



Reflexiones sobre las ayudas públicas

Autores: Cassagne, Juan Carlos

Citas: TR LALEY AP/DOC/3193/2012

Publicado en: RDA

REFLEXIONES SOBRE LAS AYUDAS PÚBLICAS

por JUAN CARLOS CASSAGNE

I. LIMINAR: SOBRE EL CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA

La eliminación paulatina de los conceptos tradicionales suele obedecer unas veces a la impronta ideológica y, otras, al imperio de las modas de turno. Tal es el caso del concepto de ayuda que suena a algo más social que el fomento o la subvención, con un sentido más psicológico que jurídico-económico, que es el plano donde se mueven estas instituciones. Es más afín con la idea de auxilio, socorro y cooperación.

El riesgo que se corre radica en privar al concepto de su contenido esencial y dejar otras manifestaciones de la intervención administrativa fuera de una teoría general que las agrupe sobre la base de las coincidencias de su régimen jurídico. Sin embargo, y a la vista del uso generalizado que hacen los ordenamientos europeos, por obra del derecho comunitario, creo que se puede acudir a un nuevo concepto de ayuda pública sobre la base de un criterio funcional, el cual se amolda a los diferentes tipos de ventajas que, de un modo directo o indirecto, concede el Estado a los particulares.

El jurista de nuestros días no puede ignorar los conocimientos que viene elaborando la teoría económica ni los efectos que produce su aplicación en un mundo globalizado. Precisa adaptarse a los cambios, tanto para interpretar lo que acontece como para influir en la evolución de las instituciones creando nuevas doctrinas o principios, más o menos originales, que le permitan enfrentar los problemas que plantea siempre toda nueva realidad. A la inversa, tampoco las llamadas políticas públicas pueden ser diseñadas por técnicos que desconocen las más mínimas repercusiones jurídicas de las medidas que, como en un círculo vicioso, crean desigualdades que terminan por alterar artificialmente los mercados y la asignación más eficiente de los recursos económicos con el objeto de beneficiar a todos los componentes de la sociedad.

Esos cambios adquieren trascendencia a raíz de la generalización de los conocimientos económicos. Un buen ejemplo de ello son los problemas que se plantean con relación al ejercicio de las potestades subvencionales en las organizaciones estatales más complejas, como son los Estados Federales y los regímenes autonómicos, a raíz de la superposición de los poderes públicos en los planos vertical y horizontal. A esta problemática hay que añadir, en los últimos años, los efectos que provoca la llamada



mundialización de la economía en el campo de las ayudas públicas, los cuales, algunas organizaciones internacionales —como la OMC— están procurando paliar o aminorar.

II. AYUDA PÚBLICA Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO. LA REACCIÓN CONTRA LAS IDEAS INTERVENCIONISTAS

El origen de la actividad estatal dispensadora de ayudas públicas ha sido vinculado al nacimiento del llamado Estado Social de Derecho. Pero, aparte de que se trata de una actividad bastante más antigua —sobre todo en España— su estudio pertenece a la historia del derecho y, que sepamos, no ha sido encarado todavía en forma orgánica e integral.

Desde luego que existe una íntima relación entre este tipo de actividades y los postulados del Estado Social de Derecho cuyo verdadero sentido no se encuentra en la absorción de la sociedad por el Estado ni en el diseño de una igualdad social y económica impuesta por el poder público sino en el principio de subsidiariedad.

No se puede desconocer que, a raíz de la propagación de las ideas intervencionistas en muchos países del mundo —principalmente en Europa y América latina— el Estado ha asumido la realización de políticas sociales activas con la finalidad de resolver los problemas que se plantean en materia de ocupación laboral, planes de salud, educación y previsión social, entre otros.

Sin embargo, si se ha de mirar el escenario en su real integridad no resulta difícil ver que en el terreno abonado por el Estado Social se han desarrollado las más diferentes técnicas intervencionistas que, al extenderse a la economía, condujeron finalmente al auge de las empresas públicas y a la distorsión o eliminación de la competencia.

La reacción a los extremos generados por las ideas intervencionistas vino por el lado del derecho comunitario, erigido precisamente para promover la libre competencia, principio éste que, como no podía ser de otra manera, parte de la interdicción de cualquier tipo de ayuda otorgada por los Estados miembros o mediante fondos estatales que falseen o amenacen falsear la competencia favoreciendo a determinadas empresas o producciones, *en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros* (ap. 1 del art. 92, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea - TCE).

Lejos de simplificar la historia ni de caer en el esquema que asigna una trascendencia mayúscula a un hecho que casi nadie supo vaticinar, como fue la caída del muro de Berlín, lo cierto es que la necesidad de promover la competencia y de moderar el gasto público ya estaba anclada en la opinión pública mundial (1) y en los ordenamientos positivos nacionales e internacionales.

III. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE JORDANA DE POZAS SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. EL FOMENTO

En pleno auge del Estado Benefactor, un importante sector de la doctrina española asumió la difícil tarea de reconstruir la tradicional teoría jurídico-administrativa del fomento que había elaborado, en la década del 50, Luis Jordana de Pozas (2).



El mérito de dicha teoría fue doble. En primer lugar, el de advertir que la dinámica del moderno derecho administrativo no sólo estaba ocupada por la policía y el servicio público sino por una serie de actividades que no eran de prestación ni de limitación de derechos individuales sino acciones de la Administración encaminadas "a proteger y 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 de los servicios públicos".

El otro gran mérito, que le dio estabilidad a la construcción doctrinaria, ya no es exclusivo de Jordana (aunque sí quizás de su influencia y personalidad) sino de la unidad de criterios que se generaron en la doctrina administrativa de entonces, principalmente la que se orientó hacia estudios propios del derecho administrativo económico.

Así, al año de publicar Jordana su *Ensayo*, la clasificación tripartita fue ampliada por Villar Palasi, proponiendo una cuarta categoría fundada en la necesidad de aglutinar todas las actividades que desarrollaba la Administración en el campo empresario que no resultaban susceptibles de ser encuadradas en las categorías tradicionales (3).

Como es sabido, con algunos matices que más bien tendieron a completarla, la concepción del fomento fue seguida por Garrido Falla, Ariño Ortiz, Santamaría Pastor, Parada y Entrena Cuesta, entre otros.

La clasificación de Jordana permaneció vigente en el derecho administrativo español por algo más de treinta años y la mayor parte de los juristas de Hispanoamérica recibimos su influencia y, en su momento, la seguimos, no obstante el descrédito que empezaban a tener las clasificaciones en el derecho por obra del relativismo jurídico.

En la Argentina, en el campo económico, casi nadie habla de fomento sino más bien de actividades de promoción o de protección de industrias o actividades económicas. En España, y en general, en Europa se prefiere acudir a la figura de la ayuda pública que es, precisamente, la que el TCE declara incompatible con el mercado común cuando se falsea o se amenaza falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

IV. LA CRÍTICA A LA TEORÍA DEL FOMENTO Y SU RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA

La crítica a la teoría tradicional se centró en el carácter finalista que predominaba en el concepto de fomento y en el hecho de configurarse como una figura negativa, al excluir el uso de la coacción.

Como vamos a ver seguidamente, a los que se han ocupado de la crítica y de la reconstrucción de la teoría del fomento o su reemplazo por la técnica de la subvención, les asiste razón en cierto sentido. Ello no implica, empero, que los argumentos principales de la crítica deban orientarse en otra dirección, más bien en la necesidad de buscar elementos comunes en el régimen jurídico de este tipo de actividades de dispensa de ventajas y en la búsqueda de una noción que resulte lógicamente comparable a la que preside las otras categorías (actividades de limitación o inspección (4) y de prestación).



Porque si se aborda la clasificación de la actividad administrativa como una acción en sentido funcional u objetivo y se define al servicio público como una prestación (aclaro que esto no lo hace Jordana —quien adopta el criterio finalista: centrado en la satisfacción de necesidades generales— pero surge en la evolución posterior de la clasificación tripartita que elaboró Garrido) y a la policía como una actividad de coacción, de inspección o de limitación de derechos, lo que corresponde, lógicamente, es definir el fomento o la subvención, como una actividad dispensadora de ayudas y recompensas (5).

Con esto, la clasificación tripartita recobraría sentido en el plano de las instituciones del derecho administrativo además de dotar a una gran parte de la acción estatal de un conjunto de principios comunes que permiten nuclear el régimen jurídico de cada especie dentro de la categoría (v.gr., subvenciones, subsidios, etc.) sin perjuicio de las notas diversas que puedan existir en algunos supuestos, como en las cláusulas modales.

Ahora bien, la combinación en una misma clasificación o figura jurídica, de criterios finalistas con materiales u objetivos sería posible en un análisis de tipo estructural (por cierto diferente al criterio de Martínez López-Muñiz (6) que, sin embargo, se acerca bastante al que propongo) habida cuenta de que la estructura consiste en la distribución de las partes de una cosa material o intelectual. En cualquier caso, no traduce una noción funcional posible de ser utilizada para definir una acción o actividad en un sentido jurídico objetivo.

El equívoco en que incurrió la tesis tradicional (Jordana) fue no tanto emplear el criterio finalista en la noción de fomento como utilizar en la clasificación también un criterio finalista para el servicio público (satisfacción de una necesidad general) y otro material, *la coacción*, para caracterizar la policía sin lograr una clasificación funcional ni tampoco estructural.

Garrido corrigió en parte el error (con las ideas de prestación y de coacción o limitación) pero siguió influido por Jordana en el criterio finalista de la promoción o protección para definir el fomento.

Pero, como siempre, hay que volver al punto de partida de todas estas instituciones del derecho administrativo cuyo objeto se encuentra en la realización del interés público o bien común, causa final del Estado, sin que haya teorías susceptibles de conmover esta conclusión que anida en los principios de la filosofía clásica, aunque subsistan diferencias difíciles de armonizar en cuanto al diseño de la sociedad y del Estado.

En este punto, se advierte que así como el jurista del pasado solía desentenderse del fenómeno económico, el jurista actual parece hacerlo de la filosofía, tan necesaria para encontrar la raíz y el sentido de las instituciones, sin desmerecer la utilización de distintas ciencias o técnicas.

Este proceso conduce necesariamente a la causa, uno de los escasos conceptos filosóficos que reconoce su origen en una institución del derecho romano (era una suerte de acusación), indica la idea de un movimiento hacia algo y esto explica la coexistencia de distintas relaciones causales, como son las que se dan entre las causas eficiente y final, entre otras.

V. EL PAPEL QUE CUMPLE LA FINALIDAD COMO JUSTIFICACIÓN DE LA RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD. SU FUNDAMENTO



Así, aunque se opte por utilizar una noción funcional o material de ayuda pública como producto de la actividad dispensadora de ventajas no se puede degradar el papel que cumple la finalidad para las que fueron otorgadas, no sólo por un principio de justicia natural, sino porque la propia legalidad exige la adecuación del acto de otorgamiento de una ayuda o ventaja a una causa de interés público o de bien común, por más discrecional que fuera la decisión de concederla. Éste es el conocido principio de la razonabilidad o de la proporcionalidad que entre nosotros encuentra fundamento constitucional en el principio contenido en el art. 28, CN.

Desde luego que si se adopta un criterio amplio para caracterizar la ayuda pública existen finalidades diferentes que justifican o no la configuración de una diversidad de regímenes jurídicos. Es cierto que algunas ayudas se prestan a la distorsión de los mercados mientras que otras sencillamente son aprovechadas como nuevas formas de corrupción.

Pero estos peligros, que en el fondo están más en las personas que en las instituciones, no justifican el rechazo dogmático de esta categoría a condición de que ella obre como un factor de equilibrio socioeconómico que no falsee la competencia, la cual debe reinar en los mercados en beneficio de la comunidad y no exclusivamente de los agentes económicos.

El fundamento de la ayuda pública no es otro que el principio de subsidiariedad. Como se ha notado hace tiempo, este principio juega en un sentido negativo (por ejemplo, no falsear la competencia o no dar ayuda a quienes no la necesitan), como un mandato positivo que obliga al Estado a suplir ciertas falencias del mercado o que no pueden cubrir las organizaciones intermedias o la sociedad misma.

En suma, esta categoría básica del derecho administrativo subsiste con excelente salud y, a la vista de los problemas que deberá afrontar el derecho comunitario, puede augurarse que tendrá larga vida hasta que aparezca otra que la sustituya o la sociedad termine conformándose de un modo diferente, que tienda a disminuir la actividad dispensadora de ventajas por parte del Estado.

VI. HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA

La tarea que debe afrontar ahora la doctrina y la jurisprudencia europeas es la construcción de una categoría de ayuda pública en el derecho interno que armonice con la del derecho comunitario y, sobretodo, la de establecer los principios comunes del régimen jurídico.

En principio, se impone una noción funcional comprensiva de toda ayuda que otorguen los Estados con fondos estatales a empresas o sectores productivos, como reza el precepto comunitario, pero que además, incluya aquellas ventajas que sin falsear la competencia, se orienten al campo de la salud, la educación o la investigación así como a subsidiar el desempleo.

De esa manera, sin alterar las peculiaridades de cada figura dentro del concepto amplio de la categoría de la ayuda pública sería posible sistematizar los principios comunes que permitan armonizar en un núcleo común las características de su régimen jurídico, intento éste que ha encarado exitosamente De la Riva en una reciente tesis doctoral elaborada en la Universidad de Valladolid bajo la dirección del profesor Martínez López-Muñiz (7).



Dentro de esa noción amplia de ayuda pública cabe incluir las distintas medidas tributarias que los Estados dictan con finalidades extrafiscales, que han venido alterando, en muchos países, el principio de neutralidad fiscal. Resulta evidente que la alteración de este principio puede llegar a distorsionar la competencia, el espíritu de iniciativa y hasta frustrar la asignación más eficiente de los recursos económicos. Tampoco hay que descartar una fuerte reacción por parte de los derechos nacionales que no cederán fácilmente sus competencias en materia tributaria y el control de su legitimidad.

VII. TRASCENDENCIA DE LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL RÉGIMEN JURÍDICO

En cuanto al régimen jurídico, las ayudas públicas deben jugar en un marco de respeto irrestricto de la legalidad y muy particularmente del principio de igualdad, que impone desde una razonabilidad en la selección del medio elegido, una justa proporción entre las ventajas y las cargas, si las hubiera, y una adecuada razonabilidad de los fines perseguidos que impida la creación sucesiva de desigualdades. No hay que olvidar que la ayuda pública no deja de ser un mecanismo artificial para corregir las insuficiencias o fallas del mercado.

A su vez, una estabilidad razonable de las ayudas públicas, que no conculque el esfuerzo financiero que implica (en los casos en que así se estableciera) el cumplimiento de las cargas por parte de los privados como también los límites y el contenido de las llamadas cláusulas accidentales del acto administrativo otorgante de los beneficios o ventajas completan el cuadro de los aspectos más relevantes que brindarán al sistema administrativo la seguridad jurídica indispensable para el crecimiento económico.

Y mientras la categoría de la gestión económica ha sido prácticamente sepultada tras la avalancha de las privatizaciones, la gestión privada del servicio público o modernamente el servicio universal, parece que ha resurgido en el mundo del derecho administrativo, cuando la policía se enmarca cada vez más en el principio de legalidad y consecuente interdicción de la arbitrariedad, la teoría del fomento, que parecía haber sucumbido tras un embate dialéctico e ideológico muy fuerte, ha terminado por renacer bajo la nueva figura de la ayuda pública, bien que más acotada por razonables límites jurídicos y económicos como los que prescribe el derecho comunitario.

Por cierto que falta llevar a cabo una labor de armonización con el derecho comunitario, especialmente en el campo de los incentivos tributarios que persiguen fines extrafiscales, donde no es poco lo que corresponde hacer al derecho administrativo, *malgré* el pensamiento de algunos sectores de la doctrina.

Otro tema trascendente es el de la revocación habida cuenta de que el ejercicio de la correspondiente potestad de la Administración para extinguir una ventaja otorgada puede desalentar inversiones y provocar injusticias, sobre todo cuando el acto otorgante del beneficio tenga como fuente una relación jurídica bilateral (8).

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN'

El derecho y sus instituciones son algo que sucede y como tales se encuentran en un constante movimiento acentuado por el tiempo histórico que vivimos, donde las invenciones y consecuentes transformaciones de la técnica influyen el medio social con una velocidad mucho mayor que la



capacidad de los juristas para captar las reales dimensiones de cualquier solución o respuesta a determinado problema jurídico.

Y si bien el jurista actúa casi siempre *a posteriori* de los hechos o de la realidad que ellos crean, lo cierto es que es el único capaz de encontrar el justo medio que permita mantener la cohesión y el equilibrio social.

Hacia la mitad del siglo pasado uno de los escritores ingleses más lúcidos —Cecil S. Lewis— advirtió que el verdadero dilema del Estado de Bienestar consistía en el peligro de que las personas se convirtieran en esclavos del Estado y perdieran, de ese modo, el espíritu de iniciativa, la independencia y hasta su propia intimidad. Y como un vaticinio que parece cada día más acertado agregó "que lo que podía llegar a ocurrir era que unos hombres se hiciera", cargo del destino de los otros" (9).

En este sentido, la cuestión de las ayudas públicas juega en un plano dual que oscila entre el cumplimiento de deberes sociales que el Estado crea o asume y el mantenimiento de un cuadro de libertades básicas que garanticen la libre iniciativa de los particulares, la competencia y la espontaneidad de las organizaciones sociales intermedias. Esta cuestión plantea, sin duda, uno de los desafíos más trascendentes que tendrá que afrontar el derecho administrativo de la nueva centuria.

(1) Véase MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho administrativo económico*, T. I, La Ley, Madrid, 1988, ps. 30 y ss. En esta obra, concebida al filo de la década del noventa de la pasada centuria, puede advertirse la evolución que se estaba produciendo en el seno de la concepción del Estado Social de Derecho en España y en otros países de Europa. En tal sentido, al criticar el equívoco y la falencia de quienes creyeron que el ámbito de las prestaciones a cubrir por los poderes públicos era ilimitado apunta que "...éstas tienen objetivamente un límite que es olvidado con frecuencia. No obstante, es necesario considerarlo siempre: las disponibilidades de los medios con que aquellos cuentan y pueden razonablemente contar". De otra parte, en el año 1991, Juan Pablo II dio a luz la carta encíclica *Centesimus Annus*, con motivo de cumplirse el centenario de la *Rerum Novarum*, en la cual se ocupa de las nuevas cuestiones inherentes a la intervención del Estado en el plano social sobre la base del principio de subsidiariedad. Allí puntualiza que "tales intervenciones de suplencia, justificadas por razones urgentes que atañen al bien común, en la medida de lo posible deben ser limitadas temporalmente, para no privar establemente de sus competencias a dichos sectores sociales y sistemas de empresas y para no ampliar excesivamente el ámbito de intervención estatal de manera perjudicial para la libertad tanto económica como civil" (párr. 48) agregando más adelante que "Al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por logias burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos" (párr. 48 *in fine*).

(2) JORDANA DE POZAS, Luis, "Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo", REP, nro. 48, Madrid, 1949, ps. 41 y ss.

(3) VILLAR PALASÍ, José Luis, "La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo", RAP, nro. 3, Madrid, 1950, ps. 53 y ss.

(4) Véase RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000, ps. 55 y ss.

(5) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública", en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, ps. 751 y ss.

(6) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, "La actividad...", cit. La revisión conceptual que llevó a cabo dicho autor fue elogiada por uno de los juristas españoles que ha estudiado en profundidad el tema, véase FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, "Régimen jurídico de las ayudas públicas a las actividades



económicas", en *La intervención administrativa en la economía*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, ps. 119 y ss.

(7) DE LA RIVA, Ignacio María, *El derecho de las ayudas públicas en la mundialización económica*, Universidad de Valladolid, Madrid, 2002, ps. 21 y ss. El tribunal de tesis estuvo integrado por los catedráticos Enrique Rivero Ysern, Germán Fernández Farreres y el autor de este artículo.

(8) Véase CASSAGNE, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, ps. 95 y ss.

(9) LEWIS, Cecil S., *Lo eterno sin disimulo*, en el capítulo IX titulado "Esclavos voluntarios del Estado de Bienestar", trad. del inglés, Rialp, Madrid, 1999, ps. 141 y ss.