

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO EN VENEZUELA

POR JOSÉ PEÑA SOLÍS *

1. PREMISA INTRODUCTORIA

Todos conocemos la multiplicidad de cometidos de la Administración Pública actual, para cuyo logro tiene que realizar igualmente múltiples, pero sobre todo variadas actuaciones, así como todo lo concerniente a los esquemas de clasificación de dichas actividades, con la finalidad de intentar encuadrarlas, hasta donde sea posible, en determinados regímenes jurídicos que tendencialmente orienten a los órganos administrativos y a los ciudadanos en torno a esas actuaciones. En esa línea argumental recordamos que doctrinaria e históricamente las denominadas actividades administrativas de **policía y de servicio público** fueron y siguen siendo conceptuadas como títulos de intervención de la Administración en las esferas de actuación de los particulares. Ahora bien, pese a que es posible identificar desde el siglo XIX en las Administraciones de varios países europeos, lo que hoy conocemos como **actividad administrativa de fomento**, la formación del concepto y su deslinde, también como técnica de intervención administrativa, se produce apenas a comienzos de la década de los cincuenta del siglo XX.

Ha de advertirse que es la doctrina española la que inicia (JORDANA DE POZAS, 1949), y también la que desarrolla la decantación conceptual de este tipo clasificatorio de las actividades administrativas, y quizás esa sea la

*. Abogado *summa cum laude*, Doctor en Derecho y Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela. Este trabajo forma parte de uno de los capítulos del tercer volumen del *Manual de Derecho Administrativo*, actualmente en preparación, que será publicado próximamente.

razón por la cual en todos los tratados y manuales de Derecho Administrativo español, es examinado en forma destacada, a diferencia de lo que ocurre en países como Italia y Francia, en los cuales en lugar de darle la especificidad española, tienden a incluirlas en la categoría general de las actividades económicas realizadas por la Administración, o en la categoría de los denominados actos concesorios de la Administración, limitándose la más de las veces a analizar más bien en forma monográfica la técnica más emblemática de la actividad de fomento, como lo es la subvención. Esa orientación al parecer tiene su origen, como lo veremos más adelante, en la influencia determinante que tuvo el liberalismo económico en la Revolución Francesa, y por ende, en el Derecho Administrativo francés.

Desde luego, que la actividad de fomento, sobre todo en países como el nuestro, tiene todavía una significativa importancia, pues implica una intervención muy especial, a diferencia de la que se configura con la de policía y la de servicio público, en cierto tipo de actividades de los particulares, mediante la promoción y el estímulo a la realización de las mismas, razón por la cual se impone –como expresamos antes– la elaboración de un régimen jurídico, cuya aplicación preserve tanto los intereses de la Administración, como la de los particulares; de allí entonces que el examen, aunque sea en forma sucinta de este tipo de actividades, tenga ciertamente importancia académica, pero también práctica, pues su realización casi siempre comportará la utilización de recursos públicos, igualmente casi siempre a fondo perdido, total o parcialmente.

2. BREVE *EXCURSUS* HISTÓRICO

Como expresamos en el acápite anterior, la idea general de la actividad de fomento de la Administración, en virtud de estar muy vinculada con la procura del bienestar de los súbditos que era, y sigue siendo en otro contexto, el cometido fundamental de la Administración Pública, es de antigua data, al punto que algunos autores españoles (VILLAR PALASI, 1954), citan como muestra de dicha antigüedad la generalización del sistema de subvenciones que se produjo durante la época de los Austria en España (siglo XVI), y añaden que hasta el siglo XIX en el marco de esa concepción siguen las Administraciones realizando actuaciones que hoy conocemos como de fomento, al punto que en el año 1832 se crea en España el Ministerio de Fomento, cuyas funciones esenciales en los primeros tiempos, siempre presididas por la búsqueda del bienestar de los ciudadanos, estaban más bien orientadas a la construcción de obras públicas (ferrocarriles, obras hidráulicas, etc), en las cuales muchas veces jugaba un papel relevante la subvención. Esos mismos autores señalan que con el

transcurso del tiempo el concepto de fomento se va a orientar hacia la idea original, esto es, estimular la actividad de los particulares en la dirección querida por la Administración, especialmente en el ámbito económico.

En este punto es preciso traer a colación la especial acotación de DE LA CUETARA (1983), en el contexto de la evolución de la actividad de fomento en España, quien hace notar que como toda forma de intervención, el fomento va a ser rechazado totalmente por resultar contrario al postulado del liberalismo económico que sirvió de fundamento a la Revolución Francesa, y en definitiva al advenimiento del Estado de Derecho, razón por la cual el Derecho Administrativo que se importa de Francia para España no va a conocer ni a reconocer esta forma de actividad administrativa, y ello tal vez explique que en el mencionado país durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX se continúen realizando actividades de esta clase, pero sin vincularlas a un régimen jurídico particular, como en cambio sí ocurría con las actividades de policía y de servicio público.

En ese orden de ideas, sostiene SANTAMARIA (1999), que es después del primer tercio del siglo XX cuando comienzan a utilizarse en España medidas de promoción o fomento de manera sistemática y global, "como elementos básicos de las políticas globales de desarrollo de raíz keynesiana...". Esa utilización continúa incrementándose en la segunda mitad del siglo XX, y es precisamente en esa época (1949) cuando JORDANA DE POZAS deslinda de los otros títulos de intervención de la Administración a la actividad de fomento, elaborando, o mejor dicho, proponiendo el correspondiente marco teórico. Puede afirmarse entonces que es a partir de esa fecha cuando la doctrina comienza el examen sistemático de esta categoría de actividades, que insistimos encuentra un notable desarrollo en España, al punto que han sido promulgados y dictados instrumentos jurídicos en los cuales se diseña puntualmente su régimen jurídico.

En la actualidad bajo esa denominación, bien atendiendo a la concepción imperante en la doctrina y en la legislación española, o sencillamente atendiendo a específicas técnicas de fomento, como la subvención o las exenciones fiscales, puede decirse que en mayor o menor proporción la actividad de fomento es desarrollada por casi todas las Administraciones Públicas de la mayoría de los países del mundo occidental. Es cierto que en los últimos tiempos —en varios Estados— se nota una tendencia a utilizar menos las técnicas de fomento, en virtud de que la experiencia ha demostrado que las mismas en no pocas veces sirven de vehículo para propiciar la corrupción, pero sobre todo porque ha sido necesario realizar una labor casi de filigrana jurídica a los fines de matizarlas,

y de esa manera evitar que se conviertan en instrumentos que subviertan el principio de la libre competencia, que como es sabido en las economías de mercado abierto constituye una variable fundamental para su desarrollo.

3. MARCO CONCEPTUAL

JORDANA DE POZAS (1949), al identificar la actividad de fomento la definió como "... la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos". Es necesario reconocer que aunque la mayoría de los administrativistas españoles han abordado el estudio de la actividad de fomento, en realidad poco han agregado a la concepción general formulada por el citado autor. Desde luego, que no puede desconocerse que ellos han contribuido a enriquecer dicha concepción, sobre todo en lo atinente a su régimen jurídico, pero insistimos en que las variables sobre las cuales se articula la misma se mantienen sin ninguna modificación. En efecto, dichas variables siguen estando vinculadas a un elemento positivo (teleológico), que no es otro que promover o estimular determinadas actividades de los particulares, cuya realización resulta importante para el interés público o general, y a un elemento negativo (metodológico), dado que las referidas actividades de promoción o estímulo, excluyen formalmente todo tipo de técnica que signifique coacción, o en general limitación a los derechos de los particulares.

Las indicadas variables permiten diferenciar a la actividad de fomento de la de servicio público, ya que esta última implica la erogación de una prestación a favor de los particulares (educación, teléfono, gas, etc), por parte de la Administración o de un concesionario de ésta; en cambio, la actividad bajo examen sólo comporta un estímulo a los particulares, y de ninguna manera prestación alguna (subvención, beca, exenciones fiscales, etc). Asimismo, la otra variable (negativa) permite diferenciarla de la actividad de policía, que como hemos visto siempre implica una limitación o restricción de las actividades de los particulares, la cual por supuesto está ausente en la actividad de fomento.

Resulta muy importante destacar que la referida ausencia de restricción no implica el desconocimiento de la actividad de fomento como título habilitante de intervención de la Administración sobre los particulares, como ocurre con las actividades de servicio público y de policía, pues si bien es cierto que en su

realización como tal actividad, no está presente la acción coactiva de la Administración, verbigracia, cuando otorga una subvención para estimular la producción de determinado alimento, ya que en esa hipótesis la Administración carece de potestades para obligar al particular a su aceptación, pues en estricta pureza, la relación subvencional o de fomento se limita en términos generales a la correspondiente aportación patrimonial y a la recepción de la misma para utilizarla en la actividad indicada, de tal manera que no llega a producirse con ocasión de la misma restricción o coacción alguna. No obstante, la actividad de fomento deviene en un título de intervención administrativa, en virtud de que corresponde a la Administración teniendo a la vista los planes económicos y sociales, seleccionar los sectores sobre los cuales recaerá su actividad de estímulo o promoción. De esa manera, sobre todo en materia económica, aun en una economía de mercado abierto, el Estado puede llegar a utilizar las actividades de fomento inclusive para intentar corregir las imperfecciones del mercado, sin llegar a atentar contra los principios de libre competencia y de libertad de empresa.

Por otro lado, como lo veremos más adelante, una vez que la Administración estimula determinada actividad, sobre todo acudiendo a la técnica típica de la subvención, adquiere ciertas potestades, desde luego, contempladas en el correspondiente ordenamiento jurídico, para controlar la aludida actividad, pudiendo en caso de incumplimiento parcial o total por parte del subvencionado modificar y hasta revocar la medida de fomento; de allí, pues, que pese a que ciertamente la falta de coacción sea una de las variables que sirve para articular el concepto de fomento, ello de ninguna manera implica el desconocimiento de su naturaleza de título básico de intervención de la Administración Pública sobre los particulares.

En fin, a luz de lo anteriormente expuesto, es posible identificar como características de la actividad de fomento, las siguientes: a) es una actividad de la Administración que constituye un título que la habilita para intervenir en la actividad de los particulares; b) en principio su ejercicio excluye la coacción sobre las actividades de los particulares, de tal manera que si desde el punto de vista teórico o conceptual es posible ubicar una actividad de la Administración como de fomento, pero en realidad ella conduce a la limitación o a la coacción de los particulares, entonces deja de encuadrar en este tipo clasificatorio, para hacerlo en el correspondiente al de policía. Sería el caso de un decreto que obligase a las radioemisoras a colocar un porcentaje de música venezolana (el superado 1x1), para estimular la difusión de esta clase de música, so pena de imposición de sanciones administrativas, o el caso de que la Administración elevara sustancialmente los aranceles de importación de determinados

productos, con la finalidad de incentivar la producción nacional, ya que estaríamos ante una clara limitación de la libertad de comercio, aunque orientada específicamente a fomentar la indicada producción. En ambas hipótesis, pese a que las medidas apuntan al "fomento" de las referidas actividades, su procedencia aparece condicionada al establecimiento de limitaciones a los derechos de los particulares. c) Así como en este tipo de actividad está ausente la limitación o coacción, a la par está presente, como ya lo indicamos, un elemento positivo que en criterio de DE LA CUETARA (1985) revela una "actuación de favorecimiento", con carácter ampliador de la esfera de derecho del particular sobre quien recae la medida de fomento, en virtud de que éste accede a posiciones jurídicas de ventaja que antes no detentaba; d) La actividad de fomento estimula la de los particulares cuando coincide con el interés general; por consiguiente, el fomento, específicamente su técnica básica (subvención) únicamente puede favorecer a los particulares, excluyéndose de esa manera las denominadas subvenciones de servicio público, mediante las cuales la Administración con la finalidad de mantener el equilibrio de la concesión, realice aportes de dinero a los concesionarios de estos servicios. Tampoco constituyen medidas de fomento las transferencias de fondos entre Administraciones Públicas, verbigracia de la Administración Estatal a la Administración estatal o municipal, o a un ente de la Administración Nacional descentralizada funcionalmente. No obstante, es menester dejar sentado que el Derecho positivo puede perfectamente quebrantar el aludido principio, y conceptuar como medidas de fomento a estas dos últimas hipótesis de subvenciones. e) Finalmente, la actividad de fomento debe ser aceptada voluntariamente por los particulares y estar dirigida a incidir sobre el interés general o público, pues como afirma VILLAR EZCURRA (1999), no por obvias estas características pueden ser ignoradas, o mejor dicho destacada su importancia, pues en el primer caso, la inexistencia de la aceptación voluntaria "real" del particular, puede servir de manto para encubrir el "dirigismo" de la Administración sobre cierto sector de la economía, desnaturalizando de esa manera el concepto de fomento, al transformarlo en forma encubierta en actividad de policía, y en el segundo, por su vinculación al interés público, que como se sabe es un concepto jurídico indeterminado, la aplicación en la práctica de la medida de fomento por parte del Estado, puede llegar a suscitar problemas, si la actuación administrativa no está presidida por los principios de transparencia, eficiencia y objetividad, ya que de lo contrario puede lesionar el principio de la libre competencia, básico en una economía de mercado abierto.

En ese orden de razonamiento cabe destacar, como lo señala el citado autor, que desde el punto de vista genérico nadie duda acerca de la pertinencia y obviedad de las señaladas características de la noción de fomento (aceptación

voluntaria, y dirección hacia la consecución de un fin público) ya que resulta muy difícil desconocer, por ejemplo, que una actividad privada que conduzca a la creación de empleos, está estrechamente vinculada a la consecución de un fin público, razón por la cual encuadra dentro de aquellas que resultan susceptibles de ser estimuladas o promovidas por la Administración Pública.

Sin embargo, el problema se suscita en el momento en que corresponde apreciar la existencia de esa característica en la determinación del caso concreto, a los efectos de la aplicación de la medida; de allí que los legisladores al regular esta actividad deberían procurar establecer presupuestos de hechos tasados y concretos, con la finalidad de evitar que la Administración utilice incorrectamente el fomento, acudiendo al ejercicio de potestades discrecionales que suele acompañar la realización de este tipo de actividad, para desviar el estímulo hacia esferas de actuaciones de los particulares que estén desvinculadas del interés público, e inclusive para convertir en la práctica la recepción voluntaria de la ayuda, en recepción obligatoria.

Es necesario advertir que son muchas y muy variadas las técnicas de fomento, como lo veremos más adelante en forma sistematizada, entre las cuales destacan condecoraciones, premios académicos, exenciones fiscales, primas de producción, avales, créditos, subvenciones, etc. Por supuesto, que el régimen jurídico de cada ordenamiento será el que fije las condiciones de procedencia y operatividad de cada una de esas técnicas. Hemos hecho referencia a la indicada diversidad con la finalidad de destacar la vigencia del principio de intercambiabilidad de las mismas, dado que todas ellas tienen un mero carácter instrumental a los fines de alcanzar el objetivo deseado, que no es otro que tutelar un determinado interés público. Así por ejemplo, a los efectos de estimular la producción de ciertos medicamentos, la Administración podrá optar entre varias alternativas como las siguientes: concederle a los fabricantes una subvención, exonerarlos del pago de impuestos, o establecer un desgravamen de las materias importadas que sean necesarias para la fabricación.

En todo caso, corresponderá a la Administración atendiendo a las orientaciones de la Política o Plan económico, optar por alguna de esas técnicas de fomento, sin que la opción por cualquiera de ellas incida en el aspecto teleológico de la actividad de fomento; de allí entonces el aludido principio de intercambiabilidad de las técnicas. De otro lado, es necesario destacar que nada obsta, sin que ello sea lo usual, para que los órganos administrativos competentes decidan utilizar varias técnicas a la vez, lo que revela que si bien éstas son intercambiables, no son excluyentes. Más aún, nada impide que se combinen, atendiendo a los objetivos perseguidos por el Estado, las técnicas de

fomento con las de policía administrativa, situación que suele darse sobre todo en el fomento de actividades sociales, verbigracia en el caso de las denominadas viviendas de interés social.

4. CLASES DE TÉCNICAS DE FOMENTO

Indudablemente que la finalidad perseguida por la Administración con el fomento (estimular o promocionar una actividad de los particulares coincidente con el interés público) es muy amplia, razón por la cual resultan numerosas las técnicas que puede utilizar para lograr dicha finalidad. Por esa razón la doctrina ha formulado algunos criterios con la intención de agruparlas o sistematizarlas, entre los cuales destacan el relativo a la incidencia de la actuación de la Administración sobre los particulares, que da origen a técnicas de carácter positivo y de carácter negativo. Con las primeras se otorga una ayuda o ventaja en forma directa a los particulares, como en el caso de las subvenciones, los premios, etc, y con las segundas, también se otorga una ayuda, pero en forma indirecta, en virtud de que las mismas implican la exención a los particulares de una carga u obligación, como en el caso de las exenciones fiscales, las moratorias de pago, etc.

El otro criterio clasificatorio atiende más bien al tipo de estímulo o ayuda que otorga la Administración, formulado originalmente por JORDANA DE POZAS, da lugar a las denominadas técnicas honoríficas (condecoraciones civiles, militares, premios literarios y científicos, etc); técnicas jurídicas (concesión del privilegio de la expropiación forzosa, la dispensa del límite máximo construcción previsto en la Ordenanza de una ciudad, etc), y las técnicas económicas (subvenciones, exenciones fiscales, créditos, avales, etc.).

4.1. *Técnicas honoríficas*

Encuentran su fundamentación en el efecto de emulación que reviste el reconocimiento de determinadas actividades de los particulares, mediante premios (literarios, científicos, etc) condecoraciones civiles y militares, reconocimientos académicos (laudes, premios especiales de graduación, etc). Es cierto que alguna de estas medidas pueden comportar una aportación patrimonial a quienes se les otorga, como por ejemplo, la parte metálica de determinados premios, o de ciertos reconocimientos académicos, pero en definitiva lo que cuenta en el marco de la actividad de fomento es el estímulo derivado del prestigio de la obtención de la medida, lo que permite suponer que

otras personas intentarán desarrollar conductas como las premiadas o reconocidas. Desde luego, que se trata de una actividad de la Administración con carácter *exposfacto*, en virtud de que la medida (condecoración, premio, etc) es adoptada después de la actuación del particular.

La doctrina señala que este tipo de técnicas de fomento que aparecen en la clasificación de Jordana de Pozas, si bien revestían importancia en el pasado, en la actualidad carecen de relevancia, y que en todo caso su eventual utilidad para lograr el fin perseguido (emulación) resulta casi nula, sobre todo por el cuestionamiento a que normalmente son sometidos la mayoría de los premios y condecoraciones, inclusive, algunos teóricamente tan prestigiosos como el Nóbel, debido a la amplísima discrecionalidad que detentan quienes los otorgan. Por supuesto que ese cuestionamiento intrínseco dificulta bastante lograr la emulación que persigue la Administración con esta técnica de fomento.

Pero tal vez la crítica más contundente sobre estas técnicas haya sido formulada por SANTAMARIA (1999), quien asoma serias dudas acerca de que las mismas revistan el carácter de medidas de fomento, cuando expresa ...*"todas estas modalidades de acción premial poseen una relevancia e impacto social indudables; pero su calificación como medidas de fomento es altamente discutible. De promoción o fomento puede hablarse con propiedad sólo en la medida en que pueda establecerse una relación directa de causa a efecto entre una acción pública dirigida a un sujeto y la realización por éste de una conducta o actividad de interés general, y nada de ello sucede en las medidas que antes enumeramos..."* Si el criterio de la relación de causalidad entre la acción de la Administración y la conducta desplegada por el particular necesariamente orientada hacia la tutela de un interés público, resulta acertado, como nos parece a nosotros, para identificar operacionalmente a las medidas de fomento, habría que concluir que las denominadas técnicas honoríficas no entrarían dentro de la actividad de fomento de la Administración, o únicamente podrían considerarse como tales, como asienta el citado autor, vistas desde una *"perspectiva particularmente laxa"*.

4.2. Técnicas jurídicas

Estas técnicas de fomento reciben esa denominación específica, debido a que cuando la Administración recurre a ellas debe conferir un *"privilegio jurídico"* al particular favorecido, o mejor en términos de GARRIDO FALLA (1989), consisten en *"la concesión de dispensas frente a leyes y reglamentos prohibitivos"*. En ese orden de ideas se citan como ejemplos en el ordenamiento

español el otorgamiento a un particular del carácter de beneficiario de la expropiación forzosa, la vecindad administrativa (en tiempos pasados) y la dispensa para construir en determinada zona de una ciudad, más allá del límite de altura máxima previsto en la correspondiente Ordenanza, desde luego para incentivar la construcción de cierto tipo de viviendas.

Afirma VILLAR-EZCURRA (1999) que la ventaja de este tipo de medidas radica en que su adopción no comporta ningún gasto público, motivo por el cual no encuentra límites para su extensión, atendiendo a los fines perseguidos por la Administración. No obstante, en torno a la ventaja señalada por el citado autor, la mayoría de la doctrina sostiene que la indicada extensión en realidad es muy relativa, porque al involucrar el otorgamiento de un privilegio para los particulares beneficiados, ello en esencia comporta una violación al principio de igualdad constitucional, de tal manera que lograr la compatibilidad con ese principio fundamental, impone una labor muy laboriosa por parte del legislador al diseñar las mencionadas medidas, lo que de suyo reduce significativamente su número, y por ende su importancia. En otros términos, la consagración de estas medidas requiere, en primer lugar, normas de rango legal, y en segundo lugar, que las mismas estén redactadas con el debido cuidado y precisión que las torne compatibles con el indicado precepto constitucional.

Finalmente, ha de advertirse que no pueden conceptuarse como pertenecientes a esta clase de técnicas de fomento, medidas como la imposición a determinada categoría de consumidores o fabricantes de obligarse a comprar determinados productos provenientes del particular estimulado por la Administración, ni tampoco las situaciones tendentes a asegurar determinadas cuotas de mercado, porque ellas escaparían a la noción de fomento, y entrarían en la de policía administrativa, por implicar restricción a la esfera jurídica de los particulares, y también porque lesionan el principio de libre competencia.

4.3. Las técnicas económicas

A diferencia de las técnicas honoríficas y jurídicas de fomento, que como hemos visto actualmente carecen casi de importancia, las técnicas económicas constituyen el núcleo fundamental de la acción de fomento de la Administración Pública, en virtud de que todavía son utilizadas en muchos países en el marco de los correspondientes planes económicos y sociales para orientar el desarrollo en esos sectores. Por tanto, casi puede afirmarse que no sólo son las más importantes, sino que representan la verdadera y casi única categoría de las

técnicas de fomento. En general se traducen en el otorgamiento de una ventaja patrimonial para el particular favorecido o estimulado, y debido a que son muchas y variadas, Jordana de Pozas las clasificó en reales y financieras. Mediante las primeras se pone a disposición del particular bienes de propiedad pública para que los utilice en el desarrollo de la actividad promocionada, como por ejemplo, el permiso para la utilización del dominio público.

Las financieras implican la transferencia de capitales o de dineros públicos al particular favorecido, o bien la exención de algunas de sus obligaciones de carácter fiscal. Cabe advertir que atendiendo a esta noción conceptual han sido clasificadas en directas e indirectas, implicando las primeras, la dispensa total o parcial de una obligación económica de carácter general, tributaria o no, y aunque formalmente no afectan al gasto público, en cambio si tienen incidencia sobre los ingresos públicos, porque las referidas medidas realmente implican una reducción de dichos ingresos, en proporción al monto de las mismas. Las segundas comportan la transferencia de recursos públicos, razón por la cual afectan al gasto público, siendo la más representativa de ellas la subvención.

Entre las técnicas financieras indirectas la doctrina suele mencionar a **las exenciones fiscales**, mediante las cuales, como su nombre lo indica, la Administración dispensa a la actividad o empresa promocionada del pago de los impuestos correspondientes. Generalmente estas medidas tienen carácter temporal; a **las desgravaciones fiscales**, que constituyen una modalidad de las exenciones, pero vinculadas a situaciones especiales que confrontan determinadas empresas o actividades; a **las admisiones temporales** que en el ordenamiento español consisten en la configuración de una excepción al régimen aduanero en la importación de materias primas, las cuales una vez trabajadas por la industria nacional, son exportadas.

Cabe advertir que las exenciones y las desgravaciones fiscales deben estar previstas expresamente en normas de rango legal (principio de reserva legal), y si bien pueden ciertamente ser utilizadas como verdaderas técnicas de fomento, SANTAMARIA (1999), sostiene que ese carácter actualmente resulta muy discutible, pues se trata más bien de medidas generales que deben estar inscritas en la Política o el Plan económico de un país, y agrega dicho autor que "... además el empleo de estas técnicas se halla hoy en franca regresión, por considerarse contrarias a la ortodoxia de la imposición tributaria: un beneficio fiscal es un pago indirecto (bajo la forma de un ahorro de gasto del sujeto pasivo) que, en términos contables correctos, debiera ser sustituido por una prestación directa (esto es, una subvención)".

Entre las medidas financieras directas destaca de manera particular la **subvención**, motivo por el cual la examinaremos detalladamente más adelante, además de los **créditos**, los cuales pueden adoptar distintas modalidades, pero todas ellas tienen en común que comportan una ventaja, para el particular, si se comparan con los créditos que otorgan los Bancos e instituciones financieras privados. Así, por ejemplo el préstamo con un interés menor al del mercado, o con intereses subsidiados, los denominados anticipos que son préstamos especiales, en razón de que el prestatario no paga intereses, y devuelve el capital en condiciones muy favorables, los **avales y garantías** otorgados por la Administración Pública, para que el particular pueda obtener créditos en las instituciones financieras.

5. LAS MODALIDADES UTILIZADAS POR LA ADMINISTRACIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS ESTÍMULOS ECONÓMICOS DE FOMENTO

Cabe resaltar que el otorgamiento de los estímulos económicos a la actividad de los particulares coincidente con el interés general, puede resultar una acción episódica o coyuntural, pero también puede suceder —y es lo deseable— que el mismo se inscriba dentro de un plan o de una política general de la Administración, en el cual las medidas de promoción tiendan a regular, desde luego, por vía indirecta, a un sector de la economía. En realidad puede tratarse de un plan general, o de un plan sectorial, pero lo importante que debe tener presente en su análisis el operador jurídico o el administrador, es que independiente del tipo de plan, la idea de regular un sector de la economía no está restringida únicamente a las técnicas de fomento, sino que generalmente requiere técnicas de policía, así como decisiones de "publicación" o de "despublicación" del sector. En todo caso lo que aquí interesa hacer notar es que la armonización de esas clases de actividades administrativas en el proceso de ejecución del plan, supone que al particular tener acceso a las técnicas de fomento, queda sujeto a las limitaciones derivadas de la actividad de policía y de servicio público.

En fin, los lineamientos del plan económico, aprobado mediante la norma del rango que sea suficiente de conformidad con el respectivo ordenamiento, se imponen a los beneficiados por los estímulos económicos, y por supuesto que esa sujeción se extiende también las técnicas de policía. Así, por ejemplo, un plan de viviendas populares, puede contemplar el otorgamiento de estímulos económicos a los constructores, tales como créditos subsidiados, anticipos, etc, pero a la vez impone que los beneficiados en su actividad deben quedar sujetos a los límites establecidos en el plan, tales como el tipo de vivienda, el tamaño de la misma, el precio por metros cuadrados, etc.

De modo, pues, que sin negar la modalidad de otorgamiento de ayudas económicas en forma coyuntural a determinados administrados, todo apunta hacia la prevalencia de la tendencia a inscribir las técnicas de fomento en los referidos planes económicos, lo que no deja configurar una situación paradójica, puesto que si por definición el fomento escapa a todo intento de coacción de los particulares en la realización de sus actividades, cuando el mismo aparece encuadrado en un plan, cuya finalidad básica es regular la actividad o un sector económico, evidentemente que deviene en el marco del plan (armonización de las diversas técnicas: policía, servicio público y fomento), en una técnica que indudablemente es utilizada por la Administración para controlar la actividad económica de los particulares, desde luego, colocada en una perspectiva de tutela del interés general, pero control al fin y al cabo.

De otro lado, conviene subrayar que la doctrina española (VILLAR EZCURRA, 1999, MARTIN RETORTILLO, 1988), vincula a la planificación económica a la denominada "acción concertada", que da lugar a una relación contractual entre el particular -en este caso el beneficiario de la medida de fomento- y la Administración, sobre la base de los lineamientos contenidos en el plan, atendiendo a las siguientes fases : aprobación del plan, generalmente mediante la combinación de normas de rango legal y reglamentario, oferta de la Administración a los particulares interesados en los beneficios del plan, para la cual se propone un convenio, en el cual se detallan las circunstancias de otorgamiento de ayudas económicas, pero a la vez las obligaciones que adquiere el particular; y la suscripción del convenio por ambas partes, una vez que es aceptado por el particular. De modo, pues, que la acción concertada no es más que una especie de operacionalización de las disposiciones del plan concernientes a un sector de la economía, mediante la suscripción de un convenio que generalmente tiene un carácter estandarizado, entre el la persona o empresa que recibe el estímulo económico y la Administración concedente.

6. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD DE FOMENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

6.1. *Premisa introductoria*

Es necesario reiterar que si bien la conceptualización del fomento como una de las categorías fundamentales de la actividad administrativa es reciente, su existencia como tal es de antigua data. Ahora bien, desde que se comienza a utilizar, e inclusive aun después que Jordana de Pozas elabora la indicada

construcción conceptual, privó y continuó privando la tendencia a considerar las ayudas provenientes del Estado para procurar el bienestar de la colectividad, mediante el estímulo a determinadas actividades de los particulares coincidentes con el interés público, como una expresión de beneficencia o liberalidad de la Administración, al punto que durante mucho tiempo fueron consideradas como meras donaciones. Atendiendo a esa razón se impuso la tesis de la exclusión de esta actividad estatal de fomento del marco legal regulatorio, ya que los órganos administrativos competentes tenían plena libertad para ejercerla en un ámbito de discrecionalidad casi absoluto. En otros términos, era una actividad cuya sujeción al principio de legalidad resultaba casi inexistente.

Sin embargo, el perfeccionamiento gradual del Estado de Derecho, mediante los correctivos necesarios por vía normativa, doctrinaria y jurisprudencial, ha originado un cambio significativo en la percepción que se tenía acerca de esta actividad, disparándose así los mecanismos institucionales conducentes al diseño e implementación de una disciplina jurídica sobre la actividad administrativa de fomento, con la finalidad de intentar reconducirla a la esfera del principio de legalidad. Demás está decir que resultó necesario vencer los obstáculos derivados de la conceptualización de liberalidad que durante mucho tiempo se dio a la misma. Pese a que la referida disciplina ha sido consagrada en los ordenamientos jurídicos, debe reconocerse que la misma continúa coloreada parcialmente por la referida tendencia, lo que se refleja de alguna manera, como lo veremos enseguida, en la aplicación de los principios de reserva de ley, de legalidad, así como en el requerimiento de potestades ampliamente discrecionales, sobre las cuales se pretende articular la acción de fomento de la Administración Pública. Por consiguiente, deben tenerse presente esas características al examinar esta clase de actividad administrativa.

6.2. La sujeción al principio de legalidad

Cabe recordar que el principio de legalidad administrativa reviste rango constitucional en la mayoría de los países del mundo, motivo por el cual actualmente resulta bastante difícil excluir del mismo a priori a una categoría de actividades de la Administración Pública, como es la de fomento. No obstante, debemos recordar que la amplitud de dicho principio está condicionada por la tesis que prive en cada ordenamiento, de tal manera que si predomina la relativa a la vinculación positiva, la Administración sólo podrá actuar válidamente si está habilitada por una ley previa; en cambio, si priva la concerniente a la vinculación negativa, la ley funciona como un límite externo, de tal manera que la Administración actuará válidamente, siempre y cuando no traspase ese límite,

o no dicte actos que colidan con el mismo (ley). También hay que tener muy en cuenta que bien prime una u otra tesis, el contenido del principio está determinado por el denominado "bloque de la legalidad" propuesto por Hauriou, que incluye normas dictadas válidamente de cualquier rango (constitucionales, legales o sublegales).

Por consiguiente, la aplicación del principio de legalidad admite especificidades, siendo quizás la más importante, aun en el marco del bloque de la legalidad, la relativa al denominado principio de reserva legal, pues en ese caso se sujeta la actuación de la Administración a su previa habilitación únicamente por una norma de rango legal. Pues bien, debido a que durante mucho tiempo la actividad de fomento de la Administración, aún después de haber sido conceptualizada jurídicamente, como expusimos antes, careció de una disciplina jurídica, hoy en día la sujeción de la misma al principio de legalidad resulta innegable, pero con significativos matices, que a continuación pasamos a señalar:

En lo tocante al principio de reserva legal, sobre todo cuando la Administración acude a técnicas económicas, que inciden sobre los ingresos o los gastos públicos (subvención, exenciones tributarias, etc), no cabe duda que rige el mencionado principio, en virtud de una disposición de legalidad presupuestaria presente en casi todas las Constituciones del mundo, concerniente a la necesidad de que todo gasto que realice la Administración debe estar contemplado en el presupuesto, y como es sabido este instrumento es sancionado mediante Ley; así como de otra disposición de legalidad tributaria, que condiciona la procedencia de las exenciones o exoneraciones de tributos, a su previa consagración en una ley formal o en un instrumento con rango de ley; de allí pues, que en esta perspectiva, debe concluirse que la actividad de fomento de la Administración Pública está regida por el principio de reserva legal, y obviamente por el de legalidad.

Cierto es que otros aspectos atinentes a esta clase de actividad administrativa pueden también estar regulados por instrumentos de rango legal, tales como los requisitos para el otorgamiento de la ayuda, el monto de la misma, el órgano competente o delegado, etc, pero igualmente sin que ello comporte una violación al indicado principio de reserva de ley, pueden estar establecidos en instrumentos de rango sublegal. Lo importante de destacar es que en ambas hipótesis la actividad de la Administración aparece regida por el principio de legalidad.

Conviene señalar con relación al citado principio de legalidad presupuestaria (previsión de los fondos para los gastos que origine la acción de fomento), que la doctrina española está conteste en que si la Administración otorga una subvención, sin que aparezca contemplada en el presupuesto, la misma resulta inexigible por parte de la empresa o persona estimulada; sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que en esa hipótesis (falta de cobertura presupuestaria), el particular está facultado para ejercer una acción de responsabilidad contractual o extracontractual con la finalidad de lograr que le sean resarcidos los daños que le ha ocasionado la Administración al otorgarle un beneficio sin consignación presupuestaria, porque como sostiene MARTIN RETORTILLO (1988) "...ya que al fin y a la postre es siempre la ley sustantiva la que reconoce el derecho a las medidas de fomento, limitándose la Ley de Presupuesto a posibilitar la exigibilidad temporal del gasto".

Por lo que corresponde a un aspecto que a veces se olvida del principio de legalidad administrativa, como lo es el ejercicio de potestades discrecionales, es preciso reiterar que hasta hace poco tiempo la Administración disfrutaba de potestades discrecionales casi absolutas en la adopción de las medidas de fomento, debido al carácter benéfico o de liberalidad que se les atribuía, pero una vez que se inicia el proceso de juridificación de esta actividad, observamos una tendencia a reducir significativamente esa amplísima discrecionalidad, al punto que las normas que la regulan suelen establecer no sólo los requisitos de procedencia y la cuantía de la ayuda, sino también el procedimiento constitutivo, e inclusive el derecho a ejercer recursos contra los actos que acuerdan o niegan las medidas, según el caso.

De todas maneras este cambio no llega a la transformación radical de las potestades discrecionales casi totales que detentaba la Administración, a potestades casi absolutamente regladas, para adoptar las medidas de fomento, pues el Derecho positivo sigue siendo receptivo de la tendencia histórica relativa a la libertad de los órganos administrativos en esta materia, razón por la cual los supuestos normativos contienen todavía amplios espacios discrecionales.

También se manifiesta el principio de legalidad administrativa, como afirma ARIÑO ORTIZ (2001), en la regulación de la relación de sujeción especial que se configura entre la Administración que otorga la ayuda económica y el particular que la recibe, dado que éste asume cargas y obligaciones, especialmente la relativa a la realización de la actividad estimulada, en los términos convenidos, y aquella adquiere poderes de control exclusivamente sobre el desarrollo de dicha actividad, y desde luego que esa situación tiene

que ser disciplinada por normas de rango legal o sublegal, según el correspondiente ordenamiento.

Queda así demostrado que la actividad de fomento no escapa al principio fundamental de legalidad a que está sometida la Administración, y que debido a su particularidad, el referido principio admite las modulaciones antes enunciadas.

Por último, quedaría por discutir en cada ordenamiento, atendiendo a la particularidad de la actividad de fomento, la metodología para desagregar el principio de legalidad, y lógicamente traducir ese resultado al Derecho positivo, pues en ese orden de ideas conviene recordar que algunos autores se pronuncian por reservar a la Ley parámetros que consideran fundamentales, tales como las condiciones o requisitos de procedencia de las medidas de fomento, el tipo de medidas, las condiciones básicas para su obtención, y la cuantía de las mismas, pudiendo la Administración por vía de Reglamento establecer las condiciones, circunstancias, modos y términos para la aplicación de esas disposiciones legales.

Otros autores estiman que dada la naturaleza de la actividad de fomento de la Administración, debe reservarse a normas de rango legal únicamente el establecimiento de las medidas económicas que puede adoptar la Administración, dejando al reglamentista la libertad para establecer el resto de los parámetros que permiten su ejercicio, pues en su criterio, así lo impone el aspecto teleológico de las mismas, máxime si el mismo se inscribe dentro del marco de la planificación económica, cuya ejecución puede implicar variaciones imprevistas o previstas, a las cuales tendrían que ajustarse las medidas de fomento, para lo cual resulta mucho más sencillo reformar el correspondiente reglamento, sencillez que como es sabido no caracteriza precisamente a las modificaciones legislativas.

6.3. La sujeción al principio de igualdad

Este principio juega un papel relevante a los fines de intentar garantizar que las actividades de fomento de la Administración, no comporten discriminación de los particulares interesados en ser favorecidos con las medidas de fomento, e inclusive a los no interesados en el correspondiente procedimiento. Y es que precisamente la igualdad viene a convertirse en un talón de Aquiles de esta categoría de actividades administrativas, por un motivo elemental: siempre serán muchos los que pretendan beneficiarse de las ayudas de la

Administración, e igualmente siempre serán reducidos los recursos a disposición del Estado con ese fin. Es así que la Administración debe dentro del natural margen de discrecionalidad que le otorga el ordenamiento, actuar absolutamente apegada a los cánones legales para evitar incurrir en la violación de este principio, cuya importancia en la apreciación de este tipo de actos de la Administración ha sido destacada por la jurisprudencia.

En efecto, son muchas las sentencias en que los órganos jurisdiccionales han utilizado el principio de igualdad constitucional para determinar si una medida de fomento otorgada o negada por la Administración resulta legal o ilegal. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo de España ha sostenido que la Administración no puede establecer ayudas públicas o becas para estudiantes, excluyendo de entrada a los estudiantes de institutos privados no subvencionados con fondos públicos, en virtud de que ello lesiona el principio de igualdad constitucional. En esa misma línea se orienta la sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de febrero de 1985, al pronunciarse sobre las Leyes de Presupuestos del Estado de 1983 y 1984, y señalar que resultaba contrario al principio de igualdad el sistema de subvenciones estatales contemplados en esos textos legislativos, debido a que estaban reservadas exclusivamente a las centrales sindicales más representativas, excluyendo a las demás.

Por consiguiente, queda claro que la Administración cuando adopta medidas de fomento, además de ajustarse al principio de legalidad, está obligada a compatibilizarla con el principio de igualdad, lo que no deja de resultar una tarea difícil, porque casi siempre la actuación administrativa supondrá la selección de unos y la exclusión de otros. Sin embargo, precisamente la aludida compatibilización consiste en que esa selección y exclusión no den lugar a predicar fundadamente discriminaciones. En todo caso, la doctrina y el Derecho positivo se han encargado de establecer ciertos elementos que contribuyen a lograr esa compatibilización. En ese sentido SANTAMARIA (1999) sostiene que las ayudas económicas deben otorgarse conforme a un régimen presidido por los principios de transparencia, publicidad y libre concurrencia, al que deben someterse todos los interesados, y al mismo tiempo que el otorgamiento debe llevarse a cabo mediante procedimientos licitatorios competitivos, basados en que los seleccionados deben ser aquellos que al realizar la actividad promocionada, rindan beneficios o mayores beneficios al interés general.

Por otra parte, ARIÑO ORTIZ (2001), en la misma línea de proponer elementos que tiendan a garantizar el respeto del principio de igualdad en la adopción de las medidas de fomento, invoca el principio de la libre competencia, y en tal sentido afirma que desde el punto de vista económico las referidas

medidas no pueden violar las reglas de la libre competencia, discriminando a los competidores no favorecidos por las ayudas. Pareciera que esta acotación del mencionado autor estuviera referida más bien a la actuación general de la Administración cuando dicta medidas de fomento, en el sentido de que está impedida de colocar en situación de ventaja a los que disfrutaban de ayudas, sobre los que no tienen acceso a las mismas porque no las requieren. Sin embargo, en esta hipótesis más que infringirse el principio de igualdad constitucional, en realidad se infringe el principio de la libre competencia, que también está constitucionalizado, razón por la cual puede solicitarse jurisdiccionalmente su amparo.

6.4. La sujeción al principio de la libre competencia

Actualmente la mayoría de las Constituciones privilegian la libertad de empresa, cuyo ejercicio implica la libre competencia, que se ha convertido en los países europeos en el elemento básico del proceso de liberalización de sus economías, al punto que en todos ellos además del control ejercido por los órganos de justicia de la Unión Europea, han sido creadas Administraciones Independientes o Tribunales encargados de defender la competencia; de allí entonces que la actividad de fomento de la Administración no sólo debe cabalgar por senderos muy estrechos para no infringir el principio de igualdad, sino que dichos senderos se tornan más angostos cuando de lo que se trata es de preservar el principio de la libre competencia, dado que está sujeta a un doble control jurisdiccional: el interno y el de la Unión Europea. Inclusive el artículo 92 de la CEE, todavía vigente, prohíbe las ayudas otorgadas por los Estados miembros bajo cualquier forma, que falseen o amenacen de falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

7. EL CONTROL DE LAS MEDIDAS DE FOMENTO ADOPTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

Es cierto que corresponde, en primer lugar, al órgano administrativo que otorga la ayuda económica, ejercer las potestades de control que nacen de la relación de sujeción especial que se configura entre dicho órgano y el particular beneficiado, las cuales se reducen fundamentalmente a la comprobación de la realización de la actividad subsidiada en los términos convenidos. Pues bien, esas potestades serán examinadas en la oportunidad en que nos toque estudiar la medida típica económica: la subvención, pero en este acápite pretendemos referirnos sucintamente al control fiscal externo que ejercen órganos

especializados, como son los Tribunales de Cuentas en Europa y las Contralorías Generales en América Latina.

La base de las potestades de control de los referidos órganos radica en que todas las medidas de fomento que se traducen en técnicas económicas implican un gasto público, o bien afectan a los ingresos públicos, razón por la cual dichos órganos de control externo están facultados por disposiciones constitucionales o legales para inspeccionar, vigilar y controlar a la Administración Económica, cuando adopta medidas de fomento, pero es necesario destacar que al mismo tiempo esa potestad suele extenderse también a los particulares perceptores o beneficiarios de dichas medidas, a los fines de determinar no sólo si están utilizando las ayudas que les han sido concedidas para realizar la correspondiente actividad, sino también si lo hacen o lo han hecho en forma eficaz y eficiente (especie de control de gestión).

En sede doctrinaria se han suscitado discusiones acerca de la fundamentación conceptual que sirve de base a los órganos de control fiscal para vigilar e inspeccionar la actividad de los particulares, e inclusive en determinadas hipótesis declarar su responsabilidad, cuando ejecutan las ayudas que les proporciona la Administración. Así, por ejemplo un sector de la doctrina española sostiene que los beneficiarios de las ayudas económicas, en su condición de tales, forman parte del sector público, y por consiguiente pueden ser sometidos a ese control. MARTIN RETORTILLO (1988) rechaza esa posición, por considerar que el ordenamiento jurídico define claramente a los integrantes del sector público, dentro de los cuales no figuran los particulares que reciben medidas de fomento, y además porque una vez que éstos reciben esos auxilios, los mismos pasan a formar parte de sus correspondientes patrimonios, y por ende, pierden su carácter de fondos públicos.

Otro sector de la doctrina justifica el control sobre los particulares y sus actividades, argumentando que como consecuencia de la recepción de esos fondos públicos, se produce una "publicatio" de la actividad privada realizada con los mismos, razón por la cual queda sometida a la fiscalización del órgano -en ese caso el Tribunal de Cuentas- en todo lo que se refiere al empleo efectivo de dichos fondos en el cumplimiento de los fines concretos para cuya consecución se otorgaron. Como expresamos antes, este control externo comprende tanto al de legalidad como al de gestión (eficiencia, eficacia y economía en la utilización de los recursos públicos transferidos), y desde luego debe ajustarse al procedimiento delineado en la Ley que regule al órgano de control fiscal.

De otro lado, si las medidas de fomento se expresan en actos formal y sustancialmente administrativos, en los países de régimen administrativo su control de legalidad debe estar encomendado a los órganos de la denominada jurisdicción contencioso administrativa. Hoy en día esto constituye un principio casi elemental, cuya consagración fue el resultado de la evolución de las instituciones y de la jurisprudencia, pues como es dable imaginarse durante mucho tiempo se pensó –por cierto erróneamente– que las amplias potestades discrecionales que detentaba la Administración en la adopción de este tipo de actos, conducía a su exclusión de la revisión jurisdiccional. En esa evolución hubo una época en que se impuso la tesis de la revisión judicial, pero como prevalecía el criterio de que la mayoría de estas medidas, sobre todo la subvención, que como hemos dicho es la más importante, detentaban la naturaleza jurídica de la donación o liberalidad, entonces cualquier demanda debía ser interpuesta ante la jurisdicción civil, tesis esta que obviamente ha sido totalmente superada.

Hace ya bastante tiempo que está fuera de toda discusión la naturaleza administrativa de estas medidas, incluyendo a la subvención, las cuales han venido siendo rodeadas de un conjunto de garantías, mediante disposiciones normativas, tendientes a preservar fundamentalmente el principio de igualdad, y a reducir los amplios márgenes de discrecionalidad de la Administración en su otorgamiento, acudiendo para ello al establecimiento de procedimientos reglamentados de tipo competitivo. La consagración de esta clase de procedimientos ha permitido que aumente significativamente el número de legitimados para impugnar las medidas de fomento, inclusive la jurisprudencia española ha articulado esa legitimación activa a los denominados "intereses competitivos", los cuales detenta cualquier particular por el sólo hecho de haber participado en el procedimiento de otorgamiento. En otros términos, basta que participe en el referido procedimiento para que adquiera la condición de interesado; y en consecuencia, quede facultado para interponer recursos contra el acto que otorgó el beneficio a otro, o contra el acto denegatorio del mismo.

Sin dudas que la jurisprudencia acudiendo al mencionado criterio ha ampliado el control jurisdiccional de los actos de fomento emanados de la Administración, lo que resulta sumamente positivo porque pese a la creación de mecanismos para reducir la discrecionalidad de la Administración, así como el riesgo a la violación del principio de igualdad, debe reconocerse que este tipo de actuaciones administrativas siguen afectadas por graves vicios que se vinculan a la corrupción y al fraude, y por tanto, la ampliación del control sobre las mismas por los interesados a través de los recursos judiciales juega un

papel relevante en la atenuación de esos vicios, y en definitiva en la búsqueda de la realización de la justicia, porque al fin y al cabo los fondos que se transfieren a los particulares, son fondos públicos.

De modo, pues, que los órganos de control externo fiscalizan, inspeccionan y vigilan a la Administración que otorga los beneficios, así como a los particulares que los reciben, pudiendo en ejercicio de las facultades que les confieren los respectivos ordenamientos, si fuere el caso, abrir los procedimientos pertinentes con el objetivo de declarar la responsabilidad civil o administrativa, de los titulares de la Administración o de los propios particulares. Insistimos en que corresponderá analizar cada ordenamiento jurídico para determinar hasta donde llegan las potestades de los órganos de control fiscal, cuando ejercen sus funciones sobre la actividad de fomento.

8. LA SUBVENCIÓN

8.1. Definición

Recordamos que dentro de todas las medidas de fomento, las ubicadas en la categoría de las técnicas económicas son las más importantes, y que la más emblemática de todas ellas es **la subvención**, al punto que una parte de la doctrina y algunas legislaciones la elevan a la categoría de género de las técnicas económicas. En ese orden de ideas, cabe hacer notar que la mayoría de la doctrina española conceptúa a la subvención como una técnica de fomento, que consiste en la entrega por parte de la Administración Pública de un aporte patrimonial, generalmente de carácter dinerario, a fondo perdido, a un particular, para que éste realice una actividad que necesariamente debe coincidir con un interés público tutelado por la Administración. Es necesario advertir que no siempre es esa la concepción de subvención recogida por el Derecho positivo, pues suele ocurrir que las disposiciones legales la superen en extensión y alcance, como sucede por ejemplo con la Ley General Presupuestaria Española, modificada por la Ley de Presupuestos de 1991, cuyo artículo 81, la define "como toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o promover la consecución de un público".

Siguiendo esa misma orientación normativa el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento para la concesión de subvenciones públicas, prescribe que subvención es "toda disposición gratuita

de fondos públicos realizada a favor de entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad pública o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado". Una simple lectura de las definiciones doctrinarias y normativas españolas antes transcritas, evidencia que existe una clara diferencia entre ellas, en lo tocante a su alcance y extensión, puesto que la primera tiene una acepción restringida, y la segunda una acepción muy amplia, las cuales pasamos a examinar.

8.2. Análisis de la definición

Las variables básicas que permiten articular la definición de subvención antes transcrita son:

a) La atribución patrimonial

Es necesario que se produzca una atribución patrimonial al particular, la cual casi siempre es en dinero, al punto que algunos autores niegan que pueda consistir en bienes públicos que no están constituidos por una masa dineraria; no obstante, se trata de una posición reduccionista, porque nada obsta, desde el punto de vista jurídico, para que la atribución sea de bienes "in natura" o en especie que, desde luego, sean equivalentes a una suma de dinero. En ese orden de ideas, no podría negarse el carácter de subvención, por ejemplo, a los materiales de construcción (bloques, cemento, cabilla, etc), que la Administración proporcione a una empresa o persona que realiza un programa de viviendas populares, o la dotación de semillas, abono, etc. a unos agricultores que participen en un programa destinado a fomentar la agricultura. En fin, reconocemos que la atribución patrimonial tiende a ser en la mayoría de los casos en dinero, pero asumir esa posición en forma excluyente, negando cualquier modalidad de bien público, puede resultar contraproducente para la aplicación de las políticas de fomento por parte de la Administración, en virtud de que en determinadas circunstancias, atendiendo al correspondiente plan o política, puede requerirse que esa atribución sea "in natura" o en especie. Por otra parte, dejamos constancia que esta variable acota el contenido de la definición bajo examen, en virtud de que al tratarse de una atribución patrimonial (hecho positivo), no podrían calificarse como subvención por ejemplo las exenciones tributarias (hecho negativo). No obstante, los legisladores suelen separarse de este criterio, cuando definen como subvención **toda ayuda** que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o

dependientes de la Administración General del Estado. De allí entonces que resulte concluyente la tendencia legislativa a consagrar a un concepto muy amplio de subvención. Inclusive en el caso europeo esa tendencia está presente en el Tratado de la CEE, todavía vigente, bajo la denominación genérica de "ayudas públicas", que incluye literalmente a la subvención en sentido estricto o restringido, conjuntamente con todas las modalidades de medidas económicas de fomento antes mencionadas.

b) La atribución patrimonial tiene que ser a fondo perdido

En el marco de la definición doctrinal bajo análisis, resulta esencial que la atribución patrimonial sea totalmente gratuita; y por ende, no sujeta a devolución, sin que ello implique, como veremos más adelante, encuadrarla dentro del concepto de liberalidad o de donación. Ahora bien, esta variable es básica para sustentar la concepción restringida de subvención, pues el referido carácter gratuito conduce a excluir de la misma ayudas, como los anticipos, los avales, los préstamos, que comportan la obligación de un pago de capital o intereses, o de ambos, por parte del particular o empresa perceptores.

c) La atribución patrimonial tiene que ser a un particular

Esta variable sobre la cual se articula la definición doctrinaria bajo examen, niega que se configure una verdadera subvención, cuando la atribución patrimonial que hace la Administración es a entidades públicas, verbigracia las denominadas en el ordenamiento español subvención-dotación de servicios públicos, destinadas a mantener el equilibrio financiero de la concesión, mediante la cobertura del déficit originado en la fijación y cobro de las tarifas, y la subvención-consignación para entidades públicas. En fin, si se admite la validez de esta variable debe rechazarse cualquier intento de denominar subvención la atribución patrimonial, en dinero o en especie, por parte de la Administración Pública a cualquier ente público de carácter territorial o funcional. No obstante, los legisladores desmienten este criterio doctrinal al establecer, como hemos visto, que la subvención puede tener como receptor a cualquier ente público.

d) La existencia de una relación de causalidad entre la atribución patrimonial de la Administración y la actividad que debe desarrollar el particular

Otra variable en la articulación de la definición bajo examen es la relativa a la necesidad de que pueda establecerse una relación de causa efecto entre la ayuda de la Administración y la realización de la actividad promocionada, que

siempre tiene que estar vinculada a un interés público, que debe realizar el particular, o también el ente público en el caso de que el ordenamiento admita que puede revestir el carácter de receptor de subvenciones. Se trata de una verdadera afectación de fondos públicos al elemento finalista de toda medida de fomento, que como sabemos, es incentivar determinada actividad, en tanto que su realización es considerada relevante para la tutela de determinados intereses públicos.

De tal manera que si esa relación no aparece configurada y la Administración transfiere a título gratuito fondos públicos, entonces debería pensarse que se trata de un acto de donación, mas que de la técnica económica de subvención. Por cierto que la determinación de esta relación de causalidad constituye un elemento clave en el control que debe ejercerse sobre la Administración que concede subvenciones, porque es evidente que la inexistencia de la misma revelaría un verdadero fraude, por supuesto, siempre y cuando se admita que el elemento bajo examen, resulta esencial al concepto de subvención.

El examen de las cuatro variables esenciales sobre las cuales se construye el concepto de subvención pone de manifiesto los dos sentidos del mismo: estricto y amplio, correspondiendo el primero a una postura de la mayoría de la doctrina española, y el segundo una postura que obedece más a razones de política legislativa, y sobre todo de política económica. Desde luego, que será el análisis particular de cada ordenamiento el que permitirá dilucidar el verdadero sentido y alcance de esta técnica de fomento.

8.3. Modalidades o clases de subvención

Aun en el marco del concepto estricto de subvención, la doctrina ha podido aislar algunas modalidades de la misma. En tal sentido VILLAR EZCURRA (1999), destaca las siguientes:

a) Primas

Estas son una especie de subvención que lógicamente implican una aportación dineraria a un particular, cuando éste no sólo realiza una actividad vinculada a un interés público, sino que lo hace en determinadas circunstancias, o alcanzando ciertos resultados cuantitativos o cualitativos que son fijados previamente por la Administración. Generalmente se otorgan en el sector industrial, pero puede ser en cualquier otro, cuando las industrias alcanzan niveles óptimos

de producción. De tal manera que la actuación de la Administración tiene un carácter significativamente reglado, en virtud de que la norma delinea los presupuestos (nivel de producción, tipo de industria, monto de la prima, etc), que condicionan el otorgamiento de la prima. Por lo tanto, el mismo será procedente si se cumplen los extremos legales, y desde luego con carácter *exposfacto*, dado que sólo después que la actividad es realizada, es cuando resulta posible evaluar el indicador más importante (nivel de producción, por ejemplo).

b) Premios

Esta modalidad de subvención es prácticamente igual a la conocida bajo la denominación de primas, con la diferencia de que en su otorgamiento la Administración ejerce una potestad ampliamente discrecional. Por supuesto, que como toda actuación de fomento su finalidad es estimular una actividad vinculada con un interés público. Son ejemplos de esta especie de subvención, los premios que se suelen otorgar en artes, literatura, cultura, cinematografía, investigación científica, etc., los cuales además de implicar un reconocimiento honorífico, a la vez comportan la aportación de sumas dinerarias importantes a los premiados, inclusive en algunos casos generan pensiones vitalicias para los ganadores. Igual que las primas tienen un carácter *exposfacto*, pero a diferencia de éstas cabalgan entre las técnicas honoríficas y las técnicas económicas de fomento.

c) Becas

Esta es una modalidad de subvención que consiste en aportar una suma de dinero a un particular con la finalidad de estimular el estudio o la investigación. Lo deseable es que en su otorgamiento prive el ejercicio de potestades regladas, pero nada obsta para que el ordenamiento determine que predomine el ejercicio de potestades discrecionales. Villar Ezcurra afirma que no deben confundirse las subvenciones otorgadas bajo la modalidad de becas, cuya finalidad es estimular la investigación y el estudio en determinadas materias (becas doctorales y postdoctorales, por ejemplo), con las becas que normalmente se otorgan para incentivar a la enseñanza o la educación en su perfil de servicio público, ya que en ese caso están destinadas a garantizar el principio de igualdad en dicho servicio, proporcionándole a las personas que carecen de recursos para estudiar, la posibilidad de acceder a las aulas de clase.

d) Subsidios

Esta es una modalidad de subvención que suele considerarse por parte de algunos autores, e inclusive en algunos textos legislativos, equivalente a la

subvención misma, de tal manera que ello autoriza a utilizar indistintamente ambos términos (subsidio y subvención). De todas maneras el subsidio es visto desde la óptica de un cierto sector de la doctrina como una modalidad específica de subvención, razón por la cual ha sido definido como el aporte dinerario que hace la Administración a una entidad financiera, para que ésta lo utilice en amortizar las cuotas que en concepto de cancelación de un préstamo debe pagar el particular cuya actividad origina el subsidio. Sería el caso de un crédito agropecuario obtenido por un particular de una institución financiera privada, que supone su pago en cuotas de determinado monto, las cuales al otorgarse el subsidio en los términos antes indicados, permite disminuir el número de cuotas, o reducir el monto de cada una de ellas. Queda claro entonces que la atribución dineraria no se hace directamente al particular, sino a una institución financiera, pero dicha aportación tiene los mismos efectos en el marco de la actividad de fomento, que si la Administración la hubiese hecho al particular. Y también debe quedar claro que en algunos ordenamientos no se concibe el subsidio como una modalidad de la subvención, en los términos aquí expuestos, sino que también se utiliza el término como sinónimo de subvención.

8.4. El Régimen Jurídico de la subvención

8.4.1. Los principios generales

Como toda actividad de fomento la subvención, que por lo demás es la técnica más importante de esta clase de actividad administrativa, está sujeta a los principios jurídicos que examinamos precedentemente, esto es, al de legalidad administrativa, ya que se requiere que la Administración esté habilitada por una norma de rango suficiente para poder otorgarla; al de igualdad, porque pese a las dificultades que supone su preservación en este tipo de actos, resulta necesario que normativamente se establezcan las garantías para que tendencialmente se respete dicho principio; al de legalidad presupuestaria, porque se requiere que el gasto que debe erogarse con motivo de la concesión de la subvención tiene que estar contemplado en el Presupuesto (consignación presupuestaria), razón por la cual opera una interdicción legal tanto para otorgar subvenciones sin consignación presupuestaria, como de mayor cuantía a aquellas a la contemplada en la respectiva partida presupuestaria; y al de la libre competencia, cuyo respeto impone la conformación normativa de la subvención, de tal manera que su otorgamiento no rompa el límite del principio de la libre competencia, en el sentido de evitar su falseamiento, e igualmente la configuración de la amenaza de falseamiento.

Finalmente, aunque no se trata de un principio de rango constitucional como los anteriores, es necesario señalar la tendencia presente en muchos ordenamientos a consagrar, desde luego por instrumentos de rango legal, el principio atinente al carácter **no lucrativo** de la subvención, cuya aplicación impide que su monto total pueda ser superior al costo de la actividad promocionada. De esa manera se evita que el particular pueda desnaturalizar la finalidad de esta técnica de fomento, obteniendo un beneficio económico que no está destinado a lograr el fin público que orienta a la Administración al otorgar la ayuda. Por supuesto, que la violación del principio bajo examen constituye una causal de modificación, y según las circunstancias, hasta de revocación de la subvención.

8.4.2. Naturaleza jurídica de la subvención

Sobre la naturaleza de la subvención se ha discutido mucho en doctrina, inclusive la polémica se mantiene todavía, aunque fue superada categóricamente la tesis que propugnaba que constituía una liberalidad o donación, sustentada, como se expresó antes, no solamente en su carácter gratuito o a fondo perdido, sino en la gran libertad y discrecionalidad que detentaba la Administración para su otorgamiento. En la superación de la referida tesis quedó claramente demostrado que cuando la Administración otorgaba una subvención su actuación no obedecía a un "animus donandi", sino a la tutela de un interés público o general. En esa línea conceptual el Tribunal Supremo Español en sentencia del 9 de abril de 1988 asentó que "...Es de sentido común por pertenecer a la naturaleza de las cosas, la incompatibilidad existente entre la misión encomendada a la Administración gestora de los intereses generales de la sociedad, y la realización de actos de liberalidad, con el consiguiente traspaso de los fondos públicos a patrimonio de los particulares".

Pues bien, abandonada la postura que propugnaba el carácter de donación de la subvención, actualmente existe consenso doctrinario acerca de que es una figura propia del Derecho Público, con la diferencia que una parte de la doctrina estima que se trata de una relación contractual, desde luego bilateral, que se configura entre la Administración Pública y el particular, y otra parte sostiene que se trata de un acto unilateral derivado de un acto administrativo anterior, que hace nacer en el particular un derecho de crédito frente a la Administración, pero al mismo tiempo lo coloca en una situación compleja de cargas y obligaciones.

De la simple lectura de las tesis resumidas se infiere sin ningún tipo de dudas que la subvención constituye una relación jurídico administrativa,

obviamente de Derecho Público, e igualmente que la diferencia radica en el carácter unilateral o bilateral-contractual de la misma, para cuya dilucidación, visto que efectivamente pueden existir subvenciones en el cual el elemento contractual esté reducido a su mínima expresión, e inclusive pueda resultar inexistente, como en el caso de los ejemplos citados por GARRIDO FALLA (1989) relativos a subvenciones otorgadas discrecionalmente a entidades privadas de carácter benéfico, centros docentes, agrupaciones culturales o artísticas. Pero también ocurre que cuando la actividad de fomento de la Administración se inscribe en un plan económico, la tendencia apunta ciertamente hacia el establecimiento de las cargas y obligaciones del subvencionado mediante un convenio o contrato, así como las potestades de la Administración, configurándose así la denominada "acción concertada"; y por consiguiente, los rasgos de este tipo de subvenciones estarán fuertemente influenciados por el elemento contractual.

De allí que frente a estas situaciones, como asienta acertadamente Santamaría, en las que se presenta una especie de bloqueo derivado del enfrentamiento de tesis doctrinaria, lo más razonable es acudir al Derecho positivo, el cual podrá optar por una de las dos, o sencillamente ser receptor de ambas, estableciendo los prepuestos que condicionen de validez de cada una de ellas, o de una de ellas.

8.4.3. Las partes en la relación subvencional

Al configurar indudablemente la subvención una relación jurídico administrativa, por supuesto que la Administración es una de las partes de la misma, correspondiendo entonces determinar al instrumento normativo pertinente los órganos competentes para su otorgamiento, que generalmente son los superiores de los departamentos ministeriales, pudiendo igualmente disponer que éstos puedan delegar esa atribución. En caso de que el Estado forme parte de una Comunidad o de una Unión Económica, o inclusive de otra modalidad de integración, habrá de cumplir con las disposiciones del Derecho Comunitario al respecto. Así, por ejemplo en la Unión Europea el artículo 93 del Tratado CE, estatuye que antes de que un Estado conceda una subvención debe remitir una comunicación a la Comisión de la Unión, para que ésta conjuntamente con la representación de dicho Estado, determine la compatibilidad de la subvención con el principio de libre competencia que rige en la Unión Europea. En fin, dilucidar la actuación de la Administración en el otorgamiento de subvenciones obliga a examinar las disposiciones pertinentes de cada Derecho positivo. Si no existe una legislación especial sobre la materia, entonces entrarán a regir los principios generales contemplados en la Ley que

regula a la Administración Pública, así como los que puedan derivarse de la doctrina y de la jurisprudencia.

El beneficiario o perceptor es la otra parte de la relación subvencional, y detentará ese carácter aquel a quien se le transfieran fondos públicos, a los fines de que realice la actividad para la cual quedan afectados los mismos. En términos generales se puede afirmar, sobre la base del principio de igualdad, que todos los particulares que se encuentren en la situación prevista en la Ley tienen derecho a acceder a las subvenciones, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se exijan en las Bases que se dicten a tal fin. De modo, pues, que la libertad para ser perceptor de subvenciones constituye la regla, tocándole a los órganos de la Administración establecer para cada caso, por supuesto atendiendo a la finalidad perseguida con la actividad de fomento, los requisitos que se exigirán a los potenciales beneficiarios. No obstante, lo que sí resulta frecuente es que suele exigírseles de manera general que estén solventes con las obligaciones tributarias y con la seguridad social.

8.4.4. El procedimiento

Una de los pasos fundamentales para la superación de la discrecionalidad y la subjetividad que durante mucho tiempo predominaron en el otorgamiento de las subvenciones, y hoy prevalecen en menor medida, está constituido por el trazado normativo de un procedimiento constitutivo, consagrado para rodear esta actividad administrativa de las garantías de concurrencia, publicidad, objetividad y eficiencia, como lo exigen la mayoría de los ordenamientos. Lo ideal, debido a la particularidad de este tipo de actividad administrativa, es que se diseñe un procedimiento especial para el otorgamiento de las subvenciones, pero en caso de que éste no exista deberá aplicarse, en cuanto sea compatible, el procedimiento general mediante la cual la Administración Pública adopta sus actos.

La determinación de la existencia, así como de la configuración de un procedimiento especial, pasa por el examen de cada ordenamiento jurídico, no obstante, existen fases generales que están presentes en casi todos dichos procedimientos especiales, las cuales mencionamos a título ilustrativo, de manera muy sucinta: a) La iniciativa: se tiende a establecer que el procedimiento puede iniciarse a solicitud del interesado y de oficio, pero en realidad la diferencia entre estas dos vías algunas veces no parece muy clara, sobre todo cuando la selección del beneficiario depende de un concurso o licitación, ya que en ese caso la iniciación debe comenzar por la convocatoria formulada por la Administración, pudiendo ocurrir inclusive que aun cuando el particular haga la

solicitud, ella de lugar a la formulación de la convocatoria correspondiente. Demás está decir que la convocatoria juega un papel relevante a los fines de garantizar la transparencia de la actividad de fomento, en virtud de que en ella deben señalarse en forma particularizada todos los requisitos y condiciones exigidos para participar en el concurso o licitación, así como los parámetros de evaluación de los mismos. Entre otros cabe mencionar el objeto, las condiciones y la finalidad de la concesión de la subvención, el plazo de presentación de las peticiones, el plazo para terminar el procedimiento, los documentos que deben acompañar a la petición, los criterios de valoración de las peticiones, etc. b) La sustanciación. Una vez terminada la fase de recepción de las solicitudes, el órgano competente debe realizar de oficio las actividades de instrucción, entre las cuales destacan la solicitud de informes a los propios interesados o a otros órganos de la Administración Pública, la evaluación de las solicitudes conforme a los criterios contenidos en la convocatoria, la audiencia de los interesados y la elaboración de la propuesta de decisión; c) La decisión. Esta debe ser dictada por el órgano competente, debidamente motivada, dentro del plazo establecido legalmente. Sería deseable que se contemple el valor del silencio, estimatorio de la solicitud (positivo) o desestimatorio (negativo). Es necesario destacar que en ciertos ordenamientos suele otorgársele valor negativo, salvo en aquellos casos de renovación de subvenciones de carácter social, al que se le confiere valor positivo.

8.4.5. Los derechos y obligaciones del perceptor o beneficiario

Ya se conceptúe como acto unilateral o como relación contractual de Derecho Público, la subvención genera un derecho de crédito para el particular beneficiado, o mejor dicho un derecho a recibir su monto, de tal manera que una vez que la Administración decide conceder la subvención, inmediatamente adquiere la obligación de hacerla efectiva. Enfatiza MARTIN RETORTILLO (1988), que se trata de un auténtico derecho, razón por la cual no cabe hablar de su supuesto carácter precario, ni tampoco puede libremente la Administración proceder a su revocación.

A los fines de precisar el alcance de este derecho del perceptor, conviene hacer notar que las subvenciones se otorgan por cierto lapso, y durante el mismo debe la Administración cumplir su obligación. En lo tocante a este punto han surgido discusiones acerca de si la Administración debe continuar cumpliendo con esa obligación una vez fenecido el mencionado término, sobre todo en aquellos casos cuando la subvención está destinada a la producción de determinados alimentos, o a la construcción de ciertos tipos de viviendas para las clases populares. En tal sentido una posición doctrinaria minoritaria ha

pretendido sostener que la Administración debe continuar cumpliendo con la obligación, sobre la base de la tendencia a la consolidación en el tiempo de esas situaciones de ventajas para los administrados.

Sin embargo, la posición dominante, por lo demás ajustada a principios elementales de derecho, es que para el órgano administrativo una vez expirado el término, cesa la obligación en el pago del importe de la subvención, independientemente de la finalidad perseguida con la misma. Desde luego, que nada impide que se inicie el procedimiento de renovación, lo cual en caso de ser positivo, originará el inicio del decurso de un nuevo plazo. En fin, no existe obligación alguna para el órgano concedente de la subvención de mantenerla después del vencimiento del término establecido, ni tampoco tiene derecho alguno el perceptor para reclamarla.

Destaca entre las obligaciones y cargas del perceptor, como es obvio, la básica: realización de la actividad o adopción del comportamiento que sirvió de fundamento para concederle la subvención. Pero además los ordenamientos suelen complementarlas con otras, como las que a continuación se enumeran: el sometimiento a la potestad de control que debe ejercer la Administración con la finalidad de constatar que efectivamente realiza la actividad en las condiciones establecidas, así como las que corresponda al órgano de control externo (Tribunal de Cuentas o Contraloría); acreditar ante la Administración la realización de la actividad en las condiciones establecidas, y comunicar oportunamente a la Administración la obtención de otras subvenciones para la misma finalidad, concedidas por cualesquiera otras Administraciones. Esta obligación de notificación de otras ayudas es muy importante a los fines del respeto del principio que postula el carácter no lucrativo de la subvención.

8.4.6. Los derechos y potestades de la Administración concedente

Como expresamos antes, a la par de la obligación que nace para la Administración con el otorgamiento de la subvención, de transferir el correspondiente aporte patrimonial, surgen por obra de la Ley o del correspondiente convenio (acción concertada) para la Administración, un conjunto de potestades que SANTAMARIA (1999) resume así: derecho de exigir al beneficiario la completa realización de la actividad que motivó el otorgamiento de la concesión, el cual se complementa con la potestad de control que puede ejercer sobre el desarrollo de esa actividad, en el sentido de constatar si efectivamente los recursos públicos se destinan a la misma, así como el logro de las metas fijadas.

Hay que tener mucho cuidado con esa potestad de control de la Administración, la cual tiene que recaer estrictamente sobre la ejecución de la actividad que origina la subvención, y concretamente debería estar destinada a determinar si el aporte dinerario está siendo utilizado para llevar a cabo esa actividad en las condiciones establecidas. Cualquier otra pretensión contralora que exceda ese ámbito material sería excesiva e ilegal. Así por ejemplo, sería el caso de una agrupación religiosa a la que se le otorgue una subvención para el desarrollo de sus planes educativos, y la Administración pretendiera prohibirle que impartiera clases de religión.

Por otra parte, la Administración detenta la potestad de modificación de la subvención, única y exclusivamente cuando se alteren manifiestamente las condiciones tenidas en cuenta para su concesión, y cuando el beneficiario obtenga de otras Administraciones, e inclusive de sujetos privados, otras ayudas económicas que concurran en la realización de la misma actividad que sirvió de base para el otorgamiento de la concesión. El ejercicio de esta potestad de modificación tiene como finalidad evitar que la subvención sirva para que el beneficiario se lucre, tal como lo expusimos antes. Hay que reconocer que la referida potestad puede cobrar mayor fuerza cuando se comprueba que el particular incumple la obligación de justificación, o la de dedicación del monto integral de la subvención para lograr la finalidad para la cual fue concedida, o cuando se determine que obtuvo la subvención sin cumplir con las condiciones establecidas. En efecto, cuando se configuren las referidas hipótesis de incumplimiento, entonces la Administración debe revocar la subvención, y solicitar el correspondiente reintegro.

Desde luego que el respeto al principio del debido proceso impone que inicie un procedimiento con audiencia del interesado, pero una vez constatado uno o varios de los casos de incumplimiento procede la revocación de la subvención, y el beneficiario queda obligado a reintegrar el monto total de la subvención, con los correspondientes intereses que se cuentan a partir del momento en que recibió el aporte patrimonial. Cabe señalar que algunos autores como PARADA (1997) niegan que pueda hablarse de una verdadera revocatoria del acto de subvención, puesto que el mismo genera un derecho para el receptor que a la luz del ordenamiento español no es susceptible de revocación; pero en cambio admite la figura de la obligación del reintegro, producto de la denominada "acción concertada", que opera cuando se dan los casos de incumplimiento antes señalados, e igualmente admite que el particular también está obligado en ese caso a cancelar los intereses legales. Por supuesto, que será el examen de cada ordenamiento el que permitirá

constatar la existencia de la figura de la revocación de la subvención y su eventual relación con la obligación del reintegro, y seguramente en dicho examen jugará un papel importante la tesis que predomine acerca de la naturaleza jurídica de la subvención.

8.4.7. La imposición de sanciones

Hemos dicho que existe consenso doctrinario acerca del carácter de relación jurídico administrativa que se configura con la subvención, lo que resulta independiente de las posiciones que se asuman acerca de su naturaleza jurídica (acto unilateral o relación contractual), razón por la cual los ordenamientos además de consagrar la figura de la revocación-reintegro, o sólo del reintegro según el caso, a la vez pueden erigir las mismas causales de incumplimiento que condicionan la procedencia de la indicada figura, en causales de sanciones administrativas. O sea, que por una parte se produce el reintegro, con la cancelación de los correspondientes intereses, pero simultáneamente se le otorga a la Administración la potestad para imponer sanciones al particular, que en España comprenden multas hasta el triple de la cantidad indebidamente obtenida, aplicada o no justificada, la pérdida durante un plazo de cinco años de la posibilidad de obtener subvenciones públicas y la prohibición durante un plazo de hasta cinco años para celebrar contratos con el Estado u otros entes públicos.

Pensamos que a primera vista pudiera parecer exagerada la regulación que acomuna a la revocación-reintegro, las sanciones administrativas por los mismos hechos (incumplimientos antes enumerados), porque cualquiera tiene derecho a pensar que con el reintegro del aporte dinerario con sus correspondientes intereses, la Administración queda resarcida de cualquier daño derivado del incumplimiento del perceptor; pero una pretendida justificación de ese tenor, ignora que la actividad de fomento de la Administración Pública generalmente se inscribe dentro de un Plan para intervenir indirectamente en la economía, siempre con la finalidad de tutelar específicos intereses públicos. De tal manera que el incumplimiento del beneficiario de la subvención no sólo daña patrimonialmente a la Administración, sino que la afecta en su misma razón de ser, que no es otra que el cuidado de los intereses generales. Por esa razón cuando el beneficiario incumple sus obligaciones, impide u obstaculiza que la Administración cumpla su cometido; de allí la necesidad de las sanciones, las cuales aunque sean administrativas cumplen un efecto pedagógico para los sancionados, así como para los potenciales perceptores de subvenciones.

9. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO EN VENEZUELA (LAS SUBVENCIONES)

9.1. *Premisa introductoria*

Pese a que la Constitución de 1999, como lo veremos enseguida, consagra un concepto muy amplio de fomento, y al mismo tiempo configura a la actividad administrativa de fomento como un título habilitante de intervención en la actividad de los particulares en diversos sectores: económico, social, cultural, etc., todavía no existe un marco normativo que sistematice aunque sea a nivel de grandes principios, tan importante actividad. En efecto, es cierto que las indicadas disposiciones constitucionales encuentran desarrollo en múltiples textos legislativos, pero lamentablemente sin ningún tipo de hilo conductor que asegure o garantice que las ayudas económicas del Estado estarán efectivamente destinadas a que los particulares realicen actividades coincidentes con la tutela de un interés público. Dicho en otros términos, que se configure una relación de causalidad entre el auxilio económico proporcionado por la Administración, y la actividad del particular coincidente con un interés público, o con el interés general.

Reiteramos que en varias leyes, la mayoría de ellas sancionadas recientemente, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, aparecen delineadas, trazadas o simplemente asomadas técnicas de fomento, tales como incentivos fiscales, exoneraciones tributarias, becas, subsidios, préstamos, etc., pero su regulación por no obedecer a un marco conceptual definido, se presenta en forma aislada y muchas veces yuxtapuesta. Todas ellas ciertamente están orientadas a promocionar actividades realizadas por los particulares estrechamente vinculadas a un interés público, pero a partir de allí las disposiciones que las contienen tienden a olvidar el establecimiento de mecanismos idóneos que garanticen que la inversión de los recursos públicos de esa especial manera, responda a las metas que se ha fijado la Administración, cuando existen esas metas. Tal es la situación que puede ocurrir y ocurre que la misma técnica de fomento sea regulada de manera distinta en diversos instrumentos jurídicos. En fin, estimamos que los diseñadores de la política económica —y nos referimos al sector económico porque es el más propicio para la aplicación de este tipo de medidas— no han logrado comprender tanto en su dimensión histórica como actual la importancia de la actividad administrativa de fomento en el desarrollo económico, y desde luego tampoco han ponderado su opción cuando recurren a estas medidas, en forma aislada, muchas veces acercándose más a una visión asistencial, que a una visión de desarrollo. Tal

vez esa sea la razón que explique la inexistencia de una disciplina general, aunque sea a nivel mínimo, que regule la importantísima actividad de fomento que realiza el Estado venezolano.

En el presente trabajo nos limitaremos solamente a examinar la actividad administrativa de fomento en el marco de la Constitución de 1999, y posteriormente analizaremos a título de muestra tres o cuatro de las leyes más importantes que contemplen técnicas económicas de fomento, a los fines de determinar si sus regulaciones se inscriben dentro de los lineamientos generales de la actividad de fomento formulados por la doctrina del Derecho comparado. Desearíamos contar con la ayuda tanto de la doctrina como de la jurisprudencia nacionales, pero la misma resulta prácticamente inexistente, pese a que el Estado venezolano tiene muchos años utilizando este tipo de técnicas, al punto que uno de los primeros ministerios creados en Venezuela (a mediados del siglo XIX) fue el Ministerio de Fomento, recientemente suprimido.

9.2. La regulación de la actividad de fomento en la Constitución de 1999

9.2.1. El fomento derivado del preámbulo y de la cláusula relativa al Estado social

En primer lugar, debemos dejar sentado que la actividad de fomento también estaba contemplada en la Constitución de 1961; pero en la de 1999 tal vez respondiendo a la definición recogida en esta última, acerca de Venezuela como Estado Social, la regulación no sólo se perfecciona sino que se amplía tanto desde el punto de vista conceptual, como en el número de preceptos constitucionales dedicados a esa finalidad. En efecto, desde el mismo Preámbulo es posible inferir la voluntad del constituyente de consagrar la acción de fomento, desde luego, para que sea ejercida por los Poderes Públicos, pues no debe olvidarse que en una perspectiva finalista con esta acción el Estado persigue el bienestar de los ciudadanos. Esa era la idea manejada por los teóricos de la Ilustración, y fue la que pasó a la Administración decimonónica europea, y la que también sirvió de base a la construcción del concepto de fomento como título de intervención en la actividad de los particulares por parte de la Administración.

Pues bien, ese elemento teleológico del concepto de fomento, como expresamos antes, aparece recogido en el Preámbulo de la Constitución, cuando el mismo expresa "...asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la

educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación y sin subordinación alguna", ciertamente en términos no muy precisos, pero que sin dudas traducen el objetivo relativo a la consecución del bienestar de los ciudadanos, tal como lo concebían originalmente los teóricos de la Ilustración.

Es necesario destacar que la Constitución de 1999, siguiendo el modelo de las Constituciones alemana y española, proclama expresamente en su artículo 2, el carácter de Estado social de Venezuela, sin que ello signifique que antes, por lo menos durante la vigencia de la Constitución de 1961, en la cual no aparecía explícitamente tal definición, no fuese un Estado social, es decir, que no estuviese comprometido con el bienestar de la sociedad, siendo la diferencia que ahora aparece erigido en un imperativo constitucional expreso.

Pues bien, insistimos en que no cabe ninguna duda que estamos frente a una cláusula constitucional mediante la cual se constituye a Venezuela en un Estado social, e independiente de la posición que se asuma sobre su interpretación, en torno a la cual tanto una parte de la doctrina como la jurisprudencia coinciden, según PEREZ ROYO (2001), en que "1) de dicha fórmula no es posible deducir pretensiones inmediatas por parte de los ciudadanos; 2) es en el desarrollo legislativo del Estado Social donde la fórmula desarrolla su eficacia práctica; 3) el Estado Social es un criterio de interpretación de las normas infraconstitucionales y de orientación de la actividad de los poderes públicos; 4) existe una interdependencia entre la efectividad de la fórmula jurídica y la realidad económica, ya que Estado de Derecho puede serlo un Estado pobre, pero un tal Estado difícilmente puede ser un Estado Social".

Dejamos constancia que otra parte de la doctrina afirma que sí pueden ser deducidas pretensiones inmediatas por los ciudadanos, e inclusive que dicha cláusula tiene una "vis expansiva" que legitima la introducción de cambios en la Constitución económica, que al parecer fue la tesis seguida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia dictada el año 2002, sobre los denominados "créditos indexados".

No obstante, con prescindencia de las señaladas tesis, lo que resulta indiscutible es que la cláusula constitucional sobre el Estado social, a diferencia de lo que ocurría durante el Estado liberal de derecho, conduce a la intervención de los Poderes Públicos sobre la realidad social y económica, a los fines de ordenarla o regularla con la finalidad de promover el bienestar de la sociedad, y de manera muy especial el de los sectores menos favorecidos de la misma. Ahora bien, pensamos que este sustrato conceptual aparece claramente recogido en el artículo 2 de nuestra Constitución, pues aunque está vinculado a las nociones

de Estado democrático, de derecho y de justicia, de todas maneras revela esa idea nuclear de incidir sobre la realidad social y económica en pro de la denominada "procura existencial" de los ciudadanos, cuando alude a los valores de justicia, de igualdad, de solidaridad y de responsabilidad social.

Más aún, es posible afirmar que el artículo 2 constitucional es la "norma de entrada del Estado social", en virtud de que la misma encuentra múltiples ramificaciones en el resto de la Carta Fundamental. Basta mencionar a título ejemplificativo el artículo que fija como fin del Estado la promoción de la prosperidad y el bienestar social del pueblo (art.3); el artículo 299 que declara que el régimen socioeconómico de la República se fundamenta en los principios de **justicia social, solidaridad, protección del ambiente...** a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad..." . Igualmente pauta que corresponde al Estado conjuntamente con la iniciativa privada promover el desarrollo armónico de la economía nacional a fin de generar fuentes de trabajo, elevar el nivel de vida de la población para **lograr una justa distribución de la riqueza.**

Normas de igual tenor están contenidas en varios de los artículos que conforman los capítulos concernientes a los "derechos sociales" y a los "derechos económicos". Así, por ejemplo los artículos 76 (protección de la maternidad), 79 (derechos de los jóvenes a ser sujetos activos del proceso de desarrollo), 82 (derecho a la vivienda), etc. y en lo tocante a los derechos económicos los artículos 112 (la libertad económica sujeta a las restricciones derivadas de razones de sanidad, protección del ambiente y de interés social); 115 (derecho de propiedad sujeta a las limitaciones derivadas de causas de utilidad pública o interés social), 117 (garantía de los derechos de los consumidores) etc. En ese mismo sentido aparece concebido el artículo 307 que declara el latifundio como contrario al interés social.

Queda pues, demostrado que la cláusula constitucional bajo examen no es una mera fórmula principista, sino que encuentra desarrollo o ramificación a lo largo de la Constitución, motivo por el cual los Poderes Públicos están obligados bien en ejecución directa del texto constitucional, o bien mediante su desarrollo en textos de rango legal, a intervenir sobre la realidad económica y social, con la finalidad antes indicada. Es cierto que en esa intervención el Estado puede acudir a diversas formas o técnicas de actuación, siendo hoy en día, cuando también está vigente el principio constitucional de la libre competencia, la **actividad de fomento**, una de las más propicias para lograr esa provisión de los denominados servicios sociales, pues de lo que se trata, como ya lo expusimos antes, es de incentivar, estimular o promover aquellas

actividades de los particulares, sobre todo en el campo económico, que sean coincidentes con intereses tutelados por la Administración Pública, e inclusive puede ser utilizada hasta para intentar corregir las fallas que presente el libre mercado.

En fin, resulta concluyente que la aplicación de la cláusula constitucional de Estado social, conceptuada en los términos antes expuestos, conduce inexorablemente a que los Poderes de Estado utilicen la actividad de fomento, como uno de los instrumentos más importantes para tornar operativo el desideratum implicado en la misma, máxime si se tiene en cuenta que el aspecto teleológico de dicho tipo de acción coincide con el del Estado social, esto es, el bienestar social de la colectividad, de tal manera que si en el texto constitucional no existiera ninguna referencia al fomento, de todas maneras los órganos competentes de los Poderes Públicos estarían facultados para utilizar sus técnicas fundamentales.

9.2.2. El concepto amplio y restringido de fomento que puede derivarse de la Constitución de 1999

El examen de la Constitución evidencia que el constituyente además de guardar la debida congruencia entre el concepto de Estado social y la acción de fomento de los Poderes Públicos, al regular la indicada actividad siguió el mismo modelo de técnica constituyente utilizado para la consagración del Estado social, pues a partir de su enunciación implícita en el Preámbulo, continuó con una especificación de principio en el artículo 3, al erigir al fomento como un fin esencial del Estado, cuando pauta que a éste le corresponde "... **la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo**", para seguir particularizando todos los sectores sobre los cuales debe recaer ese tipo de acción, a saber **promoción** de la elevación de la calidad de vida como parte del derecho a la salud (art. 83); **promoción** de la salud (art. 84) **fomento** del empleo (art. 87), **fomento** de la cultura (art. 99), **incentivos** y **estímulos** a las actividades culturales en el país, y a la cultura venezolana en el exterior (art. 100); **promoción** de la educación ciudadana (art. 102), **fomento** de la ciencia, la tecnología, el conocimiento y la innovación y sus aplicaciones (art 110); **promoción** del deporte y de la recreación (art. 111), **promoción** del desarrollo económico y la participación a nivel municipal (art.178), **promoción** del desarrollo armónico de la economía nacional (art. 299), **promoción** de la manufactura nacional de materias primas provenientes de recursos naturales no renovables (art.302); **promoción** de la agricultura sustentable (art. 305), **promoción** del desarrollo rural integral (art. 306), **promoción** de las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola

(art. 307) ; **promoción** de la pequeña y mediana industria, las cooperativas y las cajas de ahorro (art. 308) y; **protección especial** de la artesanía y las industrias populares típicas de la Nación, mediante facilidades crediticias (art. 309).

La enumeración anterior que no pretende ser exhaustiva, demuestra la gran importancia que el constituyente de 1999 le confirió a la actividad de fomento de los Poderes Públicos para lograr tornar operativa la cláusula del Estado social, importancia que no es únicamente cuantitativa (gran número de preceptos), sino también cualitativa (importancia de las materias sobre las cuales debe incidir este tipo de acción). Ahora bien, dada las características que reviste la consagración constitucional del fomento, resulta necesario esclarecer su alcance y naturaleza, y al respecto conviene recordar que generalmente la doctrina mayoritaria al sistematizar la actividad que desarrolla la Administración Pública, la clasifica en tres grandes clases: **actividad de policía, de servicio público y de fomento**, pero que al mismo tiempo otro sector postula la necesidad agregar nuevas categorías, derivadas de las tres mencionadas, como lo expusimos precedentemente.

Sin embargo, hemos traído nuevamente a colación esa clasificación para poner en evidencia, que pese a su validez, reduce el concepto de fomento a una actividad exclusiva y excluyente de la Administración Pública, lo que a la luz de los preceptos constitucionales transcritos pareciera erróneo, pues por el contrario de los mismos se desprende una concepción muy amplia, ya que abarca a todos los Poderes Públicos, especialmente al Ejecutivo y al Legislativo, tanto nacionales, estatales como municipales, e igualmente puede traducirse en actos administrativos y actos normativos. En efecto, si el elemento teleológico de la acción de fomento consiste en el logro del bienestar y progreso de la sociedad, tal como se desprende del preámbulo y del artículo 3 de la Constitución, y aparece especificado en cada uno de los citados preceptos constitucionales que identifican las materias sobre las cuales debe incidir la referida acción, reglas elementales de lógica formal y jurídica conducen a concluir que corresponde a todos los Poderes Públicos realizar las actividades de fomento, ciertamente en sus respectivas esferas de competencia, en acatamiento de los principios de separación de poderes y de legalidad.

En suma, de la Constitución se desprende un concepto amplio de fomento que va más allá del manejo generalmente por los administrativistas, quienes lo limitan únicamente a una categoría de la actividad administrativa, razón por la cual es considerado como una competencia exclusiva y excluyente de la Administración Pública. Es necesario subrayar que dicha concepción, por supuesto, **restringida** del fomento, resulta correcta en el

marco del Derecho Administrativo, pero al mismo tiempo debe admitirse que es igualmente correcta la señalada concepción **amplia** derivada del Derecho Constitucional. En esta perspectiva conceptual la actividad de fomento puede provenir de cualquier Poder del Estado, especialmente, como dijimos antes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, motivo por el cual puede ejecutarse mediante actos administrativos y normativos, pudiendo ser estos últimos de rango legal o infralegal, e inclusive acudiendo a otro tipo de actividades como son la de policía y la de servicio público.

Ha de advertirse que aparte de la innegable importancia que reviste el esclarecimiento, desde el punto de vista académico y científico, de la naturaleza y alcance de la acción de fomento en la Constitución de 1999, que la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo extranjeras, siempre han dedicado todos sus esfuerzos a estudiar la actividad de fomento en sentido restringido, es decir, como proveniente de la Administración Pública. Tal vez ello se deba a que históricamente siempre ha correspondido a los órganos administrativos ejercer este tipo de actividad, con todos los problemas que dicho ejercicio ha suscitado en torno a la preservación de los principios constitucionales de igualdad, de legalidad y de libre competencia, y a los legales de objetividad, transparencia y eficiencia, todos hoy en día resueltos casi totalmente por los diversos ordenamientos jurídicos, lo que ha conducido a la doctrina, por las indicadas razones prácticas que aún se mantienen, a centrar su examen exclusivamente en el concepto restringido de fomento.

Pues bien, sin desconocer la importancia de la aludida concepción restringida de fomento, reiteramos que en el marco del Derecho Constitucional venezolano también debe tenerse muy en cuenta la concepción amplia, la cual seguramente jugará un papel relevante en la oportunidad en que se dicte la Ley que enumere las competencias concurrentes de los Poderes Nacional, Estadal y Municipal, a los fines de echar a andar el proceso de descentralización siguiendo las pautas de la Constitución de 1999, pues sin dudas que atendiendo a la referida concepción amplia, será necesario admitir que el fomento es una competencia concurrente de los tres entes territoriales, y lo que es más importante aún, que esa concurrencia se extiende a las materias antes identificadas, sobre las cuales por imperativo constitucional debe recaer esa acción.

Por último, ha de reconocerse que ante la ausencia de uno o varios instrumentos jurídicos que disciplinen las actividades de fomento en forma sistemática, en los cuales se consagren las diversas medidas, los presupuestos de procedencia, el monto de las medidas, el mecanismo de la acción concertada,

la garantía de los principios de transparencia, objetividad, concurrencia y eficiencia en la adopción de las medidas, las causales de modificación, revocación y reintegro de las medidas, la responsabilidad administrativa de los perceptores, el control del ente concedente y del órgano de control externo sobre la actividad estimulada, etc., sólo resta, como expresamos antes, tratar de derivar esos lineamientos, de los múltiples instrumentos normativos que regulan bajo diversas denominaciones (estímulos, incentivos fiscales, exenciones, subsidios, becas, etc) medidas de fomento.

9.3. Instrumentos normativos que disciplinan medidas de fomento

Repetimos que debido a la inexistencia de una disciplina normativa, que aunque en forma mínima, trace los lineamientos generales en esta materia, nada obsta para que cualquier ley contenga en forma aislada un dispositivo que autorice el otorgamiento de una medida de fomento, razón por la cual resulta muy difícil hacer una lista que agote todos los casos. Por esa razón nos limitaremos únicamente a enunciar las leyes que resultan más emblemáticas, porque su propia denominación permite presumir que tienen como objetivo directo o indirecto fomentar un determinado sector o actividad. A continuación enumeramos algunas de ellas: Decreto Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, Decreto Ley sobre el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones; Ley de Estímulo al desarrollo de las actividades Petroquímicas, Carboníferas y similares; Ley Orgánica de Ciencia y Tecnología e Innovación; Ley del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social; Ley del Banco de Comercio Exterior; Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido; Ley de Creación y del Régimen de la Zona Libre para el Fomento de la Inversión Turística en la Península de Paraguaná, Estado Falcón; Ley del Fondo de Crédito Industrial; Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional; Decreto Ley de creación del Fondo Unico Social; Ley de Tierras y de Desarrollo Agrario; Ley Orgánica de Seguridad Social; Decreto Ley que regula el Sistema Nacional de Garantías Recíprocas para la Pequeña y Mediana Industria y Ley del Banco Industrial de Venezuela.

Insistimos que se trata de una lista incompleta, pero suficiente para aproximarse a las diversas medidas de fomento utilizadas por el legislador venezolano, e intentar otear algunos de sus rasgos generales, en virtud de la forma aislada en que aparecen consagradas. Por tanto, nos corresponde realizar el examen muestral de algunos de los instrumentos normativos antes mencionados, con la finalidad de tratar de encuadrar las medidas que contemplan en la disciplina general de esta clase de actividad administrativa.

9.4. Las principales técnicas económicas de fomento previstas en el ordenamiento jurídico, examinadas a la luz del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, el Decreto Ley de Creación, Estimulo Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, la Ley Orgánica de Seguridad Social y la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional

9.4.1. La subvención

Como expresamos antes, la subvención junto a los créditos, los anticipos, los incentivos fiscales y las exenciones y exoneraciones fiscales o tributarias, constituyen las denominadas técnicas económicas de fomento, es decir, las medidas que puede adoptar la Administración para estimular las actividades de los particulares vinculadas a un interés público. También señalamos siguiendo a la doctrina española que la subvención era y es la más importante de todas esas medidas, al punto que algunos autores son partidarios de convertirla de especie a género de las técnicas económicas de fomento. Reiteramos que en Venezuela no existe ninguna disciplina legislativa sobre la figura de la subvención, motivo por el cual examinaremos algunos dispositivos que la consagran en las leyes mencionadas en el epígrafe, para tratar de inferir los principios que regirían en nuestro país. En esa línea argumental observamos que el artículo 49 de la Ley Orgánica de Seguridad Social preceptúa:

"Los recursos para el funcionamiento de la Tesorería de Seguridad Social provendrán de las fuentes siguientes: aportes fiscales que se asignen con cargo al presupuesto del ministerio con competencia en materia de previsión social, donaciones, legados, aportes, subvenciones y demás liberalidades que reciba de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras..."

En esos mismos términos aparece concebida la **subvención** en los artículos 34 y 80 de esa misma Ley. Por otro lado, la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional contempla la **subvención** bajo la denominación de **subsidio**, en los siguientes términos:

"Se establece el **subsidio** directo a la demanda, que es un **subsidio familiar de vivienda en dinero**, otorgado una sola vez **sin la obligación de restitución**, siempre y cuando el beneficiario cumpla con las condiciones que prevé la presente Ley, estará ajustado a las condiciones demográficas-económicas del grupo familiar considerando el equilibrio

entre, el criterio de progresividad que implica a menor ingreso y mayor número de personas que integran el núcleo familiar, mayor subsidio...

El subsidio directo a la demanda será otorgado para una vivienda y, dependiendo de las características de la misma, su aplicación se hará en partes, o en una sola y única porción al momento del otorgamiento de los documentos respectivos. El monto del subsidio será determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda..., en función de las condiciones demográfico-económicas, de los ingresos del o de los beneficiarios y el valor de la vivienda.

El Consejo Nacional de la Vivienda fijará anualmente el monto de los recursos que se dispondrán para el otorgamiento de estos subsidios en función del Plan Anual Habitacional..."

El artículo 30 ejusdem prescribe:

"La selección de los afiliados para optar al **subsidio directo** a la demanda previsto en esta Ley estará sujeta a un sistema de elegibilidad. Las Normas de Operación regularán todo lo concerniente a dicho sistema, considerando variables o factores que sean cuantificables".

Por otra parte, el artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, estatuye:

"El Ejecutivo Nacional estimulará la formación del talento humano especializado a través del financiamiento total o parcial de sus estudios e investigaciones y de incentivos tales como **premios, becas, subvenciones**, o cualquier otro reconocimiento que sirva para impulsar la producción científica, tecnológica y de innovación".

9.4.1.1. La confusión terminológica presente en las disposiciones normativas transcritas

Del análisis de las distintas disposiciones transcritas se infiere inmediatamente una confusión, básicamente en el manejo de los términos, pero también de naturaleza conceptual. En efecto, los preceptos de la Ley Orgánica de Seguridad Social vuelven a la tesis superada hace bastante de tiempo de considerar a la subvención como una liberalidad o donación, lo que sin dudas constituye un error evidente, si de lo que se trata es de encuadrar ese financiamiento en el marco conceptual de la actividad de fomento. Pero más extraño aún, por decir lo menos, resulta que la norma erige a una empresa privada o a una persona natural en el sujeto que realiza la subvención, es decir, hace el aporte patrimonial a los órganos indicados del Sistema de Seguridad Social.

Desde luego, que cuando esos esquemas normativos se examinan atendiendo a los principios generales que conforman el marco teórico de la actividad administrativa de fomento, y más concretamente de la técnica de la subvención, no queda más que concluir que el legislador utilizó incorrectamente el término "subvención", pues la misma estructura de la aportación patrimonial no se corresponde con el principio de que la actividad debe provenir de una Administración Pública, mas no de un privado, tampoco aparecen regulados todos los elementos que configuran a esta técnica de fomento, como son el control por el concedente de la actividad, los términos de la acción concertada (derechos y obligaciones del perceptor), las causales de revocación o reintegro, las sanciones por incumplimiento, etc.

Además la misma conformación de la norma que alude a "donaciones, legados, aportes, subvenciones y **demás liberalidades**", demuestra inequívocamente que la intención de la Ley no es otra que referirse a verdaderas liberalidades, bajo las distintas modalidades conocidas en el Derecho privado; de allí que en estricta puridad conceptual, en nuestro criterio, el término "subvención" utilizado en los artículos 34, 49 y 80 de la Ley Orgánica de Seguridad Social responde a la connotación doctrinaria de una liberalidad, y no a una técnica de fomento. Si esta tesis es correcta los órganos competentes del Sistema de Seguridad Social deberán extraer las consecuencias jurídicas pertinentes.

9.4.1.2. Subvención o subsidio

En cambio el denominado **subsidio directo** a la demanda contemplado en la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y Política Habitacional, sí reúne casi todos los indicadores que en el marco de la doctrina y del Derecho Comparado permiten definir a la **subvención**. No obstante, antes de comenzar a examinar dichos indicadores, es necesario aclarar que amplios sectores de la doctrina suelen identificar al **subsidio** con la **subvención**, pero algunos autores por el contrario estiman que el subsidio es una modalidad específica de la subvención (relación género a especie), que consiste obviamente en la transferencia de una suma de dinero del ente público, pero no al particular promocionado, sino a un ente privado que le concede un crédito a éste, a los fines de reducir el capital o los intereses del préstamo. Junto al subsidio se incluyen como modalidades de la subvención los premios, las primas y las becas.

9.4.1.2.1. Los indicadores legales del concepto de subvención

Pareciera que el legislador venezolano se adscribió a la indicada tesis que equipara el subsidio a la subvención. En efecto, el análisis de las transcritas

disposiciones de la Ley del Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, así lo demuestra, pues en la configuración del mencionado subsidio están presentes los siguientes indicadores: a) **la atribución patrimonial**, concretamente de una suma de dinero, de un ente público, a un particular afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral para la adquisición de una vivienda, que inclusive puede hacerlo de una sola vez, o por partes; b) **La atribución patrimonial en principio es a fondo perdido**, tal como lo establece el artículo 30, cuando expresa "sin obligación de restitución". No obstante, es necesario puntualizar que este indicador admite una excepción contemplada por el artículo 29, párrafo único, ejusdem, pues en el caso de que los beneficiarios del subsidio o subvención enajenen la vivienda dentro de los primeros cinco años después de haberlo obtenido, deberán **reintegrar** al ente concedente el monto de la subvención, y aunque la disposición no lo dice expresamente, resulta lógico suponer, que igualmente están obligados a cancelar los correspondientes intereses.

En realidad más que una excepción a este indicador infaltable en la definición de subvención, estimamos que más bien se trata de un supuesto de incumplimiento de una obligación por parte del receptor del subsidio, que consiste en la prohibición de vender la vivienda adquirida dentro de los cinco años siguientes a la fecha de recepción de la ayuda. De tal manera que si incumple dicha obligación, debe reintegrar el monto del mismo. Planteada así la situación, no puede entonces negarse que se mantiene la exigencia del indicador bajo examen, sólo que tal vez por un defecto de técnica legislativa, originado en la falta de sistematización de esta materia, puede dar la impresión de que la norma deroga el principio del carácter gratuito de la subvención, cuando se trata más bien –insistimos- de la tipificación de una causal de incumplimiento de una obligación del beneficiario o receptor. c) También pareciera que la Ley consagra, aun el marco de la doctrina del Derecho Administrativo, el concepto restringido de subvención, pues **al erigir al particular como único receptor**, excluye la posibilidad de que pueda revestir ese carácter un ente público; y por consiguiente conduce a rechazar que puede denominarse subvención, por ejemplo, la transferencia de recursos públicos de un órgano del Estado a un órgano Estadal o Municipal, como ocurre en otros países. Como ya dijimos, el particular tiene que reunir las condiciones exigidas en la Ley, y debe estar afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral; d) Igualmente es posible inferir **la relación de causalidad exigida entre la atribución patrimonial y la actividad del particular**, puesto que la suma de dinero debe ser utilizada única y exclusivamente para adquirir la vivienda, que es la actividad social que se pretende promover o estimular.

Además de las señaladas variables es necesario destacar que las disposiciones legales examinadas tienden a reducir significativamente la potestad discrecional del ente competente para el otorgamiento de la subvención, dado que las mismas establecen supuestos específicos que condicionan dicho otorgamiento, como son el respeto al principio de progresividad, que implica a menor ingreso y mayor número de personas que integran el núcleo familiar, mayor subsidio; la determinación del monto del subsidio y su publicación en la Gaceta Oficial, la consideración de los ingresos de los beneficiarios y el valor de la vivienda (art.27). Además en aras de preservar los principios de transparencia y de concurrencia en la concesión del subsidio, la Ley en su artículo 30 obliga al diseño de un sistema de elegibilidad de los potenciales beneficiarios. Suponemos que el fin último de la mencionada norma debe ser el establecimiento un régimen competitivo que operaría, desde luego, entre los ciudadanos que reúnan los requisitos exigidos legalmente.

9.4.1.2.2. La regulación y el respeto a los principios de legalidad, de consignación presupuestaria y de igualdad

Por o otro lado, cabe señalar que la regulación de la subvención, por supuesto, que respeta los principios de legalidad (por el sólo hecho de estar contemplada en el citado texto legislativo); es de consignación presupuestaria, porque previamente el monto del subsidio debe ser determinado por el Consejo Nacional de la Vivienda, lo que permite presumir que tal determinación sólo es posible si existe una partida presupuestaria que contemple el gasto para esa clase de subvención; de igualdad, porque como expresamos antes, la concesión del subsidio está basada en un sistema de elegibilidad construido sobre parámetros que deben atender básicamente a la preservación de dicho principio. En virtud de la particularidad de esta clase de subvención resulta irrelevante referirse a la preservación del principio de la libre competencia. Por último, observamos que también se respeta el principio legal atinente al carácter no lucrativo de la subvención, debido a que en ningún caso, tal como aparece delineada esta figura en la Ley, su monto total puede ser superior al costo de la vivienda.

9.4.1.2.3. La regulación legal y la naturaleza de la subvención

De los dispositivos transcritos es posible inferir que la subvención tiene la naturaleza de un acto administrativo unilateral que da lugar a un relación jurídico administrativa, en razón de que corresponde al Consejo Nacional de la Vivienda tomar la decisión sobre la base de la evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte de los beneficiarios. La condición de acto

unilateral de la Administración pareciera quedar reafirmado con el carácter consuntivo que en principio la Ley le atribuye a la subvención, porque una vez otorgada ésta pareciera cesar cualquier relación entre concedente y beneficiario, salvo en la hipótesis de la venta de la vivienda subsidiada dentro del plazo de cinco años a partir de la fecha de la adquisición, supuesto en el cual está prevista la obligación de reintegro por parte del particular ayudado.

O sea, que las disposiciones legales no contemplan el convenio que suele firmarse entre Administración y subsidiado, como producto de la acción concertada, en el cual se especifican las eventuales cargas y obligaciones de éste, así como las potestades de aquella. Pensamos que nada obsta para que ello ocurra, e inclusive las previsiones en tal sentido pueden incluirse en las denominadas Normas de Operación, no obstante, la particularidad de esta clase de subvención (acto consuntivo) pareciera desaconsejar la suscripción del mencionado convenio.

9.4.1.2.4. La regulación legal y el procedimiento de la subvención

La Ley no contempla un procedimiento constitutivo especial para la tramitación y la adopción de la medida, empero sí asoma ciertos rasgos procedimentales que perfectamente pueden ser utilizados por el Consejo Nacional de la Vivienda para diseñar un procedimiento expedito caracterizado por la transparencia y la objetividad. En efecto, cuando en su artículo 27 enuncia los requisitos que deben cumplir los potenciales beneficiarios del subsidio, la comprobación de los mismos requiere una fase de sustanciación, en la cual también debe incluirse la ponderación de los mismos a la luz de las **reglas de elegibilidad** (conurrencia) a que alude el artículo 30 ejusdem. Por supuesto, que una vez concluida la sustanciación, corresponderá al órgano competente la adopción de la decisión. Lo que quedaría por discutir sería si en la fase de sustanciación se les daría audiencia a los interesados, o si sencillamente, se consideraría que la instrucción se agota con la presentación de la documentación requerida, así como con los informes recabados por el órgano sustanciador.

Existe un silencio legislativo en lo tocante a la iniciación del procedimiento, pero todo pareciera apuntar a que la misma proceda a solicitud de los interesados. Desde luego, que atendiendo a la preservación del principio de igualdad constitucional nada obsta para que dicha fase sea configurada a través de una convocatoria pública a todos los interesados que reúnan los requisitos legales, caso en el cual la iniciación sería de oficio. De modo, pues, que los indicados trazos legales permiten afirmar la voluntad de la Ley de configurar un procedimiento integrado por sus fases básicas: iniciativa, instrucción y

decisión, pudiendo el Consejo Nacional de la Vivienda o el órgano al que corresponda la potestad normativa reglamentaria en esa materia, complementar y desarrollar esas fases, siempre orientados por la idea de la máxima simplificación de los trámites administrativos.

Estimamos que a la luz del principio relativo a la impugnabilidad de los actos administrativos en Venezuela, derivado de la Constitución y de la parcialmente vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y no existiendo ninguna previsión al respecto en la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, el acto mediante el cual se otorga o se niega una subvención para la demanda de vivienda, es recurrible por los interesados, quienes adquieren esa condición por el sólo hecho de haber participado en el procedimiento que dio lugar a la emanación del acto ("intereses competitivos" que darían lugar a la legitimación activa).

Cabe hacer notar finalmente que tal como es diseñada la regulación para el otorgamiento de este subsidio, la cual contempla en forma puntual y agotadora casi todos los presupuestos de hecho que condicionan su procedencia (requisitos de los beneficiarios, monto de la subvención, régimen de elegibilidad, etc.), que la discrecionalidad del Consejo Nacional de Vivienda es reducida, razón por la cual se facilita el control jurisdiccional de su actividad.

9.4.1.2.5. La regulación legal y las sanciones por incumplimiento

La Ley no contempla sanciones específicas para los beneficiarios que incumplan con la prohibición de vender la vivienda subsidiada en el indicado plazo de cinco años, como ocurre en otros países, conformándose la Administración con el reintegro del monto de la subvención. Tampoco está tipificado como causal de incumplimiento el suministro de datos falsos para lograr obtener el subsidio, razón por la cual si la Administración comprueba que el beneficiario ha adoptado esa conducta no podrá solicitarle el reintegro del subsidio, pero en cambio estará facultada de conformidad con el artículo 114 de la Ley, para imponerle una multa comprendida entre 70 y 140 unidades tributarias.

De manera que proporcionar datos falsos para obtener la subvención, puede dar lugar por vía indirecta a la imposición de una sanción administrativa, debido a que tal como aparece tipificada la infracción en el referido dispositivo, resulta aplicable también a los beneficiarios de subvenciones, en virtud de que preceptúa que "La falta de suministro o falsedad por parte de cualquier persona natural o jurídica de la información a que están obligadas a entregar conforme

a este Decreto-Ley, sus Normas de Operación y las resoluciones emanadas del Consejo Nacional de Vivienda, será sancionada con multa comprendida..."

Únicamente queda por acotar que es verdad que el referido esquema normativo revela la decisión del Estado de sancionar un caso de incumplimiento del beneficiario en la obtención de la subvención, pero el mismo además de tener una incidencia indirecta en la materia, aparece aislado en la regulación, es totalmente parcial, al no contemplar todas las hipótesis específicas de incumplimiento, o en general infracciones a las normativa, que pueden ser conceptuadas como causales de sanciones administrativas.

Por último, es necesario destacar que en fecha 7 de abril de 2003 fue sancionada la novísima Ley contra la Corrupción, derogatoria de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, la cual en su artículo 4, aparte único, define como patrimonio público a los recursos que todos los órganos y entes de la Administración Pública, incluyendo a las empresas del Estado, y a las fundaciones y asociaciones civiles del Estado, entregan mediante **transferencias, aportes, subsidios y contribuciones** o alguna modalidad similar, para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dicha utilidad, a los fines establecer que los particulares que administren dichos recursos estarán sujetos a las sanciones (penales, civiles y administrativas), así como a las previstas en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. El aludido esquema normativo prescribe:

"...Se considera igualmente patrimonio público, los recursos entregados a particulares por los entes del sector público mencionados en el artículo anterior, mediante transferencias, aportes, subsidios, contribuciones o alguna otra modalidad similar para el cumplimiento de finalidades de interés o utilidad pública, hasta que se demuestre el logro de dichas finalidades. Los particulares que administren tales recursos estarán sometidos a las sanciones y demás acciones y medidas previstas en esta Ley y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal".

La simple lectura del esquema normativo transcrito revela la voluntad del Estado de pasar a un estadio superior del control en el caso de las subvenciones, las cuales como hechos dicho al inscribirse en la clase de las actividades administrativas de fomento, siempre deberán concederse a los particulares para el logro de finalidad de interés o de utilidad pública, que ahora se extiende al establecimiento de la responsabilidad penal, con sanciones muy graves, todas privativas de la libertad, por lapsos bastantes largos. Sin entrar a

mayores análisis, es lógico pensar que una norma de esta naturaleza rompe el marco conceptual de la mencionada actividad de fomento, pues desde luego, que resulta admisible y hasta natural que en la tutela del patrimonio público, el Estado concedente de la subvención, esté facultado para imponer una sanción, que como hemos visto generalmente consiste en el revocatoria de la ayuda, con el consiguiente reintegro del monto concedido y sus respectivos intereses, e inclusive sanciones administrativas en determinados casos, pero establecer esa clase de sanciones penales (privativas de la libertad), podría tornar nugatoria la actividad de fomento, máxime si tiene en cuenta la tendencia a que la misma se realice sobre la base de riesgos compartidos.

Más aún, es necesario hacer constar que la Ley contra la Corrupción es sumamente punitiva, con sanciones verdaderamente draconianas, lo que revela una tendencia, en nuestro criterio errónea, de pretender combatir un fenómeno que prácticamente se ha convertido en una cultura en Venezuela, como lo es la corrupción, con un cúmulo de penas civiles, administrativas y penales, todas muy graves, olvidándose de establecer medidas y políticas de corte pedagógico, con un conjunto de estímulos honorarios, laborales y educativos, para sustituir progresivamente la referida cultura, por la de la probidad, la transparencia y la eficiencia administrativas, como por lo demás lo establece la Constitución, tanto cuando caracteriza a la función pública, como cuando asigna los cometidos al Poder Ciudadano. Hemos hecho esta corta exposición para demostrar que esa norma resulta incompatible con el concepto de fomento, tal como lo hemos expuesto anteriormente, porque es dudoso que a un particular al cual se pretenda estimular para que realice determinada actividad vinculada con el interés público, deba comenzar su relación con la Administración, por ejemplo, con la declaración jurada de patrimonio, so pena de ser sancionado administrativa o penalmente. Igualmente resulta bien dudoso de ahora en adelante, para poner otro ejemplo que podría derivarse de la aplicación de la Ley contra la Corrupción, que un particular aceptara un subsidio, si tiene presente que de alguna manera se le puede aplicar el artículo 56 de dicho texto que pauta "El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público, será penado con prisión de tres meses a tres años, según la gravedad del delito"

Aparte de que el dispositivo se parece mucho a una norma penal en blanco al montar la pretendida tipificación sobre el término "ilegalmente", que no llega a definirse, cabe aclarar que de conformidad con el artículo 3, numeral 3, de la citada Ley, funcionario público puede ser "cualquier otra persona en los casos previstos en la Ley", y de alguna manera cuando el citado artículo 4,

único aparte, ejusdem, ordena aplicar ese texto legislativo a los particulares a quienes se le otorguen subvenciones, los erige a los efectos de esa aplicación en funcionarios públicos. De allí, pues, que disposiciones como la indicada, consagradas únicamente con el ánimo punitivo, sin examinar el efecto que pueden tener en el ordenamiento jurídico (no se olvide que la actividad de fomento está prevista en la Constitución), resultan sumamente perjudiciales, porque pueden llegar a desnaturalizar una parte significativa de la actividad económica del Estado.

9.4.1.2.6. La regulación legal y el control externo

Finalmente, debemos destacar que tanto la Administración en su rol de concedente, como el particular en su rol de receptor de la subvención, están sujetos al **control de la Contraloría General de la República**, tal como se desprende del artículo 9, numerales 6 y 12, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que preceptúan respectivamente " Están sujetos a las disposiciones de la presente Ley y al control, vigilancia y fiscalización de la Contraloría General de la República 1. Omissis. 6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales, 12. Las personas naturales o jurídicas que sean contribuyentes o responsables, de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Tributario, o que en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones con cualesquiera de los organismos o entidades mencionadas en los numerales anteriores o que **reciban aportes, subsidios**, otras transferencias o incentivos fiscales, o que en cualquier forma intervengan en la administración, manejo o custodia de recursos públicos".

La norma transcrita no hace más que revelar el amplio poder de control que se confiere al órgano contralor nacional en materia de subvenciones, el cual ejerce sobre la Administración concedente, en este caso, el Instituto Autónomo Consejo Nacional de la Vivienda, y también sobre los particulares que se beneficien de la subvención; pero por la particularidad que ésta reviste es lógico pensar que el ámbito de ese control será muy reducido, dado que podrá referirse únicamente al cumplimiento de los requisitos por parte de los receptores, así como a la determinación de si aquellos que enajenaron la vivienda dentro del señalado plazo de cinco años, procedieron a realizar el reintegro previsto en la Ley. Sin embargo, cabe subrayar que la vigilancia de la Contraloría General de la República cobra toda su dimensión cuando se trate de otro tipo de subvenciones, extendiéndose inclusive al control de la gestión sobre el particular al cual se le aportan cantidades de dinero para que realice las actividades subvencionadas.

9.4.1.2.7. La subvención a la luz de la jurisprudencia de la Corte
Primera de lo Contencioso Administrativo

En realidad el desarrollo sucinto de este punto no se corresponde con su denominación, ya que se trata de la referencia a una y única sentencia, lo que no permite calificar a la eventual doctrina en ella contenida, como verdadera jurisprudencia. Sin embargo, en vista de que alude al aspecto sustantivo de las **subvenciones**, sobre la base de la doctrina extranjera (italiana), nos parece interesante transcribir algunos párrafos de la misma con la finalidad de que los lectores puedan contrastarlos con los lineamientos generales de la subvención esbozados en páginas anteriores. De una vez hacemos constar que la sentencia es del año 1985, y que recayó sobre el recurso interpuesto por la Fundación Orquesta Filarmónica de Caracas, contra el acto del Consejo Nacional de la Cultura (CONAC), mediante el cual ese instituto autónomo decidió suspender el pago de la subvención por el monto de catorce millones de bolívares que le había sido otorgado el año anterior, y figuraba en la partida presupuestaria correspondiente del CONAC.

Aparte de los aspectos procesales del asunto, a continuación transcribimos algunas partes de la sentencia que reflejan el criterio de la Corte sobre el marco conceptual de la subvención:

"... Ahora bien, el beneficiario de una subvención, esto es, un acto administrativo de naturaleza constitutiva **que no implica una contrapartida en el mismo**, posee sin embargo, un interés legítimo frente a la Administración...." .

"....Se llega a la conclusión de que **tal obligación legal no existía**, por cuanto la misma no estaba sujeta necesariamente a pagar la subvención presupuestariamente prevista, sino simplemente autorizada para hacerlo hasta por el monto preestablecido, por lo cual la falta de pago no constituye violación de la ley..." "...Esta figura de enorme importancia y de poco estudio en el campo del Derecho Administrativo recibe variados nombres, se les denomina **erogaciones pecuniarias, atribuciones pecuniarias o subvenciones...**" **"y finalmente las subvenciones en sentido estricto** que, estructuralmente, se caracterizan por tener un presupuesto concreto de referencia que debe ser una suma que se pague por concepto de interés, o bien la que represente el costo de la obra, o finalmente, para cubrir una determinada partida"

"Ahora bien, en la presente situación, la Fundación Orquesta Filarmónica de Caracas **no es titular de un derecho subjetivo** sino de un interés legítimo frente a la Administración, en tutela del cual tenía legitimidad

para impugnar el acto que lo afectara, pero no así para pretender el cumplimiento por parte del organismo autor del acto de una conducta que no estaba contenida en una obligación precedente..."

Basta comparar los párrafos transcritos de la aludida sentencia, que insistimos están estrechamente relacionados con la concepción sustantiva de subvención, con el marco teórico sobre esta figura contenido en las páginas precedentes, para observar significativas disonancias conceptuales, que tal vez obedezcan a la inexistencia de un marco legislativo, así como de un marco doctrinario en Venezuela para la fecha en que fue dictado el fallo, situación que, dicho sea de paso, aún se mantiene.

9.4.1.2.8. Otras modalidades de subvención (incentivos, premios y becas)

Cabe reiterar que constituyen otras modalidades de subvención, las primas, los premios, las becas y según una parte de la doctrina, también los subsidios. Ahora bien, el transcrito artículo 42 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI), aunque en forma un poco confusa, bajo la denominación de **incentivos**, contempla a los premios, las becas y las subvenciones. La confusión radica en que se mezcla el género con las especies, pues todas las actividades de fomento, como hemos afirmado, tienen como finalidad incentivar determinadas actividades de los particulares por la relación que su desarrollo guarda con el interés público. Por consiguiente, resulta válido afirmar que toda acción de fomento, constituye desde el punto de vista sustantivo **un incentivo**, o sea, que en esa perspectiva conceptual es posible utilizar como expresiones equivalentes, fomento, estímulo, incentivo y promoción. No obstante, la doctrina en aras de darle un tratamiento sistemático a la actividad de fomento, se ha abstenido de utilizar el término incentivo en forma genérica, es decir, que abarque toda técnica de fomento, y ha preferido por el contrario convertirlo en una técnica específica bajo la denominación de "incentivo fiscal o tributario, y la ha incluido dentro de la categoría de las técnicas económicas de fomento (exenciones y exoneraciones fiscales).

Ha de advertirse que la indicada confusión legislativa se repite en el artículo 106 de la Ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional que prescribe "El ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de Infraestructura, previa opinión del Consejo Nacional de la Vivienda, podrá otorgar **incentivos** para lo siguiente: 1. Adquisición y habilitación de tierras para la construcción y venta de viviendas a menores costos; y 2. Establecimiento de planes especiales de ahorro que permitan el financiamiento de cuotas para la

adquisición de viviendas". La lectura del dispositivo transcrito demuestra que el término incentivo es utilizado como sinónimo de fomento, de promoción, etc, pero alejado de la sistemática conceptual antes expuesta, lo que contribuye a crear una ambigüedad normativa, a diferencia del artículo 42 LOCTI, que ciertamente utiliza la expresión en forma incorrecta, al imprimirle el indicado sentido genérico, pero inmediatamente hace la corrección, al especificar en que consisten los incentivos, o las modalidades de los mismos (premios, becas y subvenciones).

En cambio, en el dispositivo de la ley que regula el Subsistema de Vivienda y de Política Habitacional, bajo examen, el incentivo puede estar constituido por cualquiera de las técnicas de fomento, ampliándose de esa manera inconvenientemente la discrecionalidad del Consejo Nacional de la Vivienda, pues no hay que olvidar los vicios de fraude y corrupción los cuales resultan casi imposibles de eliminar de este tipo de actuaciones de la Administración, se potencian cuando se configuran en los textos legislativos por error, o conscientemente, potestades administrativas extremadamente discrecionales.

Por consiguiente, en el contexto del marco teórico delineado anteriormente, no es posible considerar que las subvenciones constituyan una especie de los incentivos, mucho menos las becas o premios, que más bien son especies de la subvención. Aclarada la confusión presente en el citado esquema normativo, queda entonces por destacar que la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, utiliza a los premios y las becas como las figuras más importantes para promocionar las actividades que regula.

9.4.1.2.8.1. Los premios y las primas

Conviene recordar que los premios constituyen aportaciones patrimoniales que otorga la Administración a los particulares para estimular determinada actividad vinculada al interés público, como en el caso de la ciencia, la tecnología y la innovación, con la particularidad de que en su concesión el órgano competente detenta una potestad discrecional muy amplia, pese a que siempre habrán unas bases que regularán dicha concesión.

Constituye un ejemplo en este sector el "Premio Nacional de Ciencia", en sus diversas menciones, que goza de gran prestigio, e implica además de un gran honor para el premiado, la entrega de una significativa cantidad de dinero. Desde luego, que la Administración puede perfectamente premiar diversos tipos de actividades enmarcadas en la ciencia, la tecnología y la innovación, inclusive como la diferencia entre prima y premio, radica en que la primera

está sujeta al ejercicio de potestades regladas, y el segundo a potestades discrecionales, nada obsta para que la Administración sobre la base del citado artículo 42 LOCTI cree, por ejemplo, una prima para ser entregada a empresas que mejoren su producción sobre la base de la innovación tecnológica.

9.4.1.2.8.2. Las becas

Constituyen otra modalidad de subvención y consisten en una ayuda económica entregada generalmente en forma periódica, que se otorga a personas para que realicen estudios e investigaciones. Aunque el dispositivo bajo examen no dice nada al respecto, normalmente en el otorgamiento de becas opera la denominada "acción concertada", pues en orden a las previsiones del correspondiente Reglamento, se suele suscribir un contrato en el cual se especifican las obligaciones del becado, las potestades de la Administración concedente, así como las indemnizaciones y sanciones administrativas, si resultaran procedentes. Obviamente, las sanciones obedeciendo al principio constitucional de legalidad de las penas, deben estar previstas en una norma de rango legal.

Al respecto cabe precisar que el artículo 56 de la Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, contempla una sanción pecuniaria que va de diez (10) a cincuenta mil (50000) unidades tributarias, para aquellas personas que habiendo obtenido recursos por vía de subvención del Fondo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (FONACIT) para el desarrollo de alguna actividad científica, tecnológica o de innovación, incumplieren las obligaciones previstas en los Reglamentos correspondientes. Además no les serán otorgados nuevos recursos durante un lapso de dos a cinco años. Pareciera que el citado dispositivo podría resultar aplicable a los particulares a los que se les otorgue una beca para realizar investigaciones o estudios de cuarto nivel, e incumplieren con las previsiones reglamentarias, porque al fin y al cabo las becas son subvenciones, y el dinero para pagar su importe forma parte de recursos provenientes, en este supuesto, del FONACIT.

9.4.2. Las exenciones fiscales

Son aquellas medidas mediante las cuales la Administración dispensa a la empresa o actividad promocionada del pago total o parcial de los impuestos correspondientes. Para que proceda esta clase de incentivos fiscales es necesario que estén expresamente contemplados en una norma de rango legal (reserva de ley), pues así lo establece el artículo 317 constitucional, que al respecto dispone. "No podrán cobrarse impuestos, tasas, ni contribuciones que

no estén establecidos en la ley, **ni concederse exenciones o rebajas ni otras formas de incentivos fiscales**, sino en los casos previstos por las leyes...". Precisamente una previsión de esa naturaleza está contenida en el artículo 14 del Decreto ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, el cual estatuye que el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Finanzas podrá otorgar **tratamiento fiscal preferencial** a las ganancias de capital obtenidas en proyectos de inversión entre industrias nacionales y extranjeras que contemplan la compra de bienes, o que generen inversiones conjuntas con la pequeña y mediana industria.

Por otro lado, el primer aparte de ese mismo artículo delinea más claramente la figura de las exenciones fiscales, al conferirle la competencia al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, para **exonerar total o parcialmente el pago de tributos** por parte de la pequeña y mediana industria, con fines de su fomento, promoción y desarrollo. Una norma similar está contenida en el artículo 33 de la LOCTI, pues también faculta al Presidente de la República para establecer **exoneraciones totales o parciales**, al pago del Impuesto del Valor Agregado, el Impuesto de Importación y la tasa por servicios aduaneros, en los casos de importaciones de bienes y servicios referidas a actividades enmarcadas en el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Debemos destacar que si bien las exenciones fiscales no implican un gasto público, como las subvenciones y las otras técnicas económicas de fomento; en cambio, sí deben reputarse como una disminución en los ingresos públicos, y aunque las leyes examinadas no traigan previsiones expresas sobre las obligaciones que adquieren los beneficiados por esas exenciones, cabe presumir que por vía reglamentaria, e inclusive mediante la acción concertada a través del convenio, las mismas deben ser estipuladas claramente, así como las potestades de la Administración que concede la exención.

Desde luego, que en esas disposiciones se puede establecer que en caso de incumplimiento del particular, o inclusive en caso de que sobrevenga una situación que sea contraria a la ejecución del plan en el cual se inscriben estas ayudas, la suspensión y hasta la revocación en forma definitiva de la exención, en ciertas hipótesis con la imposición de la cancelación de los tributos originalmente exonerados, pues importa destacar en definitiva que con el otorgamiento de estos incentivos fiscales la Administración realiza un sacrificio económico para lograr la tutela de un interés público, pero si esa finalidad no se logra debido a causas imputables al beneficiario, resulta congruente con el principio de preservación de los bienes e ingresos públicos, que éste reintegre

al patrimonio público los recursos indebidamente utilizados o apropiados, derivados de las aludidas exenciones fiscales.

9.4.3. El financiamiento preferencial (los créditos)

Esta forma de ayuda adopta diversas modalidades, siendo la más importante la correspondiente a los créditos, pero también se instrumenta mediante las garantías y avales, e igualmente a través del financiamiento de estudios destinados a identificar determinadas necesidades de un sector. Por supuesto, que un crédito de esta naturaleza se inscribe dentro del concepto de actividad económica de fomento, independientemente de que sea otorgado al particular por un ente financiero público o privado, cuando está destinado a estimular determinadas actividades vinculadas a la tutela de un interés público, pero fundamentalmente porque tiene un carácter preferencial derivado bien de las facilidades para obtenerlo (menor exigencia en las garantías), bien porque los intereses son más bajos que los del mercado, bien porque el lapso para pagarlo es mayor que el fijado normalmente.

En ese orden de razonamiento es preciso advertir que no tiene carácter de crédito en los términos explicitados en este acápite, aquel otorgado por la Administración, pero que no genera intereses, tal como el denominado "crédito sin intereses", previsto en el artículo 15, numeral 4, de la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, pues en esa hipótesis pese a la aludida denominación legal, estamos en presencia de una subvención encubierta, a la cual lógicamente resulta aplicable el régimen jurídico de ésta, y no el de los créditos preferenciales.

El Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria se refiere, en principio, a los programas de financiamiento preferencial en su artículo 14, pero en los artículos 15 y 16 precisa las modalidades que éstos deben adoptar, o sea, que las tipifica. En tal sentido el primer dispositivo pauta que el Banco Industrial de Venezuela podrá recurrir a la reestructuración de deudas y al otorgamiento de créditos directos al capital de trabajo y la expansión de planta productiva, y el segundo contiene una disposición similar pero dirigida al Fondo de Crédito Industrial, ente al que corresponde implementar programas de créditos directos a la Pequeña y Mediana Industria para el financiamiento preferencial de capital de trabajo y expansión de plantas productivas.

En definitiva, la modalidad más utilizada por el legislador en el marco de las actividades de fomento relativas al financiamiento preferencial, son los

créditos. Por tal razón es necesario reiterar que ellos de todas maneras comportan un sacrificio para las finanzas públicas, derivado precisamente del aludido carácter **preferencial**, pero que tal sacrificio no es igual al originado con las subvenciones, dado que éstas son a fondo perdido, y aquellos requieren que el prestatario favorecido cumpla con el pago de menores intereses, pero pago al fin, o el pago en mayor número de cuotas, pero pago al fin. Por supuesto, que a este tipo de técnicas económicas de fomento se le aplican, las disposiciones o principios relativos a la denominada "acción concertada", en virtud de que todas las obligaciones y cargas del receptor suelen estar recogidas en forma muy puntual y particularizada en los correspondientes contratos o convenios, máxime si se tiene en cuenta que todas estas acciones de la Administración deben estar encuadradas en el plan elaborado a tal fin.

Como dentro de las técnicas de fomento, los créditos resultan los más utilizados en Venezuela, y como la experiencia demuestra que durante mucho tiempo su otorgamiento estuvo signado por claros síntomas de corrupción y clientelismo político y económico, baste recordar al respecto a la famosa Corporación Venezolana de Fomento, se impone hoy con mayor razón la elaboración de un marco jurídico general sobre la actividad de fomento de la Administración, en el cual queden establecidas casi en forma agotadora todas y cada una de las reglas de procedencia del otorgamiento de este tipo de ayudas, así como las causales de suspensión y terminación, y de ser posible la tipificación de las causas de sanciones administrativas y civiles.

Claro está que el tenor de esa regulación dependerá en todo caso de la opción de política económica que se escoja, pues el análisis del artículo 15 de la Ley de Creación, Estimulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero, evidencia a las claras que más que créditos, aparte de aquellos que no devengan intereses, son casi liberalidades más que subvenciones, los que se otorgan a los "clientes", ya que así se desprende de los requisitos que se exigen a éstos, tales como "el conocimiento de la persona, la voluntad moral para honrar sus obligaciones, su unidad económica familiar, el entorno social, etc.". No se requiere ser un experto en economía para presumir que los créditos otorgados sobre la base de la exigencia de esos "requisitos", tendrán un porcentaje de retorno mínimo; de allí que resulte dudoso calificar, en estricto rigor conceptual, esa actividad crediticia, como de fomento.

9.4.4. Las técnicas jurídicas de fomento

Aunque coincidimos con la doctrina en el sentido de que estas técnicas prácticamente resultan actualmente inexistentes, observamos que las medidas

de fomento previstas en el artículo 10 del Decreto Ley para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, pudieren encuadrar dentro de las aludidas **técnicas jurídicas**, que son aquellas que otorgan una ventaja mediante el conferimiento de un "privilegio jurídico" a la empresa o particular favorecido. Dicho artículo otorga márgenes de preferencia en la participación de la pequeña y mediana industria en los programas de compras de bienes que realizan la Administración Central y Descentralizada, de tal manera que corresponderá a la Administración establecer ese margen de preferencia porcentual en las compras, tomando en cuenta para su determinación las siguientes variables: los porcentajes de materia prima nacional, la incorporación de recursos humanos nacionales y de tecnologías en la elaboración del bien. Ese margen debe ser mayor, si la pequeña y mediana industria se encuentra domiciliada en la región de la licitación, o se asocia bajo cualquiera de las modalidades de asociatividad empresarial avaladas por el Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, o establece alianzas estratégicas con otras industrias de la región, fomentando así el desarrollo regional.

El examen de la norma permite concluir que su "ratio" se orienta hacia la adopción de una medida de fomento por la Administración, la cual no implica ni un gasto, ni una disminución de los ingresos públicos, razón por la cual no puede ser ubicada en la categoría de las técnicas económicas, pero sí la configuración de un privilegio, sobre la base de la derogación parcial del principio de igualdad, que se traduce en otorgarle un trato preferencial a la pequeña y mediana industria en el programa de compra de bienes ejecutado por la Administración Central y Descentralizada; de allí entonces que su ubicación esté en las denominadas "técnicas jurídicas de fomento", examinadas anteriormente.

9.5. A manera de conclusión sucinta

Después de haber examinado sucintamente la normativa dispersa y aislada que actualmente rige la actividad de fomento de la Administración Pública en Venezuela, sabiendo a ciencia cierta que este tipo de actividad es de antigua data, al punto que en 1863 fue creado el extinto **Ministerio de Fomento** (el quinto en el orden de creación), y que a partir de la creación de la también extinta **Corporación Venezolana de Fomento** después de 1958, se incrementó el otorgamiento de ayudas a particulares para desarrollar actividades económicas, bien mediante créditos preferenciales o subvenciones, proceso que muchas veces estuvo signado por la corrupción y el clientelismo político y económico, pues en no pocos casos la utilización de esas ayudas se desviaron

de su finalidad formal, además el porcentaje de retorno de esos créditos fue bastante reducido. Inclusive hasta llegaron a dictarse leyes de condonación de deudas, para liberar formalmente a los "ayudados", los cuales, por cierto la más de las veces, eran empresas o empresarios destacados. En fin, podría decirse que hasta el año 1999 no existía una correlación positiva entre los recursos públicos en actividad de fomento, y los resultados obtenidos.

Pero ubiquémonos en la época actual, en la cual está vigente una Constitución que como vimos privilegia la adopción de medidas de fomento por parte de los Poderes Públicos, y además han sido promulgadas varias leyes para el desarrollo de los respectivos preceptos constitucionales, todas ellas del mismo corte de las anteriores, en virtud de que permiten la transferencia de los recursos públicos, a título gratuito u otorgando créditos preferenciales, los cuales proceden lógicamente de los impuestos, cada vez mayores, pagados por los ciudadanos, en idénticas condiciones que en la época anterior, esto es, sin reglas claras que disciplinen la potestad de la Administración para dictar medidas de fomento, y que tiendan a garantizar que esas medidas cumplan su cometido en el marco la planificación económica. Por lo demás, una actividad pública de esa clase (transferencia de fondos públicos) realizada en esos términos, sin dudas estará signada en mayor o menor grado por el fraude, la corrupción y el clientelismo político.

Cabe advertir que estos vicios asociados al manejo de las ayudas económicas, no son particulares de Venezuela, pues ocurre en casi todos los países, inclusive un ejemplo emblemático del mismo fue lo ocurrido en la Unión Europea con la ayudas contempladas en el Estatuto de la CEE. Planteada así la situación, pareciera que la solución más fácil sería eliminar del ordenamiento jurídico a la actividad de fomento, pero lamentablemente en un mundo donde predomina el principio del libre mercado, dicha actividad se revela cada día más útil para intentar corregir los fallos de ese libre mercado. Además es nuestros países resulta indispensable para que el Estado pueda incidir por vía indirecta en sectores como el social (vivienda y educación) económico (pequeña y mediana industria), cultural (ciencia, tecnología) ambiental, etc., los cuales muchas veces por ser poco rentables son olvidados por el "libre mercado".

No pudiendo "vender el diván", se impone encarar el problema en forma realista, para lo cual resulta no sólo imperativo sino urgente la elaboración de un marco normativo general, con la participación de los sectores interesados de la sociedad civil, que contenga reglas claras que comiencen por seleccionar los sectores prioritarios sobre los cuales deberá recaer, desde luego, en el marco del correspondiente Plan Económico Nacional, la acción de fomento del Estado,

y por excluir hasta donde sea realmente posible de esta actividad, a la política partidista, pudiendo para ello crear especies de comités independientes, formados por funcionarios públicos y particulares interesados debidamente formados profesionalmente, que se encarguen de otorgar las diversas ayudas económicas.

Por supuesto que esa normativa general deberá estar constituida por un conjunto de disposiciones que tiendan a garantizar, en primer lugar, la relación de causalidad entre la ayuda y la actividad desarrollada por el particular; en segundo lugar, la eficiencia y eficacia en el manejo de la ayuda otorgada a los particulares, privilegiando aquellas que impliquen riesgos compartidos (créditos preferenciales), sobre las subvenciones; en tercer lugar el pleno respeto a los principios de legalidad, igualdad y libre concurrencia; en cuarto lugar, la configuración de las potestades administrativas hasta donde sea posible en forma acentuadamente reglada, con la finalidad de suprimir al máximo la discrecionalidad; en quinto lugar, el control que debe ejercer permanentemente la Administración concedente sobre la actividad o empresa promocionada; en sexto lugar, el establecimiento de un régimen de obligaciones y cargas para el receptor de la ayuda, y correlativamente un conjunto de potestades para la Administración concedente; en séptimo lugar, el establecimiento de las causales de revocación de la medida, con el correspondiente reintegro de las sumas recibidas; en octavo lugar, la tipificación de un conjunto de causales que de lugar a la imposición de sanciones administrativas a los particulares por el incumplimiento y el fraude en la obtención de las ayudas, así como cualquier otra que apunte en la dirección antes indicada.

BIBLIOGRAFIA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Comares. Granada. 2001.

BAENA DEL ALCAZAR, Mariano. "Sobre el concepto de Fomento". En RAP N° 54. Madrid, 1967

BELLIDO, María, BLASCO José y otros. *Derecho Administrativo II. Parte Especial*. Universitas. Madrid, 1998.

DE LA CUETARA, Juan. *La Actividad de la Administración*. Tecnos. Madrid, 1983.

CERULLI, Vincenzo. *Corso di Diritto Administrativo*. Giapichelli. Torino, 1997.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1996

FERNANDEZ FARRERES, G. *La Subvención, Concepto y Régimen Jurídico*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo II*. Tecnos. Madrid, 1989.

GIUSTI, Roberto. *Diritto Pubblico della Economia* Cedam. Padova, 1997.

JORDANA DE POZAS, L. "Ensayo de una Teoría de Fomento en el Derecho Administrativo". En Revista de Estudios Políticos N° 48. Madrid, 1949.

LARES MARTINEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001.

MARTINEZ LOPEZ, J. "Subvenciones al ejercicio de Libertades y Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho: Educación y Sindicatos". En Revista Española de Derecho Administrativo N° 47. Civitas. Madrid, 1985

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*. La Ley. Madrid, 1988.

MARTIN RETORTILLO, Sebastián. "La Actividad Administrativa de Fomento y el Régimen de las Subvenciones Administrativas". En el Libro Las Formas de la Actividad Administrativa. FUNEDA, Caracas, 1996.

MEIER, Henrique. "La Constitución Económica". En Revista de Derecho Corporativo. Vo.1.N°1. Universidad Metropolitana. Caracas, 2001.

MOREL OCAÑA, Luís. *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi. Pamplona, 1999.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

PEREZ ROYO, J. "Estado Social de Derecho". En el libro Temas Básicos de Derecho Constitucional I. Civitas. Madrid. 2001.

PERICU, G. *La sovvenzione como strumento de azione amministrativa*. Giuffré. Milano, 1967.

SANTAMARIA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo II*. Centros de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE FOMENTO EN VENEZUELA

VILLAR EZCURRA, José. *Derecho Administrativo Especial*. Civitas. Madrid, 1999.

VILLAR PALASI, JOSE. "Las Técnicas Administrativas de Fomento y de Apoyo al Precio Político". En **RAP N° 14**. Madrid, 1954.