídica adoptada, la actividad se encuentra sometida al Derecho Administrativo. *Nuevas perspectivas jurídicas respecto de la actuación económica de los poderes públicos*, «REALA», núm. 262, 1994, págs. 104-105.

(38) Un ejemplo lo tenemos en la denominada política de desarrollo regional, dado que en nuestra Constitución, como destaca GÓMEZ BARAHONA, existe un expreso mandato al Estado de articular una política regional nacional en tanto en cuanto subsistan los desequilibrios económicos regionales. Política que, según este autor, se debe caracterizar por los siguientes aspectos: a) tener el objeto de equilibrar y armonizar el desarrollo económico regional para conseguir una distribución más equitativa de la renta que permita un

Así, parece conveniente, aunque de forma sumaria, realizar un análisis de la posición de las Comunidades Autónomas en esta materia habida cuenta que la técnica de fomento del desarrollo económico puede estar presente en la práctica totalidad de las materias atribuidas en los distintos Estatutos de Autonomía (39). Por ello, en primer lugar, aunque la normativa no lo dice expresamente, debe tenerse en cuenta que, para la efectiva consecución de los objetivos socioeconómicos marcados, debe existir una *coordinación entre las distintas medidas de fomento* (entre la propia Administración o entre diversas Administraciones) a fin de evitar duplicidades innecesarias que, lejos de contribuir a la satisfacción del fin buscado, crean distorsiones no deseables (40).

En cualquier caso, parece conveniente realizar una serie de precisiones en este punto, por cuanto de admitirse en el orden competencial la actuación de fomento del desarrollo económico como actividad libre o desvinculada de preceptos sustantivos se produciría una total subversión de las competencias, ya que prácticamente todas ellas serían concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas (41). Por ello, el Tribunal Constitucional ha elaborado y precisado una serie de principios relativos al alcance de la actividad de fomento y sus medidas de aplicación, que se puede concretar primeramente en dos:

a) Principio de territorialidad: en este sentido, la STC 53/1988, de 24 de marzo, ha señalado que «Si bien es claro que la territorialidad de las competencias autonómicas impide que los poderes centrales del Estado establezcan ordenaciones o regulaciones de materias

equilibrio adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español; b) tratarse de una materia compartida o concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas; c) tener el Estado un poder de dirección, de coordinación y de integración de intereses que le permita adoptar medidas aplicables a todo el territorio nacional y formular una política regional común y general; d) definición de esta política de forma respetuosa con la voluntad constitucional de implantar un regionalismo participativo y cooperativo en el seno del Estado; e) tener en el Estado al «garante» último de la realización efectiva del principio de solidaridad interterritorial, debiendo adoptar las medidas oportunas tendentes a conseguir un desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español. *La legislación sobre incentivos económicos regionales*, «REALA», núms. 255-256, 1992, págs. 784-785.

(39) Vid. GIMENO FELIU y TENA PIAZUELO, en BERMEJO VERA (Dir.), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., págs. 736-739; RECASENS CALVO, *Los límites constitucionales de la actividad estatal de fomento en sectores económicos de competencia de las Comunidades Autónomas*, «REALA», núm. 245, 1990, págs. 85-90.

(40) Sobre el contenido de este principio, vid. ALBERTI ROVIRA, «Relaciones entre Administraciones Públicas», en LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico*, ob. cit., págs. 42-44. Un listado completo de las diversas técnicas de colaboración es el que ofrece SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ceura, Madrid, 1988, págs. 939 y ss.

(41) Esta cuestión ha sido ya analizada con mi compañero TENA PIAZUELO en el libro, dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., págs. 736-739.

reservadas a la competencia de las Comunidades Autónomas (e incluso medidas de fomento que sean inescindibles de tal regulación, como ya dijimos en nuestra sentencia 125/1984), esa misma territorialidad hace imposible que los Gobiernos de las Comunidades Autónomas fomenten con medios ajenos, esto es, con recursos o beneficios dependientes de, u otorgados, por otros poderes, las actividades realizadas dentro de su propio territorio, a menos que estos otros poderes los pongan a su disposición, pues la limitación territorial opera aquí respecto de los efectos que la medida de fomento entraña, no con referencia a la localización de la actividad distinguida o fomentada, máxime cuando la distinción se otorga en razón de valores o méritos que no son, en modo alguno, locales».

b) Principio de habilitación competencial: las medidas de fomento estatal deben estar condicionadas al dato de que el Estado posea competencias que directa o indirectamente sean concurrentes con las que ostenten las Comunidades Autónomas en la materia objeto de fomento. No obstante, de conformidad con lo expuesto con anterioridad, lo cierto es que la competencia que el artículo 149.1.13 CE otorga al Estado en materia de ordenación económica se convierte en un título de intervención que se proyecta sobre la mayoría de los sectores competenciales susceptibles de atribución a las Comunidades Autónomas con base en el artículo 148 CE, estén o no subordinados a cláusulas constitucionales o estatutarias de observancia de la política económica general (42). Y así se puede comprobar en la jurisprudencia constitucional, por cuanto ésta ha legitimado la competencia concurrente de fomento del Estado con base en su competencia de ordenación y planificación de la actividad económica, en sectores tales como la vivienda (STC 152/1988, de 20 de julio), la agricultura (SSTC 95 y 96/1986, de 10 de julio), la cinematografía (STC 106/1987, de 25 de junio), el turismo (STC 88/1987, de 2 de junio) o ferias comerciales de carácter internacional (STC 13/1988, de 4 de febrero).

En cualquier caso, las reglas competenciales que derivan de la CE. en el ejercicio de la técnica de fomento mediante ayudas y subvenciones que incentiven el ejercicio o el desarrollo de determinadas actividades económicas han sido interpretadas y sistematizadas por la jurisprudencia constitucional (43), partiendo del presupuesto funda-

(42) Como recuerda el Magistrado RUBIO LLORENTE en su voto particular a la STC 75/1989, de 21 de abril, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha otorgado al artículo 149.1.13 «un generoso trato».

(43) Sobre la misma resulta de interés la monografía de SÁNCHEZ MORÓN, *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 1990.

mental de que estas medidas de fomento no constituyen un fin en sí mismas, sino un instrumento puesto al servicio de las políticas llevadas a cabo en el ejercicio de las competencias propias. No es, por tanto, la política de ayudas y subvenciones un título competencial válido, ni atributivo ni delimitador de las competencias ya distribuidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas por el bloque de la constitucionalidad (44). A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos (el *spending power* en el Derecho norteamericano, cláusula que ha tenido un papel creciente en la perturbación del sistema de distribución competencial), el poder de gasto del Estado no le confiere disponibilidad alguna sobre competencias que le son ajenas (45). Los distintos supuestos que pueden darse son los que a continuación se exponen, determinándose entonces correlativamente el comportamiento debido del Estado y de las Comunidades Autónomas conforme al reparto competencial (46):

a) Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden subvencionar sin ningún problema actividades que se amparen en títulos competenciales no concurrentes.

b) Cuando el Estado quiera destinar fondos para ser utilizados en materias que caen bajo la competencia autonómica, no podrá hacerlo de forma que incida sobre ésta, es decir, dichas transferencias deberán ser incondicionadas, sin predeterminedar el ejercicio por la Comunidad Autónoma de su autonomía de gasto en ejecución de sus propias políticas.

c) El Estado dispone de una amplia cobertura constitucional para el otorgamiento de subvenciones finalistas condicionadas, en particular para el fomento de determinadas actividades económicas, por virtud de la competencia para la regulación de las bases y para la coordinación de la planificación general de la actividad económica a la que nos hemos referido.

(44) Vid. RECASENS CALVO, *Los límites constitucionales...*, ob. cit., págs. 95-96.

(45) Vid. SÁNCHEZ MORÓN, *Subvenciones...*, ob. cit., págs. 195-197. Y así lo recuerda la STC 13/1992, de 6 de febrero, al afirmar que la facultad de gasto público en manos del Estado no es título competencial autónomo que puede desconocer, desplazar o limitar las competencias materiales que corresponden a las Comunidades Autónomas según la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

(46) Esta cuestión está especialmente desarrollada en los trabajos de TENA PIAZUELO, *Incidencia de la técnica subvencional en el correcto funcionamiento del sistema de financiación autonómica y en el concepto de autonomía financiera de las Comunidades Autónomas*, «REDA», núm. 77, 1993, págs. 167 y ss.; FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, «REDC», núm. 38, 1993, págs. 225 y ss., y SÁNCHEZ SERRANO, *Ayudas comunitarias y distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, «Noticias de la Unión Europea», núm. 118, 1994, págs. 71 y ss.

Siendo éstos los distintos supuestos de partida, se trata, a continuación, como indica la STC 13/1992, de 6 de febrero, de reconocer y examinar la incidencia de los principios competenciales en la configuración de unos supuestos materiales generales de ejercicio de la potestad de fomento del desarrollo económico a cargo de las Comunidades Autónomas, que se concretan en tres con una variante en el último de ellos según el tipo de gestión de los fondos (centralizada o descentralizada):

— Si la Comunidad Autónoma ostenta competencia exclusiva sobre una determinada materia para la cual el Estado no goza de ningún título competencial, la única posibilidad estatal de acordar subvenciones a actividades incluidas en esa materia consiste en atribuir los fondos en cuestión a la Comunidad mediante consignación presupuestaria de transferencias corrientes o de capital a favor de ésta, para que, integrados en el Presupuesto autonómico, sean libremente atribuidos por la Administración autonómica a los beneficiarios, sobre los cuales el Estado tan sólo puede determinar de manera genérica o global el sector, o subsector entero de actividad, de que se trate.

— Cuando al Estado corresponde la legislación básica y/o la coordinación en un determinado sector material, puede consignar en los Presupuestos medidas de fomento, así como especificar su destino y regular las condiciones esenciales de otorgamiento, dejando a la Comunidad Autónoma la gestión, como principio general susceptible de excepción, así como la posibilidad de concretar detalladamente la afectación o destino de la subvención o desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento y tramitación.

— Si la distribución competencial en la materia se reduce a atribuir al Estado la legislación, en bloque, permitiendo la ejecución autonómica, aquél puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones de otorgamiento y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad de autoorganización de la Comunidad Autónoma. El principio general de gestión autonómica, que supone el que las Comunidades Autónomas se encarguen, en cualquier caso, de las tareas propias de todas las fases de la misma (recepción, tramitación y resolución de las solicitudes, pago de la subvención, control del cumplimiento y sanción de las infracciones), puede quebrar en circunstancias excepcionales, que según ha considerado el Tribunal Constitucional, desde la STC 95/1986, de 10 de julio (recordadas, p. ej., en la STC 188/1989, de 16 de noviembre), serían las que cumpliesen las siguientes premisas:

«... una gestión centralizada sólo es constitucionalmente admisible, por excepción, cuando resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas de fomento, garantizar la posibilidad de obtención y disfrute de las mismas por sus destinatarios potenciales en todo el territorio nacional y evitar que se sobrepase la cuantía global de los fondos destinados al efecto, o cuando así se considere exigible para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de la que trata el artículo 149.1.1.^a de la Constitución...» (47).

Por último, es posible que las normas estatales reguladoras de las subvenciones establezcan la obligatoriedad de que la Administración autonómica informe a la estatal sobre el desarrollo de todo el proceso, como elemento de indispensable conocimiento que incluso puede ser tenido en cuenta a la hora de poner en marcha, y repartir, futuros programas de fomento.

Respecto al instrumento técnico-jurídico idóneo para llevar a cabo la territorialización de las subvenciones, el Tribunal Constitucional ha estimado que dicha territorialización encuentra su cauce de expresión más acorde y respetuoso con la autonomía en la consignación presupuestaria de transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas en las correspondientes Secciones, Servicios y Programas del Presupuesto estatal, tal y como expresamente reconoce la mencionada STC 13/1992:

«De esta forma se evitaría toda confusión inicial acerca de a cuál Administración se atribuye la gestión de las subvenciones, resultando, así, la estructura de los Presupuestos Generales del Estado plenamente congruente con las exigencias del Estado de las Autonomías.»

No obstante, reconoce al legislador estatal un cierto margen de apreciación, que le permite decidir —por dificultades técnicas que imposibiliten su inclusión en la Ley de Presupuestos o por otras razones— no llevar a cabo la territorialización en esa forma, sino me-

(47) RECASENS CALVO opina, sin embargo, que no en todos los casos ha quedado suficientemente justificada esta necesidad de centralización de la gestión (*Los límites constitucionales...*, ob. cit., págs. 97-98). SÁNCHEZ SERRANO va más allá y critica esta «gestión centralizada» considerando que la jurisprudencia constitucional sobre esta materia obedece a una concepción centralista del Estado de Autonomías. *Ayudas comunitarias...*, ob. cit., págs. 78-79.

diante una norma inmediatamente posterior o a través de convenio con las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, como destaca el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, debe realizarse una importante advertencia: la subvención, en ningún caso, puede ser configurada como mecanismo de financiación de las Comunidades Autónomas (48).

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ACTIVIDAD DE FOMENTO

En el tema de las ayudas y subvenciones una de las tradicionales cuestiones a resolver es cuál es el papel del Parlamento en relación a las mismas (49), dado que un importante principio a tener en cuenta en esta materia es el de la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas (50) (consagrado en los arts. 9, 103.1 y 106.1 CE), cuyo contenido teórico y práctico sigue planteando en los modernos sistemas jurídicos un apasionado debate en torno a las importantes posibilidades de acción de la Administración, habida cuenta las necesidades actuales del gobierno de nuestras complejas sociedades (51). Así, hay autores que defienden una rigurosa interpretación de este principio —la tesis mayoritaria en la doctrina—, ya que, en palabras de RUBIO LLORENTE, la consagración constitucional del principio de legalidad significa, en consecuencia, que todos los restantes poderes del Estado se encuentran sometidos al poder legislativo. Se identifica, por tanto, principio de legalidad con Ley en sentido formal (52). Por contra, hay quienes defienden una interpretación más flexible por haber cambiado el significado del principio de reserva de ley en

(48) FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, ob. cit., págs. 232-234.

(49) Así puede verse, por ejemplo, en la reciente monografía de LASAGABASTER HERRARTE, *Las relaciones de sujeción especial*, ob. cit., págs. 217-219.

(50) Principio de legalidad que nace y se configura como idea basilar del moderno Derecho Administrativo tras la Revolución francesa, constituyendo un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Ed. Taurus, Madrid, 1972, pág. 10. En cuanto a los fundamentos y la transformación del principio de legalidad me remito a la monografía de D. JESCH, *Ley y Administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978. El sometimiento pleno de la actuación administrativa al principio de legalidad a que se refiere nuestra Constitución quiere significar que los agentes administrativos, en el desarrollo de la gestión que les ha sido encomendada, no han de poner una voluntad distinta de la Ley, su voluntad es, únicamente, el marco de recepción de aquella voluntad. Vid. MORELL OCAÑA, «El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública», en *Libro Homenaje al profesor GONZÁLEZ PÉREZ*, ob. cit., pág. 148.

(51) Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho público*, ob. cit., págs. 51-67.

(52) RUBIO LLORENTE, *El principio de legalidad*, «REDC», núm. 39, 1993, págs. 21-22. Por los demás, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 232-242.

la realidad constitucional actual equiparando legalidad a juricidad (53).

Por otro lado, como destaca el profesor S. MUÑOZ MACHADO, la operatividad general del principio de legalidad es, en el derecho comunitario, prácticamente coincidente con el primer criterio mencionado (54), cuya teoría general se recoge en la Sentencia Hoechst AG, de 21 de septiembre de 1989:

«en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento real y estar justificadas por las causas previstas en la Ley, y en consecuencia dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueran arbitrarias o desproporcionadas. La exigencia de esta corrección debe por tanto ser reconocida como un principio general del derecho comunitario».

Pues bien, con nuestra Constitución de 1978, puede afirmarse que toda actuación de la «Administración Económica», por su directa vinculación con el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 38 CE, necesita cobertura legal habilitante (55). Principio de legalidad (y no de simple normatividad) que se deriva de la prohibición constitucional a la discriminación y alteración del libre juego del mercado y de la competencia. Ello resulta evidente para cualquier tipo de intervención directa (reservas al sector público, planificación económica, etc.). Problema aparte es si este principio de legalidad afectaría a las medidas de fomento (que, por su propia naturaleza —impulsar a los agentes económicos—, están orientadas hacia la consecución de un concreto fin de interés general), constituidas hoy en la principal fórmula de potenciación del sector económico

(53) I. DE OTTO formula la equivalencia del principio de legalidad con el principio de juricidad, lo que significa que la actuación de la Administración no es libre y que se encuentra sometida al ordenamiento jurídico. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, págs. 157-158. En términos similares, FERNÁNDEZ FARRERES establece la ecuación principio de legalidad igual a principio de normatividad previa (*La subvención: concepto y régimen jurídico*, ob. cit., págs. 476 y 506 y ss.). Resulta de especial interés para la comprensión de este debate el trabajo de BARCELONA LLOP, «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, Ley y reserva de ley en el artículo 103.2 de la Constitución)», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, ob. cit., págs. 2357 y ss.

(54) S. MUÑOZ MACHADO, *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española*, «REDA», núm. 75, 1992, pág. 345.

(55) Vid. GIMENO FELIU, *Sistema económico...*, ob. cit., págs. 180-189.

privado y que permite la ordenación del mismo por los poderes públicos, sin acudir a otras técnicas de intervención directa (56). Política avalada por nuestra Constitución que justifica esta intervención del poder público en el desarrollo de la iniciativa privada, tal y como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 88/1986, de 1 de julio, y 84/1993, de 8 de marzo, al afirmar, respectivamente, que

«... el mantenimiento del mercado y la garantía que la competencia supone para la libertad de empresa, impone precisamente la intervención de los poderes públicos en la actividad económica de los particulares»; y «la Constitución impone a los poderes públicos la tarea de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad» (57).

La problemática es debida a que en este campo de la denominada «Administración Económica» este principio se ha encontrado en ciertas ocasiones «flexibilizado» a consecuencia de la especial relación que se establece entre ésta y los agentes económicos, especialmente cuando el papel de las Administraciones Públicas en el mundo económico consiste en su ordenación, utilizando para ello (al margen de medidas de intervención directa) las medidas de fomento del desarrollo económico (58). Pues bien, pese a tratarse de medidas consistentes en estímulos positivos de carácter voluntario, en cualquier caso, estas medidas deben tener cobertura legal previa que habilite expresamente a la Administración dado que inciden de forma clara en los derechos de libertad de empresa y de igualdad, de lo que se deriva ya su sometimiento al principio de legalidad (59). Pero además, como destacó GÓMEZ-FERRER MORANT, la efectividad de los denominados derechos económicos y sociales, y, en términos más amplios, de la «procura existencial», a través de estas medidas supone una parte sustancial de la inversión pública y —dada su importancia— de la acción política. Por ello es lógico que el legislativo inter-

(56) Por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., págs. 478 y ss.

(57) Vid. SÁNCHEZ BLANCO, *El sistema económico de la Constitución española*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 131-138.

(58) Hace ya tiempo que el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO denunció la crisis del principio de legalidad, de modo especial por la insuficiente cobertura que, un tanto paradójicamente, ofrecerá frente a una Administración operante en el sector económico. *Parlamento y Gobierno en la planificación económica*, núm. 55 de esta REVISTA, 1968, pág. 28.

(59) Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, ob. cit., págs. 520-521, y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., págs. 458-464.

venga en esta acción política por medio de las leyes sectoriales correspondientes y que no se limite a fiscalizar la inversión a través de la Ley de Presupuestos (60).

Lo que debe quedar claro es que cualquier medida de fomento (y, por ende, de intervención de los poderes públicos en el mundo económico) necesita cobertura legal (con vinculación positiva) por mandato de los artículos 9.3, 53 y 103 de la CE. Al respecto, el voto particular de RUBIO LLORENTE en la STC 20/1985, de 14 de febrero, es muy claro:

«A mi entender, y sin necesidad de entrar en el complejo problema del alcance que debe concederse al principio de legalidad respecto de las medidas de fomento, en general, toda medida de este género que incida sobre la actividad de las instituciones que, o son titulares de derechos constitucionalmente garantizados, o tienen relevancia constitucional por ser el marco necesario para que los individuos ejerzan los derechos y libertades que la Constitución les asegura, sólo puede adoptarse en virtud de Ley, por exigencias de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE. Puede discutirse si esta Ley ha de ser o no general y si la Ley de presupuestos puede o no ser considerada como ley en el sentido implicado por la mencionada reserva, pero creo *está fuera de toda discusión la necesidad de que sea auténtica ley, esto es, norma jurídica la que delimite supuestos de hecho y señale consecuencias jurídicas*» (cursiva nuestra).

Cuestión distinta es la concreta aplicación de las mismas, dado que, por tratarse siempre de medidas de carácter finalista, se permite a la Administración, mediante su control, dirigir y ordenar en cierta medida la actividad de los agentes empresariales beneficiarios. Y ello resulta lógico porque si la empresa obtiene determinados beneficios por la consecución de ciertos objetivos de interés general fi-

(60) GÓMEZ-FERRER MORANT, *La potestad reglamentaria del Gobierno y la Constitución*, núm. 87 de esta REVISTA, 1978, págs. 192-193. En cualquier caso, la Ley de Presupuestos se presenta como requisito necesario (pero no suficiente) en tanto en cuanto estas medidas suponen un gasto público y, sin suficiente consignación presupuestaria previa, ellas devienen nulas (arts. 43 LGP y 60 LGP). Criterio manifestado expresamente por J. LASARTE al considerar que en cualquier supuesto en que hay gasto público, por exigencia del artículo 133.4 CE, es necesario que la regulación del mismo se establezca mediante ley. Vid. libro col. de J. LASARTE, S. RAMÍREZ y A. AGUALLO, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia financiera y tributaria (1981-1989)*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 636. Son de la misma opinión, por lo demás, tanto el profesor FERNÁNDEZ FARRERES (*La subvención...*, ob. cit., págs. 522-523) como DÍAZ LEMA (*Subvenciones...*, ob. cit., págs. 75-76).

gados *ex lege*, queda entonces colocada en una relación de sujeción especial, en la que las potestades de ordenación y control de la Administración sobre dicha actividad adquieren un mayor relieve (con la consabida flexibilización del principio de legalidad) (61). Nos encontramos ante un proceso simbiótico por el que la iniciativa económica beneficiaria de estas medidas se desarrolla favorablemente, en tanto que la Administración ve incrementada su potestad de ordenación y control sobre éstas (62). Evidentemente, dicha materia no puede ser regulada por el ejecutivo ejerciendo independientemente su potestad reglamentaria, tal y como expresamente reconoce la STC 83/1984, de 24 de julio, si bien si es posible la utilización de la remisión normativa para que el Reglamento desarrolle lo dispuesto en la norma legal previa (63):

«El principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos depende exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios que son los reglamentos. *El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador*» (cursiva nuestra).

Por todo lo expuesto, debe destacarse la importancia de la actual regulación de este tipo de medidas, que encuentra su concreta cobertura legal en la LGP, con la redacción que tuvo lugar por la Ley

(61) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 459.

(62) Por ello, las medidas de fomento son utilizadas con frecuencia por el Estado, por cuanto se trata de uno de los procedimientos más eficaces de promoción y reactivación de la iniciativa privada —clave en el desarrollo de la economía de un país—, a la vez que supone un auténtico cauce por el que el Estado puede dirigir y orientar la actividad económica del país, adecuándola a la específica coyuntura económica del momento. De esta manera el fomento se constituye en fórmula de potenciación del sector económico privado (e, incluso, público) y permite la ordenación del mismo por los poderes públicos, sin acudir a otras técnicas de intervención directa.

(63) Vid. con carácter general la reciente monografía de LASAGABASTER, *Las relaciones de sujeción especial*, Cívitas, Madrid, 1994, págs. 219-233.

31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (64), modificando los artículos 81 y 82 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, para configurar la Sección Cuarta del Título II, con la rúbrica de «Ayudas y subvenciones públicas», comprendiendo las que se otorguen con cargo al presupuesto del Estado, de sus Organismos Autónomos o de la Comunidad Europea (ahora desarrollada por el RD 2225/1993, de 17 de diciembre, de ayudas y subvenciones) (65), si bien, aunque el ámbito de aplicación de dicha normativa es el estatal, en la medida en que las Comunidades Autónomas no establezcan una legislación específica, habrá que extender a éstas el ámbito de aplicación en virtud del principio de supletoriedad recogido en el artículo 149.3 CE (66).

De este régimen legal conviene precisar, como punto de partida, el que se entiende por ayuda y subvención, a fin de evitar el tradicional problema, que no es otro sino el de las distintas concepciones o configuraciones jurídicas sobre las mismas y la imprecisión sobre su formulación, de tal manera que, genéricamente, se suele hablar de subvención en un sentido amplio que excede del concreto significado de esta figura (tal y como ha sucedido, por ejemplo, con la institución del servicio público) (67). Nosotros aceptamos que la subvención debe ser entendida como una más de las diversas medidas de fomento de carácter económico (68), con un régimen peculiar que las diferencia notablemente de otras ayudas económicas (69), de tal

(64) Hubiera sido mejor, ciertamente, la aprobación de una Ley específica que regulase esta materia, en vez de utilizar la Ley de Presupuestos del Estado, práctica que con posterioridad, por STC 237/1992, de 15 de diciembre, ha sido corregida al exigir que en la Ley de Presupuestos exista una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos. En esta línea, ALCALDE HERNÁNDEZ indica que esta reforma puede considerarse como un primer pero necesario avance de una ulterior y completa Ley General de Ayudas y Subvenciones. *La nueva regulación de la gestión de las subvenciones y ayudas públicas*, «Presupuesto y Gasto Público», núm. 4, 1991, pág. 88.

(65) Sobre esta regulación legal pueden consultarse los trabajos de LAFUENTE BANACHES, *Régimen jurídico de las subvenciones estatales en la Ley de Presupuestos 31/1990, de 27 de diciembre*, «RVAP», núm. 30, 1991, págs. 239 y ss., y ALCALDE HERNÁNDEZ, *La nueva regulación de la gestión*, ob. cit., págs. 87 y ss.

(66) Por todos, en relación al principio de supletoriedad, vid. LASAGABASTER HERRARTE, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1992.

(67) Sobre las distintas concepciones de servicio público y sus concretas consecuencias jurídicas me remito a mi trabajo *Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea*, «Revista Aragonesa de Administración Pública», núm. 5, 1994, págs. 140-166.

(68) Considerada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA como «un instrumento capital en la obra de configuración social en que la Administración de nuestros días se halla rigurosamente comprometida y, concretamente, un medio de dirección económica de una eficacia extraordinaria en orden a la distribución de las rentas». *Sobre la naturaleza de las tasas y las tarifas de los precios públicos*, núm. 12 de esta REVISTA, 1953, pág. 152.

(69) Por contra, DÍAZ LEMA (*Subvenciones y crédito oficial en España*, IEF, Madrid, 1985, pág. 23) no acepta esta clasificación al englobar a todas estas distintas figuras dentro del concepto amplio de subvención, lo que, a nuestro juicio, como bien pusiera de re-

manera que una cosa será la subvención y otra muy distinta la ayuda, que presenta, por lo demás, distintas modalidades (70). Debe insistirse, no obstante, en la singularidad y específico régimen jurídico de la subvención, caracterizada especialmente por su carácter discrecional (71), frente a las ayudas, que tendrían generalmente carácter reglado, que englobarían a las otras medidas de auxilio directo o indirecto financiero. Por lo demás, aquí lo realmente importante es el régimen jurídico aplicable y no el *nomen* que se le da a la medida, de

lieve el profesor FERNÁNDEZ FARRERES (*De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español*, núm. 113 de esta REVISTA, 1987, págs. 41-42), no es correcto.

(70) Entre otras clasificaciones, la de mayor aceptación es la que a continuación, a efectos de claridad, se expone: a) Ventajas económicas de carácter real. Son los supuestos en los que el Estado cede a un particular el uso o el aprovechamiento de bienes de dominio público o de bienes patrimoniales, o permite la utilización por aquél de servicios técnicos previamente creados por la Administración. A estos efectos, el beneficiario de estas ventajas lo será mediante la correspondiente habilitación, bien sea concesión o autorización. b) Ventajas económicas de carácter financiero. Mediante ellas la Administración, o bien concede una determinada cantidad de dinero, o bien exime de un pago obligatorio. En función de ello estas medidas se subdividen en: 1. *Auxilios indirectos*, que no no suponen un desembolso de dinero, sino un lucro cesante para la Administración, y que han sido las utilizadas, por ejemplo, para favorecer la fusión de los bancos y entidades financieras en España o favorecer la reestructuración del sector eléctrico español, a fin de configurar a un concreto sector económico más competitivo en el mercado europeo. Ejemplo de ellas son: — Las exenciones fiscales, por las que se exime del pago de determinados impuestos o cargas fiscales a empresas o actividades. — Desgravaciones fiscales, a través de las cuales se reduce la cantidad a tributar. — Admisiones temporales, que suponen una excepción en la aplicación del régimen fiscal de aranceles aduaneros respecto a aquellas materias primas que, una vez elaboradas o utilizadas por la industria nacional, están destinadas a la exportación. 2. *Auxilios directos*, que implican un desembolso efectivo de dinero del Tesoro Público en favor de particulares o de entes públicos. Ejemplo de estos auxilios son: — Los anticipos, que consisten en préstamos de dinero que la Administración Pública ofrece —con tipos de interés reducidos o, incluso, sin interés— para facilitar el desarrollo o evitar crisis en actividades de reconocido interés público. — Premios y primas. Son supuestos reglados en los que el beneficiario que cumple los requisitos previstos en la ley, tiene un auténtico derecho subjetivo a recibir el beneficio concreto. Existe una sola entrega. Prototipo de estas medidas son las ayudas provenientes de la Comunidad Europea en ejecución de determinadas políticas comunes (ej.: política agraria comunitaria). — Subsidios. Se trata de primas que devengan con carácter periódico, como sucede, por ejemplo, con el subsidio de desempleo. — Seguros de beneficios industriales, que consisten en una garantía por parte del Estado de que los capitales invertidos en una determinada empresa de interés público obtendrán una rentabilidad mínima, de tal manera que caso de no obtenerse los beneficios esperados el Estado compensará económicamente el desfase que haya existido. — Auales del Estado para que el ciudadano pueda recibir ayudas económicas de particulares. Vid. MARTÍN MATEO y SOSA WAGNER, *Derecho Administrativo Económico*, Ed. Pirámide, Madrid, 1977, págs. 174-180; y, especialmente, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., págs. 307-309. Criterio seguido también en el libro colectivo, dirigido por BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, ob. cit., págs. 51-53, y en el libro de R. STÖBER (en términos muy parecidos), *Derecho Administrativo Económico*, MAP, Madrid, 1992, págs. 209-210.

(71) La subvención consiste en el ejercicio de una potestad discrecional por la que se procede a efectuar una atribución directa de carácter patrimonial (básicamente dinero) que se recibe a fondo perdido para la satisfacción de un fin de interés general previamente determinado por el Estado. Vid., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, ob. cit., págs. 75 y ss. Criterio aceptado, entre otros, por el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., págs. 451 y ss.

tal manera que si ésta tiene un carácter reglado, aunque se denomine subvención, de cumplirse los requisitos nacerá un auténtico derecho subjetivo que deberá satisfacer la Administración. Un ejemplo reciente, entre otros muchos, lo tenemos en la STS de 3 de marzo de 1993 (Ar. 2094), en la que el Tribunal reconoce el derecho subjetivo a una «subvención» al afirmar: «la entidad (solicitante) tenía derecho a la ayuda o subvención (...) el establecimiento de las subvenciones puede ser discrecional para la Administración, pero una vez anunciados termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración».

III. LA TRANSPARENCIA EN LA CONCESIÓN DE AYUDAS Y SUBVENCIONES

En un Estado moderno en el que la dirección de la política económica se realiza a través de estas medidas de fomento del desarrollo económico resulta de indudable necesidad —a fin de evitar posibles situaciones de corrupción— la transparencia en los procedimientos de concesiones de ayudas y subvenciones en tanto que supone gasto del dinero público (72). Ello es así porque toda medida de intervención de la «Administración Económica» a través de medidas de fomento del desarrollo económico, amén de respetar el principio de legalidad, en cuanto pueden incidir indirectamente en la libertad económica de los agentes empresariales, supone una limitación del abstracto derecho de libertad reconocido por nuestra Constitución en su artículo 1.1 como valor superior del ordenamiento jurídico español (73). Y ello va a tener su trascendencia jurídica debido a que, como señala el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, el principio de libertad goza de una protección especial que consiste, primero, en el carácter restrictivo de todas las medidas limitativas de la libertad; segundo, en la exigencia de que éstas sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar; y, tercero, *en el sometimiento de las mismas al principio de igualdad* (74).

De esta necesidad se ha hecho eco la regulación que se estudia es-

(72) Es por ello que FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ destaca la necesidad de que «afloren» las subvenciones encubiertas, modificando los actuales organigramas de los *holdings* públicos de tal forma que determinadas empresas (en situación de monopolio o restricción de la competencia) queden directamente «vinculadas» al Presupuesto del Estado. *La liberalización en España*, «Revista del Instituto de Estudios Económicos», núm. 3, 1994, pág. 352.

(73) Y en este sentido lo ha reconocido nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de enero de 1982 (Ar. 198) al declarar el principio de «libertad industrial como una manifestación más de la libertad general».

(74) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., pág. 171.

tableciendo que la adjudicación de estas medidas debe realizarse bajo el principio de publicidad, concurrencia y objetividad como manifestación de la «neutralidad» o imparcialidad que debe presidir la actuación de las Administraciones Públicas como instituciones al servicio de los intereses generales (75). Esta exigencia de transparencia, a fin de conseguir la oportuna concurrencia conforme al principio de igualdad, deriva de la necesidad de que toda medida de fomento económico (ayuda o subvención) deba ir orientada a la satisfacción del interés general, que, como concreta el artículo 1.2 RD, se entiende en toda actividad de utilidad pública o interés social o que promueva la consecución de un interés público (76). Deberá buscarse, por tanto, la consecución del interés general, de tal manera que si el Poder se legitima por los intereses generales es claro que dicha legitimación, como indica el profesor Alejandro NIETO, sólo opera cuando existen tales intereses generales y fuera de ellos la actuación se convierte en ilegítima (77). En cualquier caso, debe advertirse que el interés general se configura como un concepto jurídico indeterminado (78), y por ello puede ser controlado por los Tribunales, tal y como ha reconocido la STC 68/1984, de 11 de junio:

«No cabe desconocer que la facultad atribuida por la Constitución al Estado para definir el interés general, concepto abierto e indeterminado, llamado a ser aplicado a las respectivas materias, puede ser controlado, frente a posibles abusos, y *a posteriori*, por este Tribunal» (79).

(75) Como afirma MORELL OCAÑA, «esta exigencia de objetividad de la Administración Pública apunta, no a la ejecución de la Ley, sino al modo como dicha ejecución debe hacerse, y que, como detalla la STS de 19 de mayo de 1988, consiste en: "la característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a la imparcialidad o neutralidad, de forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no en criterios subjetivos"». *El principio de objetividad en la actuación de la Administración pública*, ob. cit., pág. 149

(76) Toda medida de fomento debe ir dirigida a la obtención de un fin de interés público de tal manera que, si bien es cierto que en la regulación de estas medidas puedan estar presentes ciudadanos, el fin último de las medidas debe ser (o al menos aparentar) un fin de interés general. Así lo sostiene, entre otros, DE LA CUÉTARA, *De la actividad...*, ob. cit., pág. 300.

(77) El problema radica, como destaca este autor, en que la función principal del interés general sigue siendo ideológica y, por ello, de difícil fiscalización. «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Libro Homenaje al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Cívitas, Madrid, 1991, pág. 2251.

(78) Vid. GIMENO FELIU, *Sistema económico...*, ob. cit., págs. 208-211.

(79) No obstante, hemos de remarcar el alto grado de politicidad que se acompaña a esta noción de «interés general», politicidad que si bien facilita su manejo con gran flexibilidad, no facilita, en cambio, la labor analítica del órgano jurisdiccional, con lo que, como bien afirma el profesor BERMEJO VERA, de alguna manera, queda resentida la solución estrictamente jurídica del problema planteado. *El «interés general» como parámetro de la jurisprudencia constitucional*, «RVAP», núm. 10, vol. II, 1984, pág. 106.

Y para garantizar la transparencia y publicidad (y, por ende, el interés general) se establece en los artículos 81.6 LGP y 4.3 RD que (80):

- a) Deberán publicarse las convocatorias en el «BOE».
- b) Se deberán indicar claramente los requisitos (y, también, si se trata de una ayuda o de una subvención, a fin de conocer si en la resolución se ejercitan potestades regladas o discrecionales).
- c) Los plazos y la forma de justificación de los requisitos.
- d) Formas y criterios de concesión de subvenciones (no de las primas, que tienen, recuérdese, carácter reglado).
- e) Aparecen las denominadas subvenciones en régimen de concurrencia competitiva (art. 2.3 RD), que son las que se imputan a un mismo crédito presupuestario, contemplan una eventual pluralidad de solicitudes a comparar y establecen un único procedimiento con criterios reglados para decidir la adjudicación y cuantía. En cualquier caso, mantiene su carácter discrecional, si bien deberá seguir el criterio de otorgar —si así se estimara— al que hubiera obtenido mayor valoración. De cualquier manera, por exigencia del artículo 54 de la LAP resulta necesaria *la motivación* de la decisión (81).
- f) Además, la cuantía de la ayuda económica no puede superar, en ningún caso, el coste de la actividad a desarrollar. Ello exige, naturalmente, por parte de la Administración competente una comprobación de la adecuación de la ayuda solicitada con la actividad a realizar, a fin de evitar posibles «excesos» que, por su propia naturaleza, serían contrarios al interés público.

El incumplimiento de estos requisitos, en cuanto supondría una quiebra del interés público que debe estar presente en cualquier tipo de ayuda de fomento del desarrollo económico, conllevaría la existencia de vicio de nulidad de pleno derecho —art. 62.f) LAP— (82).

(80) La exigencia de que conste este mínimo contenido, como «bases» para el otorgamiento de la subvención permitirá, como destaca LAFUENTE BENACHES, la mejor fiscalización por los tribunales de la conformidad a Derecho de la subvención, y constituirá una buena garantía para los ciudadanos, al conocer éstos de antemano los criterios a seguir por la Administración. *Régimen jurídico de las subvenciones...*, ob. cit., pág. 244.

(81) Se trata, en definitiva, de un elevado número de condiciones que limitan la discrecionalidad de la decisión dando pleno sentido a los principios constitucionales de objetividad e imparcialidad. Al respecto vid. el libro de FERNANDO DE PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 151-153.

(82) Parece claro que, pese a la indeterminación de este precepto, los actos contrarios al interés público, en cuanto la actuación del Poder se legitima por la satisfacción del interés general, resultan contrarios al ordenamiento jurídico, debiendo por ello predicarse la nulidad de pleno derecho de cualquier ayuda o subvención que no cumpla esta finalidad en cuanto se carecería de un requisito esencial para la adquisición del derecho que de las mismas deriva. Sobre este asunto, por todos, puede consultarse el reciente estudio de BELADIEZ ROJO, *La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación*, núm. 133 de esta REVISTA, 1994, págs. 177-187.

El procedimiento es otro elemento de transparencia que permite garantizar la objetividad (83). Así, el Capítulo II del RD 2225/1993 lo regula, destacando la distinción de una doble iniciación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, que, tal y como es configurada, resulta indiferente pues en ambos casos debe existir una convocatoria previa, que contenga los requisitos pertinentes. Iniciado el procedimiento se instruye el expediente en el que se puede solicitar todo tipo de informes y realizar las actuaciones necesarias para comprobar los datos proporcionados por los interesados (84). A su vez, para garantizar aún más la transparencia se exige la publicación con carácter trimestral en el «BOE» de las subvenciones (y, evidentemente, otras ayudas) concedidas indicando el programa y crédito presupuestario a que se imputan, Entidad beneficiaria y cantidad y finalidad (art. 81.7 LGP) (85).

Una cuestión a destacar es la habilitación de terminación convencional, lo cual parece, por la naturaleza del procedimiento, un tanto complicado al establecer la convocatoria los requisitos reglados, sobre los que no se puede pactar. Además, resulta difícil, en principio, casar una terminación de esta naturaleza con el contenido de la subvención. Lo que sí que resulta imposible es acordar una terminación convencional en las ayudas de tipo reglado dado que el campo natural de esta figura es únicamente actuaciones administrativas en las que se expresan potestades de contenido discrecional (86).

(83) Como destacan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, el procedimiento administrativo es la primera garantía que tiene a su disposición el ciudadano, en tanto que supone que la actividad de la Administración tiene que canalizarse obligadamente a través de unos cauces determinados como requisito mínimo para que pueda ser calificada de actividad legítima. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, ob. cit., pág. 432.

(84) Se trata de un procedimiento en el que se distingue entre fase de instrucción y de resolución (diferenciándose los órganos) de tal manera que instruye un inferior al órgano competente para la resolución (igual que en un procedimiento sancionador). En los casos de solicitud de informes determinantes y preceptivos según declaración expresa, o los vinculantes en que no se presenten en plazo se interrumpe el plazo de tramitación (art. 83.3 LAP), si bien se podrá exigir responsabilidad al responsable. Tras éstos, se realizará la valoración conforme a los criterios publicados. Más tarde, deberá darse un plazo de audiencia de quince días que deberá ser debidamente notificado. Posteriormente se eleva propuesta de resolución expresando solicitante/s para los que se propone la concesión de subvención. En el plazo de quince días el órgano competente resolverá motivando su decisión bastando con lo dispuesto en el 89.5 LAP.

(85) Con esta medida se pretende, obviamente, combatir la corrupción a la vez que generar confianza de los ciudadanos en la gestión que de los recursos económicos hace la Administración Pública. Sobre el valor de la publicidad como instrumento que garantiza la libre concurrencia y el principio comunitario de no discriminación (en su caso para contratación pública, pero resultando aplicables sus principios al campo que ahora nos ocupa) resulta de especial valor el trabajo de BERMEJO VERA, *La publicidad en el procedimiento de contratación*, «Noticias CEE», núm. 21, 1986, págs. 37-39.

(86) Así lo entiende, entre otros, FERNÁNDEZ MONTALVO (*Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993, pág. 305), para quien, además —a mi juicio con razón—,

IV. EL CARÁCTER FINALISTA DE LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES Y LOS INSTRUMENTOS DE FISCALIZACIÓN

A) *El carácter teleológico de estas medidas y sus consecuencias*

Un dato que conviene ser suficientemente destacado es que el beneficiario de una ayuda o subvención debe obligatoriamente destinarla al cumplimiento de la finalidad querida por la Administración mediante su otorgamiento. Como dice FERNÁNDEZ FARRERES, esta finalidad «se limita a una doble posibilidad, de menor a mayor grado de intensidad: o bien posibilitando económicamente al beneficiario para que pueda cumplir la actividad o desarrollar la conducta propia, considerada, no obstante, por el ente otorgante y por el ordenamiento como de interés público —con libertad, por tanto, y sin sujeción a otros compromisos que el de hacer efectiva y real esa actividad o conducta—, o bien induciendo al beneficiario, como consecuencia de la subvención, a la realización de una concreta y determinada conducta o actividad con arreglo a los objetivos que, aquí sí, fije el ente otorgante —con una mayor restricción, por ende, de su libertad de acción, de actuación» (87). Afectación al fin de la ayuda o subvención (88), que ha sido configurada técnicamente como «carga», es decir, situación jurídica subjetiva pasiva, de deber (en este caso, del beneficiario de la medida de fomento) de realizar determinada conducta en interés propio, pues de lo contrario, su incumplimiento supone la pérdida de alguna ventaja (en este caso, la atribución en que consiste la ayuda y la subvención) para cuya obtención esa conducta es requisito imprescindible (89).

dicha forma de terminación debe establecerse en norma legal, por lo que en este punto concreto el RD estudiado debería ser considerado ilegal. Por contra, MENÉNDEZ REXACH («Procedimientos administrativos: finalización y ejecución», en libro col., dirigido por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 264-267) admite la validez de la norma reglamentaria para estos casos, si bien también manifiesta matices y juicios críticos sobre esta figura.

(87) FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, ob. cit., pág. 246.

(88) Como indica MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, la aplicación del beneficio a la actividad que queda afectada no es el fin de la ayuda, propiamente hablando, sino parte esencial de su contenido. El derecho que, en definitiva, se otorga al beneficiario es dispensado con esa esencial afectación de su ejercicio y disfrute con respecto a la actividad ayudada, de modo que su uso exclusivamente para la financiación de ésta representa la expresión positiva del alcance de su objeto propio. «Actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento, en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública», *Libro Homenaje al profesor VILLAR PALASI*, Cívitas, Madrid, 1989, pág. 761.

(89) Por contra, DÍAZ LEMA considera que no se trata de una carga, sino de modo (*Subvenciones y crédito oficial*, ob. cit., págs. 161-170). No obstante, creo acertada la con-

La concesión de una ayuda o subvención es un acto declarativo de derechos, por lo que su eventual revisión de oficio queda sometida a los procedimientos previstos en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (90). Sin embargo, este procedimiento no será necesario cuando no se cumpla con la carga que impone la Administración, en cuyo caso procede el reintegro de la ayuda o subvención, tal y como expresamente dispone la legislación específica vigente: la persona, pública o privada, que sea beneficiaria de la ayuda o subvención no tiene libre disponibilidad dado que, por el carácter finalista de estas medidas, está comprometida a ciertas obligaciones (art. 81 de la Ley General Presupuestaria): *a)* realizar la actividad; *b)* acreditar la actividad; *c)* someterse a los eventuales controles; *d)* informar sobre la obtención de otro tipo de ayuda o subvención otorgada para la misma finalidad (91).

Dado el carácter finalista de estas medidas, de no satisfacerse efectivamente estas cargas (puesto que las mismas se configuran como un derecho-deber) procede la devolución, como dispone el artículo 81.9 LGP, por incumplimiento de la obligación o de la finalidad. En estos supuestos la exigencia de devolución (que no revocación) es correcta pues existe en la concesión de la ayuda una carga (que se comporta como una especie de «condición resolutoria») que, de incumplirse, supone la extinción de la misma sin que ello suponga una revocación (92). Y el procedimiento para exigir la devolución por incumplimiento de la carga se encuentra regulado en el artículo 8 del RD 2225/1993, iniciándose de oficio, debiéndose, en la tramitación del procedimiento, garantizar la audiencia al ciudadano (si en el plazo de seis meses no hay resolución expresa se debe entender caducado este procedimiento) (93).

figuración de la subvención como carga, tal y como bien ha defendido, saliendo al paso de estas críticas, el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, *De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español*, núm. 113 de esta REVISTA, 1987, págs. 45-47.

(90) Sobre el procedimiento de revisión de actos declarativos de derechos en la LAP me remito, por todos, a lo expuesto por los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., págs. 622-642.

(91) La relación jurídica que se establece entre Administración y beneficiario es bilateral, dado que, de una parte, se reconoce a éste el derecho a beneficiarse de la ayuda económica siempre que, claro está, cumpla adecuadamente con sus obligaciones, en tanto de otra parte la Administración se obliga, cuando aquél cumpla las cargas, a hacer efectivo el derecho concedido. En torno a esta relación bilateral entre Estado-beneficiario me remito al trabajo de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La actividad administrativa dispensadora...*, ob. cit., págs. 762-768.

(92) Opinión sostenida por la doctrina más cualificada: FERNÁNDEZ FARRERES (*La subvención...*, ob. cit., págs. 424-437), DÍAZ LEMA (*Subvenciones*, ob. cit., págs. 272-273) y S. MARTÍN-RETORTILLO (*Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 487).

(93) Por otro lado, debe tenerse en cuenta que estas devoluciones tienen el carácter de Ingresos de Derecho Público, por lo que se encuentran sometidas a lo dispuesto en los

Problema distinto es el de si se concede la subvención (o ayuda) sin reunir los requisitos exigidos por la legislación, tal y como expresamente indica el artículo 81.9, apartado *b*), de la LGP. No se puede decir lo mismo que en los supuestos anteriormente mencionados (incumplimiento de la carga), pues en este concreto caso ha debido existir una fase de constatación previa por parte de la Administración, de tal manera que la exigencia de su devolución supondría una revocación de pleno derecho (que exigiría los requisitos de los arts. 102-103 LAP). En cualquier caso, resulta obvio que ante una eventual revocación (de obligarse a la devolución por imperativo de la Ley) existiría una responsabilidad administrativa (arts. 106 CE y 139 y ss. LAP) que exigiría la indemnización de los daños y perjuicios.

B) *Sistemas de control de las ayudas y subvenciones*

Por otra parte, como técnicas destinadas a garantizar la objetividad y la satisfacción del fin de estas ayudas y subvenciones —a nivel nacional—, se establecen distintos instrumentos de control. Uno de ellos, al margen del control financiero interno a ejercer por la Intervención General de la Administración del Estado, de destacado valor, es el que realiza el Tribunal de Cuentas, tal y como dispone el artículo 123.2 LGP en relación al 128.d) LGP y artículo 4.2 de la Ley del Tribunal de Cuentas. Se estudian, además de cuestiones de legalidad, cuestiones de eficiencia, utilidad y economía de lo actuado por los perceptores del beneficio. Por resolución de la Comisión parlamentaria se aprueba el resultado del Control del Tribunal de Cuentas (que tiene un indudable valor político) (94).

Otra técnica de control es la que compete (en virtud de lo dispuesto en la Ley 16/1989, de 17 de julio) al Tribunal de Defensa de la Competencia, órgano de composición mixta, que, además de órgano activo que produce declaraciones de voluntad en materia de autorizaciones singulares y de sanciones, puede, como órgano consultivo, realizar declaraciones de juicio en materia de ayudas públicas (entre otras cosas) pudiendo proponer a los correspondientes poderes públicos la supresión o modificación de ayudas públicas, así como, en

artículos 31-34 LGP: se gozará de las prerrogativas dispuestas en la Ley General Tributaria.

(94) Vid., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, ob. cit., págs. 757-765, y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., págs. 466-467.

su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o reestablecimiento de la competencia (95).

Asimismo, otro elemento de control eficaz consiste en el establecimiento de un procedimiento sancionador —al margen de la tipificación establecida en el art. 350 del Código Penal (96)— concebido con la intención de persuadir a los beneficiarios del incumplimiento del fin (97). Y es que, como bien afirma el profesor Alejandro NIETO, el régimen sancionador es una mera e inevitable consecuencia del régimen de intervención administrativa (del que, sin duda, la concesión de ayudas y subvenciones es buen ejemplo) (98). Así, el artículo 82.1 LGP establece una tipificación (que no podrá ser interpretada extensivamente) en la que se exige dolo, culpa o simple negligencia. La sanción puede llegar hasta el triple de la ayuda (además del reintegro con intereses) pudiendo, en función de la gravedad y siempre con motivación, imponer como pena la prohibición de no poder solicitar ayudas y subvenciones o no poder concertar contratos con las Administraciones públicas hasta un plazo de cinco años. Para la graduación se estará a la existencia de buena o mala fe, pudiendo entenderse que sólo habrá mala fe en los casos de dolo. Se tendrá también como criterio de graduación la reiteración en la infracción o la obstrucción a las labores de inspección. Es posible la condonación de la sanción en los casos de buena fe y falta de lucro, que deberá motivarse suficientemente a fin de evitar arbitrariedades. En cualquier caso, la condonación afecta sólo a la sanción pero no a la devolución de la ayuda con el interés de demora. Finalmente, en el caso de sociedades (generalmente las principales beneficiarias) se establece una responsabilidad subsidiaria en los administradores, y, en su defecto, en los socios, que garantice la devolución de la ayuda y el

(95) Vid. L. HIERRO, *Funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y principios reguladores del procedimiento*, «REDA», núm. 71, 1991, págs. 333 y ss.

(96) Se trata del llamado delito por fraude de subvenciones introducido por la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, en el que se tipifica como delito la adquisición de desgravaciones públicas o subvenciones superiores a dos millones y medio de pesetas (se entiende aquí un concepto amplio de subvención que abarcaría a todas las medidas de fomento de contenido económico) falsificando los datos o incumpliendo la finalidad para la que se concedió. La pena con que se castiga este delito es prisión menor y multa de hasta el séxtuplo de la cantidad obtenida o incumplida fraudulentamente. Sobre esta cuestión puede consultarse el estudio de APARICIO PÉREZ, *El delito de fraude de subvenciones*, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 74, 1992, págs. 311-325.

(97) Vid. LAFUENTE BENACHES, *Régimen jurídico de las subvenciones...*, ob. cit., págs. 246-247.

(98) A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 29. En cualquier caso, como destaca el profesor NIETO, el objetivo de cualquier procedimiento sancionador debe ser el de la reducción del incumplimiento de la norma aplicable, de tal manera que tenga carácter «subsidiario» (págs. 30-32), lo que tiene especial incidencia en el campo que analizamos, en el que el objetivo principal es el cumplimiento del fin para el que se concedió la ayuda o subvención.

pago de la sanción en el caso de disolución de la empresa en cuestión (99).

Por último, como control necesario (arts. 106 CE y 1 LJ), se puede acudir a los Tribunales contencioso-administrativos para intentar hacer valer los derechos e intereses legítimos afectados por la concesión o denegación de ayudas o subvenciones, a fin de que éstos fiscalicen la actuación administrativa y procedan a su modificación en el caso de que exista vulneración del ordenamiento jurídico, lo cual resulta sencillo cuando el control afecta a elementos reglados, y un tanto más complicado cuando se enjuicia el ejercicio de actuaciones basadas en potestades discrecionales (como sucede con las subvenciones), y que, por su actual importancia, merece que sea desarrollada en el apartado siguiente.

En resumen, la publicidad, transparencia, objetividad y controles en la aplicación con que se pretende dotar a los procedimientos de adjudicación de este tipo de medidas, garantizan al ciudadano cierta dosis de seguridad jurídica en el adecuado funcionamiento de esta importante técnica de intervención en la economía, generando mayor confianza en la actuación de la Administración (100). Y ello, en un Estado de Derecho supone, evidentemente, un notable avance.

V. ALCANCE DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD EN LAS SUBVENCIONES

La subvención, como hemos apuntado, se diferencia principalmente del resto de ayudas económicas por el dato de la discrecionalidad. Y esta discrecionalidad administrativa es residenciable tanto en el otorgamiento como en la elección del beneficiario de la subvención, no así en su revocabilidad (101), puesto que se trata de un acto

(99) Este procedimiento sancionador supone, por lo demás, un cierto apartamiento de la regulación de las demás infracciones presupuestarias, que sólo dan lugar, en el marco de la LGP, a la exigencia de la reparación del daño causado mediante la declaración de responsabilidad contable y la subsiguiente indemnización a la Hacienda Pública. Para mayor profundidad sobre la concreta problemática que plantea este procedimiento sancionador me remito al trabajo de MARTÍNEZ LAGO, *Infracciones y sanciones en materia de subvenciones y ayudas públicas*, «Revista Española de Derecho Financiero», núm. 73, 1992, págs. 47-70.

(100) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional entiende a la seguridad jurídica, al margen de su propio valor, como suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (entre otras, SSTC 27/1981, de 20 de julio, y 227/1988, de 29 de noviembre). Estas notas se dan, por tanto, en el actual régimen jurídico de las ayudas públicas.

(101) Por contra, GARRIDO FALLA (cuya posición no compartimos) sostiene que son revocables en virtud de este carácter discrecional. *Tratado de Derecho Administrativo*, ob. cit., pág. 313.

declarativo de derechos (beneficioso, ampliatorio de la esfera jurídica del particular), por lo que la eventual revocación o revisión del acto administrativo por el cual se otorga la subvención sólo será posible mediante los procedimientos previstos en los artículos 102 y 103 de la LAP (102).

El principal problema relativo al control de las subvenciones proviene, no obstante, de su carácter discrecional, ya que, según un sector doctrinal, supone que el juez no se encuentra legitimado para subsumirse en la posición de la Administración cuando ejercita potestades discrecionales, pues se estaría suplantando el papel de ésta, convirtiéndose a la postre el juez en un legislador, lo que significaría instaurar el tan nombrado «gobierno de los jueces» (103). Es éste uno de los temas más controvertidos y sobre los que más se ha escrito recientemente: el alcance de la discrecionalidad de la Administración y su control por los Tribunales. A este principio de fiscalización jurisdiccional se ha referido recientemente el propio Tribunal Constitucional en la STC 238/1992, de 17 de diciembre (104), habiendo suscitado un apasionado debate doctrinal acerca del significado y límites de esa plenitud del control judicial, concretado en dos criterios que defienden tesis diferentes acerca de cómo deba interpretarse en la actualidad el clásico dogma de la separación entre autoridades administrativas y judiciales a la vista de las exigencias derivadas del derecho de tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 CE en relación con el artículo 106.1 CE (105). Así, frente a los que defienden el pleno con-

(102) Como afirma el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, ni la falta de consignación presupuestaria empaña la existencia de ese derecho subjetivo del particular que cumple su carga ya que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) debe sobreponerse necesariamente a modificaciones y cambios de criterios administrativos o, incluso, legales, que inciden en situaciones jurídicas preexistentes como las que acabamos de analizar. *De nuevo sobre la subvención...*, ob. cit., pág. 63 (se reitera el planteamiento mantenido con anterioridad en su libro *La subvención...*, ob. cit., págs. 445-446). Esta misma opinión es la sostenida por DÍAZ LEMA al considerar que una vez concedida la subvención, únicamente un procedimiento expropiatorio puede en puridad eliminarla. *Subvenciones...*, ob. cit., pág. 258.

(103) Por ello, ciertas críticas a los Tribunales Constitucionales europeos acusan a éstos de usurpar, con sus sentencias, las funciones del poder legislativo. Dicha intromisión se produce debido al inminente carácter político de ciertos preceptos constitucionales que impiden una interpretación jurídica en sentido estricto. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ob. cit., pág. 486.

(104) Sentencia comentada por el profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en un interesante artículo, al que en este momento me remito, *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y «jurisdicción plenaria» de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales*, «REDA», núm. 79, 1993, págs. 475-490.

(105) Sobre las exigencias que plantea el artículo 24 CE en la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa, vid., por todos, el libro de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1992. Asimismo, sobre el control jurisdiccional de la Administración Pública pueden consultarse los siguientes: el número monográfico 220 de «Documentación Administrativa» (1989), dirigido por Loren-

trol judicial, hay otros que defienden la idea de una función administrativa que quedaría exenta del mismo en virtud del principio de separación de poderes (106).

Pues bien, el tema objeto de discusión no es baladí. Es, sin duda, como bien apunta el profesor T. R. FERNÁNDEZ, el tema central del Derecho Público (especialmente en su vertiente de Derecho Económico) ante el que todos y cada uno debemos tomar posición (107).

Así las cosas, parece conveniente resumir los planteamientos de aquellos que defienden un ámbito propio de función administrativa en el que el poder discrecional quedaría exento del control judicial. De esta opinión es principal valedor el profesor PAREJO ALFONSO, quien parte de la premisa previa de que tras la CE la Administración se configura como una institución legítima, con legitimidad múltiple: por su dependencia del Gobierno, que cuenta con una legitimidad democrática específica; por su servicialidad respecto al interés general; y por su objetividad, que garantiza precisamente la fidelidad a la voluntad popular normativa o jurídicamente formalizada (108). En virtud de ello, en su opinión, se deriva una neta diferenciación constitucional de las funciones administrativas y la función judicial (en el orden contencioso-administrativo) y, al mismo tiempo, una modulación de ésta en el expresado orden precisamente en razón de las peculiaridades de aquélla, con la consecuencia de la existencia de límites —generales y específicos— para la judicial (109). La Administración pública, según este planteamiento, resulta el poder más idóneo para la toma de decisiones en contextos sociales complejos, tecnificados y variables, en virtud de lo cual se le debe reconocer un margen de discrecionalidad (en sentido estricto) no fiscalizable por los jueces ya que, según dice, en estos casos la norma ofrece un espa-

zo MARTÍN-RETORTILLO; S. MUÑOZ MACHADO, «La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración», en *Libro Homenaje al profesor GARCIA DE ENTERRÍA*, ob. cit., págs. 2741 y ss., y S. DEL SAZ, *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*, ob. cit., págs. 172 y ss.

(106) En relación con la polémica doctrinal a la que se acaba de hacer referencia, deben destacarse los nombres, por un lado, de T. R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cívitas, 1991, y *De la arbitrariedad de la Administración*, Cívitas, Madrid, 1994, y DELGADO BARRIO, «Reflexiones sobre el artículo 106.1: El control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho», en *Libro Homenaje al profesor GARCIA DE ENTERRÍA*, ob. cit., págs. 2312 y ss., y *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Cívitas, 1993; y por otro, los nombres de PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, ob. cit., págs. 73-80, y, más en profundidad, su monografía *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, y SÁNCHEZ MORÓN, *El Control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Espasa, Madrid, 1991, y *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994.

(107) T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, ob. cit., pág. 17.

(108) PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación del Derecho Público*, ob. cit., pág. 108.

(109) PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, ob. cit., pág. 62.

cio de libre decisión a la Administración, es decir, una función propia, que conlleva como consecuencia la imposibilidad de sustitución de la decisión administrativa por una decisión judicial (110). Planteamiento aceptado expresamente por SÁNCHEZ MORÓN, que coincide con PAREJO al afirmar que la función de los órganos del poder judicial no consiste en sustituir las decisiones de los órganos de gobierno y administración en la definición de los intereses públicos a perseguir y en la determinación de las medidas a adoptar en el marco del Derecho (ámbito al que considera función administrativa propia) (111). En resumen, según estos autores, la discrecionalidad es una competencia exclusiva de la Administración legitimada constitucionalmente para la toma de la decisión que excluye, de suyo, una competencia judicial concurrente con idénticos contenidos y alcance (112).

A nuestro juicio, el objetivo básico de la jurisdicción contencioso-administrativa es mantener la observancia de la Ley y el Derecho, respetando, a su vez, el ámbito propio de las competencias «político-técnicas» de las instancias administrativas responsables de la gestión de los intereses generales. Por ello, el juez, en el ejercicio de potestades discrecionales (como sucede con la subvención), no puede entrar nunca en el terreno de las valoraciones técnicas o políticas (es un aplicador del Derecho), si bien sí puede comprobar la legalidad en el ejercicio de esa potestad discrecional a través del examen de los elementos reglados que limitan el acto y la objetividad en la apreciación de los hechos determinantes, así como el fin del acto (a través de la técnica de la desviación de poder), pudiendo servirse para todo ello de la aplicación de los principios generales de Derecho (113).

Esta ineludible función fiscalizadora de los jueces de la actuación administrativa a través de estos instrumentos en el ejercicio de po-

(110) PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, ob. cit., págs. 98-103.

(111) SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa...*, ob. cit., págs. 125-126.

(112) Vid. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, ob. cit., págs. 125-126.

(113) Sobre esta cuestión, por todos conocida (pionero fue en este campo el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, a principios de los años sesenta, en su excelente trabajo *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, núm. 38 de esta REVISTA, 1962; a través de este trabajo introdujo en España la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, categoría que supone una nueva técnica de control de las potestades discrecionales de la Administración; respecto a dicha categoría, por todos, vid. el libro de SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Cívitas, Madrid, 1976), me remito al libro de los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., págs. 450 y ss. La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo la aplicación de estas técnicas en numerosas sentencias: SSTs 22 de diciembre de 1986 (Ar. 6078), 15 de diciembre de 1986 (Ar. 1139, de 1987), 21 de diciembre de 1987 (Ar. 9687), 18 de julio de 1988 (Ar. 5914), 17 de junio de 1989 (Ar. 4732), 22 de diciembre de 1990 (Ar. 10183), 2 de abril de 1991 (Ar. 3278), 14 de abril de 1992 (Ar. 4146), 15 de marzo de 1993 (Ar. 2523), 21 de septiembre de 1993 (Ar. 6623), 28 de enero de 1994 (Ar. 501) y 9 de febrero de 1994 (Ar. 1443).

testades discrecionales se convierte en garantía esencial en un Estado de Derecho, en cuanto permite evitar los supuestos de arbitrariedad, y contribuye también, como recuerda T. R. FERNÁNDEZ, «a administrar mejor», porque al exigir una justificación cumplida de las soluciones en cada caso exigida a la Administración obliga a ésta a analizar con más cuidado las distintas alternativas disponibles valorando de forma más objetiva (evitando improvisaciones y arbitrariedades) ventajas e inconvenientes a la hora de actuar.

Se trata, en definitiva, de controlar el ejercicio de la potestad discrecional en la concesión de subvenciones pudiendo el juez o Tribunal incluso revisar las mismas si considera que éstas carecen de racionalidad o razonabilidad (114). Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en varias sentencias indicando que la discrecionalidad no puede ser entendida en ningún caso con carácter absoluto, es decir, sin control (STS de 17 de septiembre de 1993, Ar. 6531), así como que la misma «no supone una permisividad para actuar en contra de las más elementales reglas de la racionalidad y el buen sentido, sino que están limitadas por ellas» (STS 18 julio de 1988) (115). De tal manera que la potestad discrecional debe guardar coherencia lógica con los presupuestos de hecho, «de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto o una desviación de los criterios generales (...) tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 de la Constitución— en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas» (STS de 9 de febrero de 1994, Ar. 1443).

Ello supone, como bien ha insistido el profesor T. R. FERNÁNDEZ, que la Administración, en el ejercicio de potestades discrecionales, debe actuar de forma racional y razonable quedando esta valoración sometida en última instancia a la valoración de los Tribunales pues, como él afirma, «sólo lo razonable es conforme a Derecho» (116).

(114) Sobre esta cuestión, debe tenerse en cuenta que el criterio de los jueces ingleses, de quienes se ha importado este principio, es que los jueces no pueden rechazar una decisión que no sea «manifiestamente desrazonable». Vid. al respecto J. BELL, *Actualité du Droit Administratif au Royaume-Uni 1990-91*, «Etudes et Documents du Conseil d'Etat», núm. 43, 1991, págs. 315-316.

(115) Vid al respecto DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad...*, ob. cit., pág. 107.

(116) T. R. FERNÁNDEZ, *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, «REDA», núm. 83, 1994, págs. 393 y ss. Así se habían manifestado con anterioridad, principalmente, SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos...*, ob. cit., págs. 337-339; y más recientemente, ESCRIBANO COLLADO, «Técnicas de control judicial de la actividad administrativa»,

Y para ello se presenta como (en la que no basta con explicar sino que hay que justificar) elemento de juicio de especial trascendencia la motivación del acto en cuanto en función de ella el juez podrá valorar la legalidad de dicha actuación (117).

Así sucederá también con el denominado campo de la discrecionalidad técnica (muy característico en las actuaciones que ahora analizamos) (118), que en principio quedaría excluido de control judicial, y al que el profesor T. R. FERNÁNDEZ considera como uno de los dogmas sobre los que actualmente se debate la jurisprudencia de nuestros días, bajo la presión contraria que sobre ella inevitablemente ejercen los principios y preceptos de nuestra Carta magna (119). En este sentido, ESCRIBANO COLLADO ha descrito la aparición de una nueva corriente jurisprudencial en la que se pone de manifiesto cómo en muchas ocasiones la discrecionalidad técnica —predicable al campo de la adjudicación de subvenciones— se circunscribe a la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados que el Tribunal puede perfectamente comprobar si han sido bien apreciados, de tal manera que si esta apreciación se presenta como irracional o irrazonable podrá ser revisada por los jueces (120). Esta era ya la solución apuntada por el profesor FERNÁNDEZ FARRERES en 1983 al sostener que en el ejercicio de la potestad discrecional la Administración tiene el deber de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica la solución más adecuada y conforme al interés público, de tal manera que la Administración (frente a la posición general de libre opción entre varias soluciones igualmente justas) deberá elegir la mejor de las soluciones posibles (121).

Estos criterios expuestos con carácter general como técnicas de control de la actuación administrativa son, por supuesto, aplicables también a la «Administración Económica» cuando ejercita, como suele ser habitual, potestades discrecionales (como es la concesión

en libro col., dirigido por J. BARNES, *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Cívitas, Madrid, 1993, págs. 364-371, y DESDENTADO DAROCA, *Una nota sobre la utilización por los jueces británicos de las técnicas jurídicas de control de la actuación administrativa (el caso Wheeler versus Leicester City Council)*, «REDA», núm. 82, 1994, págs. 272-275.

(117) Necesidad de motivación exigida, entre otros, por el profesor FERNÁNDEZ FARRERES (*La subvención...*, ob. cit., págs. 648 y ss.) y que ha aparecido recogida —y esto es un mérito que conviene destacar— en el artículo 54.f) de la LAP. Al respecto resulta de especial interés la monografía de FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob. cit., págs. 141-147 y 238-239.

(118) Sobre su alcance, contenido y significado debo remitirme a la monografía del profesor SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, ob. cit., págs. 267 y ss.

(119) T. R. FERNÁNDEZ, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, ob. cit., págs. 97 y ss.

(120) ESCRIBANO COLLADO, *Técnicas de control judicial de la actividad administrativa*, ob. cit., pág. 370.

(121) FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, ob. cit., pág. 642.

de subvenciones) dado que ningún tipo de decisión discrecional debe quedar sustraída al control judicial, por más que éste deba ser menos riguroso (STS de 3 de abril de 1992, Ar. 3332). Así lo mantiene el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, al afirmar que la obligada flexibilidad del actuar de la «Administración Económica», su antiformalismo, no debe entorpecer su sometimiento al ordenamiento jurídico (122). Máxime si se tiene en cuenta que, como afirma MEGRET, pocos ámbitos hay donde el intervencionismo del Estado introduce un riesgo, una potencialidad de arbitrariedad tan grande como en el sector económico (123).

El problema radica, no obstante, como también destaca este último autor, en que dicha fiscalización jurídica presenta no escasas dificultades derivadas, como afirma el profesor MARTÍN MATEO, de que el terreno propio de la Administración Pública es el cumplimiento de objetivos políticos que, como tales, quedarían al margen de la esfera fiscalizadora de los Tribunales (124). Por otra parte, hay una remisión o desplazamiento del problema al fundamental tema de la prueba, especialmente complicada, por su naturaleza técnica, en el campo de la «Administración Económica» (125). A todo ello debe añadirse la escasa preparación de los Tribunales contencioso-administrativos y su tendencia a no modificar los actos de la Administración (126) (rehuyendo en muchas ocasiones su papel de garante del Estado de Derecho), que cobra especial trascendencia en las intervenciones —a veces complejas— de la intervención administrativa en la economía (127).

(122) S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 61. De esta misma opinión es A. GUAITA, para quien, en la inmensa mayoría de los casos, los actos económicos de las Administraciones Públicas son tan administrativos como cualquier otro. *Derecho Administrativo Especial*, vol. III, Librería General, Zaragoza, 1967, pág. 35

(123) La cita puede verse en el libro de FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, ob. cit., pág. 578.

(124) MARTÍN MATEO, *Derecho Público de la Economía*, ob. cit., pág. 16. Así, S. MARTÍN-RETORTILLO resalta cómo buena parte de la actuación de nuestra «Administración Económica» continúa siendo un auténtico reducto exento a cualquier tipo de verificación jurídica (*Derecho Administrativo Económico*, ob. cit., pág. 61).

(125) Por todos, denunciando este importante problema, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención...*, ob. cit., págs. 644-645.

(126) Este fenómeno está siendo denunciado por la más cualificada doctrina, bastando en este momento, por todos, la cita al profesor GONZÁLEZ PÉREZ, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Cívitas, Madrid, 1992, págs. 68 y 69.

(127) En este sentido ya destacó hace tiempo CARRO FERNÁNDEZ DE VALMAYOR que uno de los grandes desafíos a la moderna doctrina administrativista es el de deducir criterios operativos, utilizables por el juez administrativo para someter a un orden el mundo multiforme de las medidas de intervención económica, dado que la indeterminación de las disposiciones legales en este campo, la continua utilización de conceptos jurídicos indeterminados exigida por la misma materia económica, la necesidad que tiene la Administración de tener en cuenta los distintos aspectos del proceso económico, hacen difícil al juez la determinación del interés público concreto perseguido en cada caso. *Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico*, «REDA», núm. 3, 1974, pág. 476.

A pesar de todo, debe insistirse en que la doctrina general de control del ejercicio de potestades discrecionales expuesta es aplicable por los jueces y tribunales a las actuaciones económicas, debiendo asumir éstos con decisión el papel que la Constitución les otorga, sin que pueda hablarse de la existencia en este sector de una función administrativa no fiscalizable (128). Así, dichas actuaciones de la «Administración Económica» (como es el caso de la subvención) deberán ser objeto de fiscalización por los Tribunales utilizando para ello, además de los principios generales de Derecho comunes a toda actuación administrativa (igualdad, proporcionalidad, racionalidad, etcétera), los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público; y el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia (129). El juez, en definitiva, deberá vigilar si la decisión económica de la Administración era la mejor de las decisiones posibles, pudiendo modificar ésta si su análisis le lleva a la conclusión de que aquélla no era la más correcta.

Es cierto que el control es difícil, pero no imposible, y por ello los juristas debemos esforzarnos en reducir el ámbito de las decisiones exentas de control a fin de satisfacer efectivamente los principios constitucionales derivados de la configuración de un Estado Social de Derecho. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, por nuestra incorporación a la Unión Europea, esta fiscalización jurisdiccional podrá corresponder también a los órganos judiciales europeos, quienes han asumido un importante papel en el enjuiciamiento de los actos administrativos económicos aplicando para ello las técnicas descritas de reducción de la discrecionalidad administrativa (130).

Zaragoza, diciembre de 1994.

(128) En este punto debe destacarse la opinión de ARIÑO ORTIZ, quien se muestra muy pesimista sobre el posible control judicial del ejercicio de potestades discrecionales en el ámbito económico, proponiendo como solución una mayor participación ciudadana. *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pág. 362.

(129) Así se expresa claramente FERNÁNDEZ FARRERES, quien es autor de una de las principales construcciones doctrinales sobre dicha necesidad, y cuyas ideas son hoy, como se ha visto, de especial interés. *La subvención...*, ob. cit., págs. 632-647 y 698-716.

(130) Por todos, pueden consultarse los trabajos de FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen de ayudas...*, ob. cit., págs. 99 y ss.) y LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ (*El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y subvención*, Universidad de Granada, 1993, págs. 375 y ss.).

