

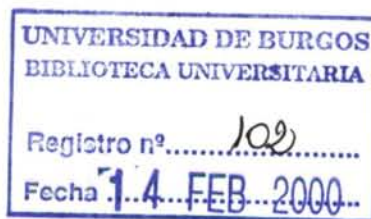


UNIVERSIDAD DE BURGOS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
Área de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

AYUDAS AGRÍCOLAS NACIONALES EN EL DERECHO COMUNITARIO



PRESENTADA POR **D. TOMÁS PRIETO ÁLVAREZ**
PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTOR.

BAJO LA DIRECCIÓN DEL PROF. DR. **D. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ
LÓPEZ-MUÑIZ.**

Burgos, 1997



X730070149

INTRODUCCIÓN GENERAL

PARTE PRIMERA: ESTATUTO JURÍDICO DE LA AYUDA PÚBLICA

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA.

I. FOMENTO, AYUDA, SUBVENCIÓN: UNA POLÉMICA CONCEPTUAL

A. El fomento. La revisión de un concepto clásico

B. Ayuda y subvención

1. La subvención en sentido estricto
2. La ayuda pública

II. HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA AYUDA PÚBLICA

A. La doctrina española

B. El tratamiento legislativo

C. Ante el Derecho Comunitario

III. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA AYUDA PÚBLICA: UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-COMUNITARIA

A. Justificación del planteamiento

B. Noción de ayuda pública en Derecho Comunitario

C. Elementos subjetivos

1. Ente otorgante de la ayuda
2. Beneficiario de la ayuda
 - a) *Carácter específico de la ayuda. Distinción de las medidas de carácter general*
 - b) *La empresa pública como beneficiaria de la ayuda*

D. Elementos objetivos y formales

CAPÍTULO SEGUNDO: FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE DISPENSACIÓN DE AYUDAS

I. ESTADO SOCIAL E INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA

A. Fundamento constitucional de la intervención económica: el Estado Social

1. La economía "social" de mercado
2. Estado social y ayudas públicas

B. Los "riesgos" del Estado social

C. La crisis del Estado social y el nuevo papel del Estado en la Economía

II. CONDICIONANTES Y LÍMITES DE LAS POLÍTICAS DE AYUDA PÚBLICA

A. Economía de mercado, competencia y ayuda pública

1. Interrelaciones
2. La ayuda pública en un Estado centralizado: la escasa preocupación por el control de las ayudas

B. Marco jurídico constitucional y comunitario

1. El parámetro de la filosofía económica circundante: economía de mercado
 - a) *Modelo económico constitucional español*
 - b) *Constitución económica comunitaria*
 - c) *El alcance de la homogeneidad de los sistemas*
 - d) *La competencia: fin de la Comunidad o instrumento de política económica*
 - e) *A modo de recapitulación: la ayuda pública en nuestro sistema económico*
2. El principio de unidad de mercado como límite cierto de las políticas de ayuda pública
 - a) *El mercado único nacional*
 - b) *La unidad de mercado comunitario y sus efectos sobre el tratamiento de las ayudas de los Estados*

CAPÍTULO TERCERO: PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LAS AYUDAS PÚBLICAS A LA ECONOMÍA

I. INTRODUCCIÓN: DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y LA NECESARIA JURIDIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE DISPENSACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS

II. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS O MATERIALES

A. Principio de legitimidad o justificación suficiente en el interés público

1. Principio de subsidiariedad. Una polémica servida
2. Principio de proporcionalidad

B. Principio de racionalidad económica

1. Sobre la racionalidad o razonabilidad como pretendido principio jurídico. Crítica
2. Principios de eficacia, eficiencia y economía

C. Principio de igualdad

1. La igualdad en los dos momentos de la actividad dispensadora de ayudas públicas
 - a) Previsión de la ayuda*
 - b) Otorgamiento de las ayudas*
2. Dimensión territorial de la igualdad

III. PRINCIPIOS JURÍDICO-FORMALES

A. Principio de legalidad

1. Sobre la admisibilidad de ayudas singulares
2. Cobertura normativa: legal o reglamentaria
 - a) Derechos y libertades del capítulo II, título I; en particular, las ayudas a la actividad económica privada (artículo 38)*
 - b) El resto de las actuaciones auxiliaoras; en especial, las referidas a los principios rectores de la política social y económica*

B. Principios de cooperación y coordinación

1. Precisiones conceptuales en la jurisprudencia del TC y en la doctrina: colaboración, cooperación y coordinación
2. La coordinación como límite a las competencias autonómicas. Su proyección en materia de ayudas públicas

C. Principios de publicidad, concurrencia y objetividad

IV. PRINCIPIOS IMPUESTOS POR LA PERSPECTIVA JURÍDICO-COMUNITARIA

A. Punto de partida: hacia un derecho administrativo europeo

B. Derecho europeo de la competencia: las ayudas públicas

C. Reglas y principios comunitarios sobre admisibilidad de las ayudas agrícolas nacionales

1. Interpretación restrictiva y necesidad de prueba
2. Sometimiento a unos criterios generales de valoración
 - a) *Justificación desde la perspectiva comunitaria*
 - b) *Principio de proporcionalidad*
 - c) *Carácter selectivo y viabilidad*
 - d) *Carácter temporal, incluso de carácter de ayuda, en cuanto ligada a una finalidad de desarrollo o reestructuración*
 - e) *Transparencia*
3. Juicio de compatibilidad desde las instancias comunitarias

PARTE SEGUNDA: LA AGRICULTURA EN LA EUROPA COMUNITARIA

CAPÍTULO CUARTO: LA POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN

I. EXCURSUS SOBRE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA AGRICULTURA

A. Justificación de la intervención administrativa: la "función social" de la libertad económica

B. Las peculiaridades de la agricultura y formas de intervención pública. Algunas notas históricas

1. La originaria centralidad de la cuestión dominical
2. Particularidades de la agricultura y generalización de técnicas interventoras
3. Ensayo de sistematización de la intervención pública en la agricultura
 - a) *Intervenciones en el factor producción*
 - b) *Intervenciones en la comercialización*
 - c) *Intervenciones sobre la renta*
 - d) *Actividad empresarial pública de producción*

C. La agricultura en la Constitución española de 1978. Modulación de la política interventora

II. POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN. FUNDAMENTO

A. Inclusión de la agricultura en el Mercado Común

B. Derecho agrario comunitario, derecho especial y autónomo

C. La PAC, primera de las políticas comunitarias, política de integración por excelencia

III. OBJETIVOS Y PRINCIPIO BÁSICOS DE LA PAC

A. Objetivos asignados por el Tratado a la PAC

B. Principios fundamentales de la PAC

1. Principio de unidad de mercado
2. Principio de preferencia comunitaria
3. Principio de solidaridad financiera
4. ¿Otros principios de la PAC?

IV. FUNCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS AGRÍCOLAS

A. Régimen de intervención sobre el mercado interior

1. El punto de partida: un sistema de mercado para la agricultura
2. Correcciones al libre mercado: mecanismos de intervención
 - a) *Compra por los organismos de intervención*
 - b) *Medidas especiales: ayudas al storage y a la desnaturalización*
 - c) *Ayudas directas a la producción o a la renta*

B. Régimen de intercambios con países terceros

- a) *Certificaciones de importación y de exportación*
- b) *Exacciones a la importación*
- c) *Restituciones a la exportación*
- d) *Cláusulas de salvaguardia*

V. POLÍTICA DE ESTRUCTURAS AGRARIAS

A. Gestación y evolución: al servicio de la política de mercados

B. Política agraria y política regional. Una política estructural al servicio de la cohesión económica

C. Recapilación

VI. LA REFORMA DE LA PAC

A. Razones y objetivos de la reforma

1. Causas internas de la reforma
2. Contexto internacional

B. Contenido de la reforma: ¿nuevos principios?

C. La hipoteca del G.A.T.T.

CAPÍTULO QUINTO: RELACIONES ENTRE POLÍTICA AGRÍCOLA COMUNITARIA Y POLÍTICA DE COMPETENCIA

I. PLANTEAMIENTO

II. JERARQUIZACIÓN ENTRE POLÍTICA DE COMPETENCIA Y POLÍTICA AGRÍCOLA

A. Primacía de la política agrícola común

B. La competencia en el seno de la PAC

1. La libre competencia como elemento de la PAC
2. Admisión de las excepciones a la libre competencia que resulten necesarias y proporcionadas
3. Interpretación restrictiva de las excepciones a la libre competencia

III. LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 85 Y 86 DEL TRATADO EN EL ÁMBITO AGRÍCOLA

A. Excepciones a la aplicación del artículo 85

1. Primera excepción del artículo 2,1: acuerdos que forman parte integrante de una organización nacional de mercados
2. Segunda excepción del artículo 2,1: acuerdos necesarios para la realización de los objetivos del artículo 39.

B. Tratamiento de las agrupaciones profesionales e interprofesionales

1. Agrupaciones profesionales
2. Acuerdos interprofesionales

C. Aplicabilidad del artículo 86

IV. LAS AYUDAS ESTATALES: LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 92 A 94 AL SECTOR AGRARIO.REMISIÓN

V. RECAPITULACIÓN

PARTE TERCERA : DERECHO COMUNITARIO DE LAS AYUDAS AGRICOLAS NACIONALES

CAPITULO SEXTO: REGIMEN APLICABLE A LAS AYUDAS AGRÍCOLAS NACIONALES EN GENERAL

I. RÉGIMEN GENERAL DE LAS AYUDAS NACIONALES EN LA COMUNIDAD EUROPEA

A. Principio de incompatibilidad de las ayudas de Estado o principio de control

B. Excepciones al principio general de incompatibilidad

1. Ayudas compatibles con el Mercado Común
2. Ayudas que pueden ser consideradas compatibles

C. Procedimiento de control de las ayudas

1. Fase preliminar
2. Fase contenciosa: administrativa y procesal
3. Competencias del Consejo

II. RÉGIMEN PARTICULAR DE LAS AYUDAS AGRÍCOLAS NACIONALES

A. Las ayudas agrícolas nacionales en el Reglamento nº 26

B. Orientaciones que han de asumir las ayudas agrícolas nacionales

C. Sobre el control de las ayudas agrícolas nacionales

1. Control comunitario
2. Control desde las jurisdicciones internas

CAPITULO SÉPTIMO: TIPOLOGÍA DE LAS AYUDAS AGRÍCOLAS. ANALISIS CRITICO (I). AYUDAS DE PROTECCIÓN

I. AYUDAS PÚBLICAS EN EL MERCADO INTERIOR

A. Mecanismos de las OCM e intervención de los Estados

1. Régimen de precios comunes
 - a) *¿Estamos ante auténticas ayudas públicas?*
 - b) *Competencia exclusiva de la Comunidad*
 - c) *¿Constituye ayuda pública el pago por los Estados de un precio superior o la venta a un precio inferior al fijado en la OCM?*

2. Otras ayudas complementarias

B. Intervenciones nacionales en el mercado de producciones no sometidas a OCM

C. Las pretensiones de renacionalización de la política de precios y mercados

**D. La verdadera reorientación del apoyo público: las ayudas a la renta.
Remisión**

II. AYUDAS A LA EXPORTACIÓN

A. Exportaciones intracomunitarias

B. Exportaciones extracomunitarias

1. Productos sometidos a OCM cuya normativa prevé restituciones a la exportación
2. Productos sometidos a OCM, sin prever restituciones a la exportación
3. Productos no sometidos a OCM

III. AYUDAS A LA RENTA DE LOS AGRICULTORES

A. Consideración de las ayudas a la renta: evolución

B. El Reglamento (CEE) 768/89 del Consejo

1. Ayudas a la renta, sin daño a la competencia
2. Aplicabilidad de los artículos 92 a 94
3. Valoración de las ayudas instituídas

C. Presente y futuro de las ayudas a la renta

IV. AYUDAS DESTINADAS A COMPENSAR LAS PÉRDIDAS DE COSECHAS Y ANIMALES

A. Ayudas a las calamidades naturales

1. Supuestos cubiertos por la declaración de compatibilidad
2. Contenido y alcance de la ayuda

B. Ayudas en el ámbito veterinario y fitosanitario

V. AYUDAS A LA PUBLICIDAD

1. Criterios negativos
2. Criterios positivos

VI. AYUDAS A LAS AGRUPACIONES DE PRODUCTORES

A. Ayudas que interfieren en los mecanismos de las OCM

B. Otras medidas de ayuda

1. Ayudas destinadas a la constitución y funcionamiento administrativo de las agrupaciones
2. Ayudas para la incorporación de nuevos miembros
3. Otras ayudas a las agrupaciones de agricultores: ayudas al saneamiento y a la realización de inversiones. Remisión

VII. AYUDAS COYUNTURALES

CAPÍTULO OCTAVO: ANÁLISIS CRÍTICO (II). AYUDAS DE RECONVERSIÓN

I. AYUDAS A LAS INVERSIONES ESTRUCTURALES

A. Ayudas en el ámbito de la producción primaria

1. Acción común
2. Ayudas nacionales

B. Ayudas para la mejora de las condiciones de transformación y comercialización de los productos agrícolas

1. Acción común
2. Ayudas nacionales

II. AYUDAS MEDIOAMBIENTALES

A. Introducción: una progresiva toma de conciencia

B. Competencia y ayudas al medio ambiente. Hacia un punto de equilibrio

1. Principio "quien contamina paga"
2. Ampliación de las intervenciones públicas medioambientales

C. Servicios de la agricultura al medio ambiente: política comunitaria y medidas nacionales "agroambientales"

1. La reforma de la PAC, ¿un lavado de cara?. Apuestas de futuro
2. Medidas comunitarias

*a) Al nivel de explotaciones agrícolas. Reglamentos (CEE)
2328/91 y 2078/92*

b) Al nivel de transformación y comercialización

3. Medidas nacionales

a) Al nivel de explotaciones agrícolas

b) Al nivel de transformación y comercialización

III. AYUDAS A LA INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

A. Tratamiento general

B. Aplicabilidad de estos criterios a las ayudas agrícolas nacionales

IV. AYUDAS A LA MEJORA DE LA CALIDAD

A. Actitud favorable de la Comisión

B. Mejora de la calidad y protección de la competencia

V. AYUDAS AL REJUVENECIMIENTO DE LA POBLACIÓN
CAMPESINA

ABREVIATURAS

AJDA	Revista Actualité Juridique. Droit Administratif
AS	Revista Agricultura y Sociedad
CDE	Revista Cahiers de Droit Européen
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CLE	Revista Castilla y León en Europa
DA	Revista Documentación Administrativa
DAA	Revista Derecho Agrario y Alimentario
EDCE	Etudes et Documents. Conseil d'Etat
GJCEE	Revista Gaceta Jurídica de la CEE
HPE	Revista Hacienda Pública Española
ICE	Revista Información Comercial Española
NCEE	Revista Noticias CEE
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix
PEE	Revista Papeles de Economía Española
PGP	Revista Presupuesto y Gasto Público
PJ	Revista Poder Judicial
RAP	Revista de Administración Pública
RCC	Revue de la Concurrence y la consommation
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDA	Rivista di Diritto Agrario
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPSP	Revue de Droit Public et Science Politique
RDR	Revue de Droit Rural
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REAS	Revista de Estudios Agro-sociales
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDP/ERPL	Revue Européenne de Droit Public
REE	Revista de Estudios Europeos
REGAP	Revista Gallega de Administración Pública
REP	Revista de Estudios Políticos

REVL	Revista de Estudios de la Vida Local
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RMC	Revue de Marché Commune
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
RTDE	Revue Trimestrelle de Droit Européen
RVAD	Revsita Vasca de Administración Pública

INTRODUCCIÓN GENERAL

"Quizás en ninguna época como en ésta sea tan difícil el dar una visión de lo que son o deben ser los límites de la actividad del Estado. El problema es evidentemente contingente; depende de razones históricas y particulares de cada Estado"¹. Esto escribió un ilustre administrativista hace más de cuatro décadas. Si entonces había motivos para la duda sobre el alcance del intervencionismo estatal en lo económico, éstas no son hoy día menores; y un ámbito en el que el debate adquiere tintes de polémica es el agrario.

Los estudiosos del Derecho hablan hoy, sin vacilación, de un "Derecho Administrativo Económico", referido a la actuación del Poder Público

¹GARCIA -TREVIJANO FOS, J.A., *Aspectos de la Administración económica*, **RAP**, nº 12, 1953, p. 11.

cuando éste "impone u orienta las conductas de los agentes económicos en el sentido comunitariamente relevante"². Sin caer necesariamente en un dirigismo público, las Administraciones se revisten con frecuencia de facultades de intervención -de mayor o menor intensidad según sectores- en aras de la consecución de determinados objetivos de índole tanto económicos -en términos puramente desarrollistas- como sociales. El debate o la duda se centra en determinar el alcance de tales facultades o -planteado en un sentido negativo, respondiendo al interrogante de GARCIA-TREVIJANO- en averiguar cuáles deben ser los límites de la actividad del Estado o, si se prefiere, los límites con que topa Estado al condicionar o mediatizar la libre y espontánea iniciativa económica de los particulares.

El derecho agrario, tradicionalmente considerado como una rama del Derecho privado, ha venido experimentando una progresiva "publicación" al juzgarse cada vez más indispensable la intervención de los poderes públicos en la Agricultura y por lo tanto la introducción de elementos jurídico-públicos en su derecho regulador. De ahí que haya tomado carta de naturaleza el denominado "Derecho Administrativo Agrario" en el seno del Derecho Administrativo Económico³. Publicación en virtud de unos particularismos que reclaman la

²MARTIN MATEO, R., **Derecho Público de la Economía**, Ceura, Madrid, 1985, p. 19.

³Ya en 1943 escribió VILLAR Y ROMERO, J.M., "siendo, pues, característica del Derecho agrario su imperatividad, constituir una limitación de los derechos privados subjetivos, establecer deberes subjetivos públicos para el propietario a favor de la sociedad y estar fundado en motivos de utilidad general, no puede desconocerse el carácter público del Derecho agrario". Vid. *La transformación del Derecho privado en Derecho público*, **RDP** nº 315, tomo XXVII, 1943, p. 425.

Justificando tal "publicación" apuntaba S. MARTIN-RETORTILLO en 1975 que "estamos ante un sistema jurídico que, nótese bien, comienza a operar dentro de un marco que es, básicamente, un marco jurídico-público"...marco que es "el auténtico inspirador de la ordenación jurídica que se establece de la Agricultura y el que, guste o no, fija y determina los

presencia pública particularmente intensa en el sector. Como manifestación de esta preocupación la literatura jurídica ha venido ocupándose tiempo atrás de sistematizar la variados modos de intervención administrativa⁴. La mera contemplación de los casi 300 artículos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 dan fe de la amplitud de potestades -y deberes- que el legislador impone a los poderes públicos. Su vigor y amplitud son manifiestas y nos permite hablar de la "especialidad, e incluso de la excepcionalidad" de tales facultades

principios básicos del sistema" (...) "¿Sería muy herético el señalar que el Derecho agrario, con los matices y especialidades que se quiera, no es, en definitiva, sino una parte del Derecho público interno, más concretamente todavía, del Derecho administrativo?". En *Derecho agrario y Derecho público*, REDA nº 5, 1975, pp. 174-175.

Y el profesor LÓPEZ MENUDO en 1988 escribía que "la correlación entre Reforma Agraria y Derecho Administrativo es absolutamente rigurosa al descansar sobre una realidad que hoy pocos estarían dispuestos a discutir: la intensa **publicación** de las instituciones y figuras del llamado Derecho Agrario...". Vid. *La Ley andaluza de Reforma Agraria y el ordenamiento jurídico-administrativo*, en vol. col. **La reforma agraria**, CEC, Madrid, 1988, p.159.

En la misma línea CARROZZA, A., en la doctrina italiana, habla de una "pubblicizzazione del diritto dei privati, in generali , e del diritto agrario, in particolare". En *In tema di "Comunitarizzazione" del Diritto agrario nazionale*, RDA, 1991, nº 1, p. 5.

Conviene insistir, no obstante, que tal publicación es un fenómeno cada vez más generalizado de tal manera que el Derecho Público invade más y más ámbitos. Como diría Manuel BALLBÉ en 1961 "el Derecho es cada vez menos Derecho privado, y tiende a ser cada vez más Derecho público". *La proyección del Derecho en la Administración económica*, DA nº 46, 1961, p.16.

⁴LALIGANT, M. publica en Francia en 1970 **L'intervention de l'Etat dans le secteur agricole**, R. Pichon et R. Durand-Anzias, París; en esta obra propone una clasificación de las actuaciones públicas que ha servido de referencia para muchos. Distingue el autor francés entre acciones sobre el hombre, acciones sobre el espacio y acciones sobre las actividades. Vid. especialmente pp. 203 a 285. En BARNES VAZQUEZ, J., **La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario**, Cívitas, Madrid, 1988, puede consultarse un elenco de clasificaciones de la intervención administrativa en la agricultura; vid. pp. 492 y ss.

públicas respecto a las notas comunes de las restantes actuaciones administrativas⁵.

La Constitución Española se hace eco de las especialidades del mundo agrario y no duda en exigir a los poderes públicos una especial atención a la modernización del campo y al equilibrio de las rentas. Así lo impone el tenor literal del artículo 130. A la luz de tal previsión constitucional, BALLARIN MARCIAL, uno de nuestros más insignes agraristas, no duda en hablar de la *constitucionalización* del principio que podríamos llamar "proteccionista" que reclama atenciones particularmente intensas sobre la agricultura⁶

Si se puede hablar de una "constitucionalización" de un adecuado proteccionismo público de la agricultura a nivel del Estado, no cabe duda de que cabe hablar también de una "comunitarización" o "europeización" de tal intervencionismo habida cuenta de la particular relevancia otorgada al sector de la agricultura para la realización del Mercado Común europeo y en definitiva para el bienestar de Europa. No en vano la Política Agraria Común (PAC) es la primera de las políticas comunitarias como prueba la carga financiera que supone para el presupuesto de la Unión y el volumen de legislación derivada que exige de Consejo y Comisión, amén de que el tratamiento que la agricultura recibiera

⁵Vid. LOPEZ RAMON, F., *Agricultura*, en el vol. col. **Derecho Administrativo Económico II**, dirigido por S. MARTIN-RETORTILLO, La Ley, Madrid 1991, p. 340. Procedimientos administrativos especiales característicos de la intervención administrativa sobre la agricultura son los de colonización, parcelación o concentración parcelaria; otros presentan importantes especialidades procedimentales, como ocurre con la expropiación.

⁶BALLARIN MARCIAL, A., *La adhesión de España a la C.E.E. y la agricultura, pesca y alimentación. Aspectos jurídicos*, **DAA**, nº 13 extr. julio 88-agosto 89, p. 8.

en el Tratado constitutivo, por su amplitud y colocación sistemática, fuera ya prueba de la preocupación preferente de sus redactores por el sector primario.

El intervencionismo comunitario sobre la producción y el mercado de los productos agrícolas reviste unas notas particularísimas. En relación a éste último, el funcionamiento de las Organizaciones Comunes de Mercado, con sistemas de fijaciones de precios para los productos, adquisiciones obligatorias por los mecanismos de intervención, o los peculiares mecanismos proteccionistas que intervienen las importaciones y exportaciones, parece pugnan con un sistema económico inspirado en el libre mercado, en el que competencia se revela como uno de sus pilares básicos⁷. De esta política de mercados agrícolas bien puede afirmarse, con DRUESNE⁸, que pone en evidencia la ambivalencia que caracteriza a la Comunidad Europea desde el punto de vista de la filosofía económica sobre la cual fue construida.

Un instrumento intervencionista de capital importancia lo constituye la ayuda pública, en sus variadas formas. Aunque referido explícitamente a la subvención -que no es sino la categoría más pura dentro de las ayudas- escribió tiempo ha el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA que si bien clásicamente fue concebida "como un medio técnico de fomento (...), actualmente, sin embargo, la subvención ha pasado a ser algo más, un instrumento capital en la obra de conformación social en que la Administración de nuestros tiempos está

⁷El Tratado de la Unión Europea aprobado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 no ha hecho sino remarcar tales exigencias. El artículo 3A, introducido entonces, asevera que los fines que la Unión se marca habrán de alcanzarse "de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia".

⁸DRUESNE, G., **Droit matériel et politiques de la Communauté européenne**, 2ª ed., PUF, París, 1991, p. 282.

rigurosamente comprometida, y concretamente, un *modo de dirección económica* de una eficacia extraordinaria en orden a la distribución de rentas"⁹.

Las ayudas públicas han sido y son un instrumento esencial en la realización de la PAC¹⁰. Y lo son porque constituyen probablemente el mecanismo de dirección económica en manos de un poder público más respetuoso con la economía de mercado o, si se prefiere, menos restrictivo de aquélla. No obstante, un punto de partida incuestionable es que las ayudas públicas, provengan de quien provengan, son elementos eventualmente distorsionantes de la libre competencia, y que por tanto desvirtúan el juego espontáneo del mercado. Ello no quiere decir que tales ayudas sean forzosamente ilícitas; pueden ser incluso necesarias si median causas que las justifiquen o exijan. Tan reprochable resulta una "obsesión por el mercado" que repugne cualquier subsidio público, como una supuesta "subvencionitis"¹¹ que ahogaría los principios básicos de nuestro sistema económico. La labor del jurista consiste en crear un **enquadramiento jurídico** de las políticas de ayudas que aseguren su

⁹GARCIA DE ENTERRIA, E., *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*. **RAP**, nº 12, 1953, p. 151 y 152. cit., pp. 151 y 152.

¹⁰SCHEUING, D. H., **Les aides financières publiques aux entreprises privées en droit français et européen**, Berger-Levrault, Paris 1974. Dice Scheuing que "les aides y figurent à la première place pour la réalisation de la politique agricole commune", p. 329.

¹¹Expresión importada de la doctrina alemana y que utilizan entre nosotros MARTINEZ LOPEZ-MIÑIZ J.L., *Ayudas agrícolas estatales bajo una mayor exigencia de competencia en el Mercado Común Europeo*, **DAA**, nº 15, 1990, p. 20. y LAGUNA DE PAZ, J. C., **Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de las ayudas**, Montecorvo, Madrid 1991, p. 83.

permanencia dentro de los límites que impone la economía de mercado¹². La cuestión central que se suscita aquí es encontrar el sano equilibrio entre los particularismos de lo agrario, que exigen medidas proporcionadas plasmadas en la PAC o adoptadas por los Estados miembros, que revisten con frecuencia la forma de ayuda, y el respeto al principio de libre competencia.

Si las ayudas vienen dispensadas por un único y excluyente centro de poder el principio de libre competencia resultará salvaguardado con el mero respeto de principios como los de igualdad, proporcionalidad, oportunidad o eficacia que constituyen el esqueleto de cualquier actividad subvencional. El problema se complica cuando dentro de un espacio único, en este caso la Unión Europea, Administraciones Públicas menores -Estado miembros o entidades regionales- pueden otorgar ayudas a los agentes económicos, que bien pueden falsear la competencia con respecto a los eventuales competidores de otro Estado o región. El Tratado Constitutivo de la C.E.E. regula la problemática de las "ayudas de Estado", con carácter general, en los artículos 92 a 94, dentro del capítulo dedicado a las "normas de competencia". Se plantea la cuestión de en qué medida tales normas son aplicables al sector agrario. Esa será precisamente la clave de bóveda de nuestra investigación: el hallazgo de un estatuto jurídico adecuado a las **ayudas nacionales** a la agricultura, en un seno de un mercado único.

Acomoteremos en la primera parte un estudio de la "teoría general de la ayuda pública", en el que aún quedan contornos por concretar y pasos que dar

¹²WEILL, F. lo expresa así: "C'est aux juristes qu'il revient d'edifier un encadrement juridique des politiques d'aides qui permette d'assurer que celles-ci restent bien dans les limites qu'impose l'economie de marché" en su tesis doctoral **Les aides publiques aux entreprises en République fédérale d'Allemagne**. Strasbourg, 1989, texto mecanografiado, p. 15.

para su adecuada conformación a Derecho. Pensamos que son suficientes los elementos comunes para construir tal teoría general, aunque en su seno se agrupen figuras jurídicas con sustantividad propia. Su elaboración, forzosamente, habrá de hacerse hoy a la luz de las aportaciones del Derecho comunitario.

Es evidente que no podemos analizar las competencias nacionales en agricultura, vía ayuda, sin examinar -siquiera sea someramente- la Política comunitaria en este ámbito y papel que en ella ha desempeñado la ayuda pública. Además, resulta importante a nuestros efectos ocuparnos de las relaciones entre la política agrícola y la política de competencia, como marco para la comprensión del estatuto propio de las ayudas de Estado. A todo ello dedicamos la parte segunda.

La tercera parte -el núcleo del trabajo- la dedicamos específicamente al régimen particular al que la Comunidad ha sometido las ayudas nacionales a la agricultura, régimen que permanece aún oscuro o incierto, al no conocerse aún con claridad cuál ha de ser el punto de equilibrio -como antes hemos adelantado- entre la especialidad de la agricultura -que puede reclamar, en determinados ámbitos de la actividad o en determinadas circunstancias, la intervención financiera de los Estados- y la conveniencia de que la agricultura, en la medida de lo posible, no escape a las reglas generales competenciales, que están en la base del sistema económico comunitario.

Por último, no puede olvidarse que en la Política Agraria Comunitaria se ha abierto una nueva etapa a partir de mayo de 1992. La reforma entonces aprobada ha afectado de manera directa al carácter y sentido de las ayudas, hasta el punto de que para muchos se abre una *nueva era en la concepción de la*

*intervención pública en materia agrícola en la Unión Europea*¹³. Ello hace en este momento más importante el estudio del estatuto jurídico peculiar de estos importantes instrumentos de intervención pública. Aunque nuestros análisis y conclusiones se dirijan generalmente a aportar criterios jurídicos sobre la viabilidad y oportunidad de las ayudas nacionales en un mercado único, resultan en ocasiones inevitables las críticas y apuestas de futuro referidas a todo el sistema.

¹³Son palabras de GUYOMARD, P. H. y MAHE, L. P., *La réforme de la PAC: une révolution ou un grand pas dans la bonne direction?*, **RMC**, nº 366, 1993, p. 222

PARTE PRIMERA

**ESTATUTO JURÍDICO DE LA
AYUDA PÚBLICA**

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE AYUDA PÚBLICA

I. FOMENTO, AYUDA, SUBVENCIÓN: UNA POLÉMICA CONCEPTUAL

A. El fomento. La revisión de un concepto clásico

Un punto de partida que entiendo necesario es el delimitar unos conceptos en parte clásicos -el de fomento tiene ya larga historia¹- pero por demás en evidente mutación en su significación y operatividad en manos de los poderes públicos.

Tradicionalmente el fomento, entendido como uno de los modos de actividad administrativa², nació ligado a una idea finalista. Fines de protección, promoción, estímulo o incentivación de la iniciativa privada servían para

¹Vid. en relación a la historia del fomento como técnica de actuación administrativa, VILLAR PALASÍ, J. L., **Derecho Administrativo, Introducción y Teoría de las Normas**, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1968.

²Vid. sobre el particular el tan citado artículo de JORDANA DE POZAS, L., *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, **REP**, nº 48, 1949, p. 41 y ss.

delimitar esta actividad, que junto a la policía y el servicio público constituyeron la trilogía comprensiva de la actuación administrativa.

La subvención, en un sentido amplio que luego precisaremos, nació ligada a esa función de fomento. Como explica NIEVES BORREGO³ la eclosión de ésta no tiene lugar hasta que se produce la superación de las tesis liberales, con el incremento de presencia pública en la vida de la colectividad, garantizando la prestación de unos servicios públicos indispensables para aquella⁴. Es decir, la actividad subvencional no va a constituirse en un mero incentivo de la actividad de los particulares, sino que con su uso las Administraciones pretenden asegurar la prestación de unos servicios, auxiliando al agente privado que es quien asume la gestión⁵.

A la pluralidad de funciones que la subvención ha ido asumiendo se refirió VILLAR PALASÍ en un conocido artículo que publicó la Revista de Administración Pública en 1954. "El nacimiento de la subvención -decía- debe ligarse a la función de fomento; más, en la actualidad, el ámbito cubierto y los

³NIEVES BORREGO, J., *Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención*. RAP, nº 42, 1965, p. 21.

⁴GARRIDO FALLA, F. en **Tratado de Derecho Administrativo**. Vol. II, Tecnos, 9ª ed., 1989, nos dice que "la ampliación cuantitativa de los fines del Estado han influido decisivamente en las formas de actividad por éste desplegadas para conseguirlos" (p. 106). El mismo GARRIDO aclara que "el hecho de que la estatalización de fines y competencias antes abandonadas a la sociedad haya potenciado al máximo el sistema de los servicios públicos, no ha significado, contra lo que pudiera creerse, una repudiación de las técnicas de fomento. Por el contrario, es cabalmente la mayor interconexión entre los fines de interés público y las actividades de ciertas empresas privadas lo que convierte a éstas en objeto obligado de la acción de fomento" (p. 283).

⁵Sobre la conexión entre servicio público y subvención, vid. ALBI, F., *Servicio público municipal y sus modos de gestión*, REVL, nº 35, 1947.

finés atribuidos a la subvención han desbordado totalmente esta perspectiva originaria"⁶.

A esta evolución funcional se refiere también FERNÁNDEZ FARRERES al afirmar que "la consideración de la subvención como una medida de fomento, como un modo gestor de servicios públicos o, simplemente, como una técnica contable-presupuestaria o una técnica al servicio de una finalidad redistributiva del gasto público y de la renta, responde a la funcionalidad que con el transcurso del tiempo se le ha ido atribuyendo, provocando no pocas dificultades para aprehender unitariamente la institución"⁷.

No se detiene aquí el oficio que ha ido asumiendo la subvención, que ha sido empleada, cada vez más, como *medio de intervención o incluso de dirección económica sobre la actividad de los particulares*⁸, un "instrumento

⁶VILLAR PALASÍ, J. L., *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, RAP, nº 14, 1954, p. 72. Seguidamente detalla como fines que puede asumir la subvención: el motivo general de fomento; la indemnización y compensación -como aquellos casos en que se utiliza como apoyo al precio político que coactivamente se fija por debajo del coste normalizado-; fines de integración política y de coordinación de órganos públicos desconcentrados; con finalidad de premio por actividades pasadas, que viene a constituir una especie de la subvención general de fomento; y fines de flexibilidad del gasto, que viene a ser una mera transferencia financiera, dirigida a una entidad de carácter público.

⁷Se trata de uno de los autores que con mayor detenimiento ha estudiado la técnica subvencional. Su extenso trabajo **La subvención: concepto y régimen jurídico**, IEF, Madrid, 1983 es punto de referencia ineludible para todos los estudiosos de la materia. Vid. aquí, p. 51.

⁸GARCIA DE ENTERRÍA se refería en 1953 -como adelantamos en la *Introducción General*- a esta evolución en la funcionalidad de las subvenciones cuando dice que "la subvención fue clásicamente concebida como un medio técnico de fomento. Se subvencionan determinadas actividades beneficiosas al interés general, en el amplio sentido del término, que realizan los particulares, y como estímulo a las mismas. Actualmente, sin embargo, la subvención ha pasado a ser algo más, un instrumento capital en la obra de conformación social en que la

privilegiado de política económica" dice CROIZIER con referencia específica a la trascendencia de las ayudas públicas para la realización -o desnaturalización, caso de ser dispensadas de modo inicuo- de la política económica en el seno de la Comunidad⁹.

A resultas de estas consideraciones la consecuencia se nos antoja diafana: no cabe identificar las ayudas y subvenciones públicas con el idea tradicional de fomento; la operatividad de aquéllas desborda la finalidad de estimulación característica de la que fue considerada desde tiempo ha como modo de acción de las Administraciones Públicas.

En estas precisiones han ido reparando sucesivamente varios autores, aunque con alcance no del todo coincidente. La falta de correlación entre el fin perseguido y la técnica empleada, es decir la constatación de que las consideradas

Administración de nuestro tiempo está rigurosamente comprometida, y concretamente, un modo de dirección económica de una eficacia extraordinaria en orden a la distribución de rentas". *Sobre la naturaleza de la tasa...* cit., p. 151 y 152.

En la misma línea, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, refiriéndose a las ayudas, categoría más amplia que comprende a la más específica de las subvenciones, como veremos en su momento, dice que "se convierten fácilmente en importantes instrumentos de dirección o, al menos, de orientación y mediatización económica y aun social, política o cultural -por mediación de la económica-. Se nos muestran así no sólo como posibles medios de favorecimiento, sino también como incisivos medios de intervención...". Vid. *La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública, en Libro homenaje al profesor Villar Palasí*. Cívitas, Madrid, 1989, p. 766. En otro lugar, después de catalogar la ayuda como un medio de intervención pública en la economía de importancia creciente, llega a afirmar que "su tratamiento por el ordenamiento jurídico y por la práctica política y administrativa representa un significativa test del sistema económico realmente vigente"; en *La ayuda estatal a las empresas en el Derecho Comunitario Europeo*, Valladolid, 1987, texto mecanografiado.

⁹Vid. CROIZIER, I., *L'offensive de la CEE contre les aides nationales*, Apogée, Rennes, 1993, p. 15.

técnicas típicas de fomento se empleaban por las Administraciones con variadas finalidades, llevó a muchos a prescindir del elemento teleológico en la delimitación de aquél como modo de actividad. "No hay duda de que debe prevalecer el criterio de la técnica empleada, es decir, de la forma" en expresión de GARRIDO FALLA¹⁰; de tal manera que, como dirá BAENA en 1967, se produce "un divorcio entre la idea de fomento y el fin a conseguir"¹¹. Es decir "el fomento deja de hacer referencia al objeto de una actividad para significar un modo específico de la actuación administrativa encaminada a cualquier objeto"¹².

Partiendo de esta premisa, admitida por la mayoría, algunos siguen hablando de fomento como forma de actividad administrativa que engloba técnicas variadas pero con un *modus operandi* particular, caracterizado por la concesión de ventaja o, de una manera más genérica, como ya dijera JORDANA y precisara también GARRIDO, por la audencia de coacción.

Otros entienden que carece de sentido hablar de fomento como modo de actuación administrativa. "Hay, en suma, que devolver enteramente la noción de fomento al campo del que no debió ser extraída, el de los fines de la actividad pública". Así se expresa el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ -criterio que comparto-, a la vez que propone la sustitución, dentro de la teoría de los modos de acción administrativa, de la categoría de fomento por la de "actividad

¹⁰GARRIDO FALLA, F., **Tratado de Derecho Administrativo**, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 280.

¹¹BAENA DE ALCAZAR, M., *Sobre el concepto de fomento*, **RAP**, nº 54, 1967, p. 67.

¹²PELLISÉ PRATS, B., **Nueva Enciclopedia Jurídica**, F. Seix. Vol. X, Barcelona, 1976, p. 1 y ss.

dispensadora de ayudas y recompensas", que englobaría las usualmente entendidas como técnicas de fomento, con una referencia más clara al modo de la acción y aséptica en cuanto a los fines de la misma ¹³.

La falta de correlación entre medios de actuar administrativo y fines del mismo llevó a algunos a hablar de la "intercambiabilidad" de las técnicas¹⁴. En realidad, si la categorización de los modos de actividad se hace prescindiendo de criterios teleológicos no cabe conceder una excesiva importancia a tal principio, al moverse técnicas y fines en esferas distintas¹⁵.

¹³MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La actividad administrativa dispensadora...* cit., p. 756.

Siguen esta línea, otros autores como SALA ARQUER, J. M., que sustituye el término "fomento" por "actividad dispensadora de ayudas"; *Derecho Administrativo. Programa para su estudio*, Burgos, 1992.

¹⁴ENTRENA CUESTA, , **Apuntes de Derecho Administrativo**, curso 1958-59, citado por BAENA y por GARRIDO. Antes, VILLAR PALASÍ había hablado de un "principio de convertibilidad de las técnicas de fomento" en *Las técnicas administrativas de fomento...* cit., p. 58 y ss.

¹⁵Así hace GARRIDO FALLA : "se comprenderá que no concedamos una positiva importancia al llamado por algunos principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas". Vid. **Tratado de Derecho Administrativo**, cit., p 280.

Lo que no plantea duda es que efectivamente un mismo fin puede pretenderse sirviéndose de técnicas diversas, y, *sensu contrario*, una técnica perseguir variados fines. Una subvención es claro ejemplo de esta posibilidad, como venimos exponiendo. Pero, además, nadie duda que una Administración puede emplear técnicas coactivas para fomentar la industria o favorecer la protección de la naturaleza; puede planificar -mecanismo de intervención pública de peso creciente en la dogmática administrativa- para mejor prestar servicios públicos, incentivar la libre iniciativa empresarial privada, amén de que conjuge distintas técnicas o se proponga variados fines (vid. sobre el particular GÓMEZ BARAHONA, A., **La planificación económica regional: análisis jurídico**, IEF, Madrid, 1991, particularmente pp. 241 y 242, y ARIÑO ORTIZ, G., *El servicio público como alternativa*, REDA nº 23, 1978, donde defiende que la planificación constituye un modo más de actuación administrativa); puede crear una empresa pública destinada a la prestación de un servicio -puede preferir sea explotado por un

Carece de sentido, a resultas de lo dicho, identificar los conceptos de ayuda y subvención con el de fomento¹⁶. FERNÁNDEZ FARRERES, parafraseando a ALBI, llega a decir que "la concepción de la subvención como

particular- o a prestar bienes concurrentialmente con los agentes privados, o a ejercer actividades genuinamente policiales -inspección de vehículos o tantas actividades consideradas de limitación-

Por razón de todo ello se sigue hablando por muchos de aquella "intercambiabilidad". Escribe PAREJO ALFONSO, L., haciéndose eco de tendencias modernas con crédito creciente en nuestro entorno y con particular virtualidad en el ámbito de la Administración prestacional y social, que ésta viene caracterizándose por "una cada vez más frecuente intercambiabilidad, así como posibilidad de combinación entre sí (apoyándose, en su caso, recíprocamente), a criterio, incluso de la propia Administración, de las formas de actuación, lo que significa, en último término, una relativización o adjetivación de éstas últimas. Es el fin u objetivo de la acción lo que pasa a primer plano (...) con flexibilización de los medios a emplear, respecto a los cuales se otorga a la Administración, por tanto, una mayor libertad de elección". Vid. **Crisis y renovación en el Derecho Público**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 123.

Tal regla no cabe duda debe ser manejada con prudencia, si no con clara reserva. Ello por razón del criterio apuntado por JORDANA (en el art. cit. *Ensayo de una teoría...* p. 42): "la intervención ha de ser proporcionada o ajustada al motivo que la justifica, lo que determina una suave graduación de los medios empleados, que deben ser en buena doctrina aquellos que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción". La aplicación de este principio supone un límite a aquella libertad de que habla PAREJO: el Estado, al procurar el interés público debe optar por aquellos medios que resulten menos gravosos para los individuos. En esta línea de constreñimiento de los poderes públicos se expresa MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: "La última razón de la especificidad del Derecho Público se encuentra seguramente en el dato de la *obligatoriedad* que informa desde la raíz a cualquier realidad identificable como Poder público, y que contrasta drásticamente con el principio de libre voluntariedad que preside las relaciones comunes interpersonales y cualesquiera de las organizaciones sociales privadas". Prólogo al libro de LAGUNA DE PAZ, J. C. **Las empresas públicas...** cit., p. 14.

¹⁶Lo cual no es obstáculo, como aclara PASCUAL GARCÍA, J., para que pueda afirmarse la conexión (que no identificación) de la idea de subvención a la de fomento, lo que "sigue vigente como se constata con una simple ojeada a la jurisprudencia constitucional y recientes estudios doctrinales" (Vid. **Régimen jurídico de las subvenciones públicas**, BOE, Madrid, 1996, p. 26. Vid. también en esta línea, GIMENO FELIÚ, J. M., *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*, **RAP**, nº 137, 1995, p. 147; o ARRANZ SÁINZ, A., **La gestión de subvenciones**, Tribuna Libros, Madrid, 1996, p. 13.

una de las técnicas básicas del fomento -acción de estímulo o incitación- carece de sentido en el momento actual y responde a una concepción ya caduca"¹⁷.

Defendemos, por tanto, el reconocimiento de sustantividad propia a la categoría de las ayudas públicas como modo de actuación administrativa, "instrumento imprescindible para la moderna actuación administrativa"¹⁸, aislándola de las finalidades que motivaron su utilización.

De lo que no cabe duda es de que, dentro de las finalidades que las ayudas pueden asumir, aparece hoy, prioritariamente, como instrumento de intervención económica¹⁹, llegando a constituir, para BAENA DEL ALCAZAR, con un cierto cariz de exageración²⁰, "no sólo una de las formas, sino la primera de las formas de la intervención administrativa en la economía"²¹.

¹⁷FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención...* cit., p. 50 y 51.

¹⁸Ibid., p. 42.

¹⁹Es apropiado traer aquí el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 64/90, de 5 de abril, que, refiriéndose a las "ayudas, subvenciones u otro tipo de auxilios" afirma que "en el marco de la actual Administración prestacional, adquieren, junto a la tradicional configuración de medios de fomento, promoción y protección empresarial, una innegable virtualidad de *instrumento de intervención económica...*" (F. J. 4º).

²⁰Nadie duda del indudable peso de las políticas de ayudas en las economías modernas, del ingente volumen de recursos así movilizados; pero junto a este mecanismo los poderes públicos emplean otros instrumentos de intervención más traumáticos -las políticas de nacionalizaciones-, más incisivos -las reservas de actividades, más si es con declaración de monopolio, o la planificación- o más costosas -la actividad empresarial de las propias Administraciones-. Pueden consultarse clasificaciones de las modalidades de intervención pública en la economía en ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 50-56, MARÍN, J., *Las intervenciones públicas en una economía de mercado*, en *EI*, 1988, 25-35, PRIETO ÁLVAREZ, T., *El horizonte de la intervención pública en la economía: publicación y liberalización*, en

B. Ayuda y subvención

Desde el inicio del capítulo venimos haciendo referencias conjuntas a la ayuda y a la subvención como figuras jurídicas identificables. Es el momento de referirnos a una polémica conceptual que en opinión del profesor MARTÍN-RETORTILLO -juicio que compartimos parcialmente- resulta "en gran medida artificiosa y carente de sentido; en buena parte, simple juego de palabras"²².

Conceptualmente parece claro que cabe distinguir entre ayuda y subvención, dotando a esta última de mayor especificidad y concreción -sin llegar a ser éstas absolutas-, frente a la mayor generalidad de la ayuda, identificable por sus efectos, y que agrupa una variada gama de beneficios de carácter económico.

1. La subvención en sentido estricto

Estudios sobre el ordenamiento jurídico español, Universidad de Burgos-Caja Burgos, 1996, p. 569.

²¹BAENA DEL ALCAZAR, M., **Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía**, Tecnos, Madrid, 1966; aunque no se refiere específicamente a la subvención, sino a la generalidad de medios integrados en el clásico "fomento".

²²MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., **Derecho Administrativo Económico I**, La Ley, Madrid, 1988, p. 451. Nótese que serán variadas las referencias a este texto, entiendo que auténtica "falsilla" para cuantos estudien las diversas materias englobadas en el Derecho Público de la Economía.

"La subvención es una figura típica del Derecho administrativo, perfectamente identificada o identificable, aunque carezca en su configuración conceptual de un modelo específico, sin duda por la pobreza de inventiva en el diseño de muchas de las figuras de este Derecho, aún esclavizado, por la fuerza de la inercia y de la tradición, al Derecho común"²³.

Esa ausencia de modelo específico a que se refirió nuestro Tribunal Supremo, se vio favorecida por una recalcitrante falta de una definición legal de la subvención, con la única excepción de una ambigua noción que aportó el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales de 1955²⁴. Ello ha provocado una notable inseguridad conceptual y ha dejado en manos de la doctrina la definición de sus contornos.

Los estudiosos de este instrumento de intervención pública en la economía se dividieron en partidarios de un concepto amplio de subvención, que agrupa figuras heterogéneas unificadas por la circunstancia de proporcionar ventajas de contenido económico a su beneficiario, y quienes defendían un concepto estricto, que reclamaban "la conveniencia de delimitar, de individualizar, con la mayor precisión posible, el objeto y el contenido de la subvención como concepto jurídico, como técnica propia y diferente de otras más

²³Sentencia del T.S. de 27 de mayo de 1977. Sala 4ª; Ar. 3229. Ponente: Ángel Martín del Burgo y Marchán.

²⁴Cuyo artículo 24 dispone que "se considerará subvención cualquier auxilio directo o indirecto, valorable económicamente, a expensas de las Entidades locales, que otorgen las Corporaciones, y, entre ellos, las becas, primas, premios y demás gastos de ayuda personal".

o menos próximas que bien podrían denominarse convencionalmente *técnicas subvencionales*"²⁵.

No cabe duda que es al profesor FERNÁNDEZ FARRERES a quien debemos un mayor esfuerzo dogmático por aislar en lo posible el concepto de subvención otorgándole sustantividad propia. La define como una *atribución patrimonial a fondo perdido, normalmente una suma dineraria, sin obligación de devolver por el beneficiario, que una Administración pública realiza a favor de otra Administración territorial distinta o, más frecuentemente, a favor de particulares, afectada o vinculada a un fin por el que se otorga*²⁶.

Pero ésta u otras definiciones de ella herederas²⁷ e igualmente amplias, no acotan realidades del todo unívocas. Desde esta perspectiva, la subvención

²⁵Así se expresa FERNÁNDEZ FARRERES, G. en el ya citado libro **La subvención** cit., pp. 72 y 73. El desacuerdo doctrinal era ya indudable antes de publicarse esta famosa monografía. Dice PASCUAL GARCÍA, J., que "en general, la doctrina en la caracterización de la subvención ha oscilado entre un concepto amplio que pretende englobar bajo este término las diversas modalidades de auxilios de carácter económico que reciben determinados sujetos de la Administración, y un concepto estricto que reserva el término para aquellas sumas de dinero otorgadas por el Estado con cargo a fondos presupuestarios y para una determinada finalidad", vid. en *Las subvenciones del Estado y Organismos Autónomos en el ordenamiento presupuestario*, PGP, nº 7, 1980, p. 148. También del mismo autor, vid. su reciente monografía **Régimen jurídico...** cit., p. 26.

²⁶FERNÁNDEZ FARRERES, G., **La subvención...** cit.

²⁷FUENTES VEGA, S., *Los gastos de transferencias*, en la obra **La ejecución del Gasto Público: procedimiento y control**, IEF, Madrid, 1994, p. 395: "por nuestra parte, aceptando en sus líneas fundamentales la definición de Fernández Farreres, si bien esquematizada en sus puntos fundamentales nos atrevemos a definir la subvención como atribución patrimonial a fondo perdido, realizada por la Administración pública y afectada a un fin concreto por el que se otorga". Y en términos muy similares HERRERO SUAZO, S., *El régimen jurídico de las subvenciones públicas*, en **Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García-Quintana**, Vol I, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, p. 160: "atribución patrimonial concedida por un ente público para fines concretos de interés general".

admite contenidos variados -no sólo sumas de dinero-, puede tener por destinatario tanto a una Administración como a un particular, persigue variadísimas finalidades -no necesariamente económicas-, deviene de causas muy distintas, reviste formas diversas -anticipos, reembolsos, primas, etc-. Ello explica -y pienso es lo razonable- que "nuestro legislador haya huido del encasillamiento que toda definición supone"²⁸, o haya acudido -así lo hace la Ley 31/1990, como veremos- a fórmulas amplias. No puede ser de otra manera.

El profesor BOULOUIS, en su tesis doctoral²⁹, publicada en 1951, lleva a cabo uno de los primeros estudios jurídicos sobre la subvención. De ella dice que abarca instituciones muy diferentes en su naturaleza y en su objeto pero en las que su esencia es en gran parte común. Hace una clasificación de las mismas en las siguientes categorías:

a) Subvenciones económicas, constituidas por sumas de dinero pagadas a particulares o a empresas con la misión de influir sobre el desarrollo o las consecuencias de la coyuntura económica.

b) Subvenciones públicas; así denomina las ayudas financieras concedidas por personas públicas a personas privadas que persiguen una misión de interés general.

²⁸HERRERO SUAZO, S., op. cit., p. 162.

²⁹Vid. BOULOIS, J., *Essai sur la politique des subventions administratives*, Armand Colin, París, 1951. Las traducciones sobre el texto francés son nuestras. El profesor GARRIDO FALLA publicó en **RAP**, nº 9, 1952, pp. 266-267, una reseña sobre esta obra.

c) Subvenciones administrativas, suma de dinero pagada por una entidad pública superior, generalmente el Estado, a una entidad pública inferior para ayudarle a soportar las cargas de los servicios públicos cuya gestión asume. BOULOUIS dedica su monografía en concreto a esta categoría de subvenciones³⁰, preocupado por el peligro que suponen para las libertades locales, para la autonomía y la existencia misma de los entes locales³¹.

De la exposición del ilustre profesor francés se puede deducir la amplitud conceptual de la subvención. En realidad está llendo más allá de lo que hemos considerado subvección propiamente dicha. Los perfiles de ésta última son lo suficientemente precisos, "identificables" -en expresión del Tribunal Supremo- como para constituir una categoría jurídica por si misma³². Ya hemos dicho que nuestro Tribunal Constitucional ha hablado sin reparos de las *subvenciones en sentido estricto*.

³⁰Quizá sea oportuno recordar lo que el Tribunal Constitucional ha afirmado recientemente sobre este tipo de "subvenciones": "en realidad encubren meras dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente, en este caso los Entes locales, o servicio público y que sólo impropiaemente o en una acepción muy genérica pueden asimilarse a las subvenciones en sentido estricto, constituyendo en realidad transferencias presupuestarias para asegurar la suficiencia financiera del ente público receptor, o sencillamente, una forma de financiación del mismo. Vid. STC 13/1992 (F.J. 6º), y STC 331/1993, de 12 de noviembre (F. J. 2º).

³¹Vid. el prólogo que Louis ROLLAND hace a la obra de BOULOUIS. Esta cuestión es bien abordada por LOZANO SERRANO, C., **Las subvenciones del Estado a los municipios**, IEAL, Madrid, 1981, (pp.15- 72).

³²En ello insiste -ya lo hemos dicho FERNÁNDEZ FARRERES-; igualmente MARTÍN-RETORTILLO, S.: **Derecho Administrativo...** cit. entiende que "la subvención ofrece unos perfiles definidos y concretos que la diferencian con toda claridad de las otras medidas de fomento de carácter económico, como pueden ser un crédito, una exención, una bonificación fiscal o un aval" (p. 451).

2. La ayuda pública

Y es que los auxilios de carácter económico empleados por las diversas Administraciones siguen caminos o utilizan instrumentos distintos a la mera atribución patrimonial a fondo perdido -subvención en sentido estricto-, pero susceptibles de producir exactamente los mismos efectos: créditos a interés reducido, exenciones, bonificaciones fiscales, avales, ventas a precios inferiores a los del mercado, etc.; son las "técnicas subvencionales", como las denominara FERNÁNDEZ FARRERES; DÍAZ LEMA las engloba en la noción de "subvenciones a la economía"³³ y nosotros, con la mayoría de la doctrina y el respaldo del legislador, las agrupamos bajo el concepto -vago por heterogeneo- de "ayudas públicas". Mientras que para MARTÍN-RETORTILLO estamos ante instituciones que son jurídicamente del todo distintas y que "no pueden reconducirse a un único concepto"³⁴, IGLESIAS PRADA sin obviar las dificultades de delimitación, entiende que nos encontramos ante un "supuesto típico de lo que la doctrina ha dado en denominar conceptos jurídicos indeterminados"³⁵.

³³DÍAZ LEMA, J. M., **Subvenciones y crédito oficial en España**, IEF/ICO, Madrid, 1985, p. 21 y ss. "Denominamos subvención a todos y cada uno de los beneficios económicos contenidos en la legislación de dirección y promoción económica...Dentro de las formas de subvención a la economía (en el sentido amplio aquí manejado) caben, por supuesto, las subvenciones en sentido estricto, concepto que no es en realidad contradictorio con el anterior, sino que tiene una extensión dispar".

³⁴MARTÍN-RETORTILLO, S., **Derecho Administrativo económico**, cit., p. 451.

Aún ignorando la ayuda pública como concepto jurídico, el propio MARTÍN-RETORTILLO reconoce que, con independencia de la distinta naturaleza jurídica de cada una de estas figuras hay una cierta problemática común³⁶. Ya antes FERNÁNDEZ FARRERES había admitido que hay amplias zonas temáticas en las que parece oportuno estudiar globalmente todas las figuras que integran "o, mejor, encajan desde un punto de vista instrumental" -dice- en la modalidad de acción administrativa que produce como efecto principal una ventaja económica en el beneficiario³⁷.

³⁵IGLESIAS PRADA, J. L., *Las ayudas estatales en la legislación española sobre protección de la competencia*, RDM, 1986, p. 144: "La multiplicidad de modalidades bajo la que puede practicarse una política de ayudas públicas a las empresas, por otra parte, no facilita en absoluto la tarea de delimitar el concepto".

No obstante, entendemos no del todo afortunada la consideración de la ayuda pública como un "concepto jurídico indeterminado" en su sentido técnico-jurídico. Se trata de realidades "cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto". Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., **Curso de Derecho Administrativo I**, Cívitas, Madrid, 1984, 4ª ed., p. 433. Aunque se trata de una noción que origina sus discrepancias entre cuantos se han ocupado de su definición, en ningún caso parece reconducible a ella el concepto de ayuda pública. La indeterminación de la "ayuda" no deriva de referirse a una realidad en sí misma imprecisa, que obliga a un juicio de valor en cada caso, de tal manera que exige interpretar su sentido en el momento de su aplicación al supuesto concreto, característico de los genuinos "conceptos jurídicos indeterminados" (piénsese en conceptos como interés público, urgencia o justo precio, u otros similares empleados en todas las ramas del Derecho), sino de pretender aglutinar figuras dispares, pero cada una de ellas de contornos bien precisos. Puede consultarse también sobre la idea de concepto jurídico indeterminado: MOZO SEOANE, A., **La discrecionalidad de la Administración pública en España**, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 241 y ss. (que prefiere hablar de "concepto normativo indeterminado" por cuanto se trata de conceptos que se incorporan a una norma pero que proceden de cualquier campo de conocimiento, no necesariamente del jurídico); o MARTÍN GONZÁLEZ, M., *El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos*, RAP, nº 54, pp. 197 y ss.

³⁶MARTÍN-RETORTILLO, S.: *Ibid.*, p. 451.

³⁷FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *La subvención...* cit., p.71.

Entendemos que los idénticos **efectos** que eventualmente producen tales figuras **sobre la libre competencia** justifican, por sí sólo, un tratamiento unitario, restando trascendencia con ello a la forma que pueda revestir la medida de apoyo público³⁸. Es el primordial *nexo de unión* entre la multiforme variedad de ventajas y beneficios económicos públicos, que la doctrina clásica había situado en la perspectiva fundamentalmente teleológica³⁹.

Al hilo de lo dicho, parece razonable otorgar carta de naturaleza a una teoría general de la ayuda pública, que no desvirtúa -aunque la condicione en muchos extremos- la especificidad de cada una de las figuras que se agrupan en aquélla⁴⁰, de cuyo estudio pormenorizado se ocupa fundamentalmente el ordenamiento y la literatura financiera.

³⁸En este mismo sentido me manifiesta IGLESIAS PRADA -*Las ayudas estatales...* cit., p. 144- "desde la perspectiva que aquí nos interesa, no es la forma del apoyo o intervención pública en favor de una o varias empresas... La conexión con el ordenamiento específico de la libre competencia se produce más bien por razón o en función de los efectos que produzca o pueda producir el apoyo público en el seno de un mercado competitivo. Así, pues, ni la modalidad que revista la intervención pública de apoyo a una o varias empresas, ni el carácter fiscal o la eventual finalidad social de la misma, deben ser determinantes de la aplicación o exclusión de las normas protectoras de la libre competencia".

³⁹FERNÁNDEZ FARRERES, G., op. cit., p. 71.

⁴⁰Coincidimos en ello con el juicio de FERNÁNDEZ FARRERES, de tal manera que entendemos no está justificado el "obviar la necesidad de proceder a un análisis orientado a deslindar y a acotar con precisión las distintas figuras que, en principio, responden a esa descripción genérica del fenómeno subvencional". Y en esta tarea, aislando la subvención de instrumentos similares, ha tenido el citado profesor un indudable mérito, que ha sido reconocido por todos.

II. HACIA UNA TEORÍA GENERAL DE LA AYUDA PÚBLICA

A. La doctrina española

Poco a poco se ha ido ocupando con mayor interés nuestra doctrina de elaborar una teoría general que vertebré esta modalidad de acción administrativa que, como venimos defendiendo, constituye uno de los instrumentos básicos de dirección u orientación de la vida económica del país⁴¹. Pero no cabe duda de que "hay que seguir avanzando en la consecución de un verdadero "estatuto" de las

⁴¹DÍAZ LEMA, J. M., "Las subvenciones a la economía -en el sentido amplio por él utilizado- constituyen uno de los instrumentos del Estado para dirigir y el básico para promover la economía privada". **Subvenciones y...** cit. p. 24. En parecidos términos se manifiestan, como quedó dicho *supra* MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, o BAENA DEL ALCAZAR.

ayudas públicas" -ha escrito LAGUNA DE PAZ⁴²- que haga posible una correcta reconducción a derecho de este instrumento de intervención pública.

Hay que reconocer que el interés de la doctrina por el régimen jurídico de las ayudas públicas es relativamente reciente y aún hoy escaso⁴³. Y también es manifiesto -en lo que ahora nos interesa- que no ha sido pacífico, entre los que se han ocupado del estudio de estas modalidades de intervención, el deseo de reconducción de todas ellas a una categoría única⁴⁴. Nos han precedido en este intento -lo sabemos- autores como MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, LAGUNA DE PAZ, o DÍAZ LEMA, que intentaron la categorización de sus principios inspiradores y el análisis jurídico de sus elementos constitutivos. El primero de los citados⁴⁵ define la ayuda pública como *un bien o derecho otorgado directa o*

⁴²LAGUNA DE PAZ, J. C., **Las empresas públicas...** cit. p. 181.

⁴³Ya han sido citados los trabajos más importantes que en las últimas décadas ha producido nuestra literatura administrativa sobre las mismas. Recuérdense los de JORDANA DE POZAS, VILLAR PALASÍ, GARCÍA DE ENTERRÍA, ALBI, NIEVES BORREGO. Más recientemente, cabe citar la monografía de LOZANO SERRANO, C., **Las subvenciones del Estado...** cit.. FERNÁNDEZ FARRERES llega a decir de la subvención, paradigma de ayudas públicas, que es "una de las instituciones que menor interés parece haber suscitado en nuestra doctrina". Vid. **La subvención...** cit., p. 25.

⁴⁴El profesor FERNÁNDEZ FARRERES, en su artículo *De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español* -publicado en **RAP** nº 113, 1987, p. 39; es también la colaboración del autor al **Homenaje a César Albiñana**, cit., p. 85- quiso puntualizar las opiniones vertidas por DÍAZ LEMA en la monografía que éste dedica a "las subvenciones a la economía" como concepto unitario. Sobre este intento dice que "la forma jurídica adoptada en muchas ocasiones se consolida como un obstáculo insuperable para el logro de dicha identidad de reglas y mecanismos jurídicos de ordenación y control" (p. 42); y más adelante: "si bien no puede desconocerse la existencia de ciertas semejanzas que se plasman -o deben plasmarse- en similares o idénticas, incluso, reglas jurídicas, lo cierto es que, en rigurosos términos jurídicos, las diferencias entre estas figuras existen, y de manera más que suficiente, para no llevar más lejos de lo debido el tratamiento conjunto e indiscriminado de unas y otras" (p. 44).

⁴⁵Son importante sus aportaciones -algunas han sido citadas o lo serán más adelante-: *La actividad administrativa dispensadora de ayudas...* cit.; **La ayuda estatal...** cit.; *Ayudas*

*indirectamente a determinados administrados -privados o públicos- con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectadas a su realización*⁴⁶.

B. El tratamiento legislativo

El tiempo ha dado la razón a DÍAZ LEMA cuando escribía en 1985 que "el Derecho español tiende a consagrar unas reglas uniformes para todas las subvenciones -y, por tanto, un concepto de subvención a la economía en sentido amplio-"⁴⁷. No obstante -volvemos a recordarlo- preferimos hablar de ayudas públicas, para no desvirtuar al concepto estricto de subvención, como figura con sustantividad propia.

El mismo autor cita como ejemplo la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982; cuando en su artículo 4,2 nos dice que "al Tribunal de Cuentas corresponde la fiscalización de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas del sector público percibidas por personas físicas o jurídicas", muestra su deseo de someter los diversos instrumentos de apoyo público a unas reglas homogéneas.

agrícolas estatales...cit.; **La actividad administrativa auxiliar de las libres iniciativas sociales**, (Lección magistral), 1984, (*pro manuscrito*); *Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado social de Derecho: educación y sindicatos*, REDA, nº 47, 1985, pp. 397 y ss.; *Subvenciones e igualdad*, REDA, nº 65, 1990, pp. 119 y ss.

⁴⁶MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. ., *La actividad administrativa... cit.*, p. 758.

⁴⁷DÍAZ LEMA, J. M, *op. cit.*, 25

La Ley de incentivos regionales de 27 de diciembre de 1985⁴⁸ incluye en tal concepto figuras dispares con las que se pretende la corrección de desequilibrios económicos interterritoriales. En su artículo primero entiende que:

"Son incentivos regionales, a los efectos de esta Ley, las ayudas financieras que conceda el Estado para fomentar la actividad empresarial y orientar su localización hacia zonas previamente determinadas..."

Y el artículo 3:

"Los incentivos regionales que podrán concederse (...) serán los siguientes:

a) Subvenciones, cualquiera que sea la forma que adopte o el concepto por el que se concedan.

b) Bonificaciones de la cuota empresarial de la Seguridad Social durante un número máximo de años que se determinará reglamentariamente".

Nótese que el legislador usa aquí un concepto laxo de subvención, al admitir variedad de formas en su concesión.

⁴⁸Ley de 27 de diciembre de 1985, 50/85, de incentivos regionales. B.O.E. de 3 de enero de 1986, nº 3, Ar. 14. Un estudio de esta Ley puede encontrarse en GÓMEZ BARAHONA, A., *La legislación sobre incentivos económicos regionales*, **REALA**, nº 255-256, 1992, pp. 777 a 811.

El artículo 7, asimismo, somete a un mismo régimen el incumplimiento, por razones imputables al beneficiario, de las obligaciones impuestas como consecuencia de la concesión de los incentivos previstos.

En esta misma línea de unificación del régimen jurídico básico tiene particular trascendencia la nueva redacción de los artículos 81 y 82 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, operada por el artículo 16,3 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991⁴⁹, artículos que se agrupan en la sección cuarta del Título II bajo la rúbrica "Ayudas y subvenciones públicas". Constituye "el primer intento de regulación general de las ayudas estatales"⁵⁰, que tiene por objeto "además de las subvenciones propiamente dichas, a otro tipo de ayudas económicas"⁵¹. De acuerdo con el artículo 81, en su nueva redacción, las normas contenidas en la referida sección "son de aplicación a las **ayudas y subvenciones públicas** cuya gestión corresponda en su totalidad a la Administración del Estado o a sus Organismos Autónomos..." que más adelante concreta como "toda disposición gratuita de fondos públicos" -lo que se correspondería con las subvenciones en sentido estricto- o "cualquier tipo de ayuda"⁵²

⁴⁹B.O.E. nº 311, de 28 de diciembre de 1991.

⁵⁰Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., op. cit., p. 181.

⁵¹LAFUENTE BENACHES, M., *Régimen jurídico de las subvenciones estatales en la Ley de Presupuestos 31/1990, de 27 de diciembre*, **RVAP**, nº 30, 1991, p. 241.

⁵²Dice el mencionado artículo:

"1. Las normas contenidas en esta sección son de aplicación a las ayudas y subvenciones públicas cuya gestión corresponda en su totalidad a la Administración del

Es claro el deseo de someter el conjunto de auxilios económicos prestados por el poder central a un *mínimum* normativo al objeto de garantizar, en cualquiera de los casos, el fin público propuesto.

Una prueba más de este propósito es la aprobación del "Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas", aprobado por el Real Decreto 2225/1993 de 17 de diciembre⁵³, que reproduce lo previsto en la Ley General Presupuestaria en cuanto a su ámbito material de aplicación⁵⁴, para en su articulado referirse siempre conjuntamente a "las ayudas y subvenciones".

C. Ante el Derecho Comunitario

Estado o a sus Organismos Autónomos, sin perjuicio de lo establecido en el número 11 de este mismo artículo.

2. Para las ayudas y subvenciones a que se refiere al apartado anterior en defecto de normas especiales, las contenidas en la presente sección serán de aplicación:

a) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos Autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.

b) A cualquier tipo de ayuda que se otorge con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea".

⁵³B.O.E. nº 312, de 30 de diciembre de 1993.

⁵⁴Dice el artículo 1,2 del Reglamento:

"El presente Reglamento resulta de aplicación a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada a favor de personas o 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 otorge con cargo al Presupuesto del Estado o de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado".

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario -que aquí nos interesa sobremanera, como podrá ir comprobándose- es aún más patente el sometimiento de todo auxilio de carácter económico a unas mismas reglas, sin prestar especial atención a las diversas formas que aquél pueda revestir. Lo trascendente son las consecuencias o efectos que tales beneficios puedan producir; en concreto, el eventual falseamiento de la libre competencia que pueda provocar en el seno del mercado europeo, y que justifica, por sí sólo, tratamiento unitario, que es el que llevó a cabo el artículo 4 del Tratado CECA y los artículos 92 y siguientes del Tratado constitutivo de la CEE.

Es tal la confusión de figuras que el Tratado renuncia a definir la "ayuda" o a hacer relación de los instrumentos que agrupa en aquel supraconcepto. Es manifiesto el deseo de los redactores de poner su atención en los efectos de las conductas de los Estados sobre el mercado comunitario, obviando las formas empleadas para favorecer sus propias empresas o producciones.

La ambigüedad originaria del Tratado, en parte -entendemos- necesaria e inevitable, -no parece lógico caer en el casuismo: lo importante es atajar los atentados a la competencia cualquiera que sea la forma que adopte- es criticada por muchos⁵⁵, y ha provocado un sinfín de tensiones y conflictos⁵⁶, lo que ha hecho de la ayuda pública, en el prisma comunitario, una de las más

⁵⁵Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: **El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea**, Cívitas, Madrid, 1993, p.25.

⁵⁶BLUMANN, C. entiende que las tensiones producidas en materia de ayudas provienen de la ambigüedad original de los Tratados comunitarios. Vid. *Régime des aides d'État: Jurisprudence récente de la Cour de Justice (1989-1992)*, **RMC**, nº 361, 1992, p. 721.

nociones de contornos más difusos⁵⁷, cuya concreción ha exigido una encomiable labor jurisprudencial.

Más adelante nos ocuparemos, brevemente, de la tarea de acotamiento, en lo posible. Ahora únicamente nos interesa remarcar que el Derecho Comunitario no pretende desvirtuar el concepto estricto de subvención, pero engloba éstas en el más amplio de ayuda, otorgando un tratamiento unitario a una pluralidad de instrumentos por mor de sus idénticos efectos sobre la competencia.

Es obligada la cita de la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de febrero de 1961⁵⁸, que contrapone ambos conceptos: "la terminología usual ve en una subvención una prestación en metálico o en *natura* otorgada para el mantenimiento de una empresa, al margen del pago, por el comprador o usuario, de los bienes o servicios que produce... (mientras que)... el concepto de **ayuda** es, sin embargo, más general que la noción de subvención, ya que **comprende**, no sólo las prestaciones positivas, como **las propias subvenciones**, sino también intervenciones que, bajo diversas formas, aligeran las cargas que normalmente pesan sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen **la misma naturaleza e idénticos efectos**".

⁵⁷Así lo entiende MUFFAT-JEANDET, D., Voz *Aides*, **Encyclopedie Juridique Dalloz. Repertoire de Droit Communautaire**. Tomo I, París, 1992: "la notion d'aides d'Etat est une des plus difficiles à cerner en droit communautaire".

⁵⁸Sentencia De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité". As. 30/59, Rec. 1961, pp. 1 y ss., lo citado corresponde a la p. 39.

Con lo dicho, parece evidente la conclusión: la necesidad de un tratamiento unitario de los diversos instrumentos de apoyo público, haciéndose necesaria la construcción de una teoría general de la ayuda pública, que hoy no puede elaborarse sin referencia constante a una perspectiva jurídico-comunitaria.

III. DEFINICIÓN Y ELEMENTOS DE LA AYUDA PÚBLICA. UNA PERSPECTIVA JURÍDICO-COMUNITARIA

A. Justificación del planteamiento

El concepto amplio de ayuda pública, como categoría jurídica, ha tomado cuerpo a la sombra del Derecho Comunitario. Lo trascendente que resulta la garantía de la libre competencia para la consecución de un mercado único, imprescindible a su vez para el cumplimiento de los fines propios de la Unión Europea, hace de la ayuda pública terreno avocado a una consideración desde el prisma comunitario. El logro de los fines peculiares de la Comunidad impone a los Estados niveles diversos de integración, ya sea ésta positiva o negativa, o deja otras materias a la libre disposición de aquéllos⁵⁹. De esta

⁵⁹No corresponde aquí detenernos en la cuestión de las competencias asumidas por la Comunidad. Puede consultarse sobre ello ISAAC, G., **Manual de Derecho Comunitario General**, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991. Dice Isaac que "las Comunidades gozan sólo de una *competencia de atribución*, es decir, que sus actividades pueden y deben desplegarse en cierto número de campos *limitadamente* determinados por los Tratados... En la práctica, tanto la extensión como la intensidad de las competencias comunitarias son muy variables según los ámbitos", p. 38 y 39.

manera, resulta irrelevante a la Unión el sistema penal de cada uno de los Estados, que permenece en el ámbito de su soberanía propia; no prejuzga tampoco el régimen de propiedad de éstos⁶⁰, etc.

Pues bien, la salvaguarda de la libre competencia en el seno de la Comunidad impone fuertes niveles de integración negativa, en cuanto se hace necesario eliminar las medidas y los comportamientos de los Estados que puedan suponer un obstáculo a los intercambios comerciales, en perjuicio de una concurrencia paritaria. En este sentido, el respeto al principio de competencia supone la aplicación de normas prohibitivas, que afectan de manera directa a las ayudas, de efectos distorsionantes, como línea de principio. No en vano, conscientes de los efectos de las ayudas estatales sobre la competencia, los redactores del Tratado colocaron la sección relativa a las "ayudas otorgadas por los Estados" en el capítulo dedicado a las "normas sobre la competencia". El artículo 92 es fiel reflejo de esta preocupación y establece un principio general de incompatibilidad de tales ayudas con el mercado común.

El criterio, no obstante, ha de ser manejado con prudencia. La regla general -como tendremos ocasión de examinar- puede resultar excepcionada. Hasta tal punto que coincido con ROBERTI⁶¹, cuando sitúa el régimen de las ayudas de los Estados en el seno de la Unión "en un área transaccional entre la integración negativa y positiva"⁶², en cuanto que las diversas modalidades de

⁶⁰Artículo 222 del Tratado: "El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros"

⁶¹ROBETI, G. M., *Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides nationales*, AJDA, nº 6, 1993, p. 398.

ayudas, consideradas como regla general como incompatibles con el mercado competitivo, se convierten con frecuencia en instrumentos de primera magnitud para la ejecución de las propias políticas comunitarias.

En cualquiera de los casos, la conclusión a la que queremos llegar no es otra que la inevitable "comunitarización" de las medidas de apoyo público, que obliga a contemplar éstas desde el prisma europeo, si ciertamente se aspira a construir un mercado único. Comunitarización, no en el sentido de concentrar la prestación de las ayudas en las instancias europeas -aquéllas pueden seguir procediendo de los Estados miembros- sino en cuanto que unas y otras habrán de ser contempladas y fiscalizadas desde el prisma comunitario, como único medio de salvaguardar la competencia en tal ámbito. Por ello, parece lógico -y conveniente- hablar de una "teoría general de la ayuda pública en el seno de la Unión". Es un paso más en la línea de lo que STOBER llama "derecho de supervisión de las ayudas"⁶³, por el cual la Comunidad asume el control del intervencionismo económico de los Estados miembros por vía de ayudas, limitando la libertad de aquéllos.

B. Noción de ayuda pública en Derecho Comunitario

⁶²Es sabido que la integración positiva consiste en la aplicación de reglas y acciones positivas consideradas como indispensables para la realización de los objetivos fundamentales de la Comunidad.

⁶³STOBER, R., **Derecho Administrativo Económico**, traducido por Santiago González-Varas, MAP, Madrid, 1992, p. 206. Distingue, en la Comunidad, un "derecho de ayudas", por el cual ésta "concede propias ayudas como medidas de fomento de la Comunidad pero en consideración o conexión de las mismas con los Estados miembros", y, junto a él, el descrito "derecho de supervisión de las ayudas".

Desde esta perspectiva, la ayuda pública se configura como una categoría con peculiar sustantividad, de carácter omnicompreensivo y con contornos premeditadamente difusos, identificables por los efectos de falseamiento de la competencia.

El concepto de ayuda pública será, por tanto, forzosamente amplio y así lo han interpretado la Comisión y el Tribunal de Justicia. Se deriva de la fórmula empleada por el artículo 92 del Tratado -"ayudas otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales, *bajo cualquier forma...*"⁶⁴- y es lo coherente con la propia finalidad del régimen previsto. Por ello entiende SCHEUING que el recurso a una fórmula no limitativa era necesario; de otra manera, las autoridades comunitarias encargadas de la misión de "policia" correrían el riesgo de ser superadas, en el cumplimiento de su misión, por la imaginación de los "Estados malhechores" -*Etats malfaiteurs*, dice-, que se las ingeniarian para buscar nuevas formas de ayuda desconocidas hasta entonces⁶⁵.

En la misma línea, para WEILL, si se pretende encuadrar las políticas de ayudas en una economía social de mercado, es necesario adoptar una noción amplia de aquéllas, porque, en caso contrario, el cuadro fabricado será fácilmente

⁶⁴Dice el artículo 92.1, que analizaremos más adelante con cierto detenimiento:

"Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones"

⁶⁵Vid. SCHEUING, D. H., *Les aides financières...* cit., p. 268.

evitado por los Estados y las otras colectividades públicas susceptibles de otorgar ayudas, por el sólo juego de su imaginación y de cualificaciones fantásticas⁶⁶.

Por imperativo de tales exigencias, la Comisión, ya en 1963, en su respuesta a la pregunta escrita de un parlamentario europeo, calificó como ayuda a "cualesquiera subvenciones, exoneraciones de impuestos y tributos o tasas parafiscales, bonificación de intereses, garantías de préstamos a condiciones particularmente favorables, cesión de edificios o de terrenos a título gratuito o en condiciones particularmente favorables, suministros de bienes o servicios también en condiciones preferenciales, cobertura de pérdidas de explotación o cualquiera otra medida de efecto equivalente⁶⁷".

Y ha sido el Tribunal de Justicia el llamado a acotar en lo posible la noción de ayuda -no obstante su ineludible amplitud y lo difuminado de sus contornos-, al filo de una jurisprudencia relativamente importante, constituida por una centena de sentencias⁶⁸. Pero entiendo no es exacto el juicio que hace MATTERA cuando afirma que "una jurisprudencia del Tribunal y una doctrina

⁶⁶WEILL, F., **Les aides publiques...** cit.: Tal cuadro... "sera très facilement évité par les Etats et les autres collectivités publiques susceptibles d'octroyer des aides par le seul jeu de leur imagination et de qualifications fantaisistes"; p. 72.

⁶⁷Respuesta de la Comisión de 30 de julio de 1963 a la pregunta escrita nº 43/63 del Sr. Burgbacher. DOCE, de 17 de agosto de 1963, p. 2235.

⁶⁸Vid. BIANCARELLI, J., *Le contrôle de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques*. **AJDA**, 1993, nº 6, p. 412.

de la Comisión especialmente fértiles han permitido delimitar progresivamente y *con precisión* este concepto"⁶⁹.

Y es que la frontera entre lo que es y lo que no es ayuda se nos presenta difusa, frágil, en virtud de las diversas formas que de hecho reviste. Como dice MUFFAT-JEANDET⁷⁰, si la detección de las ayudas directas no encuentra apenas otras dificultades que las de orden técnico, tratándose de las indirectas se hace más difícil y subjetivo⁷¹.

A consecuencia de lo dicho y desde una perspectiva comunitaria, no cabe sino dar definiciones genéricas⁷² -omnicomprensivas hemos dicho en otro momento- de lo que son las ayudas. Bien podrían definirse como "toda medida

⁶⁹MATTERA, A., **El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento**. Trad. por Cora Zapico. Cívitas, Madrid, 1991, p. 89.

⁷⁰Vid. MUFFAT-JEANDET, D., Voz **Aide**, cit., p. 2.

⁷¹TEBOUL, G. y TUOT, T. entienden que recurrir a la distinción entre ayuda directa y ayuda indirecta no es en realidad deseable; y ello por la incertidumbre sobre lo que ha de entenderse por directo: ¿es el fin de la operación, dicen, -provecho de la empresa: ayuda directa, provecho de un tercero, por ejemplo de los asalariados, pero también de la empresa: ayuda indirecta-; es el modo de concesión -préstamo a la empresa: ayuda indirecta, préstamo a la banca, que presta a la empresa: ayuda indirecta-; es su efecto contable -conceder una suma de dinero: ayuda directa, permitir una economía: ayuda indirecta?. Concluyen que este criterio no sería discriminante, constituye un modo de clasificación, pero no un medio de análisis. Vid. *Fondement et régime des aides de l'Etat aux entreprises en France*. ED.CE., nº 41, Rapport public 1989. París 1990, p.149.

⁷²FERNÁNDEZ FARRERES, G. se refiere a "la amplitud y globalidad" que el concepto de ayuda adquiere a la luz del Tratado constitutivo; recuérdese que ello no está reñido con lo estricto del concepto de subvención, que Farreres defiende con tesón. Vid. *El control de las ayudas financieras nacionales*, en **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S., Cívitas, Madrid, 1986, p. 624. Más recientemente, el mismo autor insiste en que "estamos en presencia de una categoría absolutamente genérica y abierta", vid. **El régimen de las ayudas...**, p. 29.

que atribuya a una o varias empresas una ventaja apreciable en términos económicos"⁷³.

Sabemos que estas medidas pueden revestir formas muy variadas. Además pueden adoptarse mediante actos legislativos, por medio de reglamentos, en un acto administrativo, o incluso mediante simples prácticas administrativas⁷⁴.

Igualmente indiferente resulta, a los efectos de su delimitación, el fin que se proponga el poder público otorgante o el pretendido por el beneficiario. "El fin puede ser importante a otros efectos, pero no a éste"⁷⁵. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, "el artículo 92 no distingue según causas u objetivos las intervenciones por él contempladas, sino que las define en función de sus efectos", por lo que, "ni el carácter fiscal ni el fin social eventuales de la medida, bastaría para ponerla al margen de la regla del artículo 92"⁷⁶.

⁷³Así lo hace ROBERTI, G. M., op. cit., p.399; y todos los autores en similares términos: BLUMANN, C. ("decisión de la autoridad pública confiriendo una ventaja de orden financiero a una empresa" en *Le régime des aides d'État...* cit., p. 722), MATTERA, A. ("una ventaja que adquieren ciertas empresas o producciones -diferenciadas de la generalidad de las producciones o de las empresas del Estado miembro en cuestión- a través de una intervención de los poderes públicos responsables", en *El mercado único...* cit., p. 89), a título de ejemplo.

⁷⁴Vid. MATTERA, A., op. cit., p. 89 o MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ayuda estatal...* cit., p. 68.

⁷⁵MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., op. cit. ult., p. 70. Vid. igualmente, BERCOVITZ, A., *Normas sobre la competencia en el Tratado de la CEE*, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, cit., vol. II, p. 465 y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.-L., *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas*, Comunidad Autónoma de Murcia, Secretaría General de la Presidencia, Murcia, 1991 cit, p. 40.

⁷⁶Sentencia de 2 de julio de 1974, *Italia c. Comisión*, as. 173/73, Rec. 1974, p. 719.

Procederemos ahora a la delimitación -en lo posible- de la ayuda desde el prisma del Derecho Comunitario, tarea que parece oportuno acometer desde la contemplación de los elementos que intervienen en la misma: subjetivos, objetivos y formales⁷⁷.

C. Elementos subjetivos

1. Ente otorgante de la ayuda

El artículo 92 del Tratado se refiere a las ayudas otorgadas "por los Estados o mediante fondos estatales". Es doctrina común, con el respaldo constante de las decisiones de la Comisión y del Tribunal, que el Tratado pretende englobar, con tal fórmula, a todos los poderes públicos constituidos en el seno de la Comunidad, abarcando por tanto las ayudas prestadas por los entes regionales o locales.

Con rotundidad lo expresó la Comisión en su Decimocuarto Informe sobre la Política de Competencia al afirmar que "esas intervenciones pueden emanar tanto del Estado mismo como de una colectividad pública o de otro organismo, público o privado, en el que el Estado ejerza una influencia determinante o de aquel que designe para gestionar la ayuda; conviene, en efecto, en la aplicación del artículo 92 evitar la discriminación en el control de las

ayudas estatales que resultaría del distinto estatuto jurídico de los organismos por los que aquéllas se tramitan"⁷⁸.

No cabe duda de que tal previsión es lo coherente con la finalidad de la prohibición y con la estructura territorial de los Estados miembros. Como advierte BERCOVITZ, "dada la distinta organización jurídico-pública de los Estados miembros se trata de acuñar una noción que tomando como referencia un elemento común -los Estados miembros y los fondos estatales- pueda ser aplicada uniformemente en todo el ámbito comunitario"⁷⁹.

El Tribunal de Justicia ha mantenido esta interpretación extensiva, alusiva a toda ayuda financiera que traiga causa en cualesquiera recursos públicos, sea cual sea su origen.

No se plantean dudas razonables cuando la fuente de recursos sea un ente regional, o aún local -los Länder, Regiones, Departamentos, Comunidades Autónomas, Municipios...-⁸⁰: "el hecho de que este programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo. En efecto, dicha

⁷⁷No nos detendremos excesivamente en estas cuestiones que ya han sido abordadas abundantemente por la doctrina española y extranjera. Acúdase, para una mayor profundización, a la bibliografía citada.

⁷⁸**Quatorzième Rapport sur la politique de concurrence**, nº 201.

⁷⁹BERCOVITZ, A., op. cit., p. 464.

⁸⁰Vid. a título de ejemplo la sentencia del 1 de julio de 1984, Comisión c. Italia, ayudas a determinados sectores de la Región de Sicilia; as. 130/83, Rec. p. 2849.

disposición, al mencionar las ayudas concedidas por "los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma" se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo 92 del Tratado". Con esta rotundidad se expresó el Tribunal de Justicia en la sentencia de 14 de octubre de 1987⁸¹.

Más problemas pueden originarse cuando el ente otorgante sea un organismo público o incluso privado que el Estado instituye o designa para la gestión de la ayuda. Expresamente se ha referido el Tribunal a este supuesto, entre otras, en la sentencia Steinike & Weinlig, de 22 de marzo de 1977: "la prohibición del artículo 92, 1 engloba al conjunto de ayudas acordadas por los Estados o por medio de recursos del Estado, sin que haya lugar a distinguir entre el caso en que la ayuda es acordada directamente por el Estado o por los organismos públicos o privados que instituya o designe para administrar la ayuda"⁸².

⁸¹Sentencia República Federal de Alemania c. Comisión, de 14 de octubre de 1987, as. 248/84, Rec. p. 4013, apartado 17 (p. 4041). Puede consultarse sobre el particular, entre otros, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.-L., **Las ayudas de Estado...** cit., p. 27; DONY-BARTHOLME, M., *La notion d'aide d'Etat*, CDE, 1993, 1-2, p. 401.

⁸²Sentencia Steinike & Weinlig c. República Federal de Alemania, a raíz de demanda de decisión prejudicial; as. 78/76, Rec. 1977, p. 595, apartado 21. En los mismos términos, vid. Sentencia Vand der Kooy, de 2 de febrero de 1988, as. 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219, apartado 35 referido a las tarifas preferenciales para el suministro de gas natural acordada por una sociedad privada en la que el Estado ostentaba el 50% del accionariado; y sentencia Italia, (y España como parte coadyuvante) c. Comisión, de 21 de marzo de 1991, Rec. 1991-3, p. I-1470, que enjuiciaba ayudas prestadas por una empresa pública a cuatro filiales.

La ayuda ha de ser otorgada "por los Estados o mediante fondos estatales". Interpretando esta exigencia del artículo 92 conjuntamente con la previsión del mismo según la cual aquélla puede revestir "cualquier forma", se ha entendido siempre que la carga pecuniaria que necesariamente ha de suponer para las finanzas públicas la prestación de la ayuda puede realizarse bajo la forma de desembolso o bajo la forma de "recaudación en menos"⁸³. De esta manera -nos es conocido- se consideran ayudas las exenciones fiscales, los préstamos a interés más bajo, las condonaciones de deuda etc. Por contra, como entendió el Tribunal de Justicia, en la sentencia "Van Tiggele"⁸⁴, la fijación de precios mínimos para un determinado producto -la ginebra-, con el fin de favorecer a sus distribuidores, no constituía una ayuda en el sentido del artículo 92, por cuanto la medida proyectada pesaba únicamente sobre los consumidores. Falta, en estos supuestos, la relación de causalidad entre la ventaja eventualmente obtenida por el vendedor y el erario público, que no resulta, en modo alguno, afectado por la medida de intervención⁸⁵. Es decir, sólo los beneficios concedidos **directa o indirectamente** mediante recursos del Estado pueden ser considerados como ayudas⁸⁶.

⁸³Vid. DONY-BARTHOLME, M., op. cit., p. 401.

⁸⁴Sentencia Ministerio Público del Reino de los Países Bajos c. Jacobus Philippus van Tiggele, de 24 de enero de 1978, as. 82/77, Rec. p. 25.

⁸⁵Vid. sobre ello, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO-CARAVACA, A.-L., op. cit. No obstante, no atinan en su razonamiento ya que hablan de la realización de causalidad entre la ventaja del vendedor y "los fondos públicos concedidos", cuando lo cierto es que no se produce movimiento de éstos. Vid. p. 28 y 29.

⁸⁶Sentencia Van Tiggele, cit.

La reciente sentencia "Sloman Neptun", de 17 de marzo de 1993⁸⁷, supone para algunos un punto de inflexión en la interpretación hasta ahora mantenida por el Tribunal de Justicia sobre la exigencia del "carácter estatal" de los recursos concedidos para que pueda hablarse de ayuda en el sentido del artículo 92. ROBERTI dice de esta sentencia que "parece haber marcado un súbito viraje" de la jurisprudencia en la materia⁸⁸. Explicaremos por qué no compartimos este punto de vista.

Merece la pena analizar el supuesto de hecho. Mediante la Ley federal alemana de 23 de marzo de 1989 se establece un registro complementario para buques que naveguen bajo pabellón alemán en el tráfico internacional, de tal manera que se permite excluir de los convenios colectivos alemanes a aquellos marineros que carezcan de domicilio habitual o residencia en la República Federal de Alemania, de tal manera que puedan ser contratados según las condiciones establecidas en su país de origen⁸⁹.

⁸⁷Sentencia Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, cuestión prejudicial, as. ac. C-72/91 y C- 73/91, Rec. 1993-3, p. I-887,

⁸⁸ROBERTI, G. M., op. cit., p. 403. Su valoración es compartida entre nosotros por AYMERICH CANO, C. I., en su tesis doctoral **La acción de fomento en un Estado compuesto**, La Coruña, 1993, (texto mecanografiado), p. 240 y ss. A este pronunciamiento se refiere también BIANCARELLI, J., cit. p. 414 y 416-17, pero sin llegar a hacer un juicio de valor.

⁸⁹Según el punto 2 del artículo 1 de la citada ley: "Por el mero hecho de que el buque enarbole pabellón alemán no quedarán sujetas al Derecho alemán... las relaciones laborales de los miembros de la tripulación de un barco mercante matriculado en el Registro Interenacional de Buques, que carezca de domicilio habitual o residencia en territorio nacional, sin perjuicio de las normas de Derecho Comunitario". Puede consultarse en el informe para la vista, p. 890 del Rec.

La empresa naviera Sloman Neptun deseaba emplear a un oficial de radio y a cinco marineros de nacionalidad filipina. Solicitó para ello la conformidad de su Seebetriebsrat (Comité de empresa en la industria naviera). Este se negó a darla porque el salario propuesto a estos marineros era inferior al 20 % del de los marineros alemanes y porque la incorporación de trabajadores con tales salarios perturba la paz social en la empresa.

Planteada la cuestión ante el Juez nacional, éste decidió suspender el procedimiento y someter al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, con vistas a apreciar la compatibilidad de las ventajas previstas en la ley alemana, al hacer posible la reducción de los costes de personal de los navieros, con los artículos 92 y 117 del Tratado.

La Comisión, en sus observaciones escritas presentadas ante el Tribunal, hace constar que constituyen ayudas "las ventajas de todo orden, incluso las reducciones de costes que, por su naturaleza, puedan tener influencia en la situación de las empresas interesadas en materia de competencia". Además, la medida discutida se entiende directamente "otorgada mediante fondos estatales" por cuanto supone de reducción de los ingresos fiscales y de las cotizaciones de la Seguridad Social⁹⁰. Es decir, se mantiene en la línea de anteriores pronunciamientos.

El Abogado General, Sr. Darmon⁹¹, y el Tribunal de Justicia, por caminos no del todo coincidentes, pero obedeciendo -a mi parecer- a una misma

⁹⁰Vid. pp. I-900 y 901 del Rec. cit.

ratio, llegan a idéntica conclusión: para ellos el régimen examinado no constituye ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado.

Como ya hemos adelantado, no compartimos la opinión de quienes entienden que la sentencia "Sloman Neptun" supone una ruptura con la jurisprudencia anterior, al interpretar el Tribunal -a su juicio- la cláusula "fondos estatales" en el sentido de imponer una efectiva contribución financiera pública, dejando fuera del concepto de ayuda pública los casos de mera "recaudación en menos" derivados de la reducción de pagos debidos por las empresas⁹². Para nosotros, la doctrina sentada por las sentencias de 10 de diciembre de 1969⁹³, de 2 de julio de 1974⁹⁴ o de 14 de julio de 1983⁹⁵, entre otras, no resulta desvirtuada por la de 17 de marzo de 1993, que venimos examinando.

⁹¹Son particularmente exhaustivas y rigurosas sus conclusiones, presentadas el 17 de marzo de 1992. Volveremos sobre ellas al tratar de delimitar las ayudas nacionales y las medidas de carácter general.

⁹²Dice ROBERTI -op. cit., p. 404- que se puede estimar, en defecto de ulteriores evoluciones -o precisiones- jurisprudenciales, que el control comunitario de las ayudas no se extiende a las medidas que favorezcan a ciertas empresas y que, siendo imputables al Estado, no sean financiadas por los fondos públicos.

⁹³Sentencia Comisión c. Francia, as. 6 y 11/69, Rec. p. 523, que califica de ayuda el establecimiento de un tipo de redescuento preferencial a la exportación.

⁹⁴Sentencia Italia c. Comisión, as. 173/73, Rec. p. 709, sobre la industria textil italiana, particularmente explícita en la cuestión que ahora nos ocupa, -que fue citada en los fundamentos de Derecho de la resolución del Tribunal de Bremen en la que planteaba la cuestión prejudicial en el asunto "Sloman" y traída también a colación por Darmon en sus conclusiones-, en cuyo apartado 33 el Tribunal de Justicia afirma con rotundidad que "es necesario concluir que la desgravación parcial de las cargas sociales... es una medida destinada a eximir parcialmente a las empresas de un sector industrial determinado de las cargas económicas que derivan de la aplicación normal del régimen general de la Seguridad Social, sin que esta excepción encuentre justificación en la naturaleza o en la estructura del

El Sr. Marco Darmon llega a la sabida conclusión negativa por entender que estamos ante una medida de carácter general o medida general de política económica y social -de las que nos ocuparemos más adelante-, al tratarse de una disposición que no tiene el carácter de excepción; excepcionalidad que es la que permite distinguir, en su opinión, tales medidas generales de las ayudas⁹⁶.

El Tribunal de Justicia concluye igualmente que el régimen examinado no constituye ayuda de Estado en el sentido del artículo 92, pero lo hace en base a un razonamiento más vago e indeterminado, que ha dado ocasión a las mencionadas vacilaciones interpretativas. Discrepo de la opinión de BIANCARELLI para quien el Tribunal de Justicia se aparta sensiblemente de la motivación propuesta por el Abogado General Darmon⁹⁷.

aludido régimen"; con ello confirmó la decisión de la Comisión de calificar tal actuación como ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado.

⁹⁵Sentencia Comisión c. Italia, as. 203/82, Rec. p. 2525, en la que la ayuda consistía en la mayor reducción de las cuotas patronales al seguro de enfermedad en favor de la mano de obra femenina.

⁹⁶Darmon, después de analizar las soluciones legislativas de diversos países comunitarios concluye que "la legislación que se limite a permitir la aplicación de otro Derecho no tiene pues ningún carácter de excepción respecto a lo que, de alguna manera, es la normalidad jurídica".. Para él, "el criterio de la excepción impide considerar como ayuda las medidas de alcance general, de carácter fiscal o social, en el sentido de que todas las empresas del Estado miembro de que se trate puedan disfrutar de ellas, tales como las cuotas patronales o del impuesto sobre los beneficios comerciales en un tipo determinado. Si el nivel de las obligaciones fiscales y sociales de las empresas en un Estado miembro es considerablemente inferior al que existe en los demás Estados, dicha situación, que indudablemente afecta a la competencia, podrá encontrar una solución mediante la aplicación de los artículos 99 a 102 del Tratado CEE". Vid. particularmente apartados 96 y 62 de sus conclusiones.

⁹⁷BIANCARELLI, J., op. cit., p. 417.

Para el Tribunal "el régimen de que se trata solamente tiende a modificar, a favor de las empresas de navegación marítima, el marco en el que se establecen las relaciones contractuales entre esas empresas y sus empleados. Las consecuencias que de él resulten, relacionadas tanto con la diferencia en la base de cotización de los seguros sociales..., como con la posible pérdida de recursos fiscales imputable al bajo nivel de las retribuciones invocadas por la Comisión son inherentes a este régimen y no constituyen una forma de conceder un beneficio determinado a las empresas interesadas"⁹⁸. Entiendo que la *ratio* de sus argumentaciones coinciden⁹⁹. Lo que ocurre es que la Corte no se ha pronunciado nunca de modo expreso, y aquí tampoco quiso hacerlo, sobre la delimitación conceptual entre ayuda y medida general.

Una jurisprudencia posterior confirma la doctrina expuesta sobre el carácter amplio con que deben ser entendidos los "recursos estatales"; y lo hace con mayor rotundidad aún que pronunciamientos anteriores. Si Darmon pudo escribir en sus conclusiones de la sentencia "Sloman Neptun" que "este Tribunal

⁹⁸Considerando 21 de la sentencia.

⁹⁹En definitiva: simplemente se autoriza el sometimiento a un derecho extranjero. No importa que ello determine una reducción en los salarios a pagar por las empresas, y por consiguiente, en las cotizaciones a la Seguridad Social. Como alegó en su momento el Gobierno alemán (vid. Informe para la vista, Rec. p. I-894): "recuerda que no corresponde al Estado fijar el nivel de los salarios, sino a las partes del contrato de trabajo y a los convenios colectivos". Lo que se complementa con la apreciación de Darmon de que "si se decidiera apreciar este asunto sólo desde la óptica de las pérdidas de los recursos "estatales", se llegaría al sorprendente resultado de exigir a los empresarios alemanes cotizaciones sociales que no guardan ninguna proporción con el salario abonado..." (apartado 14); es buena la comparación con que ilustra su postura: "La situación es aquí similar a la de las empresas comunitarias que optan por trasladar su producción a Estados terceros donde los costes salariales son más reducidos. No cabe pensar declarar sometida a los artículos 92 y 93 del Tratado CEE la legislación de un Estado miembro que permita a dichas empresas inaplicar las condiciones salariales del Derecho interno". Es la misma motivación de la sentencia final.

de Justicia nunca se ha pronunciado claramente sobre si una medida que reduce los costes de determinadas empresas puede ser calificada de ayuda cuando no existe ninguna contribución financiera realizada por el Estado o por cualquier organismo público o privado que éste instituya o designe como responsable de la gestión de la ayuda"¹⁰⁰, el Tribunal sentenció, con fecha 15 de marzo de 1994, que "una medida mediante la cual las autoridades públicas conceden a determinadas empresas una exención tributaria que, **aunque no implique una transferencia de fondos estatales** coloque a los beneficiarios en una situación financiera más favorable que a los restantes contribuyentes, constituye una ayuda de Estado en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado"¹⁰¹.

2. Beneficiario de la ayuda

Mientras el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ distingue entre "destinatarios y beneficiarios" de la ayuda¹⁰², FERNÁNDEZ FARRERES así denomina, indistintamente, a quienes obtienen la ventaja en que se concreta la ayuda. En cualquier caso, nos referimos a *determinadas empresas o producciones*.

¹⁰⁰Apartado 18 de las conclusiones, p. I-906.

¹⁰¹Sentencia Banco de Crédito Industrial, S.A., (hoy Banco Exterior de España, S.A.) c. Ayuntamiento de Valencia (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana), de 15 de marzo de 1994, as. C-387/92, Rec. p. I-877.

¹⁰²MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ayuda estatal...* cit., p. 48; o también AYMERICH CANO, C., op. cit., p. 244.

a) *Carácter específico de la ayuda. Distinción de las medidas de carácter general.*

La ayuda, además de provenir de fondos públicos, ha de "destinarse a determinadas empresas o a la fabricación de determinados bienes (...) El carácter **específico** de las ayudas comprendidas en el artículo 92 -esto es, que estén destinadas a determinadas empresas...- las diferencia de otras medidas - normalmente denominadas de carácter general-. Cuando estas medidas generales falsean la competencia hasta el punto de que resulta imprescindible remediar tal situación, pueden considerarse comprendidas en el alcance de los artículos 101¹⁰³ y 102"¹⁰⁴.

La distinción entre ayudas estatales y medidas de carácter general -o medidas generales de política económica-, no es siempre fácil de establecer¹⁰⁵,

¹⁰³Dice así: "En caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el mercado común y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados.

Si tales consultas no permitieran llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará, por unanimidad durante la primera etapa y por mayoría cualificada después, las directivas necesarias a este fin. La Comisión y el Consejo podrán adoptar cualesquiera otras medidas apropiadas previstas en el presente Tratado."

¹⁰⁴COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES, **Primera encuesta sobre ayudas estatales...** cit., nº 14.

¹⁰⁵Vid., por ejemplo, ALLENDESALAZAR CORCHO, R., *Las ayudas de Estado en la CEE*, GJCEE, 1986, D-3, p.551, o ROBERTI, G. M., op. cit., p. 405: la distinción -dice- en principio clara puede dar lugar a dificultades de aplicación en el plano práctico.

particularmente *dans le domaine de la sécurité sociale et de la fiscalité* (DONY-BARTHOLME¹⁰⁶).

Se ha dicho, a la vista del artículo 92 -que se refiere a ayudas que favorezcan a *determinadas empresas o producciones*- que es condición necesaria para su aplicación un **criterio de selectividad** en las empresas beneficiarias¹⁰⁷. De esta manera, -sigue diciendo MATTERA- una ayuda dirigida a favorecer a todas las empresas del Estado, o al conjunto de la economía nacional, no sería incompatible con el artículo 92.

Comparto -como ya he dejado apuntado *supra*- las opiniones vertidas por el Abogado General Darmon en las conclusiones presentadas en la causa *Sloman Neptun*: "en mi opinión, el **concepto de excepción**¹⁰⁸, mucho más que el de determinación de beneficiarios específicos, permite distinguir entre ayudas y medidas generales de política social y económica"¹⁰⁹. En este sentido "una medida es excepcional cuando no se aplica a todas las empresas o a todos los sectores industriales que, dada la naturaleza y la estructura del sistema, pueden beneficiarse de ella"; excepcionalidad "en relación con la estructura del sistema general en el que se inserta". El criterio de la especificidad o selectividad de

¹⁰⁶DONY-BARTHOLME, M., op. cit., p. 403.

¹⁰⁷MATTERA, A., op. cit., p. 95.

¹⁰⁸*Carácter excepcional, excepción* es el término empleado en la versión española del Rec. El texto original francés de las conclusiones presentadas por Darmon hablaba de *caractère derogatoire, derogation*, que traducido como **carácter derogatorio** tal vez exprese mejor, a nuestro entender, el sentido querido por el Abogado General.

¹⁰⁹Sentencia *Sloman Neptum*, citada. Vid. punto 55 de las Conclusiones del Abogado General Darmon.

beneficiarios parece referir el campo de la incompatibilidad a las ayudas de naturaleza sectorial. Darmon suscribe la opinión del Abogado General Sr. Capotorti, en las Conclusiones de la sentencia del asunto Comisión c. Italia, para quien "...más allá de texto del artículo 92, estimo que está perfectamente justificado que se hable de un principio general de prohibición de las ayudas públicas a la producción nacional, si no se quiere caer en la inconsecuencia que consiste en considerar como prohibidas las ayudas sectoriales y como lícitas las ayudas de un alcance más amplio"¹¹⁰. Las ayudas a todas las empresas nacionales exportadoras (sentencia de 10 de diciembre de 1969, cit.) o que empleen mano de obra femenina (sentencia de 14 de julio de 1983, igualmente cit.), tienen un alcance de carácter nacional, pero derogatorio del sistema general.

Lo que está claro es que el criterio de excepción impide considerar como ayuda las medidas de alcance general, de carácter fiscal o social, en el sentido de que todas las empresas del Estado miembro de que se trate puedan disfrutar de ellas, tales como la fijación de cuotas patronales o del impuesto sobre los beneficios comerciales en un tipo determinado. Si el nivel de las obligaciones fiscales o sociales de las empresas de un Estado es considerablemente inferior al que existe en los demás Estados, dicha situación, que indudablemente afecta a la competencia, podrá encontrar una solución mediante la aplicación de los artículo 99 a 102 del Tratado.

Paralelamente, las obras de infraestructura o los servicios públicos, en cuanto favorecen indiscriminadamente a toda la población, no constituyen

¹¹⁰Sentencia de 24 de noviembre de 1982, as. 249/81, Rec. p. 4005.

ayudas. Sin embargo, si aquéllos se establecieron para favorecer específicamente a una o más empresas, deberían considerarse verdaderas ayudas¹¹¹.

b) La empresa pública como beneficiaria de la ayuda

No cabe duda de que la empresa pública es un eventual beneficiario de ayudas públicas, que como tal plantea importantes problemas. Con el profesor VANDAMME¹¹², entendemos dos son los principios fundamentales del derecho comunitario en relación con el sector público nacional:

a) *Principio de neutralidad*. Nos es sabido que el artículo 222 del Tratado establece que "no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros". Estos tienen, por tanto, el derecho de crear empresas públicas, de nacionalizar sectores de su economía o de participar, si lo cree oportuno, en el capital de las empresas.

b) *Principio de paridad de trato*. Del citado principio de neutralidad no puede deducirse que el derecho comunitario no establezca ningún límite a la

¹¹¹Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ayuda estatal...* cit., p. 52; MATTERA, A, op. cit., p. 95: "Si bien la realización de un carretera a cargo del presupuesto del Estado, no queda sometida al artículo 92, otra puede ser la conclusión si tales obras favorecen exclusivamente a determinadas empresas".

¹¹²VANDAMME, J., *L'action des entreprises publiques dans l'economie des Etats (marchés publics, monopoles commerciaux, nationalisations et concept de "sécurité publique"*, en vol. col. **Interventions publiques et droit communautaire**, dir. de DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. y VANDAMME, Pedonne, París, 1988, p. 103.

libertad a la acción de los Estados miembros en relación al trato dispensado a sus empresas. Tal libertad se encuentra limitada fundamentalmente por las reglas de la competencia.

El artículo 90,¹¹³ del Tratado, al establecer que todas sus normas se aplicarán a las empresas públicas¹¹⁴, está consagrando el principio de igualdad de trato entre empresas privadas y públicas¹¹⁵. Declara *especialmente* aplicable, entre otros, el artículo 92. De tal manera que, como puso de manifiesto la Comisión en el *Deuxième rapport sur la politique de concurrence*, la neutralidad afirmada por el Tratado a cerca de régimen de propiedad en los Estados miembros no da margen *-latitude-* a éstos, al amparo de la facultad de intervenir en la propiedad de los medios de producción, para desarrollar acciones que, canalizadas por otros medios de intervención, serían incompatibles con los artículos 92 y siguientes, al falsear la competencia y los intercambios intracomunitarios¹¹⁶.

¹¹³"Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto a las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 y 94, ambos inclusive".

¹¹⁴Vid. BERLIN, D., *L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes*, RTDE, nº 2 y 3, pp. 233 y 393 (publicado en dos partes), en particular, p. 397.

¹¹⁵BERNINI, G., *Las reglas de la competencia*, en **Treinta años de Derecho Comunitario**, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1984, p. 386. Vid. por todo ello RODRÍGUEZ CURIEL, J. W., **Ayudas de Estado a empresas públicas**, MIE, Madrid, 1989, p. 25.

¹¹⁶COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES, **Deuxième rapport sur la politique de concurrence**, Bruselas-Luxemburgo, 1973, nº 124.

En esta línea se ha manifestado el Tribunal de Justicia desde su sentencia Steinike & Weinlig, según la cual: "el artículo 92 del Tratado abarca el conjunto de dichas empresas, privadas o públicas, y al conjunto de las producciones de dichas empresas, bajo la única reserva del artículo 90,2 del Tratado"¹¹⁷.

La reserva del artículo 90,2 se refiere a "las empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal"¹¹⁸, que estarán sometidas a las normas del Tratado, en especial a las normas sobre competencia -las relativas a las ayudas públicas, por tanto- sólo "en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada". Esta reserva no ha sido, a mi juicio, bien interpretada por todos. Constituye una excepción a la plena aplicabilidad del artículo 92 -no entendemos por qué FERNÁNDEZ FARRERES¹¹⁹ dice que se trata de "la única excepción posible", vistos los apartados 2 y 3 de este artículo-. Excepción aplicable "con independencia del carácter público o privado de las empresas beneficiarias" -tomo aquí el tenor, en esto oportuno, del profesor citado-, que vengán desempeñando la misión que justifica este trato singular. Por tanto, lo que en realidad resulta excepcionado a resultas del número 2º del artículo 90 es la plena aplicabilidad de las normas sobre ayudas públicas y el resto de reglas del Tratado

¹¹⁷Sentencia de 22 de marzo de 1977, as. 78/76, Rec. p. 595. (F.J.. 18).

¹¹⁸Sobre al situación peculiar de estas empresas en el ámbito comunitario vid. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)*, REDA, nº 84, 1994, p. 589.

¹¹⁹FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas...* cit., p.35.

sobre competencia -si lo exige el cumplimiento de su misión de interés general-, y no, en rigor, la vigencia del principio de igualdad establecido en el número 1º, por cuanto la reserva puede afectar, según los casos, a una empresa pública o a una empresa privada¹²⁰.

La preocupación de la Comisión por el trato dispensado desde los Estados miembros a sus empresas públicas motivó, con el fin de desarrollar su función controladora, la aprobación de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión de 25 de junio de 1980 sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas¹²¹, ampliada en su ámbito de aplicación por otra Directiva, la 85/413/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1985¹²², así como de la Comunicación de la propia Comisión de 17 de septiembre de 1984¹²³. Fue también la preocupación por la transparencia de las actividades de los Estados en relación a sus empresas una de las razones que motivó la iniciativa de elaborar un estudio detallado sobre las ayudas nacionales, que ha

¹²⁰Lo entienden de otra manera BERNINI, G., op. cit., p.388, para quien "las empresas comprendidas en la definición del apartado 2º (...) escapan parcialmente al principio de igualdad establecido en el apartado 1º"; AYMERICH CANO, C.: **La acción de fomento...** cit., p. 244, que dice: "en cuanto a las empresas públicas como destinatarias de las ayudas, con la única excepción del artículo 90,2 Tr. CEE, la regla general es la de la igualdad de tratamiento entre empresas públicas y privadas, recogido en el artículo 90,1".

¹²¹Sobre ella puede consultarse, entre otros, ALONSO UREBA, A., *Reseña de Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (1980-1982)*, RDM, nº 172-173, 1984, p. 301, y FERNANDEZ FARRERES G., op. cit. utl., p. 41.

¹²²Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Transparencia de las Relaciones Financieras de las Empresas Públicas*, NCEE nº 33, 1987, p. 13.

¹²³Su título es "Posición de la Comisión respecto de las participaciones de las autoridades públicas en el capital de las empresas". De ella se ocupa detalladamente RODRÍGUEZ CURIEL, J. W., op. cit., p. 29 y ss.

dado lugar a los sucesivos informes sobre estas ayudas¹²⁴. Y precisamente una de las conclusiones de los dos primeros estudios fue la necesidad de "revisar toda la política relativa a la financiación de las empresas públicas"¹²⁵, lo que llevó a la Comisión a exponer claramente su política en una Comunicación a los Estados miembros¹²⁶.

El problema -que ya acometió la Comunicación de 1984- es identificar las ayudas prestadas por el poder público a sus empresas, es decir, distinguirlas de las aportaciones normales que éstos pueden realizar en cuanto titulares de aquéllas.

La toma de participación pública en el capital de las empresas constituye "una técnica clásica de intervención económica"¹²⁷, medio óptimo para favorecer las Administraciones de modo encubierto a sus empresas, atentando al principio de paridad de trato y, por ende, al de competencia.

La interpretación amplia de las condiciones formales de la ayuda, según la cual ésta puede adoptar la forma de participación financiera en el capital de la empresa, fue asumida por el Tribunal de Justicia en la sentencia "Inter Mills", de 14 de noviembre de 1984:

¹²⁴Así lo manifiesta la Comisión en el **XXI Informe sobre la política de competencia**, nº 167, p. 141.

¹²⁵COMISIÓN, *ibid.*

¹²⁶Publicada en DOCE C 273, de 18.10.91, p. 2; y también en el Anexo II del **XXI Informe...** cit.

"Se depende de las disposiciones citadas que el Tratado las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales "*bajo cualquier forma*". Por consiguiente, no cabe establecer una distinción de principio según que la ayuda se otorge bajo la forma de préstamos o de participaciones en el capital de las empresas. Las ayudas bajo una u otra de estas formas caen en la prohibición del artículo 92 cuando se cumplen las condiciones establecidas por esta disposición"¹²⁸

Y el criterio para determinar si tales aportaciones de capital deben o no calificarse, en el caso concreto, como ayudas -y sometidas al régimen de las mismas- fue fijado por la Comisión en la Comunicación de 1984 -la Directiva sobre Transparencia no aportó criterios de discernimiento-. Se entiende que la aportación de capital ha de considerarse ayuda cuando es prestada "en circunstancias que no serían aceptables para un inversor privado que operase en las condiciones normales de una economía de mercado"¹²⁹. La pauta fue asumida sin reservas por la jurisprudencia comunitaria¹³⁰.

¹²⁷PAPPALARDO, A., *La prise de participation de l'Etat dans le capital des entreprises*, en *Interventions publiques et...* cit., p. 143.

¹²⁸Sentencia *SA Intermills c. Comisión*, as. 323/82, Rec. 1984-10, p. 3809; vid. considerando 31.

¹²⁹Lógicamente, como advierte RODRÍGUEZ CURIEL, este criterio es aplicable también a las demás medidas de financiación, directas o indirectas, empleadas por las Administraciones en relación a sus empresas. Vid. *Ayudas de Estado...* cit., p. 3; igualmente en *La compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas de Estado a empresas públicas (artículo 92,3 del Tratado de la CEE)*, *RAP*, nº 122, 1990, p. 411.

D. Elementos objetivos y formales¹³¹

1. Irrelevancia de contenidos, formas y fines de la ayuda

Al intentar conceptualizar la ayuda pública y describir sus elementos subjetivos nos hemos ido refiriendo a la irrelevancia de sus contenidos, formas y fines, de tal manera que lo realmente decisivo para determinar que estamos en presencia de una ayuda son las consecuencias o efectos que de ella se deriven.

¹³⁰Vid., v. gr., dos sentencias dictadas el mismo día, 10 de julio de 1986 (en ambas litigaba Bélgica contra la Comisión, as. 234/84 y 40/85, Rec. 1986-7, pp. 2263 y 2321). Después de recordar al doctrina contenida en la sentencia *Intermills*, establecían que :

"Para comprobar si una de estas medidas tiene el carácter de ayuda estatal, lo adecuado es aplicar el criterio indicado en la Decisión de la Comisión que, por otra parte, el Gobierno belga no ha impugnado, basada en las posibilidades de la empresa de obtener las sumas en cuestión es los mercados privados de capitales. En el caso de un aempresa cuyo capital social está en manos de las autoridades públicas, hay que examinar sobre todo si, en circunstancias similares, un socio privado habría procedido a una aportación de capital semejante, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad y haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de de política regional o sectorial" (considerandos 13-14 y 12-13 respectivamente).

La sentencia ha sido comentada por EMBID IRUJO, J. M., *El régimen de las ayudas estatales a las empresas en el derecho comunitario*, NCEE, nº 33, 1987, p. 127.

Otras sentencias, en este sentido son: *Italia c. Comisión* de 21 de marzo de 1991, as. 305/89, sobre las ayudas a *Alfa Romeo*, Rec. I-1603; y relativas a España, sendas sentencias de 14 de septiembre de 1994, Rec. p. I-4103 y 4175.

¹³¹Tratamos conjuntamente estos elementos -en buena teoría claramente diferenciables- por cuanto al hablar el Tratado de ayudas prestadas *bajo cualquier forma*, entiendo está relativizando la distinción, para remarcar el hecho de que le resulta del todo indiferente el **objeto** de la ayuda -los bienes o derechos aportados por ésta, cosa bien distinta al **objetivo o fin** que con ella se pretende-, el **contenido** -aquello en que precisamente consista esa aportación o dispensación, del que resultarán sus efectos (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ)- o la **forma** - instrumento jurídico-formal empleado: ley, reglamento, acto administrativo o mera práctica-.

Nos hemos ocupado de la diferenciación entre las ayudas públicas y ciertas figuras afines como son las medidas de carácter general, la participación *legítima* en la financiación de empresas, o la fijación administrativa de precios mínimos para un determinado producto. Junto a ello, la práctica demuestra el amplio espectro de modalidades de ayuda cobijadas al amparo del *bajo cualquier forma* del artículo 92 del Tratado. Así lo aclaró tempranamente la propia Comisión¹³². Con ello, puede afirmarse que la forma -lo hemos dicho- pierde en gran parte su relevancia como elemento definidor¹³³.

No pretendemos aquí hacer un estudio de los variados contenidos y formas que puede revestir la ayuda. Existe ya una abundante bibliografía que, con base en los pronunciamientos jurisprudenciales, analiza las modalidades más importantes¹³⁴. Pero nos interesa llamar la atención sobre dos puntos por su

¹³²En la Respuesta de 30 de julio de 1963 a la pregunta escrita nº 48/1963 del Sr. Burgbacher, la Comisión especificó que el concepto de ayuda pública incluye "subvenciones, exoneraciones de impuestos y tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones puramente favorables, cesión de inmuebles o terrenos de forma gratuita o en condiciones particularmente favorables, suministro de bienes o servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas de explotación o cualquiera otra medida de efecto equivalente". (JOCE C 125, de 17.8.63).

¹³³Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.-L. la fórmula *bajo cualquier fórmula* "despoja a ésta última de todo alcance definitorio, lo que hace de la misma un elemento superfluo desde el punto de vista de la delimitación conceptual del fenómeno". Vid. **Las ayudas de Estado...** cit., p. 39.

¹³⁴Puede consultarse MATTERA, A.: **El mercado único...** cit., p. 90 y ss., DONY-BARTHOLME, M.: *La notion d'aide...* cit., p.404 y ss. analiza algunas modalidades como los créditos en condiciones preferenciales, la asunción por el Estado de una parte de los gastos que incumben normalmente a la empresa, la exoneración o reducción de impuestos, la dismoción de cotizaciones de seguridad social debidos por las empresas, la concesión de una garantía, los precios de la energía etc. WAELBROECK, M., *Les aides accordées par les Etats en Le droit de la Communauté Economique Européenne*, vol 4, Bruselas, 1972, p. 379; GONZÁLEZ GÓMEZ, A., *Ayudas de Estado en las Comunidades Europeas*, PGP, 1991-3, p. 41.

particular conexión con lo que constituirá el núcleo de nuestro estudio: la consideración o no como ayuda públicas de las compras de intervención a precios de garantía por parte de organismos públicos -características de las agricultura-; y, en segundo lugar, el elemento de la gratuidad -ausencia de contraprestación- como constitutivo de la ayuda pública.

2. Conceptuación de las compras de intervención a precios de garantía.

¿Constituyen ayudas públicas?

a) Desde el prisma del derecho interno

Instrumento ya añejo de intervención pública en la economía, característico de la agricultura (pensamos ahora en el ámbito nacional, aunque

LAURENT, V., **La politique communautaire de concurrence**, Sirey-Dalloz, París, 1993, p. 111 y ss., propone una clasificación de las formas que puede revestir la ayuda, distinguiendo entre:

a) **Forma financiera**, que engloba las subvenciones a fondo perdido y las operaciones de crédito en condiciones más favorables a las practicadas en el mercado en aquel momento.

b) **Forma fiscal y social**: exoneración de una carga obligatoria o reducción de la tasa, moratorias, fraccionamientos, en general derogaciones en relación al sistema fiscal general (Vid. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Las ayudas de Estado y la política fiscal en la CEE*, NCEE, nº 23, 1986) etc. Sobre estas medidas ha dicho la Comisión en la **Primera encuesta sobre ayudas estatales** (punto 16) que "no siempre resulta evidente si determinadas medidas fiscales o de seguridad social constituyen ayudas o forman parte integrante y coherente del régimen fiscal o de seguridad social. Por otro lado, en distintos Estados miembros existen incentivos para fomentar o facilitar la formación general o la obtención de puestos de trabajo por parte de ciertos grupos de trabajadores socialmente menos privilegiados. En la medida en que dichos incentivos no sean específicamente sectoriales, cubran todo el espectro económico y formen parte integrante de un régimen de medidas para fomentar el empleo, no pueden considerarse ayudas estatales"

c) **Forma comercial**, cuando se manifiestan bajo la apariencia de una operación comercial, en realidad banal (precios en suministros inferiores a los del mercado etc.).

también es conocido en el comunitario -de él nos ocuparemos con detalle más adelante-) ha sido el establecimiento de unos precios de garantía y unos niveles de intervención, de tal manera que la Administración se comprometía a comprar la producción que los agricultores quisieran ofrecerle; esto sin perjuicio de que se estableciera en algunos casos la venta obligada del producto al organismo público designado (transferencias coactivas o forzosas¹³⁵). Nos planteamos aquí si tales conductas podrían ser consideradas como ayuda pública.

El último de los supuestos referido, la entrega *obligada* al organismo de intervención -característico durante décadas de la ordenación triguera, como veremos más adelante, aunque empleado en tiempos pasados en diversos sectores económicos- no plantea problemas: se trata de una medida policial, constrictiva, de obligada observancia, con lo que escapa de entrada a la consideración de ayuda pública, esencialmente voluntaria. Y ello aunque, de hecho, pudiera hipotéticamente servir de estímulo al productor¹³⁶.

¹³⁵Vid., con carácter general, VILLAR PALASÍ, J. L., *Precio justo y transferencias coactivas*, RAP, nº 18, 1955, p. 11, *in totum*. Vid. también TORNOS MÁS, J., **Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas**, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982, p. 126.

¹³⁶TORNOS MÁS llega a afirmar que "si bien a primera vista parece que estamos ante una medida limitativa o policial, debe hacerse notar que si bien la técnica es de limitación (imposición de vender a cierto precio), el fin perseguido es de fomento o de ordenación. Al comprar el trigo la Administración lo hace a precios remuneradores asegurando al mismo tiempo la venta de todo lo producido"; op. cit. p. 127.

A mi juicio, y amén de que resulta discutible que la finalidad de las transferencias coactivas pueda ser la de fomento -una intervención pública de tal intensidad sólo parece encontrar justificación en la finalidad de protección al consumidor (en el mismo sentido VILLAR PALASÍ, J. L., *Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado*, RAP, nº 16, 1955, p. 53)-, es el momento de recordar lo dicho más arriba: que un mismo fin

Mayores dudas suscitan los supuestos de entrega *voluntaria* de ciertos productos, también a precios tasados, que fueron conocidos, en el ámbito agrario, como "ordenaciones por campañas". "Se trata(ba) -escribió sobre ellas TORNOS MÁS- de medidas no limitativas¹³⁷ sino más bien de fomento, en protección del sector intervenido"¹³⁸. Ciertamente ha de admitirse que estamos ante una medida de favorecimiento; pero no, técnicamente -desde el prisma de nuestro derecho interno-, ante una ayuda pública, sino ante una figura peculiar, con sustantividad propia, legalmente prevista y diseñada (ha de recordarse lo explicado al comienzo de nuestro trabajo: que una cosa es la *finalidad* de fomento y otra distinta la instrumentación de ésta mediante un concreto *modo de acción administrativa*, que en este caso no puede catalogarse -desde la perspectiva nacional, insistimos- como de auténtica ayuda pública). Ha de considerarse, además, que su aplicación general para todo un sector a nivel nacional excluye afectación a la competencia.

puede pretenderse sirviéndose de técnicas diversas y una técnica perseguir variados fines, de tal manera que la Administración puede emplear técnicas coactivas, policiales -y las transferencias forzosas lo son, como la mera tasación de precios-, con un finalidad de fomento, o, simplemente, cabe que de tales medidas algunas empresas obtengan ventajas financieras; pero en ningún caso se concepturá a aquéllas como supuestos de ayuda pública.

¹³⁷Falta el elemento coactivo, esencial en la actuaciones policiales.

¹³⁸Cfr. TORNOS MÁS, op. cit., p. 122. En el mismo sentido, años antes había escrito el profesor SALAS HERNÁNDEZ, J., que "los precios de garantía o de protección a la producción constituyen una de las técnicas de fomento o estímulo a la iniciativa económica privada" (vid. su artículo *Ordenación de precios y responsabilidad administrativa*, REDA, nº 2, 1974, p. 231).

Ha de advertirse que las ordenaciones por campaña pueden implicar también la fijación de precios fijos o máximos de venta al público ("tasación de precios" -VILLAR PALASÍ-), que, en palabras de SALAS, "suponen limitaciones a la iniciativa empresarial en los distintos escalones de transformación y comercialización del producto sometido a tal régimen, en cuanto que, indirectamente, comprimen los márgenes de beneficio de cuantos intervienen en tales fases". Sobre el carácter de medidas de policía de estas medidas, vid. VILLAR PALASÍ, J. L., *Poder de policía...*, cit., p. 45.

b) Desde el prisma del derecho comunitario

b.1) Compras de intervención desde la propia Comunidad

¿Puede llegarse a esta misma conclusión desde la perspectiva comunitaria, a la vista del artículo 92 del Tratado? La Comunidad estableció también un sistema similar de protección de ciertas producciones, de acuerdo con la normativa para ellas prevista en sus respectivas "Organizaciones Comunes de Mercado" (OCM -en su momento nos ocuparemos con detalle de tales organizaciones-), producciones que podían ser ofrecidas a los organismos de intervención a unos precios comunes de garantía (también los cereales se erigen en paradigma de "proteccionismo", ausente aquí, también, la nota de imposición obligatoria). Se previó a la vez la financiación exclusivamente comunitaria de las compras de intervención.

Pese a la ausencia aquí del elemento coactivo o constrictivo, lo cierto es que la mera consideración del origen de los fondos hace ya de por sí impensable calificar estos mecanismos como ayuda pública estatal en el sentido del artículo 92, desde el momento en que éste se refiere únicamente a las ayudas provenientes de fondos de los Estados. A esto hay que añadir que, al afectar por igual a las producciones en cuestión en todo el ámbito de la Comunidad, queda excluida la posibilidad de daños a la competencia, efecto constitutivo del concepto de ayuda pública desde la perspectiva comunitaria.

b.2) ¿Debe considerarse ayuda nacional el establecimiento por los Estados de compras de garantía para productos sometidos a una OCM?

Cabe la posibilidad de que los Estados adopten medidas de intervención similares a nivel nacional, para productos sometidos a una organización común de mercado, infringiendo su normativa específica, al establecer un régimen de compras por parte del Estado miembro -voluntario, lógicamente, para el agricultor- para productos que no podían acogerse a la intervención comunitaria.

Sin perjuicio de que tales conductas constituyan por sí mismas una infracción de las normas de la organización de mercado, que permanece -como detallaremos en su momento- en la competencia exclusiva de la Comunidad, lo que bastaría para proceder a su fiscalización, entiendo que al quedar en estos supuestos afectados recursos estatales, beneficiar la medida -de modo selectivo y exclusivo- a determinados productores nacionales, se produce un falseamiento de la competencia, con lo que se reúnen las condiciones para su consideración como ayuda estatal en el sentido del artículo 92. De hecho, la Comisión ha enjuiciado en ocasiones estas conductas de los Estados, calificándolas como ayudas, y sometiéndolas al procedimiento correspondiente¹³⁹.

¹³⁹Vid. Comunicación de la Comisión en virtud del artículo 93 del Tratado, en relación con las ayudas que Italia ha decidido conceder al sector bovino, DOCE C 165, de 25.6.91, p. 3. Se trataba de una medida italiana en favor de determinadas ganaderías bovinas, consistente en la compra por parte del AIA (Asociación italiana de ganaderos) de ciertas categorías de reses que

Observamos aquí cómo la teoría general de la ayuda pública acuñada desde las instancias de la Comunidad corrige o enriquece -como apuntamos más atrás- la propia de nuestro derecho interno, que ahora ha de no puede permanecer ajena a los nuevos "elementos" incorporados por el Derecho comunitario.

b.3) ¿Constituye ayuda pública el pago por los Estados de un complemento al precio de intervención comunitaria?

A la misma conclusión habría que llegar si contemplamos las conductas de los Estados consistentes en favorecer a sus productores concediéndoles beneficios suplementarios que se añaden a la prima de intervención comunitaria, a modo de un sobreprecio. Igualmente, tales medidas puedan considerarse como una infracción de los Reglamentos comunitarios correspondientes -razón suficiente para su reprochabilidad-, pero constituyen a la vez, en sentido del artículo 92, una auténtica ayuda nacional.

Ciertamente, quedan comprometidos recursos financieros nacionales, y ordinariamente quedarán afectados los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseada la competencia, por lo que las medidas en cuestión caerían en el ámbito de aplicación del artículo 92 del Tratado. La Comisión, en diversos pronunciamientos, confirma esta interpretación. Para la campaña de 1987, Francia había anticipado el pago de la prima comunitaria pagadera por oveja y

no podían acogerse a la intervención comunitaria, como medio para compensar los daños sufridos por los ganaderos como consecuencia de la sequía (volveremos a citar esta

por cabra. Posteriormente, por Reglamento de la Comisión se fijó el importe de esta prima para la campaña de 1987 a un nivel inferior al fijado por las autoridades francesas, con lo que la diferencia de primas fue calificada como ayuda estatal -y sometida al procedimiento correspondiente-, al constituir un suplemento de las adoptadas a escala comunitaria¹⁴⁰. En similares términos fue sancionada la medida adoptada por Italia de pagar un *sovrapprezzo* para el azúcar blanco en stock¹⁴¹, o la prevista por el Estado francés por la que los ganaderos productores de cereales podían obtener el reembolso de los impuestos específicos fiscales abonados al entregar los cereales a un centro de recogida autorizado¹⁴².

b.4) Supuesto de venta por los Estados de productos a un precio inferior al precio de garantía

La misma valoración cabría hacer de aquellas operaciones consistentes en la venta por los Estados, sobre su mercado interno, de productos sometidos a una OCM a un precio inferior al previsto en su normativa reguladora. Sin perjuicio de que tal operación suponga en sí misma una injerencia en el régimen comunitario de precios, puede ser calificada de ayuda nacional. El supuesto fue

comunicación al tratar más adelante del régimen de las ayudas destinadas a compensar los daños causados por desastres naturales).

¹⁴⁰Vid. Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 1989, relativa a una ayuda concedida como complemento de la prima comunitaria pagadera por oveja y por cabra para la campaña de 1987; DOCE L 324, de 9.11.89, p. 26.

¹⁴¹Decisión de la Comisión de 8 de abril de 1987, relativa a una ayuda del gobierno italiano en favor de los comerciantes italianos del sector del azúcar; DOCE L 313, de 4.11.87, p. 24.

planteado al Tribunal de Justicia y resulto por éste en las sentencias "Russo"¹⁴³ y "Benedetti"¹⁴⁴, conducta en estos casos mediatizada por una operación de importación. En el marco de una política anti-inflacionista adoptada por el gobierno italiano, y ante la importante subida que había experimentado el trigo duro en el mercado mundial, aquél adquirió importantes cantidades en el mercado extracomunitario y las vendió a los fabricantes italianos de pastas alimenticias a un precio inferior a los precios de compra, por debajo también del precio de intervención comunitario. La conducta enjuiciada bien puede considerarse como ayuda pública a los fabricantes italianos, en el supuesto de que -como en el presente caso- sólo ellos, y no los de otros países comunitarios, pudieran comprar ese trigo a aquel precio. El Tribunal admitió, en la sentencia "Benedetti", la posibilidad que pudiera ser considerada ayuda, pero excusó pronunciarse al respecto por falta de datos sobre los efectos de la medida, que reprobó por incompatible con la organización común de mercado, al modificar el sistema de precios que en la misma se prevé. Volveremos sobre la doctrina contenida en estas sentencias al tratar sobre el procedimiento de control de las ayudas nacionales que resulten además incompatibles con una organización de mercado.

3. Elemento de la gratuidad como constitutivo de la ayuda pública

¹⁴²Decisión de la Comisión de 4 de noviembre de 1989; DOCE L 105, de 25.4.90.

¹⁴³Sentencia Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA), de 22 de enero de 1976, as. 60/75, Rec. p. 45.

¹⁴⁴Sentencia Luigi Benedetti c. Munari F.lli S.a.s., de 3 de febrero de 1977, as. 52/76, Rec. p. 163.

Ha de advertirse que uno de los elementos constitutivos de la ayuda pública es la de configurarse como medidas esencialmente gratuitas, en las que no pesa sobre el beneficiario una obligación de contraprestación en favor del otorgante, aunque medie una vinculación al fin para el que se otorgó. En rigor, por tanto, se ha excluír del concepto de ayuda aquellos supuestos en que la atribución patrimonial tiene su causa de servicios o prestaciones voluntarios -o aun forzosos- del particular, por más que tales servicios sean comunitariamente relevantes. En estos supuestos la atribución patrimonial pública podría configurarse como acto administrativo de financiación -distinto de la ayuda pública- o incluso arbitrarse mediante formas contractuales. Es el caso de las que impropiaamente llama el artículo 77 del Tratado CEE "ayudas", en el ámbito de la política de transportes, y que declara compatibles en la medida "que respondan a las necesidades de coordinación de los transportes o que correspondan al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público"¹⁴⁵.

Ha de notarse que una parte de la doctrina -española y extranjera- ha mantenido, con carácter general, la configuración de la ayuda pública como una relación jurídica de naturaleza contractual, de por nuestra parte rechazamos en base al argumento expuesto de la ausencia de contraprestación. Tesis contractualistas que refuta igualmente, de manera magistral, el profesor

¹⁴⁵Piénsese, por ejemplo, en un acuerdo entre la Administración y una empresa de transportes en virtud del cual esta empresa asume la obligación de atender determinadas líneas de servicio carentes de rentabilidad económica, lo que resulta compensado desde la propia Administración, incluso mediante fórmulas contractuales, pero que no pueden ser calificadas como ayudas públicas. Vid. sobre este particular las apreciaciones del profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en **El nuevo servicio público** (con ARIÑO ORTIZ y DE LA CUÉTARA), Marcial Pons, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ FARRERES, concluyendo la naturaleza de la subvención como acto administrativo unilateral necesitado de aceptación¹⁴⁶.

Esta gratuidad, no obstante, tampoco "tiene *nunca* por causa la mera *liberalidad*"¹⁴⁷, con lo que no está reñida con la naturaleza "afectada" de la ayuda, en cuanto vinculada al fin público para el que se otorgó¹⁴⁸. No puede hablarse, por tanto, de auténtica gratuidad.

4. Las condiciones de afectación a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseamiento de la competencia

¹⁴⁶En **La subvención...**, cit., particularmente pp. 321-407. Frente al argumento esgrimido por los partidarios de la tesis contractualista de que la carga impuesta al beneficiario se constituye en "contraprestación", afirma FERNÁNDEZ FARRERES que "no puede decirse propiamente que el particular-beneficiario de la subvención asuma una obligación jurídica *strictu sensu* frente a la Administración otorgante, ya que con ello se olvida que la subvención, si bien se otorga con fines de interés público, beneficia directamente al particular, el cual, "a cambio" -entiéndase la expresión en un sentido puramente coloquial-debe ejecutar una determinada actividad, y la propia actividad que despliega -aun debiendo acomodarse al interés público concretado en los objetivos y condiciones que haya determinado la Administración en el acto de otorgamiento- redundará también directamente en su beneficio. Pese, además, difícil que pueda hablarse en tales casos de "vinculación recíproca" o de régimen de "contraprestación" cuando la Administración otorgante de la subvención no percibe nada en compensación a la atribución patrimonial que realiza". Esta "pretendida contraprestación -dirá más adelante- (...no es sino) una mera *carga jurídica* de la que dependerá la plena efectividad o exigibilidad de la atribución patrimonial".

¹⁴⁷Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La actividad administrativa...*, cit., p. 762.

¹⁴⁸Sobre tal extremo se ocupa también extensamente FERNÁNDEZ FARRERES, G., **La subvención...**, cit., p. 230 y ss.

Faltan aún es nuestro estudio dos condiciones que el artículo 92 exige para la aplicación del régimen en él previsto: que las ayudas *afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros* y que *falseen o amenacen falsear la competencia*. Obviamente, el cumplimiento de estas condiciones -en puridad claramente diferenciables¹⁴⁹- está íntimamente ligado. En realidad, procede examinarlas conjuntamente: desde la perspectiva de nuestro estudio, sólo nos interesan ahora las ayudas que incidan sobre la competencia, y que lo hagan además a nivel comunitario. Los potenciales daños a la competencia originados por ayudas públicas cuyos efectos permanezcan en las fronteras del Estado miembro sólo a éste interesan¹⁵⁰. Por tanto, el análisis de estas condiciones, en cuanto limitadas a productos afectados de alguna manera por flujos de importación y exportación entre Estados miembros, no supone propiamente una aportación a una teoría general de la ayuda pública; la exigencia de tal afectación supone más bien una estipulación de índole formal para la aplicación del régimen propio de una Comunidad que aspira al establecimiento de un mercado único en su seno.

¹⁴⁹Como advierte FERNÁNDEZ FARRERES, G. en **El régimen de las ayudas...** cit.: "la acción -proceda de quien sea- que afecte al comercio entre los Estados miembros necesariamente conlleva una distorsión de la competencia, mientras que no toda distorsión de la competencia se traducirá en una interferencia en dichos intercambios comerciales". Así ocurre -como él mismo anota- con ayudas exclusivamente internas, que no afectan a intercambios comerciales, o cuya eficacia sólo se despliega frente a terceros Estados. (p. 49 y 50).

¹⁵⁰Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA L. y CALVO CARAVACA, A.-L., op. cit., p. 25, advierten, no obstante, que "al no establecerse legalmente un porcentaje mínimo de afectación, bastaría en principio cualquier variación, por pequeña que fuera, para que intercambios, inicialmente excluidos del ordenamiento comunitario, pudieran quedar comprendidos dentro de su esfera de aplicación en un momento posterior".

El punto de referencia aquí en este punto es la sentencia "Philip Morris"¹⁵¹, según la cual "cuando una ayuda financiera acordada por el Estado refuerza la posición de una empresa en relación a otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios, estos últimos deben considerarse influidos por la ayuda".

Esta línea argumental se ha mantenido en la sucesiva jurisprudencia de la Corte, que sigue hoy remitiéndose a los considerandos de la sentencia "Philip Morris"¹⁵².

Algunos han entendido que la citada sentencia insta a la vez un atemperamiento en las exigencias de prueba del efectivo faseamiento de la competencia comunitaria provocado por la ayuda. De tal manera que, cuando la ayuda favorecía en medida suficiente a ciertas empresas o producciones, automáticamente se presumían afectados los intercambios comerciales intracomunitarios. "Ésta parecía ser -en la opinión de MATTERA- la tendencia plasmada en la sentencia Philip Morris"¹⁵³.

En realidad, la sentencia que nos ocupa, ajena a presunciones, sí aporta una *justificación suficiente* sobre la afectación de la medida proyectada a los intercambios entre Estados miembros. El Tribunal juzgó que aquí lo era la

¹⁵¹Sentencia Philip Morris Holland BV c. Comisión, de 17 de septiembre de 1980, as. 730/79, Rec. p. 2671. Vid. considerando 11.

¹⁵²A título de ejemplo vid. la primera de las dos sentencias de 14 de septiembre de 1994, ya citada, considerando 40.

¹⁵³MATTERA, A.: **El mercado único...** cit., p. 97.

*orientación hacia el comercio internacional*¹⁵⁴, "la vocación exportadora de la firma encausada"¹⁵⁵, que vería incrementada notablemente su capacidad de producción y, por tanto, de alimentar sus corrientes de intercambio con otros Estados miembros.

Otra cosa es que, efectivamente, las exigencias de motivación se hayan hecho, en una jurisprudencia posterior -y sólo en cierto modo- más explícitas. Así parece desprenderse de la sentencia Intermills -que procede a anular la Decisión de la Comisión por cuanto *no ha sido demostrado por qué* la acción de la demandante sobre el mercado, a raíz de la concesión de las ayuda, podía alterar las condiciones de los intercambios¹⁵⁶-, y aun con mayor claridad de la sentencia Leeuwarder Papierwarenfabriek¹⁵⁷ -que también enmienda a la Comisión por cuanto no satisfizo *la obligación de motivación prescrita por el artículo 190 del Tratado*-¹⁵⁸. En la misma línea, en la reciente sentencia de 14 de septiembre de 1994, el Tribunal, habiendo alegado las autoridades españolas que "la Comisión no prueba que la aportaciones de capital efectuadas (...) afectaran a los intercambios intracomunitarios" dictaminó que "la afectación a los intercambios intracomunitarios no se puede entender producida de un modo

¹⁵⁴Son palabras de la propia sentencia, considerando 12.

¹⁵⁵Vid. el comentario que hace a esta sentencia MUFFAT-JEANDET, D. bajo la dirección de BONASSIES, P., *Le contrôle de la Commission des Communautés européennes sur les aides individuelles accordées par les Etats*, RTDE, 1983-1, p. 1 y ss., particularmente p. 8.

¹⁵⁶Vid. el considerando 39 de la sentencia, ya citada.

¹⁵⁷Sentencia Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek BV c. Comisión, de 13 de marzo de 1985, as. 296 y 318/82, Rec. p. 809.

¹⁵⁸Vid. sobre ello, DONY-BARTHOLME, M., *Aides publiques et droit de la concurrence*, CDE, 1986-2, p. 151, donde comenta la sentencia Intermills; en particular p. 179.

automático, debiendo demostrarse de modo concreto en cada caso la existencia de una afectación actual o potencial o el falseamiento de la competencia"¹⁵⁹.

Sin embargo, tales exigencias de motivación se relativizan desde el momento en que ni la cuantía relativamente reducida de la ayuda¹⁶⁰ ni el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria¹⁶¹, o el hecho de que ésta no participe en las exportaciones¹⁶², sirven para excluir "*a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios intracomunitarios".

¹⁵⁹Sentencia citada, Rec. p. 4156, considerando 32.

¹⁶⁰Sentencia Francia c. Comisión de 11 de noviembre de 1987, as. 259/85, Rec. p. 4393; considerando 24: "...la Comisión no ha sobrepasado los límites de su facultad de apreciación al estimar que incluso una ayuda de una importancia relativamente escasa iba a alterar las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común". La sentencia Italia c. Comisión, de 21 de marzo de 1991, as. 303/88, Rec. I-1433, en su considerando 27 puntualiza: "...cuando el sector de que se trata se caracteriza por una fuerte competencia".

No obstante esta doctrina constante, ha de darse cuenta de la adopción por la Comisión, en fecha reciente, de la que ha denominado "norma de minimis". Introducida en 1992, en las "directrices comunitarias sobre ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas" (DOCE C 213, de 19.8.92, p. 2), es hoy objeto de una comunicación específica, "relativa a las ayudas *de minimis*" (DOCE C 68, de 6.3.96, p. 9). Es virtud de esta regla, arbitrada "en interés de la PYME", en la medida en que "no todas las ayudas tienen repercusiones apreciables sobre los intercambios comerciales y la competencia entre Estados miembros", se fija "un umbral absoluto de ayuda, por debajo del cual puede considerarse inaplicable el apartado 1 del artículo 92, quedando la ayuda exenta del requisito de notificación previa a la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 93". Este umbral es fijado ahora en 100.000 ecus durante un período de tres años a partir de la concesión de la primera ayuda *de minimis*.

¹⁶¹Expresamente, las sentencias Bélgica c. Comisión, as. 142/87, Rec. p. I-959, considerando 43, o la citada de 14 de septiembre de 1994, considerando 42.

¹⁶²Sentencia Francia c. Comisión, de 13 de julio de 1988, as. 102/87, Rec. p. 4067, considerando 19: "Sin embargo, una ayuda a una empresa puede afectar a los intercambios y falsear la competencia si dicha empresa está en competencia con productos procedentes de otros Estados miembros *aunque ella misma no sea exportadora* (...) cuando un Estado miembro concede una ayuda a una empresa, la producción interior puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros

Estados miembros de exportar sus productos hacia el mercado de dicho Estado miembro".
Igualmente, las citadas sentencias de 21 de marzo de 1991 o 14 de septiembre de 1994.

CAPÍTULO SEGUNDO

FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA DE DISPENSACIÓN DE AYUDAS

I. ESTADO SOCIAL E INTERVENCIÓN PÚBLICA EN LA ECONOMÍA.

A. Fundamento constitucional de la intervención económica: el Estado Social.

1. La economía "social" de mercado

En el Preamble de la Constitución Española se proclama la voluntad de la Nación de "garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un *orden económico y social justo*" y de "*promover el progreso de la cultura y de la economía*". En su articulado, las llamadas a la actuación positiva de los poderes públicos en orden a la consecución de aquellos fines son frecuentes. "Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio -el de la libertad de empresa- y la defensa de la productividad..." (art. 38); "...promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico..." (art. 40), "...atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores

económicos" (art. 130). Se trata de imperativos de índole económica derivados de un deber más genérico que obliga al Estado a no ser mero espectador del fluir de la sociedad, sino que genera en él "la estricta obligación de realizar las actuaciones pertinentes a la eficacia de los valores" constitucionalmente sancionados¹. Se ha dicho que la Administración queda entonces constituida en "conformadora del orden social"², y nuestro Estado erigido en un **Estado Social**³. No obstante, la proclama constitucional del artículo 9.2 -alegato del Estado social- al confiar a los poderes públicos -a todos ellos- la misión de promover las condiciones para que la *libertad* y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y *facilitar la participación* de todos los en la *vida* política, *económica*, social y cultural, sitúa en sus justos términos las responsabilidades que cabe exigir al Estado, que partiendo de la "comprensión de la libertad como dimensión esencial de la persona humana"⁴, tiene como primera misión promover su plenitud, lo que con frecuencia implicará precisamente el

¹PAREJO ALFONSO, L., **Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa**. Civitas, Madrid, 1983, p.83

²MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., **Derecho Administrativo Económico I**, cit., p. 35. Hace una somera descripción de las consecuencias que de ello se derivan para la propia Administración.

³Huelga aquí recordar como el "Estado social y democrático de Derecho" (art.1.1 de la C.E.) fue la fórmula elegida por los constituyentes como resumen de las aspiraciones del Estado. PAREJO, (ibidem. p. 62), lo considera reductible a un "único principio sustentador" que configura el "orden estructural básico y definitorio del Estado". Vid. también sobre el Estado social LÓPEZ GUERRA, L., *Las dimensiones del Estado Social de Derecho*. **Sistema**, n. 38 y 39, 1980; y PÉREZ ROYO J., *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado Social*, **REDC**, nº 10, 1984, p. 157-170.

⁴Vid. la explicación del Estado social que, frente a interpretaciones excesivamente estatistas muy extendidas, hace el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. en su *Prólogo* al libro de RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J., **Privatización de la empresa pública y post privatización. Análisis jurídico**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

encogimiento de la actividad pública, en favor de la irreductible individualidad del ciudadano, también en la vida económica.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo anterior, la proyección jurídico-económica⁵ del Estado social conlleva la superación de "posiciones genéricamente abstencionistas"⁶ en la actuación de los poderes públicos, características del Estado liberal "individualista" *-laissez faire, laissez passer-*, nunca realizado, y fundamenta la existencia en sus manos públicas de amplias facultades interventoras, de contenido e intensidad variable, como referiremos más adelante.

Hoy nadie duda de la obligatoriedad -condicionada por parámetros constitucionales, como dejamos apuntado- de la intervención pública en la vida económica, "rigurosamente connatural a la vida moderna, y que aparece consagrado en las direcciones y corrientes de pensamiento más diversas"⁷. La

⁵Como afirma GÓMEZ BARAHONA, A., **La planificación económica regional...** op. cit., "si bien el concepto "social" tiene una raíz más política que propiamente jurídica (...) ello no puede hacernos ignorar las importantes consecuencias jurídicas que derivan de la configuración del Estado como social, que entre otras manifestaciones supone una especial regulación constitucional de los procesos económicos, una delimitación de los campos de acción de los distintos agentes económicos, e incluso una previsión normativa de las distintas posibilidades de intervención de los poderes públicos en la economía" (p. 167 y 168). Vid sobre ello también GARRORENA, A., **El Estado español como Estado social y democrático de Derecho**, Secretaría de Publicaciones, Univ. de Murcia, Murcia, 1980, p. 47.

⁶MARTIN-RETORTILLO S., **Derecho Administrativo Económico I**, cit., p. 31.

Las citas en la misma línea podrían multiplicarse. Baste aquí referirnos a BALLBÉ, para quien "el Estado ha abandonado la posición neutralista de los tiempos de la economía liberal y camina ineludiblemente hacia una inversión creciente en el campo económico, con objeto de preservar el interés general", vid. *La proyección del Derecho...* cit., p. 17.

⁷BAENA DEL ALCAZAR, M.: **Régimen jurídico de la...** cit., p. 29.

Constitución, por tanto, al proclamar solemnemente el carácter social del Estado, no hizo sino plasmar un sentir generalizado tras la crisis del liberalismo abstencionista y de los socialismos totalitarios colectivistas. El Estado se convierte así en responsable último de la vida económica de las naciones, sin que ello conlleve connotaciones necesariamente dirigistas⁸. Y lo es tanto para corregir las disfuncionalidades ocasionadas por una economía regida únicamente por el libre juego del mercado, como para proteger el correcto desenvolvimiento de la libertad en su proyección económica⁹. No olvidemos que la pieza angular del sistema económico constitucionalmente sancionado es la libertad de empresa, y que el artículo 38 de la Constitución impone a los Poderes públicos el deber de tutelar su ejercicio¹⁰.

⁸Con esta rotundidad lo expresó el que fue artífice de la reconstrucción alemana, Ludwig ERHARD, Ministro de Economía en el gabinete de Adenauer desde 1948 a 1963 y Canciller Federal desde 1963 a 1966: "Se planteó la cuestión de quién asume realmente la responsabilidad de la economía. La pregunta precisa, creo yo de una respuesta absolutamente clara. Estoy profundamente persuadido de que, en el siglo XX, en el clima social actual, es solo el Estado el que responde de la economía global como tal. El empresario es responsable de su empresa, y no es poco. (...) la última responsabilidad del ordenamiento económico y de la vida social de todo un pueblo corresponde únicamente al Estado". Vid. **Economía social de mercado. Su valor permanente**. Selección de discursos, conferencias y artículos de Erhard, Rialp, Madrid, 1994, p. 112.

⁹"Nadie ha luchado más que yo por la libertad del empresario alemán", pudo decir el mismo ERHARD. Libertad de su proyección económica en la que cifró el éxito de su política al frente del Ministerio de Economía, que hizo de Alemania una potencia industrial primera magnitud después de la debacle bélica, hasta el punto de hablarse del "milagro alemán". Él, sin embargo, recelaba de esa calificación de milagrería: "En Alemania no sucedió ningún milagro, sino una política económica basada en principios liberales, que permitió recobrar el valor y el sentido del trabajo humano, y que hizo que el esfuerzo y la entrega de un pueblo volvieran a ser útiles para la prosperidad humana" (op. cit., p. 10). Una descripción somera del proceso de reconstrucción alemán y de sus bases ideológicas puede encontrarse en el libro de BELTRÁN, L., **Economía y libertad**, Tecnos, Madrid, 1978, pp. 94 y ss.

¹⁰MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L. insiste en el papel de los Poderes públicos como "garantes del sistema" en cuanto a ellos compete en primer lugar salvaguardar tal ejercicio,

Ese carácter "social" del Estado aplicado a la economía implica que la mayoría califique el sistema generalizado en nuestro entorno como de "economía social de mercado"¹¹, precisamente por el importantísimo papel que los Poderes públicos desempeñan en su correcta ordenación, en su eventual corrección y, a la vez, en su adecuada salvaguarda.

Con ello, libertad de empresa, economía de mercado o competencia - "motor del sistema de economía de mercado"¹²- no están reñidas con intervención pública¹³, aunque condicionen, mediatocen o limiten éste. Precisamente es aquel

haciendo posible un "mercado libre de trabas, impedimentos y abusos"; en *Poderes de ordenación económica del Principado de Asturias*, en **Estudios sobre el Proyecto de Estatuto de Autonomía para Asturias**, Caja de Ahorros de Asturias, Oviedo, 1982, p. 94.

¹¹No compensa detenerse en un tema tratado por la doctrina hasta el hastío. Baste apuntar la descripción que hace MARTÍN MATEO de la economía social de mercado: "... lo que implica, de forma vinculante para los poderes públicos, no sólo el respeto de conductas y situaciones jurídico-privadas compatibles o concordes con este modelo, sino el mandato activo dirigido a los responsables del Estado de llevar el logro de los objetivos constitucionalmente perfilados", **Derecho Público de la Economía**, cit., p. 28

¹²Expresión de DUQUE, citada por FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica y derecho de la competencia**, Tecnos, Madrid, 1987, p. 24.

¹³Ilustrativo resulta en este sentido la siguiente advertencia recogida en uno de los últimos informes elaborados por el Tribunal de Defensa de la Competencia: "Otra de las ideas que se lanzan para confundir a la población es proclamar que introducir mayor competencia en el mercado equivale a reducir el papel del Estado.

Nada más lejos de la realidad. La competencia en un mercado requiere la regulación y la vigilancia activa del Estado de ese mercado. En primer lugar el Estado debe imponer siempre una serie de normas limitativas de la actividad empresarial, con independencia de que el mercado sea monopolista o funcione en régimen de competencia, cuyo objetivo es proteger bienes públicos, como la seguridad o salubridad (...). En segundo, lugar porque la defensa de la competencia no puede dejarse en manos de los empresarios, sino que es el Estado el que debe asegurarla mediante una regulación que evite que las prácticas que atenten contra ella puedan ser desarrolladas por los empresarios". **Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios**. Tribunal de Defensa de la Competencia, 1994. Vid. especialmente p. 29 y ss.

carácter social del Estado el que sirve de fundamento y justificación de las variadas formas de esta intervención pública.

2. Estado social y ayudas públicas

Es en el clima provocado por el nacimiento del Estado social en el que se generalizan -como han tenido ocasión de poner de manifiesto NIEVES BORREGO o FERNÁNDEZ FARRERES¹⁴- los sistemas de ayudas públicas como uno de los típicos mecanismos de intervención pública. La razón de su incontenible proliferación entiendo es la misma a la que FERNÁNDEZ FARRERES atribuye el escaso interés que la subvención -la ayuda- como técnica despertó en la doctrina hasta tiempos recientes: "no terminaba de encajar en el binomio libertad-autoridad"¹⁵, es decir, no se consideraba que pudiera afectar a la libertad individual del ciudadano frente al poder público, punto central del discusión doctrinal. Por ese mismo motivo irrumpió e hizo fortuna en las economías modernas: la ayuda pública estimula, mediatiza, orienta o dirige la libre actividad económica de los particulares, sin imponerse coactivamente ni suplir aquélla. Es decir, viene a constituir un incisivo medio de intervención en

¹⁴"Si, por un lado, la actividad administrativa mediante la concesión de subvenciones en nuestro país llegará a conocer ya cierta expansión, sobre todo a fines del siglo pasado, con el desarrollo de la llamada legislación de fomento, lo cierto es que la gran eclosión de la política estatal de ayudas económicas de todo tipo a los particulares no se producirá sino a partir de la mitad del presente siglo con la configuración del Estado social y de la Administración prestadora de servicios", FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención...* cit., p. 37 y 38. En la misma línea NIEVES BORREGO, J., *Estudio sistemático...* cit., p. 21.

¹⁵FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención...* cit., p. 38 y 39.

manos de los poderes públicos, pero, a la vez -como ya apuntamos en la *Introducción general*- es, dentro de ellos, el más respetuoso con la economía de mercado, o, si se prefiere, el menos restrictivo de aquélla¹⁶.

B. Los "riesgos" del Estado social

La intensificación de las políticas subvencionales característica de los tiempos modernos, hasta el punto llegar a constituir "uno de los pilares más importantes de la actuación administrativa"¹⁷, al lado de indudables ventajas y efectos positivos -incentivadores, redistribuidores...-, ha acarreado una "reducción del estímulo a la racionalización"¹⁸, con el consiguiente menoscabo de la responsabilidad individual. Son los riesgos de un Estado social que, más allá de sus justos términos, provoca el agostamiento de valiosas energías sociales¹⁹.

No cabe dudar de la recepción de los postulados del Estado social y de Derecho en los tiempos modernos y su acogida en nuestra Constitución. No

¹⁶Como ha escrito GIMENO FELIU, J. M.: "El papel de la Administración en la economía (...) debe adaptarse a las nuevas circunstancias utilizando para ello no las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permitan el desarrollo y dirección de una política económica concreta. Así hoy prevalecen los instrumentos de incentivación del desarrollo económico frente a las técnicas de carácter autoritario". Vid. *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (Ayudas y subvenciones)*, **RAP**, nº 137, 1995, p. 151.

¹⁷MARTÍN-RETORTILLO, S., **Derecho Administrativo Económico I**, cit., p. 479.

¹⁸LAGUNA DE PAZ, J.C., **Las empresas públicas...** cit., p. 83.

¹⁹MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, J.L., *La actividad administrativa...* cit., p. 752.

obstante, no se puede hablar del intervencionismo de los Poderes públicos sin tratar de los riesgos que entraña una omnipresencia obsesiva del Estado en el mundo de lo económico. A esos riesgos de un malentendido Estado social se refiere expresamente LAGUNA DE PAZ²⁰. La clara conciencia de un Estado "social", protector de los desfavorecidos, corrector en definitiva de los excesos de un Estado liberal a ultranza, desembocó en un Estado que no sólo intervenía los procesos económicos, sino que era sujeto activo, el más activo de ellos, del que todo cabía esperar.

FORSTHOFF ha sido tal vez el más importante teórico de ese Estado "tan social" que desembocó en el que se ha denominado "Estado-Providencia", encargado de proveer al ciudadano las condiciones mínimas existenciales. Acuñó el término *-Daseinsvorsorge-*, clave en su construcción dogmática definidora del papel del Estado. Para designar el conjunto de las funciones por las cuales la Administración suministra prestaciones, FORSTHOFF propuso este término, que -según él mismo dice- fue aceptado por la mayoría de los autores²¹. No resulta fácil traducir un término alemán -más en un caso como éste, conjunción de tres raíces²²-. Se suelen usar los términos "procura existencial", es decir una

²⁰LAGUNA DE PAZ, J.C., **Las empresas públicas ...** cit., p. 140 y ss.

²¹FORSTHOFF, E., **Traité de Droit Administratif allemand**, Emile Bruylant, Bruxelles 1969. Dice la famoso profesor -en la traducción que hace al francés Fromont- "Pour designer l'ensemble des fonctions par lesquelles l'administration fournit des prestations, j'ai proposé le terme de "Daseinsvorsorge". Il a été accepté par la majorité des auteurs", p. 535.

²² Vid. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, L., *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge"*, **RAP** nº 38, 1962. Hace un acertado resumen de las tesis de Forsthoff que aquí nos ocupan. Sobre el término nos dice que su utilización supone un indudable acierto, pero que "no se presta fácilmente a ser reducido a una palabra que tenga en nuestro idioma la misma fuerza y la misma amplitud que el término alemán", p. 37.

procuración de intereses vitales. "A las medidas que el Estado adopta y tiene que adoptar para poner remedio a la inferioridad social del hombre moderno carente de un ámbito vital dominado de cierta entidad, lo llamo previsión existencial"²³. Debe, no obstante, aclararse que el hecho de que la misma Administración asuma como finalidad específica la consecución de las prestaciones vitales, con la adopción de la consiguiente responsabilidad, no significa -en la concepción del propio FORSTHOFF- que tenga que ser el propio sujeto Administración quien únicamente haya de ejecutar los cometidos derivados de tales responsabilidades²⁴.

Las tesis de FORSTHOFF fueron objeto de una extraordinaria recepción, desde su alumbramiento antes de la Segunda Guerra Mundial. ¡Qué cosa más lógica que un Estado que garantice las necesidades básicas de la existencia!. Sin embargo, su pensamiento trasciende más allá de un mero Estado garantista. Se produce un cambio en el contenido y significado de la relación que une al administrado y al Estado. "El hombre moderno no solamente vive en el Estado, sino del Estado"²⁵ escribiría también. Si esa relación se determinaba en bases de libertad, ahora pretende se explique en claves de participación, haciéndose inevitable un expansión incontenible del protagonismo del Estado, que asumirá frecuentemente la prestación directa de los bienes y servicios necesarios. No en vano titula una de sus obras, publicada en 1938, *Die*

²³FORSTHOFF, E., *La previsión existencial en la edad técnica*, DA n° 100, 1966, p. 23. Obsérvese que Manuel Heredero prefiere la traducción de "previsión existencial"; no obstante, la más usada por la doctrina española es la mencionada *supra*.

²⁴Vid. MARTIN- RETORTILLO, L., op. cit., pp. 54 y ss. Es más, el mismo Forstoff proclamaba el papel subsidiario que el Estado había de desempeñar en el desarrollo de la *Daseinsvorsorge*.

Verwaltung als Leistungsträger -La Administración como ofertadora directa de servicios²⁶.

A los riesgos del Estado social se refiere también el profesor GONZÁLEZ NAVARRO en términos de gran crudeza: "la reducción del espacio vital dominado por cada individuo deja a éste indefenso frente a las situaciones de crisis", hasta tal punto que "el Estado social puede ejercer una forma sutil de totalitarismo"²⁷.

La "inercia" del Estado social, pródigo -nadie lo duda- en virtudes y testigo de inestimables logros²⁸, abre las puertas a un Estado omnipresente, sacralizado²⁹, con los peligros que ello conlleva para la libertad del ciudadano -pienso ahora en su dimensión económica, pero no ha de olvidarse que, sin libertad económica, las demás devendrían inoperantes. Merece la pena aquí reproducir unas palabras de LEGAZ LACAMBRA: "si la Administración cree que su única misión consiste en hipertrofiarse, administrativizándolo todo y

²⁵FORSTHOFF, E., *Problemas constitucionales del Estado social*, en el vol. col. **El Estado social**, CEC, Madrid, 1986, p. 50.

²⁶Es la traducción que hace MARTÍN-RETORTILLO L. en la recensión al libro de FORSTHOFF *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*, publicada en **RAP** nº 37, 1962, p. 358.

²⁷GONZÁLEZ NAVARRO, F., **Derecho Administrativo Español**, vol. I, 2ª ed., EUNSA, Pamplona, 1993, p. 199 ss.

²⁸LAGUNA DE PAZ, J.C., **Las empresas públicas...** cit., p. 143.

²⁹"Que por esta vía se pueda llegar a divinizar al Estado no parece difícil", dice GONZÁLEZ NAVARRO, op. cit., p. 200.

reforzando las tendencias a la estatificación de todo lo social, está perdido el hombre y está perdido el Estado de Derecho"³⁰

3. La crisis del Estado social y su reformulación: el nuevo papel del Estado en la Economía

Como reacción frente "las dimensiones alcanzadas por el Estado en los últimos cincuenta años... (que)...le han dado a éste un protagonismo y un liderazgo asfixiante, no sólo en el orden político sino también en la vida económica y cultural"³¹, mucho se ha dicho y escrito, en tiempos recientes, de una crisis del "Estado social" o "Estado del Bienestar".

No es el momento de analizar las bases teóricas de tal crisis³², ni las numerosas e importantes consecuencias que la reformulación del Estado social

³⁰LEGAZ LACAMBRA, *El Estado de Derecho*, **RAP**, nº 6.

³¹ARIÑO ORTIZ, G., *El sector público en los 90: crisis y reforma*, en el vol. col. **Empresa pública y privatizaciones**, Fund. Cánovas del Castillo, Madrid, 1994, p. 41.

³²Pueden consultarse, entre otros LUHMANN, N., **Teoría política en el Estado del Bienestar**, trad. de F. Vallespín, Alianza Universidad, Madrid, 1993, donde llega a decir que "El concepto clásico del Estado Social se encuentra hoy en una suerte de autodisolución" (p. 31); OLIVAS, E. (dir.), **Problemas de legitimación en el Estado social**, Trotta, Madrid, 1991; DE CABO MARTÍN, C., **La crisis del Estado social**, PPU, Madrid, 1986; vid. diversos trabajos en el volumen **Congreso de Derecho Público de la Economía**, II Congreso Mundial Vasco, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 1988; GARCÍA COTARELO, R., *Crisis y reformulación del Estado del Bienestar* (pp. 39-56), PÉREZ ROYO, J., *Crisis del Estado social: un falso debate* (pp. 57-66). Más recientemente MARTÍN LÓPEZ, E., *La crisis del Estado del bienestar*, **REGAP**, nº 9, 1995, p. 157.

provoca en los variados ámbitos de la responsabilidad pública³³. Nos interesa destacar que aquella mutación viene reclamando, de modo especial en los últimos años, por la fuerza de los hechos, la reconducción a sus "justos términos"³⁴ de la intervención del poder público en la vida económica, que defina una "nueva actitud del Estado frente a la economía"³⁵. Sus manifestaciones son ya más que evidentes; deja paso a un nuevo modo de hacer llegar a la sociedad las prestaciones que ésta reclama y, por ende, a una mayor confianza en el mercado³⁶. En definitiva, caminamos, indefectiblemente, hacia una mayor liberalización de la economía y, por consiguiente, hacia una reducción del protagonismo directo de los Estados en la vida económica ³⁷.

³³Vid. vol. col. **La reforma del Estado asistencial**, con trabajos de SEGURA, J., CABRILLO, F., TORTELLA, G.; igualmente, CASTELLS ARTECHE, J. M., *Notas sobre la crisis de la Administración prestacional*, en su libro **Cuestiones finiculares de las Administraciones Públicas**, Cívitas, Madrid, 1991, p. 149; también publicado en **RVAP**, nº 9, 1991.

³⁴MARTÍN-RETORTILLO, S., *Las nuevas perspectivas de la Administración económica*, **RAP**, nº 116, 1988, p. 43.

³⁵SALA ARQUER, J. M., **La liberalización del monopolio de petróleo en España**, Marcial Pons-UAM, Madrid, 1995, p. 23.

³⁶En este sentido ha escrito DA SILVA OCHOA, J. C.: "Esta (nueva) interconexión entre poderes públicos y mercado, tan característica de los ordenamientos jurídicos actuales, permite entrever una nueva configuración del viejo Estado de prestaciones que describiera Forsthoff en *Estado social de mercado*". Vid.: *Economía de mercado y concentración de empresas en la Comunidad Europea*, en vol. col. **El sistema económico en la Constitución Española** (vol. I), Dirección General del Servicio jurídico del Estado. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, p. 163.

³⁷Sobre las consecuencias del proceso liberalizador en las economías modernas - privatizaciones, liberalización de actividades reservadas, eliminación de monopolios, desregulación...-, vid. MARTÍN MATEO, R., **Liberalización de la Economía: más Estado, menos Administración**, Trivium, Madrid, 1988; ARIÑO ORTIZ, G., **Economía y Estado...** cit.

Este "nuevo papel" no supone retirada, reducción de responsabilidades públicas, sino reconducción de las funciones de un Estado más confiado y respetuoso con la libre y espontánea iniciativa de las fuerzas sociales.

Como ha escrito ARIÑO recientemente, el problema no es oponerse a la intervención estatal, sino analizar, caso por caso, el cómo y el cuándo de la intervención más conveniente para la consecución de fines sociales y distributivos que el Estado debe atender, y realizarla a ser posible, con "medidas conformes al sistema"³⁸. Como el mismo autor dirá en otro lugar, "no debe existir contradicción entre una política liberal y un Estado social que asegure a todo individuo que lo necesite un mínimo vital acorde con el nivel de desarrollo de cada país"³⁹.

En el seno de este proceso crítico y reorientador, se ha achacado frecuentemente a las economías modernas una "auténtica mentalidad subvencional"⁴⁰, que ha generado en las empresas lo que la Comisión europea ha denominado una "mentalidad de asistidas", cuyos efectos resultan contrarios al

³⁸ARIÑO ORTIZ, G., *ibid.*, p. 111.

³⁹ARIÑO ORTIZ, G., *El sector público...* cit., p. 43.

⁴⁰Es una expresión de MARTÍN-RETORTILLO, S., **Derecho Administrativo económico**, cit., p. 479. Junto a las críticas que recoge, traídas fundamentalmente de la doctrina alemana, en las que "sin duda alguna, -dice- hay algo de cierto", reconoce que "no obstante, ocurre que ni el Estado actual -ni la propia sociedad- pueden prescindir de ellas" -de las subvenciones. En parecidos términos críticos se expresa LAGUNA DE PAZ, **Las empresas públicas...** cit., p. 83, donde habla de las "subvencionitis" -expresión importada también de Alemania- como de una "nueva epidemia moderna". PRADA SOMOZA, L., también denuncia "unas actitudes paternalistas y limosneras que poco favorecen a una Administración técnica; vid. *Las subvenciones y transferencias estatales*, **HPE**, nº 50, 1978, p. 180.

que constituye la razón de ser de la ayuda pública: en la práctica desincentiva al sector privado⁴¹.

Siendo ello cierto, no cabe sacar las cosas de quicio: ni el Estado social ha muerto⁴², ni las ayudas públicas han de ser dañinas por definición. Al contrario: en ocasiones se constituyen en el mejor medio de atender las responsabilidades sociales de las que no pueden ni deben zafarse los poderes públicos⁴³. El problema se centra entonces en el uso ponderado, el adecuado encuadramiento y el oportuno control de las políticas de ayudas.

⁴¹Para la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES (**Onzième Rapport sur la politique de concurrence** (1981), Bruselas-Luxemburgo, 1982, nº 175) esta "mentalidad de asistidas lleva a las empresas, en caso de dificultades, a volverse inmediatamente hacia el Estado para obtener una ayuda, antes que a contar con sus propios recursos y sus propios esfuerzos para remontar estas dificultades.

⁴²MARTÍN MATEO, R., después de predicar la liberalización de la economía como proceso incontenible, no duda en reafirmar "la dimensión social de las responsabilidades públicas... El Estado que se avecina, aunque sea un Estado modesto, no será un Estado de *laisser faire*". De ahí que el subtítulo de la obra citada sea "más Estado, menos Administración". Vid. **Liberalización de la...** cit., p. 179.

En esta línea GARCÍA COTARELO habla de la "reformulación del Estado del bienestar", en su doble faceta de Estado interventor y Estado asistencial, que exige "recomponer el pacto político que dió origen al Estado del bienestar en los términos contemporáneos". Vid. *Crisis y reformulación...* en **Congreso de Derecho Público de la Economía**, cit. p.49.

⁴³Ha escrito FERNÁNDEZ FARRERES: "El amplio catálogo de mandatos y órdenes a los poderes públicos que ha incorporado la Constitución en el capítulo III del título I y el consiguiente potenciamiento de las subvenciones como de los instrumentos de mayor vigencia en la actualidad para dar concreta aplicación a aquellas exigencias es, por tanto, un dato condicionante de cualquier posición restrictiva hacia la política subvencional en el moderno Estado social de Derecho"; vid. **La subvención...** cit., p. 552.

II. CONDICIONANTES Y LÍMITES DE LAS POLÍTICAS DE AYUDA PÚBLICA

A. Economía de mercado, competencia y ayuda pública

1. Interrelaciones

Nos movemos en un sistema de economía -social- de mercado⁴⁴. El mercado supone espontaneidad de los procesos económicos, autonomía de los agentes privados en la gestión económica, inhibición -teórica o de principio⁴⁵- de

⁴⁴Para GALGANO, F. las economías de mercado se distinguen por estos caracteres:

- a) los medios de producción y de cambio pueden ser de propiedad privada;
- b) las actividades de producción y cambio, es decir las actividades empresariales, pueden ser libremente desarrolladas por sujetos privados;
- c) la elección de qué producir o cambiar, cuándo, cómo, dónde, dependen de los espontáneos mecanismos de la demanda y la oferta.

Vid. *Gobierno de la economía y empresa pública*, en **Congreso de Derecho Público...** op. cit., p. 153.

⁴⁵Es el momento de insistir en algo ya sabido: esta espontaneidad, autonomía, inhibición serán solo relativas, al resultar mediatizadas por la acción ordenadora, tutelante, correctora de los poderes públicos. "El mercado no puede funcionar prescindiendo del Estado". Es la vieja idea desarrollada también por A. PREDIERI en un reciente trabajo, *Estado y mercado: la ósmosis como elemento cualificador y legitimante*, publicado en **RCEC**, nº 17, 1994, pp. 9-68, trad. de A. Elvira.

Hasta aquí el acuerdo es general, sin fisuras; pero a partir de ahí nos enfrentamos a una "fatigosa búsqueda del punto de equilibrio justo entre liberalismo y dirigismo", (GALGANO, F., *Gobierno de la...* cit., p. 153) entre mercado e intervención, y ahí el acuerdo de las dosis oportunas de uno y otro despierta dudas y discusiones. Frente a la ofensiva "pro mercado", generalizada por doquier, se escuchan voces discordantes: "no hay, pues, como se pretende por cierto papanatismo pseudoliberal, base para una defensa del mercado frente a la intervención. En numerosas ocasiones, como la teoría y evidencia muestran reiteradamente, la intervención no es sólo superior para conseguir objetivos de equidad, sino también de eficiencia"; vid. PASTOR PRIETO, S., *Estado, mercado, eficiencia y equidad*, en **Congreso de Derecho...** cit., p. 123. Más adelante -en 1989, el trabajo precitado vio la luz en 1988- el mismo autor continúa así la frase: "...mientras que en otros casos el mercado muestra su superioridad no sólo en

los poderes públicos, libertad de empresa en definitiva. Podemos decir, con BASSOLS COMA⁴⁶ que "la libertad de empresa se explicaría a través de la economía de mercado y, en consecuencia, la economía de mercado explica correlativamente la libertad de empresa".

El eje, por lo tanto, de la economía de mercado será la libertad de los agentes privados, verdaderos protagonistas del sistema, frente al papel forzosamente complementario -no necesariamente secundario, y nunca puramente circunstancial- de los poderes públicos. Libertad, fundamentalmente, para competir con el resto de agentes económicos, para participar sin trabas en el juego de la oferta y la demanda.

Se entiende así por qué se ha dicho que la competencia es "el alma del comercio", "principio rector de toda economía de mercado, (...) la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa"⁴⁷. Y se entiende también por qué es designado este principio habitualmente como de "*libertad de competencia*". La libertad es, pues, presupuesto para la competencia⁴⁸.

términos de eficiencia sino distributivos (e. g., desarticulando oligopolios o monopolios creados por la intervención). Así las cosas, los problemas parecen reclamar esfuerzos analíticos de síntesis y la necesidad de proceder al estudio de actuaciones concretas, de casos, con la utilización provechosa de los útiles disponibles y un punto de vista generosamente amplio y flexible". Perfecto. Vid. **Sistema jurídico y Economía**, Tecnos, Madrid, 1989, p. 127.

⁴⁶BASSOLS COMA, M., **Constitución y sistema económico**, Tecnos, Madrid, 1985, p. 139.

⁴⁷Expresión de la Exposición de Motivos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Junto a ello, la economía de mercado supone que "cada unidad de producción de bienes o de prestación de servicios debe financiar sus costos con los rendimientos actuales, pasados o futuros de su propia actividad, obtenidos en el libre mercado, o con aportaciones voluntarias y libres, y por ello solamente privadas"⁴⁹; o como ha dicho la Comisión tal sistema "supone que las empresas aborden el mercado sobre la base de sus propias facultades"⁵⁰. Es por lo que, como línea de principio, cabe calificar la ayuda pública como un "cuerpo extraño en una economía de mercado"⁵¹, por virtud del efecto distorsionador que provocará -como regla general, insistimos- en el juego libre y espontáneo del mercado. Pero la realidad demuestra, como la propia Comisión reconoce, que las intervenciones de los Estados representan un instrumento de política estructural

⁴⁸FONT GALÁN, J.I., **Constitución económica y...** cit. explica que "la competencia económica, como "motor" del sistema de la economía de mercado, requiere para su efectivo funcionamiento los siguientes presupuestos mínimos:

a) Ejercicio de una actividad económica libre, por parte de una pluralidad de empresarios,

b) libertad de los empresarios competidores para ofrecer al público, aun dentro de ciertos límites, aquellas condiciones de contratación y ventajas comerciales que estimen oportunas,

c) libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los empresarios que ofrezcan los bienes o servicios que necesitan."

En esta misma línea vid. GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., **Derecho Comercial Europeo**, Ed. Banco Hispano-Americano y Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de C. I. y N., p. 359.

⁴⁹MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., **La ayuda estatal...** cit., p. 10 y 11.

⁵⁰**Premier Rapport sur la politique de concurrence** (1971), Bruselas-Luxemburgo, 1972, n° 132, p. 112.

⁵¹DÍAZ LEMA, J. M., **Subvenciones y...** cit., p. 37.

necesario cuando el juego del mercado no permita -o no lo permita en unos plazos aceptables- acceder a ciertas finalidades de desarrollo (...)⁵².

Nos enfrentamos a un comportamiento de los poderes públicos⁵³ con una incidencia potencial sobre la competencia, pero no necesariamente dañina para ésta. La ayuda pública, en principio cuerpo extraño para una economía de mercado, puede constituirse en instrumento para el restablecimiento de una competencia paritaria, y por ende en garantía para la libertad de empresa. Comparto en ello el criterio de GIMENO FELIU, aunque él prefiere ignorar la incompatibilidad de principio de los auxilios públicos con la economía libre⁵⁴. Coincidimos también en situar la clave de la cuestión para determinar la legitimidad de la actuación pública en el principio de igualdad. Y es que, desde la perspectiva del tratamiento que los poderes públicos dispensen -por ejemplo a través de ayudas- a los distintos agentes económicos que operan en el mercado, la *libertad de competencia* de que venimos hablando se torna en *igualdad de competencia*, que repugna tratos diversos sin justificación suficiente. La conclusión que extraemos es que lo que distorsiona la competencia no es tanto el incentivo público en sí, como la desigualdad en que eventualmente aquél pudiera colocar a los potenciales competidores del mercado.

⁵²**Premier Rapport...** cit.

⁵³Es habitual distinguir, al estudiar esta materia, entre un derecho de la competencia aplicable al comportamiento de las empresas privadas, y un derecho aplicable a la acción de los Estados. Esta distinción es sugerida por los Tratados CEE y CECA y es la que guiará a las autoridades comunitarias cuando de cuenta del cumplimiento de sus misiones en materia de competencia, en los sucesivos informes anuales elaborados por la Comisión. Vid. GOLDMAN, B. y LYON-CAEN, op. cit., p. 337 y ss.

La doctrina quizás no ha reparado suficientemente en la significación de la igualdad en el trato dispensado desde instancias públicas como condición de competencia⁵⁵, sin duda por virtud del origen e impulso iusprivatista del derecho de la competencia.

Sin dejar de ser los agentes privados los protagonistas nucleares de la actividad económica en un sistema de libre mercado, el incremento de responsabilidades e intervenciones públicas en su seno ha provocado que, al menos en el derecho francés, haya tomado una cierta carta de naturaleza el "derecho público de la competencia"⁵⁶. En España -y en nuestro entorno- es patente como el estudio de las cuestiones relativas a la competencia, hasta tiempos recientes reservado a mercantilistas, es acometido hoy sin reparos por iuspublicistas, particularmente administrativistas⁵⁷.

⁵⁴Dice en el art. cit. *Legalidad, transparencia...* p. 155: "las medidas de fomento, por principio, no resultan contrarias al derecho a la libertad de empresa, sino que, por contra, aunque parezca una paradoja, pueden convertirse en una garantía para ésta".

⁵⁵Un administrativista SAINZ MORENO, F. se ocupó del derecho de la competencia desde una vertiente pública en 1977 en *Orden público económico y restricciones de la competencia*, **RAP**, nº 84, p. 597, donde reparó en que "libre competencia significa igualdad de competidores ante el derecho... El derecho público ampara y justifica múltiples desigualdades", p. 607.

⁵⁶Vid. LINOTTE, D., *Le droit public de la concurrence*, en **AJDA**, 1984, p.60, donde afirma que la existencia de un derecho público de la competencia era una novedad relativa. Vid. igualmente el volumen colectivo **Droit public de la concurrence**, bajo la dirección de RAINAUD, J.-M. y CRISTINI, R., Economica, París, 1987, en el que se incluye una colaboración del propio LINOTTE.

⁵⁷Es significativa el título del reciente libro de CASES PALLARES, L., **Derecho Administrativo de la defensa de la competencia**, Marcial Pons, Madrid, 1995. Vid. igualmente el más reciente trabajo de BAÑO LEÓN, J. M., **Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia**, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, donde habla de "un fenómeno paradójico: la intervención administrativa al servicio de la

No cabe duda que en esta disciplina pública de la competencia ocupa un lugar, junto a la regulación y control público de la competencia privada -la defensa de la competencia mercantil-, las actuaciones de las propias Administraciones con incidencia directa en aquélla -trato dispensado a sus propias iniciativas empresariales, imposición de cargas, otorgamiento de ayudas...-. En tales comportamientos es lógico sobre particular relevancia el principio de igualdad⁵⁸.

El profesor LINOTTE entiende que, en gran medida, es sobre este principio de igualdad sobre el que debe edificarse el derecho público de la competencia. Más que sobre el de libertad de comercio e industria⁵⁹. Si "*l'égalité des divers acteurs est une condition de la saine concurrence*", ésta resultaría irrealizable sin la observancia del "*principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques*", parejo al cual puede hablarse del "principio de igualdad ante los beneficios públicos". Volveremos en el capítulo siguiente a analizar con detalle este principio como uno de los básicos en la actividad de dispensación de ayudas públicas.

libre competencia (...), paradoja que no encierra originariamente contradicción alguna" (pp. 3 y ss).

⁵⁸STOBER hace hincapié en la trascendencia del principio de igualdad en el tratamiento que el poder público dispense a los agentes económicos: "la realización de las libertades individuales económicas presupone que los ciudadanos reciban un trato igual en la actividad económica. De ahí que el derecho de igualdad y las libertades económicas estén en una indisoluble relación ya que la libertad individual no es compatible con una libertad privilegiada". Vid. op. cit., p. 160.

⁵⁹LINOTTE, D., *Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence*, en **Droit public de...** cit. p. 9 ss., en especial, p. 17-19. No duda en "l'importance que peut jouer, en droit public, le principe d'égalité comme condition nécessaire et corollaire obligé du principe de concurrence".

En resumen, la aplicación de los principios de libre comercio e igualdad a la actividad pública de dispensación de ayudas se traduce en una regla general, que resulta excepcionada cuando concurre justificación suficiente:

a) Como regla general, para que los operadores económicos, tanto públicos como privados, concurren al mercado en igualdad de condiciones no pueden ver "mejorada" su posición⁶⁰ como consecuencia de prestaciones no imputables directamente a los mecanismos de asignación de recursos que derivan del propio mercado. De esta manera, los auxilios públicos -ajenos a tales mecanismos- son inicialmente incompatibles con el sistema.

b) Sin embargo, resulta censurable una "obsesión por el mercado"⁶¹, que repugne cualquier subsidio público -cualquier interferencia en el puro mercado-. Al contrario, las ayudas públicas pueden, no sólo dejar a salvo la sana competencia, sino favorecer aquélla, devolviendo a los agentes económicos a la situación de igualdad, que por causas de diversa índole pudo resultar alterada⁶².

⁶⁰Vid. EMBID IRUJO, J. M.: *El régimen de las ayudas estatales...* cit., p. 127.

⁶¹La expresión no es mía; la tomo prestada -es de justicia reconocerlo- del profesor MARTÍN-RETORTILLO, S., a quien se la escuché cuando presidía un Tribunal de tesis en la Universidad de Valladolid.

⁶²Nadie puede pensar que compensar mediante la prestación de beneficios de diversa índole desigualdades estructurales, desequilibrios permanentes en el mercado, penurias clamorosas de renta, posibles eventos catastróficos etc., resulte dañino para el mercado. Todo lo contrario. Son esos desequilibrios los que impiden el funcionamiento de un mercado único y competitivo. En esta línea RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ J. y SARMIENTO ACOSTA M. entienden que "las subvenciones se configuran como un instrumento idóneo por medio del cual se corrigen desequilibrios que los libres agentes del mercado no pueden resolver adecuadamente"; en *Las subvenciones de los Estados a las empresas en el marco comunitario*", NCEE, nº 71, 1990, p. 65.

Son precisamente exigencias de igualdad las que pueden imponer un intervencionismo público en cierto sector y circunstancia⁶³. La prestación de las mismas cuando media justificación suficiente y con celoso respeto al principio de igualdad y resto de principios vertebradores de la actividad de auxilio -que describiremos más adelante-, puede resultar una garantía más para el libre juego del mercado. Y ello si perjuicio de que los particularismos de determinados sectores autoricen un cabal atemperamiento de las reglas del mercado, generalizando mecanismos de apoyo público que resultan entonces sobradamente justificados -amén de que lo deseable sea la reducción en lo posible de aquel sostén extracomercio-. La agricultura es, sin duda alguna -como veremos-, el sector económico en que posiblemente tales particularismos son más notorios.

En todo caso, para que esa justificada intervención pública no se vuelva contra el sistema, ha de estar sometida a un adecuado control.

2. Ayudas públicas en un Estado centralista: la escasa preocupación por el control de las ayudas.

En el seno de un mercado concreto -pienso en el ámbito territorial en que éste se circunscribe-, los agentes económicos que operan en el mismo deben poder competir en igualdad de condiciones, lo cual repugna -lo sabemos- tratos privilegiados desde las instancias públicas.

⁶³Vid. en esta línea el trabajo de ORTIZ-ARCE, *El principio de igualdad en Derecho Económico*, REDC, nº 11, 1984, p. 117.

Como advierte LINOTTE en su estudio sobre la relación entre la competencia y el principio de igualdad, los atentados a ésta derivan particularmente del localismo⁶⁴. En un Estado unitario y centralista, sin instancias de poder menores dotadas de autonomía, resulta connatural la instauración de un único mercado de dimensión nacional.

Es el proceso que se produce en nuestro país fundamentalmente durante la primera mitad del siglo XIX como resultado de la sustitución de las viejas estructuras del Antiguo Régimen por las propias del Estado liberal⁶⁵. El proceso de afianzamiento de la libertad económica operado entonces supuso paralelamente la constitución de un mercado único para todo el territorio del Estado, proceso éste ajeno a la pugna entre unitarismo centralista y particularismo foral propio de la materia civil (MARTÍN-RETORTILLO⁶⁶).

Volveremos sobre este "principio de unidad de mercado" cuando analicemos las consecuencias que la promulgación de la Constitución provocó en

⁶⁴LINOTTE, D., *Principes d'egalité...* cit., p. 19. Advierte como, desde este punto de vista, las leyes de descentralización francesas -que conceden la posibilidad a las colectividades locales de incrementar sus intervenciones, o al contrario, de recortar las ayudas- han tenido cuidado de "hacer reverencia" en la materia al necesario respeto al principio de igualdad.

⁶⁵Una descripción somera del proceso de sustitución de las estructuras mercantiles -eliminación de aduanas, extinción de gremios etc.- puede encontrarse en ALBERTÍ ROVIRA, E., *La cláusula de libre circulación y la garantía de la unidad de mercado interno en la Constitución española de 1978*, RCEC, nº 14, 1993, p. 35.

⁶⁶MARTÍN-RETORTILLO, S. explica que la codificación mercantil no encontró las dificultades con las que habría de encontrarse la codificación civil como consecuencia misma de la existencia de los derechos forales. Es así como se uniforma para todo el territorio nacional el reconcimimiento y la afirmación misma de la libertad económica y del sistema jurídico que al efecto se establece. Vid. *Esbozo histórico sobre la libertad de comercio y la libertad de industria*, en **Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí**, cit., p. 701.

el diseño de la distribución territorial del poder en materia económica. Ahora sólo queremos llamar la atención sobre el hecho de que un sistema político, y económico, centralista -como es el caso de España hasta la aprobación de la Constitución de 1978-, que implica un "régimen de caja única" -en el que la capacidad de acción económica de entes territoriales menores es prácticamente nula⁶⁷- es comprensible y disculpable la ausencia de mecanismos de control de las ayudas, al ser dispensadas por el única instancia que aúna todo el poder económico.

En este contexto se explica -aunque resulte criticable y se hayan levantado por ello algunas voces discordantes⁶⁸- el hecho de que el legislador español haya restringido el ámbito material de la Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de julio de 1963 a las conductas desarrolladas por las empresas, declarando excluidas "las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal" (artículo 4,1), con lo que el Tribunal de Defensa de la Competencia permanece ajeno a la fiscalización de las ayudas públicas.

⁶⁷Puede consultarse el trabajo de los profesores MANZANEDO MATEOS, J. A. y PARADA VÁZQUEZ, J. R., **Corporaciones locales y desarrollo económico**, Montecorvo, Madrid, 1971, donde describían y denunciaban esta circunstancia.

⁶⁸Escibieron en 1974 MARTÍN MATEO, R. y SOSA WAGNER, F.: "paradójicamente, la Administración, que quiebra insistentemente a través de sus propias empresas o por vía de **estímulos** y coacciones el curso ordinario de la vida económica, no tolera que los sujetos privados por propia iniciativa adquieran una posición de prevalencia o dominio que impidan la libre competitividad de las ofertas y demandas alterando las reglas clásicas de la formación de precios". Vid. **Derecho Administrativo Económico** (2ª ed. de 1977), Pirámide, Madrid, p. 236.

Y tal vez esta circunstancia justifique la escasas referencias doctrinales acerca de los eventuales restricciones a la competencia que se pueden derivar de ayudas públicas en un sistema centralizado. El profesor SÁINZ MORENO⁶⁹, al ocuparse del principio de libre competencia como manifestación del *orden público económico*⁷⁰, y referirse a las restricciones que a la misma se ocasionan por conductas de la Administración, no hace mención a las ayudas públicas.

Aunque este silencio legal y doctrinal haya provocado censuras en algunos⁷¹, quizás los detractores no repararon ante la circunstancia de que, existiendo entonces un único centro de poder económico, se parte de la dispensación paritaria de las ayudas en todo el territorio del Estado, con lo que los daños a la competencia se presumen evitados con la observancia de unos

⁶⁹Vid. SÁINZ MORENO, F., *El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico*, REDA, nº 24, 1980, p. 134; y más extensamente en *Orden público económico...* cit., pp. 597-643.

⁷⁰Por *orden público económico*, concepto elaborado fundamentalmente por la doctrina francesa, el propio SÁINZ MORENO entiende "aquello que se estima esencial para la vida económica con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas", en *Orden público económico...* cit., p. 599; constituye un ensanchamiento del viejo concepto de orden público "para recibir en su seno la tutela de las condiciones de normal funcionamiento de una economía de mercado" (MARTÍN MATEO, R. y SOSA WAGNER, F., **Derecho Administrativo Económico**, cit., p. 235). No obstante, como advierte MARTÍN-RETORTILLO, S., el concepto ha tenido escasa aceptación entre nosotros. A pesar de alguna recepción normativa -hace referencia a él la Exposición de Motivos de Ley de 1963- o jurisprudencial, "el tema del orden público económico, sin embargo, entre nosotros no pasará de ser un simple episodio de significado más bien reducido", vid. **Derecho Administrativo Económico I**, cit., p. 185-189.

⁷¹Antes de la derogación de la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963 se ocupó de ello IGLESIAS PRADA, J. L., *Las ayudas estatales en...* cit. p. 155, para quien el hecho de que la Ley no haya tomado en consideración la eventual situación restrictiva que pudiera derivar de actuaciones directas de la Administración y, concretamente, de las que comportan la concesión de ayudas públicas, constituye un laguna de la ley criticable. Derogada la Ley, mereció también similar juicio de LAGUNA DE PAZ, J. C.: **Las empresas públicas...** cit., p. 237.

principios básicos, comunes en gran parte a toda actividad administrativa, cuyo respeto resultaría fiscalizable por su jurisdicción especializada -amén de que, al encontrarnos ante un mecanismo de actuación pública caracterizada por una amplia discrecionalidad, ello no siempre resulte fácil-. Obsérvese que el Tratado de Roma -en el que se inspira el texto español de 1963- al tratar de las "normas sobre la competencia" se refiere únicamente a las "ayudas otorgadas por los Estados" -las que fácilmente provocarían un fraccionamiento del mercado-, y no a las dispensadas desde las instancias comunitarias.

La cuestión se complica cuando se pretende salvar la libre y paritaria concurrencia y con ella la unidad económica en un mercado en cuyo seno coexisten diversos poderes territoriales, dotados con capacidad de acción en la esfera económica, inherente a su cualidad de entes de gobierno⁷². Es lo que ha ocurrido en nuestro país con la configuración del estado autonómico, al dotarse a las Comunidades Autónomas de específicas competencias económicas -y una genérica facultad de gasto-; y, en mayor medida, en el ámbito de la Comunidad Europea, una de cuyas aspiraciones básicas es la consecución de un mercado interior, objetivo éste que resultaría ilusorio si cada Estado miembro, o cada ente territorial menor, tratara de "subvencionar a sus empresas para que puedan ocupar posiciones de privilegio en el nuevo mercado integrado"⁷³. En la medida que se admitan tales ayudas -y sabemos que no cabe una interdicción con carácter absoluto- se hace necesario poner en manos de la entidad pública superior "las

⁷²ALBERTI ROVIRA, E., *La cláusula de libre...* cit., p. 36.

⁷³COMISIÓN, *Primera encuesta...*, cit. p. 2.

convenientes facultades de coordinación, control e incluso dirección, que salvaguarden la unidad y la eficacia económica y la concordancia política"⁷⁴.

En resumen, como ha explicado recientemente el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la plena sumisión de las ayudas públicas a las salvaguardas del Estado de derecho no representaban tradicionalmente en nuestro país -hasta la incorporación a la Comunidad- más que una débil preocupación⁷⁵.

Nos detendremos ahora en los condicionamientos para las políticas de ayudas públicas resultantes, de una parte, del modelo o sistema económico, constitucional y comunitario, que en mayor o menor grado guía la conducta de los poderes públicos, y, de otra, del modelo territorial de distribución de poder -también diseñado por la Constitución y el Tratado CEE.

B. Marco jurídico constitucional y comunitario

1. El parámetro de la filosofía económica circundante: economía de mercado

a) Modelo económico constitucional español

⁷⁴MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ayuda estatal...* cit., p. 12.

⁷⁵Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol*, *AJDA*, número especial, 1996, p. 123.

Desde la publicación de la Constitución española de 1978, ríos de tinta han corrido pretendiendo, hasta aburrir, definir el modelo económico que aquélla consagra. Por ello no nos detendremos en tan manido tema más de lo estrictamente indispensable para entrever los condicionantes que este marco jurídico impone sobre la actividad subvencional.

No cabe duda de que el porqué del desacuerdo doctrinal hay que buscarlo en el famoso "consenso" que presidió el proceso constituyente y que dió origen -en este tema como en pocos- a una regulación tildada de "ambigua, equívoca, contradictoria, insegura y hasta incoherente y peligrosa"⁷⁶.

"Economía -con el adjetivo 'social'- de mercado", y "caracter abierto o flexible del modelo". En ello coinciden, expresamente o por inducción, la gran mayoría de los autores. Veamos someramente las consecuencias que se derivan de estas afirmaciones.

Sistema de economía de mercado⁷⁷. Dificilmente puede negarse tal calificación, a la vista del tenor literal del artículo 38 de la Constitución⁷⁸.

⁷⁶Así lo califica el profesor ESCRIBANO COLLADO, P., en *El orden económico en la Constitución española de 1978*, REDC, nº 14, 1985, p. 88. En este artículo se contiene un resumen de las divergentes posturas sobre el modelo económico, amén de la opinión que vierte el propio autor.

⁷⁷Expresamente lo reconocen: GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como...* cit., p. 89: "es bastante difícil negar que ésta sea el modelo económico constitucionalizado". El apellido "social" lo defienden de modo terminante ENTRENA CUESTA, R., *El principio de la libertad de empresa*, en *El modelo económico en la Constitución española*, vol. I, dirigido por GARRIDO FALLA, IEE, Madrid, 1981, p. 131, o ROJO, A., *Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española*, RDM, 1983, p.316: "El sistema constitucionalizado es el de economía de mercado del Estado social, es decir, el de economía social de mercado".

Entendemos que tal apreciación no queda desvirtuada por la introducción de correcciones de carácter social o el otorgamiento al poder público de importantes facultades en la vida económica (particularmente, artículos 128 y 131). Como ha sentado nuestro Tribunal Constitucional desde el primer momento, la Constitución proporciona un "marco jurídico fundamental", que se constituye en límite dentro del que necesariamente "han de moverse los poderes públicos al adoptar medidas que incidan sobre el *sistema económico* de nuestra sociedad"⁷⁹.

Se trata, no obstante, de una "**constitución económica**"⁸⁰ **abierta o flexible**. Es decir, que *simplemente* asienta "los principios básicos del orden económico": la libertad de empresa -como libre iniciativa empresarial: para emprender, desarrollar, o cesar una actividad económica (artículo 38)-; una libre y leal competencia entre los agentes económicos -con lo que han de regir "las mismas reglas para ambos sectores de producción, público y privado", sin que puedan las empresas públicas "gozar de privilegios de ningún tipo"⁸¹ (implícito al mismo artículo 38)-; la necesidad de justificar "en cada caso y necesariamente... un indudable interés público apreciado y apreciable en el

⁷⁸"Se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación"

⁷⁹Así se expresa el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1981, de 16 de noviembre.

⁸⁰Término acuñado en el derecho alemán, en la escuela neoliberal de Friburg; lo emplea el Tribunal Constitucional en la sentencia 1/1982, de 28 de enero para designar el conjunto de normas que diseñan aquel marco jurídico fundamental de la actividad económica.

⁸¹Vid. Sentencia del TS de 10 de octubre de 1989, F.J. 3º, ponente Sr. Bruguera Manté, Ar. 7352. Se trata de una sentencia hartamente comentada -por algunos proscrita- en nuestra doctrina. Haremos posteriores referencias a la misma y alusiones a las valoraciones que de ella se han hecho.

momento de creación"⁸² de la empresa pública (el TS lo infiere del artículo 103,1); ceñimiento de la posibilidad de reserva al sector público -es decir, *publicatio* de actividades, con la consiguiente exclusión de la iniciativa privada- a supuestos de "servicios esenciales", imponiendo además la aprobación de la reserva mediante Ley (artículo 128,2).

Se trata de un nada desdeñable elenco de principios de carácter económico: nada más y nada menos que aquellos que nos permiten identificar una auténtica economía de mercado. A partir de aquí, dependiendo del uso que hagan los poderes constituidos de las facultades de intervención que reconoce la propia Constitución, nos encontraremos con modulaciones o concreciones de diversa índole, pero dentro de aquel marco que de por sí ya define el sistema. En cada momento, el gobernante podrá constituir un sector público amplio o reducirlo a la mínima expresión; usar o no de la facultad planificadora -siempre con carácter indicativo para el sector privado-; ordenar hasta donde sea razonable la iniciativa privada⁸³; interpretar de modo amplio la esencialidad de una actividad, recurso o servicio, para justificar su reserva a la titularidad pública, incluso a modo de monopolio, u optar por una interpretación estricta, prefiriendo la prestación del servicio en régimen de competencia⁸⁴... Se adopten unas u otras

⁸²Ibid., F.J. 3º.

⁸³Vid. sentencia del TS de 21 de febrero de 1995, donde puede leerse que, "(siendo) la economía de mercado el marco obligado de dicha libertad, no garantizando la libertad de empresa un juego libre e incontrolado de las tendencias naturales del mercado, por lo que es claramente compatible con actuaciones de los poderes públicos encaminados a la ordenación del mismo". (Ponente: Sr. Rodríguez-Zapata, a quien agradezco haberme facilitado el texto íntegro de la sentencia).

⁸⁴ARIÑO ORTIZ, G. no cree en la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pudiera corregir la apreciación que el Parlamento haga sobre la "esencialidad del recurso o servicio".

alternativas, respetados aquellos parámetros, no resulta desvirtuado el sistema de economía de mercado, con todas las correcciones sociales que se quieran.

De ahí el carácter abierto⁸⁵ y flexible⁸⁶ del modelo, que **no ambiguo**⁸⁷, y mucho menos **neutro**⁸⁸. Su adaptabilidad a caminos diversos es el que ha llevado a algunos a distinguir entre sistema y modelo económico⁸⁹, y a muchos otros a negar la constitucionalización de un modelo concreto, prefiriendo hablar de un mero "orden económico"⁹⁰, "marco general"⁹¹ o del simple establecimiento

Salvo casos verdaderamente extremos "estamos ante supuestos de valoración política". Vid. *Servicio público y libertades públicas. (Una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)*, en **Homenaje al profesor Garrido Falla**, vol. 2, Complutense, Madrid, 1992, p. 1316.

⁸⁵DE JUAN ASENJO, O., **La Constitución económica española**, CEC, Madrid, 1984, p. 68., aunque prefiere esquivar la calificación de economía social de mercado, que entiende demasiado comprometedor para el querer del constituyente.

⁸⁶BASSOLS COMA, M., **Constitución y sistema...** cit., p. 93.

⁸⁷Así dice FONT GALÁN, J. I. en **Constitución económica y ...** cit., p. 140: "Más que ambigua, nuestra Constitución económica es, de un lado, extraordinariamente flexible, al permitir, dentro de ciertos límites, programas o "modelos" económicos muy diferentes, y de otro, suficientemente clara, al ofrecer a los sujetos económicos la seguridad y certeza jurídicas necesarias para saber a qué atenerse a la hora de adoptar decisiones". En similares términos, vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Poderes de ordenación económica...* cit., p. 88-89: "No deben exagerarse la indeterminación, contradicción o ambigüedad (...) encontramos las bases de un sistema económico de perfiles suficientemente determinado".

⁸⁸GARRORENA MORALES, A., op. cit., p. 93.

⁸⁹ROJO, A., op. cit., p. 316: "La constitución española ha constitucionalizado en sistema (economía social de mercado), pero no ha constituiconalizado un modelo"; siguen su postura GÓMEZ BARAHONA, A., **La planificación económica...** cit., p. 154, FONT GALÁN, J. I.: **Constitución económica y...** cit., p. 131-132, y SÁNCHEZ BLANCO, A., **El sistema económico de la Constitución española (Participación institucional de las Autonomías Territoriales y dinámica social en la economía)**, Cívitas, Madrid, 1992, p. 41.

⁹⁰ESCRIBANO COLLADO, P., *El orden económico...* cit., p. 99.

⁹¹ALBERTI ROVIRA, E., *La cláusula de...* cit., p. 45.

de "unas fronteras flexibles" con amplios márgenes de maniobra⁹². En realidad, puede afirmarse que las conclusiones de unos y otros -superado un estéril nominalismo- difieren en poco o nada. Y ello, ya se hable de modelo, sistema, orden, marco, constitución..., y ya se califique o no el parámetro resultante, como hizo el constituyente, de economía de mercado. Como apunta BALADO, en principio no haría falta una declaración contundente, incontrovertible y apodíctica del modelo o sistema que el texto constitucional adopta, ya que éste puede inferirse de una interpretación sistemática y armónica de los derechos e instituciones que la Constitución reconoce y regula⁹³.

b) Constitución económica comunitaria

Al plantearnos el posible modelo que rige los destinos económicos de la Comunidad Europea -ahora Unión Europea-, corremos el riesgo de incurrir en similar discusión bizantina que la que ha provocado tal cuestión desde el prisma interno.

Hemos de advertir, de entrada, que la cuestión nos parece más diáfana. Queda, sin embargo, en entredicho desde el momento en que algunos repugnan aquí la calificación de "constitución económica europea" en razón de la naturaleza de los Tratados, a los que niegan el título de Constitución de la

⁹²CAZORLA PRIETO, L. M., en vol col. **Comentarios a la Constitución Española**, 2ª ed., dir. GARRIDO FALLA, Cívitas, Madrid, 1984, p. 749.

Comunidad⁹⁴. En la misma línea, otros defienden, en virtud de la propia identidad de la Comunidad y del alcance limitado de sus atribuciones -al no efectuar el Tratado "una ordenación jurídica sobre todo los elementos de la realidad económica" (¿es que lo hace nuestra Constitución?)- que no puede hablarse en puridad de un modelo económico comunitario⁹⁵. Tampoco han faltado quienes se

⁹³BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., *Notas sobre el modelo económico constitucional español*, en **El sistema económico en la Constitución Española**, cit., p. 42.

⁹⁴MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **La ayuda estatal...** cit., p. 22 y más recientemente en *¿Qué Unión Europea?* en **Papeles de la Fundación**, nº 34, 1996, p. 36 y ss. o GÓMEZ BARAHONA, A., **La planificación económica...** cit., p. 285-286, "dado que -dice el último de los autores- desde un punto de vista material éstos contienen normas de carácter económico que no son propiamente constitucionales, sino más bien legislativas atención a su naturaleza formal y al grado de concreción de su regulación, así como al carácter interestatal más que propiamente constitucional".

En defensa del carácter constitucional de los Tratados se han manifestado muchos autores. Vid. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *Los Tratados constitutivos y el derecho derivado*, en vol. col. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo** vol I, cit, p. 316: "Este conjunto de Tratados ha sido denominado la 'Constitución comunitaria', subrayando así el carácter autónomo, singular y primario de tales normas". Con el mismo sentido y rotundidad, vid. BERNHARDT, R., *Las fuentes del derecho comunitario: la "constitución" de la Comunidad*, en vol. col. **Treinta años de Derecho Comunitario**, cit., p. 73. O, más recientemente, RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C., *La Constitución de la Comunidad Europea*, NCEE, nº 100, 1993, p. 93. Vid. también DÍAZ-PICAZO, L., *Reflexiones sobre la idea de Constitución europea*, RIE, nº 20, 1993, p. 533. Menos clara es la postura de LOUIS, J.-V., **El ordenamiento jurídico comunitario**, 4ª ed., Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991; por una parte no duda en hablar de "los Tratados como Constitución comunitaria", pero junto a ello, califica a éstos en otro momento como "Tratado marco", al remitirse esencialmente a la acción de las instituciones (pp. 75 y ss.).

En mi opinión, realmente para poder calificar el sistema económico de la Comunidad como "constitución económica", poco importa la discusión de la naturaleza del Tratado: lo realmente trascendente son sus efectos. Y estos es están muy claros: primacía y efecto directo.

Cabe, no obstante, hacer referencia a los propósitos, cercanos y vacilantes, de elaboración de una Constitución Europea. Puede consultarse, entre otros trabajos, DE CARRERAS SERRA, F., *Por una Constitución Europea*, REP, nº 90, 1995, p. 193; **Comentarios al proyecto de Constitución Europea**, dir. MOLINA DEL POZO, C., Granada, 1996, **La Constitución Europea**, dir. OREJA, M., Universidad Complutense, Cursos de Verano 1993, Madrid, 1994.

han mostrado partidarios de un "principio de neutralidad económica de los Tratados"⁹⁶.

Por contra, la cantidad, así como la concreción y explicitud -de las que huyó nuestro constituyente- de las normas de carácter económico que el Tratado C.E.E. contiene, entiendo refrenda la opinión -mayoritaria por demás⁹⁷- de quienes consideran que aquél está determinando un sistema bien concreto, que no es otro que el de economía de mercado -al que los autores añaden modulaciones varias: "controlada y de carácter social"⁹⁸, "socialmente funcionalizada"⁹⁹...

⁹⁵Así opina LAGUNA DE PAZ, J. C., **Las empresas públicas...** cit., p. 168-169. Su postura en este punto no termina de ser del todo coherente, ya que después de mantener que el alcance limitado de las atribuciones de la Comunidad "nos impide hablar con justeza de un modelo económico comunitario", afirma que "la Comunidad europea europea exige a los Estados miembros que se estructuren siguiendo los patronos de la economía de mercado".

⁹⁶No puede menos que disentir aquí de la opinión del que fuera durante años presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades, MERTENS DE WILMARS, J., cuyo juicio estimo poco coherente cuando afirma que "no es difícil de percibir que el sistema económico comunitario se basa en la economía de mercado. Pero esta noción no es suficiente, por sí sola, para caracterizar el orden económico comunitario" (la traducción es nuestra). Ha de tenerse en cuenta que la opción por el mercado no predetermina de modo unívoco todos los extremos de la vida económica, no encorseta totalmente a los poderes públicos, las opciones -suficientemente amplias- que admite, incluso las correcciones que exige, no desvirtúan el sistema. Vid. *Reflexions sur l'ordre juridique-economique de la Communauté Européenne*, en vol. col. **Interventions publiques et droit communautaire**, cit., p. 29.

⁹⁷Entre otros: ALONSO UREBA, A., *El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas*, en vol. col. **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**, cit., p. 258., FONT GALÁN, J. I., **La libre competencia en la Comunidad Europea**, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, p. 30; CEREXHE, E., **Le droit européen. Les institutions**, Nauwelaerts, Louvain, 1979, p. 62.

⁹⁸CONSTANTINESCO, L.-J., *La constitution économique de la C.E.E.*, **RTDE**, 1977, p. 244. Hace una panorámica de las calificaciones que la doctrina ha hecho del modelo económico de los Tratados originarios; no duda en calificar el sistema como "économie de marché contrôlée et à caractère social" (p. 278).

Tras la firma del Tratado de Unión Europea puede decirse que las dudas, si existían, están hoy menos justificadas¹⁰⁰, al manifestar con rotundidad el inciso segundo del nuevo artículo 102 A :

"Los Estados miembros llevarán a cabo sus políticas con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Comunidad, definidos en el artículo 2, y en el marco de las orientaciones generales contempladas en el apartado 2 del artículo 103. Los Estados miembros y la Comunidad actuarán respetando *el principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*, favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 3 A"¹⁰¹.

Con ello se está explicitando una opción que ya era evidente en el texto originario del Tratado. Más allá de una mera declaración de principio o de la escueta referencia al mercado y a la competencia, el tenor original del mismo incluye entre sus normas la supresión de las fronteras económicas entre los Estados (artículo 3 y 9 y siguientes), la reprobación de los monopolios comerciales (artículo 37), minuciosas normas sobre competencia aplicables a las

⁹⁹MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ayuda estatal...* cit., p. 23.

¹⁰⁰En este sentido, PIÑAR MAÑAR, J. L., que defendía una "constitución económica comunitaria de economía de mercado con fuertes elementos correctores" de carácter social, observa tras la firma del Tratado de Maastrich "una mayor definición de la constitución económica comunitaria (que) se acerca más que antes a los ideales económicos liberales". Vid. *Privatización de empresas y Derecho Comunitario*, **RAP**, nº 133, 1994, p. 34 y 53.

¹⁰¹En la misma línea cabría la cita de otros "añadidos" al Tratado acordados en Maastrich el 7 de febrero de 1992, que dejan fuera de dudas el deseo de los responsables de la Unión de basar su política económica en la competencia y, por ende, en el mercado. Así, el párrafo 1º del artículo 3 A: "Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá (...), que se llevará a cabo de conformidad con el respeto

conductas de las empresas (artículos 85 a 90), con expresa prohibición de tratos privilegiados a las empresas públicas (artículo 90), una regulación exhaustiva de las ayudas dispensadas por los Estados (artículo 92 a 94). Todo ello es muestra evidente de la confianza de los redactores del Tratado en un sistema de tipo concurrencial.

c) El alcance de la homogeneidad de los sistemas

De la reseña de las normas de contenido económico incluidas en el Tratado de la Unión y su cotejo con los principios de nuestra constitución económica, se derivan, a nuestro juicio, varias consecuencias:

La primera de ellas es la inicial homogeneidad de los sistemas español y comunitario, en esencial sintonía, como ha puesto de relieve, con un mayor o menor alcance, la mayoría de la doctrina¹⁰².

A la vez, -y como segunda consecuencia de la confrontación de normas "económicas" constitucionales y comunitarias- la mencionada

al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia". En similares términos, el apartado 2º del mismo artículo.

¹⁰²"La homogeneidad del Estado y de la Comunidad Europea son evidentes. La economía social de mercado, tal como se ha consolidado en la opinión de los economistas, de los juristas, (...), es en sus líneas generales, hoy en día, el denominador común de los Estados de la Comunidad". Así lo pone de manifiesto el profesor PREDIERI, A. en *Estado y mercado...* cit., p. 28 y 29. Igualmente, sobre esa coherencia de parámetros se manifiestan, entre otros, FONT GALÁN, J.I. en *La libre competencia...* cit., p. 34, LAGUNA DE PAZ, J.C., op. cit., p. 171 o GÓMEZ BARAHONA, A.: *La planificación económica...* cit., p. 287.

homogeneidad requiere algunas matizaciones. La inclusión de concretas y explícitas reglas de carácter económico en el Tratado de Roma, someramente citadas, pienso quita la razón a quienes mantienen que tal texto "no define o concreta en mayor medida que la Constitución española la opción por un concreto modelo económico"¹⁰³. En esta línea, algunos no juzgan el sistema comunitario más determinado en favor de la libertad y de la iniciativa privada que el constitucional español¹⁰⁴. Así interpretan el hecho de que el Tratado deje en manos de los Estados -en general- las políticas económicas¹⁰⁵, o que permanezca ajeno al régimen de propiedad de cada uno de ellos (artículo 222), con lo que le resulta indiferente -también en principio- el ejercicio de la iniciativa pública empresarial y el volumen del sector público.

Entiendo que la flexibilidad, con la consiguiente apertura a soluciones dispares -a la que ya nos hemos referido- que caracteriza nuestra constitución económica resulta limitada por aquellas reglas de obligado cumplimiento que el Tratado impone. Como dirá el profesor PREDIERI, la libertad de elección para los Estados miembros se reduce a causa del armazón del ordenamiento comunitario, que prohíbe, condiciona o limita acciones que de otro modo habrían sido libres¹⁰⁶. No es cuestión de poca monta, aunque quizás exagere LÓPEZ GARRIDO -eso creo- cuando mantiene que "la presencia de España en la

¹⁰³GÓMEZ BARAHONA, A., op. cit., p. 287.

¹⁰⁴Es el parecer de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **La ayuda estatal...** cit., p. 25, al que sigue LAGUNA DE PAZ, J. C., op. cit., p. 169.

¹⁰⁵Artículo 102 A: "Los Estados miembros llevarán a cabo *sus políticas económicas* con vistas a contribuir a la realización de los objetivos de la Comunidad..."

¹⁰⁶PREDIERI, A., op. cit., p. 35.

Comunidad ha transformado y transformará en el futuro nuestro ordenamiento económico hasta el nivel máximo, hasta el nivel de las grandes líneas jurídico-constitucionales"¹⁰⁷.

Coincido con el profesor ALONSO UREBA¹⁰⁸ en que, desde el prisma de las potestades de intervención pública en la economía es factible, y evidente en algunos casos, la eventual tensión entre, de un lado, unos tratados que parten de una posición del Estado respecto de la economía vinculada a la ideología neoliberal y, de otro, el carácter abierto de los modelos económicos constitucionalizados a nivel nacional.

Y entiendo que, de las "normas económicas del Tratado", varias sirven de manera particular para matizar aquella homogeneidad.

Hemos tenido ocasión de referirnos a la libre opción que, en nuestro sistema, ostenta el poder público para determinar qué servicios se consideran esenciales, con lo que pueden ser objeto de reserva a la titularidad pública¹⁰⁹. Se trata de una posibilidad de restricción a la competencia, no exenta de una cierta

¹⁰⁷LOPEZ GARRIDO, D., *Apuntes para un estudio sobre la Constitución económica*, RCEC, nº 15, 1993, p. 84.

¹⁰⁸ALONSO UREBA, A., *El marco constitucional...* cit., p. 259 y ss.

¹⁰⁹Con ella quedan constituídos los "servicios públicos en sentido estricto", concepto rigurosos al que se ha abonado clásicamente nuestra doctrina. Con la *publicatio*, o declaración de reserva, la actividad afectada queda desde ese momento extraída de la libre iniciativa privada, que sólo podrán entrar a gestiona aquélla si media previa concesión de la Administración titular. Estamos ante un concepto, no obstante oscuro como pocos -"noción huidiza" la llamada LAGUNA DE PAZ, J. C. en *Régimen jurídico de la Televisión privada*, Marcial Pons,

justificación -tratarse de un "servicio esencial"-, pero remitida, en última instancia, a la decisión política. Esta libertad de apreciación interna -ya condicionada de por sí por parámetros constitucionales- topa ahora con el filtro comunitario. Advierte el Tratado (artículo 90) que "las empresas públicas y aquellas empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos" o "las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal" no resultan excepcionadas del respeto a las normas sobre la competencia. La substracción a las mismas sólo será consentida para éstas últimas si lo requiere "el cumplimiento de la misión específica" confiada a tales empresas. En definitiva, estas restricciones concurrenciales arbitradas en los derechos internos, requieren expresa justificación desde el prisma comunitario¹¹⁰, y serán objeto de control desde las instituciones de la Unión -Comisión, y Tribunal en última instancia-. Éste último ha afirmado, en sentencia de 12 de febrero de 1992 que "en efecto, la Comisión tiene la facultad de intervenir, no contra la empresa que haya sido colocada en situación de vulnerar las normas sobre competencia, sino -en este caso- contra el Estado miembro que sea responsable del daño causado a la libre competencia"¹¹¹.

Madrid, 1994, p. 198- en el que no compensa detenernos; me remito, para todo ello al libro de ARIÑO ORTIZ, **Economía y Estado**, cit., pp. 289 y ss.

¹¹⁰Vid. WACHSMANN, A. y FERROD, F., *Les critères de justification des monopoles: un primer après l'affaire Corbeau*, RTDE, 1994-1, p. La sentencia Corbeau, dictada el 19 de marzo de 1993, en cuestión prejudicial, asunto 320/91, puede consultarse en Rec. 1993 I-2563. En ella puede leerse: "se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y..." (vid. los puntos 15, 16 y 17 de la sentencia). En el caso enjuiciado el Tribunal justificó la exclusión de la competencia en el servicio postal como único medio de prestación del mismo "en condiciones económicamente aceptables". Vid. también el comentario de JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Servicio público, interés general...* cit., p. 589.

¹¹¹Vid. sentencia de 12 de febrero de 1992, as. acumulados 48/90 y 66/90, Reino de los Países Bajos y Koninklijke PTT Nederland NV y PTT Post BV c. Comisión, Rec. I-627, también

En esta línea, España vive un proceso de liberalización de actividades reservadas¹¹² y desmantelamiento de monopolios comerciales¹¹³, impuesto en gran medida por la adhesión al Mercado Común¹¹⁴.

El efecto automitigador (el Tratado es una ley adoptada de común acuerdo) de la autonomía de los Estados, que arranca también del respeto de las llamadas "cuatro libertades" -libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales- se manifiesta también en la renuncia por parte de los Estados miembros de determinados instrumentos de intervención en la medida en que se proyecten sobre el sector de la economía exterior estatal¹¹⁵. Es el caso de

relativa al servicio postal. En este supuesto, la Comisión declaró el sistema anticompetitivo arbitrado en el derecho holandés como contrario a las disposiciones del Tratado. El Tribunal, en este caso, no entró en el fondo, y anuló la decisión por indefensión -falta de audiencia- de los perjudicados.

¹¹²Telecomunicaciones y transporte marítimo y aéreo son los ejemplos más significativos.

¹¹³De modo particular, el de petróleo, vigente en España desde su creación en 1927 y prácticamente extinguido con la Ley 34/1992, de 22 de diciembre. Vid. sobre ello SALA ARQUER, J. M.: **La liberalización del monopolio...** cit. Vid. con carácter general el interesante trabajo de RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., *Los monopolios de Estado*, en **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**, cit., vol. II, p. 481. Y, más reciente, las aportaciones de MATTERA, A. en **El mercado único europeo...** cit., que dedica un capítulo a "los monopolios nacionales y la obligación de adecuación prescrita por el artículo 37 del TCEE" (pp. 77-87).

¹¹⁴Dice ARIÑO ORTIZ, en el prólogo al libro citado del profesor SALA ARQUER: "aunque el fenómeno responde a razones de fondo muy hondas, que se manifiestan universalmente, es lo cierto que en España la normativa comunitaria europea ha sido un factor determinante de primera magnitud para el obligado desmantelamiento de los monopolios comerciales, industriales y financieros que hasta ahora existían, de gran envergadura y tradición", (p. 15). El mismo autor en **Principios constitucionales de la libertad de empresa. Libertad de comercio e intervencionismo administrativo**, Marcial Pons-IDELCO, Madrid, 1995, afirma que "los procesos de liberalización no se han producido por exigencias constitucionales, sino por los del Derecho Comunitario Europeo" (p. 86).

¹¹⁵Vid. GONDRA ROMERO, J. M., *Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea*, en **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**, vol. I, cit., p. 275 y ss., particularmente, 288.

las barreras arancelarias o las ayudas públicas, de las que pronto nos ocuparemos específicamente.

Todo ello sin olvidarse de las competencias comunitarias sobre "aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o el funcionamiento del mercado común" (artículo 100 del Tratado) y, más aun, de aquellas materias en las que la existencia de una política común adoptada a nivel comunitario hace del Estado mero encargado de su ejecución administrativa¹¹⁶.

Las imposiciones desde el derecho europeo no son pocas: las que los redactores del Tratado juzgaron necesarias para la consecución de una integración económica sobre la base del libre mercado, respetando en lo posible la soberanía -también en lo económico- de los Estados. La susodicha "flexibilidad constitucional" resulta, por tanto, limitada por los imperativos europeos -queridos por los propios legisladores estatales-, en defensa de un mercado competitivo¹¹⁷.

¹¹⁶Ya en 1980 escribió RUILOBA SANTANA, E. en *Las Competencias económicas del Estado y de las Comunidades Autónomas ante el futuro ingreso de España en el Mercado Común Europeo*, vol. col. **La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española**, dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA, IEE, Madrid, 1980: "la integración económica supranacional requiere una transferencia importante de competencias a los órganos comunitarios europeos" (p. 398).

¹¹⁷En este sentido vid. dos trabajos publicados en el vol. col. **España en la Europa comunitaria: balance de diez años**, coord. MOLINA DEL POZO, C., Ramón Areces, Madrid, 1995: GALERA RODRIGO, S., *Consideraciones sobre la Constitución económica después de la adhesión*, para quien "la adhesión española a la Comunidad impone pues una lectura renovada de los preceptos constitucionales que configuran la constitución económica" (p. 114); y VICIANO PASTOR, J., *Reflexiones sobre los límites impuestos por la adhesión en la*

El Tratado de Maastricht no sólo ha corroborado esta realidad, sino que ha ahondado en ella. No se trata de transformar nuestro ordenamiento económico "hasta el nivel de las grandes líneas jurídico-constitucionales" -como interpretaba LÓPEZ GARRIDO la adhesión española a la CEE-. El carácter abierto de nuestra Constitución y la esencial sintonía de los sistemas interno y comunitario excusa una mutación de tal envergadura. Más real y ponderada me parece me parece la visión del profesor MUÑOZ MACHADO. De la nueva redacción del artículo 102 A, ya transcrito, de los artículos 104 a 109 sobre política monetaria, y en particular, del nuevo artículo 3 A¹¹⁸, concluye que "lo que se entrega -a las instancias europeas- es la definición del contenido económico de la Constitución que, en nuestro caso, estaba encomendada, casi plenamente, a la definición del legislador ordinario, que disponía de libertad para moverse entre opciones políticas posibles, así como para utilizar los instrumentos e instituciones que considerara idóneos"¹¹⁹.

En resumen, sin merma de la básica homogeneidad de los sistemas, a mi juicio la opción por el mercado y la competencia es, en el ámbito europeo, más segura que en el español interno. Si la competencia era piedra angular de nuestro sistema económico, con mayor rotundidad puede predicarse del

intervención normativa en la economía: las disposiciones estatales que eliminen el efecto útil de los artículos 85 y 86 del TCEE (p. 261).

¹¹⁸Su párrafo 2º dice: "...dicha acción implicará la fijación irrevocable de tipos de cambio con vistas la establecimiento de una moneda única, el ecu, la definición y aplicación de una política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la **política económica general** de la Comunidad, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia"

¹¹⁹MUÑOZ MACHADO, S., **La Unión Europea y las mutaciones de Estado**, Alianza Universidad, Madrid, 1993, p 47-48.

comunitario, no tanto por razón de declaraciones de principio, cuanto por los específicos mecanismos de garantía que arbitra el propio derecho originario.

La clave de nuestro estudio se centra ahora en la competencia, en su virtualidad para la construcción europea y su eventual atemperamiento, en ocasiones necesario o irremediable. Es el punto se referencia obligado para encuadrar adecuadamente las políticas de ayudas, también -son las que nos interesan- las dispensadas desde los Estados. En definitiva, como diría el profesor LÓPEZ GARRIDO, "el estudio de la Constitución Económica española -y de los instrumentos que la formalizan, como la ayuda- deberá hacerse a la luz de esa gran estructura que es la Comunidad Europea"¹²⁰.

d) La competencia: fin de la Comunidad o instrumento de política económica

Aunque algunos se refieran a la competencia como *fin* de la Comunidad Económica Europea¹²¹, parece evidente que tal calificativo no se corresponde a su función. Los fines de la Comunidad son los que recoge el artículo 2, retocado y enriquecido tras el Tratado de la Unión¹²². Para estos fines,

¹²⁰LÓPEZ GARRIDO, D., op. cit., p. 84.

¹²¹AYMERICH CANO, C., op. cit., p. 230.

¹²²"...un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de empleo y de protección

la Comunidad se sirve de unos *medios*¹²³, fundamentalmente los enumerados en el artículo 3, uno de los cuales -sin duda privilegiado, si se pretende la consecución de un mercado común- es la competencia¹²⁴. Por eso no le repugna tampoco el calificativo -que la propia Comisión le atribuye- de *principio básico* de la Comunidad¹²⁵.

Estamos ante un elemento privilegiado de progreso económico, el "*meilleur stimulant de l'activité économique*"¹²⁶, que se erige en una de las "piedras angulares"¹²⁷ de la construcción comunitaria, pero que, como advierte CEREXHE y ya apuntamos, no constituye un fin en sí: no es más que un medio,

social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros"

¹²³MATTERA, A., por ejemplo prefiere hablar de la *misión* de la Comunidad -que serían lo que hemos denominado fines-, *objetivos previos* para cumplir aquella misión -el establecimiento de un mercado común y la aproximación de las políticas económicas, antes del TUE- y *medios* -los previstos en el artículo 3-. Vid. **El mercado único...** cit., 41. CONSTANTINESCO, L.-J., por su parte, distingue entre *objetivos globales o finalidades, instrumentos de realización y principios fundamentales* -entre los que cuenta la competencia-. Vid. *La constitution économique...* art. cit. Respetables criterios, pero que conducen a una complicación a mi juicio innecesaria.

¹²⁴Vid., por ejemplo, CARMONA FERNÁNDEZ DE MESA, R., *Régimen para una competencia no falseada en las Comunidades*, NCEE, nº 29, 1987, p. 25, para quien la acción de defensa de la competencia "como todas las enumeradas en el artículo 3 T. CEE., se concibe al servicio de los fines de la Comunidad, enumerados en el artículo 2".

¹²⁵"Uno de los principios básicos sobre los que se ha erigido la Comunidad Económica Europea es el mantenimiento de un sistema de libre y recta competencia". COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES, **Primera encuesta sobre ayudas estatales en la Comunidad Europea**, op. cit., p. 1. En el **Premier rapport sur la politique de concurrence** (1971), publicado en Bruselas-Luxemburgo en 1972, se refirió, sin embargo a la competencia como "medio importante para realizar los fines del Tratado" (p. 11).

¹²⁶Son palabras de la Comisión en el Primer Informe sobre política de competencia, precitado, p. 11.

un instrumento de estrategia económica¹²⁸. En esta línea, en la doctrina francesa, el profesor BONASSIES calificó el papel de la competencia en el entramado comunitario como de "competencia-medio", de tal manera que, junto a ella, otros medios son posibles, medios que pueden legítimamente sustituirla¹²⁹.

De acuerdo en lo esencial con esta concepción, puede afirmarse que la competencia, siendo la clave de bóveda del sistema¹³⁰, no es un valor absoluto. Se persigue, en expresión del propio Tribunal de Justicia, la consecución de "una competencia real y posible" de tal manera que su naturaleza e intensidad "puedan variar en función de los productos o servicios en cuestión y de la estructura económica de los mercados sectoriales implicados"¹³¹. Se legitiman, por lo tanto, las restricciones a la libertad de las empresas, y el uso de modos diversos de intervención, incluso de tipo dirigista¹³². Bien lo ha expresado OGEA MARTÍNEZ-OROZCO cuando señala como una de las características esenciales del derecho comunitario de la competencia la tendencia a adoptar soluciones de

¹²⁷CADIEUX, ICE, nov.-dic., 1985. FONT GALÁN la define como base esencial y elemento cualificador del sistema económico de la CEE, vid. **La libre competencia...** cit., p. 37.

¹²⁸CEREXHE, E., op. cit., p. 63.

¹²⁹Vid. BONASSIES, P., *L'influence des concepts communautaires sur le droit français*, en **Droit public de la concurrence**, cit., p.105: "Cette conception de la concurrence-moyen, c'est celle qui informe le droit communautaire comme elle informe le droit français" (p. 107). Ya había expuesto sus concepciones en **Les fondements du droit communautaire de la concurrence: la théorie de la concurrence-moyen**, Etudes Weil, 1983, p. 51 y ss.

¹³⁰El mismo BONASSIES afirma con rotundidad que el derecho comunitario es, ante todo, un derecho de la competencia, y ésta constituye el medio privilegiado del progreso económico, vid. *L'influence des...* art. cit., p. 107 y 108.

¹³¹Sentencia Metro-Saba, de 25 de octubre de 1977. Vid. sobre ello JIMÉNEZ, J., **Política de competencia y ayudas de Estado**, Paraninfo, Madrid, 1993, p. 13.

compromiso entre las exigencias de principio y la realidad socio-económica a la que se aplica¹³³.

Es la agricultura -lo adelantamos ahora, porque constituirá más adelante el núcleo de nuestro estudio- un campo en que se ha juzgado inevitable el empleo de las más variadas "armas del dirigismo"¹³⁴: reglamentación de precios, subvenciones tanto a la producción como a la comercialización de los productos, sistemas de storage y retirada, etc. En definitiva, el funcionamiento de los mercados diseñado por la PAC es la prueba más evidente del carácter no absoluto de la competencia en el sistema comunitario.

De todas las maneras, entiendo no se puede dudar razonablemente -discrepo con ello de posturas más bien excépticas¹³⁵- de la primacía o centralidad de la competencia como instrumento adecuado para el logro de los fines que la Comunidad se propuso. Por ello, las eventuales restricciones o atemperamientos a la libre competencia habrán de ser expresamente arbitradas en el Tratado

¹³²Vid., por ejemplo, GOLDMAN, B. y LYON-CAEN, A., op. cit., p. 359 o CEREXHE, E., op., cit., p. 63 y 64.

¹³³OGEA MARTÍNEZ-OROZCO, M., *La política de competencia de la Comunidad Económica Europea (su incidencia sobre el régimen de empresas privadas, ayudas de Estado y monopolios estatales)*, PGP, nº 16, 1983, p. 110.

¹³⁴CEREXHE, E., op. cit., p. 64.

¹³⁵Como la de VILELLA, G.: *L'Unione economica e monetaria come passaggio verso un governo dell'economia comunitaria*, en vol. col. **La nuova Europa. Dalla Comunità all'Europa**, Bolonia, 1992, donde afirma que "La tutela de la competencia, por su parte, ha perdido su centralismo ideológico y operativo a favor de su mayor coordinación sin posiciones de supremacía con otros intereses de la Comunidad". (Tomo la cita de PREDIERI, A., *Estado y mercado*, cit., p. 25).

constitutivo o en el derecho derivado, tendrán forzosamente carácter de excepción, y requerirán justificación suficiente.

e) A modo de recapitulación: la ayuda pública en nuestro sistema económico

Sabemos que las políticas de ayudas públicas pueden constituir una restricción -al menos **teórica o de principio**- a la competencia. Nos planteamos en qué medida aquéllas pueden resultar **realmente** limitadas o condicionadas por una presunta incompatibilidad con el modelo económico, -constitucional o comunitario-. Es decir, hasta qué punto la economía de mercado y su pieza maestra, la competencia, al modo en que han sido asumidas en nuestro entorno como rectores de su economía, tienen virtualidad suficiente -o carecen de ella- para reprobear una política pública de apoyo a los agentes económicos privados.

Si se puede afirmar, categóricamente y con carácter general, que toda actuación pública requiere una justificación específica, este principio general, aplicado a la cuestión que nos ocupa, implica que las ayudas públicas estarían justificadas en la medida en que sean necesarias. Es por lo que algunos han defendido como uno de los principios básicos de la ayuda pública -y límite para su prestación- el principio de subsidiariedad¹³⁶, en la vertiente de *subsidiaridad*

¹³⁶Escribe DÍAZ LEMA que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, "el Estado puede y debe acudir en ayuda de determinado sector económico cuando sea necesario para la economía general". Vid. **Subvenciones y...** cit., p. 43.

*en la intervención*¹³⁷: intervención como subsidiaria a la libre espontaneidad de los agentes económicos, es decir, sólo en la medida en que se hagan necesarias actuaciones correctoras o suplementarias.

Compartiendo este planteamiento teórico -que comentaremos en el capítulo siguiente al tratar de los principios jurídicos de la ayuda pública-, entiendo, no obstante, que una visión realista demuestra lo difícil que resulta un juicio sobre la innecesariedad de una política de auxilio público que fuerce su supresión.

La situación es similar a la que se plantea acerca de la iniciativa empresarial de las Administraciones, que se dice, por algunos, subsidiaria de la privada: si la Administración ha de "servir con objetividad los intereses generales" (artículo 103.1 de la Constitución), entiendo que aquella iniciativa requiere una justificación específica -sin ser suficiente la abstracta o genérica que le otorga el artículo 128.2-¹³⁸. Lo que ocurre es que resultaría hartamente difícil obstar una actividad empresarial pública en base al argumento de que no es necesaria, y por tanto carente de justificación, por ser suficiente la desplegada desde el sector privado. En la realidad, salvo que se omita la determinación o precisión de las

¹³⁷LAGUNA DE PAZ, J. C. enuncia así este principio: "cuando los objetivos que la dispensación de ayudas trata de alcanzar estén ya cubiertos por el libre desenvolvimiento actual o potencial de la sociedad, la intervención pública no está justificada; sencillamente ha de declinar". Vid. **Las empresas públicas...** cit., p. 188. Junto a la *subsidiaridad de la intervención* habla de una *subsidiaridad en los medios de intervención*, que obliga a optar, entre los posibles medios de intervención el menos restrictivo para la libertad individual. En esta línea se ha dicho precisamente que "la actividad administrativa se limite a lo necesario y que, a ser posible, tome la fórmula del estímulo". Vid. MONCADA LORENZO, A., *El principio de subsidiariedad del Estado y el régimen jurídico-administrativo*, RGLJ, 1962, nº 44, p. 195.

actividades o negocios a desarrollar -como exigencia de principio de especialidad de la empresa pública¹³⁹- no resulta fácil demostrar que una iniciativa empresarial pública no es necesaria. Tal necesidad en ocasiones se torna en indispensabilidad -cuando la iniciativa privada no atiende las necesidades sociales o lo hace insuficientemente-. En otras muchas, la actividad económica de

¹³⁸Tomo la distinción, y comparto en esto el punto de vista, de GÓMEZ BARAHONA, A., **La planificación económica...** cit., p. 176.

¹³⁹La sentencia del TS de 10 de octubre de 1989, ya citada, se expresa en estos términos: "Esta total indefinición de las concretas actividades o negocios que la Sociedad que se aprobaba fuera a desarrollar, conculcaba evidentemente el *principio de especialidad* de las empresas públicas que exige determinar con rigor y precisión el objeto de la empresa pública y la actividad o negocio que ella debe desarrollar..." (F.J. 7º).

Frente a este pronunciamiento SOSA WAGNER, F., alega que "el principio de especialidad es de la rigurosa invención de los magistrados que firman la sentencia" (vid. *Comentario a la desafortunada sentencia del TS de 6.9.1989*, en **PJ**, nº 19, 1991, p. 309; recogido también en su libro **La gestión de los servicios públicos locales**, 2ª ed., Cívitas, Madrid, 1995, p. 41).

Si ciertamente este principio no encuentra plasmación legislativa expresa, ni especiales atenciones en nuestra doctrina (vid., no obstante, las apreciaciones de MARTÍN-RETORTILLO, S., en **Derecho Administrativo Económico I**, cit, p. 261, y más específicamente, rebatiendo en este punto a SOSA, de DEL GUAYO CASTIELLA, I., **La creación de las sociedades mercantiles municipales: fundamentos y control de la potestad**, Lección magistral, *pro manuscrito*, Almería, 1993, p. 120) ha de reconocerse en él una concreción para las empresas públicas del carácter instrumental de las Administraciones públicas *in genere* (resulta aquí casi superfluo referirnos al papel auténticamente constructivo y creador de la jurisprudencia respecto al Derecho Administrativo). Ha de advertirse que este principio es admitido pacíficamente en el Derecho francés. Baste citar las aportaciones de profesores del prestigio de LAUBADÈRE (con VENEZIA, J. C. y GAUDEMET, Y., **Traité de Droit Administratif**, vol. I, 13ª ed., LGDJ, París, 1994, p. 257) o CHAPUS (**Droit Administratif Général**, vol. I, 8ª ed., Montchrestein, París, 1994, p. 320). Para el primero de los citados, la justificación fundamental del principio de especialidad se liga al análisis de la personalidad moral funcional reconocida a los establecimientos públicos. En nuestra doctrina, aunque sin referirse específicamente a este principio, ha escrito ALONSO UREBA que la habilitación directa que la Constitución otorga a la iniciativa pública empresarial en el artículo 128.2 "no excluye que la Administración, en el ejercicio de dicha potestad (...) debe determinar el fin de interés público que en el caso concreto juegue como causa de la misma (vid. **La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico**, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 139-140).

la Administración colaborará en el "desarrollo de la economía nacional"¹⁴⁰, con las concreciones sectoriales que correspondan en cada caso. Todo ello haría difícil la viabilidad de una demanda de anulación de aquella iniciativa pública, salvo que valoraciones técnicas, económicas, sociales o jurídicas demuestren de modo patente que el interés público no resulta atendido en modo alguno, lo que no resulta en absoluto sencillo.

Del mismo modo -y aún con más motivo-, no es fácil la tacha de ilegalidad de una actuación subvencional con el mero argumento de su innecesariedad. En uno y otro caso, la decisión sobre la intervención pública, empresarial o auxiliadora, aunque necesitada de causalidad cierta, queda remitida en gran parte al dictamen político, básicamente discrecional, con lo que su fiscalización por pugna o inadecuación con el sistema económico asumido resulta

¹⁴⁰Para VILLAR PALASÍ, el "desarrollo de la economía nacional", el "aumento de los bienes económicos", es el fin público que justifica la "actividad de gestión económica o industrial". Con ello pretendió el ilustre maestro dar cuerpo jurídico a esta nueva actividad pública, inevitable ante la expansión de los fines estatales, y que no encajaba fácilmente en la división tripartita de la actividad administrativa que acuñara JORDANA DE POZAS. Vid. *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*. **RAP**, nº 3, 1950, p. 72. Entiendo, no obstante, que tal cobertura ha de ser manejada con prudencia, y no cabe erigirla en justificación de carácter genérico para toda la actividad industrial de las Administraciones, que excuse de las valoraciones y justificaciones puntuales, *ad casum*.

francamente difícil¹⁴¹, siempre que, lógicamente, aquella intervención no adquiriera dimensiones tales que desnaturalicen el sistema económico¹⁴².

No obstante, lo dicho no puede hacernos olvidar que, como la iniciativa pública empresarial, la actividad dispensadora de ayudas, además de requerir una justificación suficiente, ha de ser respetuoso con un conjunto de principios -proporcionalidad, eficiencia, el citado de igualdad etc.-, mensurables y perfectamente fiscalizables. El sometimiento a estos principios constituye un parámetro para la actividad auxiliadora, proclive a constituirse en un coto de discrecionalidad omnímoda, y la reconduce (al menos debiera hacerlo -resta aún camino que recorrer-) a la lógica del Estado de Derecho. De ellos nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

En conclusión, la incompatibilidad entre el sistema de economía de mercado, contemplado en abstracto, y las ayudas públicas es más teórica que real. En realidad, como ya pusimos de manifiesto en otro momento, lo que distorsiona

¹⁴¹Así, ha escrito FERNÁNDEZ FARRERES que "en términos generales hay que decir que el principio de libertad de industria y comercio (...) no suele mostrarse muy efectivo como medio de control jurisdiccional de los actos administrativos que inciden en las actividades empresariales y comerciales, máxime cuando el juez debe enfrentarse a medidas estatales 'intervencionistas' de incitación y no de coacción o policía", vid. **La subvención...** cit., pp. 715-716).

¹⁴²Vid. sobre ello GÓMEZ BARAHONA, A. en **La planificación económica...** cit., p. 177: "dados los superiores medios y ventajas financieras de que goza la Administración, en el caso de una iniciativa masiva en la vida económica, se desplazaría la iniciativa privada, atentándose a la letra y al espíritu del artículo 38 de la Constitución Española y cuestionándose las bases constitucionales del sistema económico por ignorar los principios de proporcionalidad e intervención conforme al mercado". En parecidos términos vid., entre otros, LAGUNA DE PAZ, J.C., **Las empresas públicas...** cit., p. 135; ARIÑO ORTIZ, G., *Servicio público y libertades públicas...*, en **Homenaje al profesor Garrido Falla**, cit., vol. 2, p. 1317. Lo mismo cabría decir de una supuesta generalización de políticas de ayuda pública.

la competencia -y repugna el sistema de mercado- no es tanto la ayuda pública en sí, cuanto la desigualdad en que su prestación pudiera colocar a los potenciales competidores.

En este sentido ha de resaltarse el peligro que para la consecución de un auténtico mercado en un ámbito determinado constituye la prestación incontrolada -forzosamente desigual- de ayudas desde las distintas instancias públicas que, con autonomía política y financiera, operan en el seno de aquel espacio. Imposibilita la realización de un mercado único por cuanto que coloca normalmente a los agentes económicos, dependiendo del trato recibido por sus Administraciones circundantes, en desiguales condiciones para competir.

"De ahí la trascendencia de las ayudas públicas en sistemas de organización política con pluralidad de poderes públicos autónomos"¹⁴³, ya pensemos en el ámbito interno -Estado/Comunidades Autónomas- o en el europeo, al que se refiere en particular el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. En relación al ámbito comunitario el tratamiento dispensado a las ayudas prestadas desde los Estados miembros es prueba de la postura que sostenemos. Éstas sólo le preocupan, hasta el punto de declararlas incompatibles, *en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros* (artículo 92), por cuanto, en la práctica, producen "los mismos efectos que las barreras arancelarias y demás formas de proteccionismo"¹⁴⁴, haciendo imposible la integración económica. Es decir, no prejuzga su incompatibilidad con el sistema mismo de mercado, sólo las reprueba en la medida en que coloque a las empresas

¹⁴³Vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *La ayuda estatal...* cit., p. 11.

de un determinado Estado en condiciones preferentes para competir en el seno de la Unión¹⁴⁵.

2. El principio de unidad de mercado como límite cierto de las políticas de ayuda pública

a) *El mercado único nacional*

El "principio de unidad de mercado"¹⁴⁶ no fue recogido expresamente en nuestra Constitución, lo que tal vez hubiera sido conveniente¹⁴⁷. Por deducción directa, como implícito en su articulado, fue acuñado por nuestro Tribunal Constitucional, constituyendo "una de sus grandes creaciones -quizá la menos

¹⁴⁴COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES, **Primera encuesta sobre ayudas...** cit., p. 1.

¹⁴⁵Explica GRABITZ, E. que el establecimiento de un Mercado común no se realiza solamente suprimiendo las fronteras económicas; la comunidad de mercado exige igualmente unas condiciones de competencia iguales. Vid. *Réglementation nationale des aides aux entreprises et droit communautaire*, en **Inteventions publiques et...**, cit., p. 73.

¹⁴⁶Como explica SÁINZ MORENO, F. este principio es, junto al de "unidad de la política económica", una manifestación de otro más amplio, el de "unidad del orden económico" o "principio de unidad económica". Vid. *El principio de unidad del orden económico y su aplicación por la jurisprudencia constitucional*, en vol. col. **Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas**, dir. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., IEE, Madrid, 1989, p. 231, en particular p. 246. Vid. en el mismo sentido ALBERTI ROVIRA, E., **Autonomía política y unidad económica**, Cívitas, Madrid, 1995, p. 247 y ss.

¹⁴⁷Así lo entiende CALONGE VALAZQUEZ, A., **Autonomía política y unidad de mercado en la Constitución española de 1978**, Universidad de Valladolid y Caja de Ahorros y M. P. de Salamanca, Valladolid, 1988. Puede consultarse este libro para un estudio pormenorizado del citado principio; se ocupa también de él, más resumidamente, en *El principio de unidad de mercado en la Constitución española de 1978*, en **Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí**, cit., p. 177-195.

pegada al texto de la Constitución (...), pero que es una pauta constante en sus sentencias-"¹⁴⁸.

"Esta exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado es más imperiosa en aquellos sistemas como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de su organización territorial"¹⁴⁹. Así expresaba el Tribunal Constitucional en 1982 su preocupación por la elemental unidad económica, fácilmente perturbable en el seno de Estados compuestos¹⁵⁰.

De esta manera "el mercado interior nacional tiene que ser uno; no puede fragmentarse, no puede parcelarse en un conjunto de micro-economías, una por cada Comunidad Autónoma, que llevaría al desorden económico total y,

¹⁴⁸GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La participación de las Comunidades Autónomas en la formación de las decisiones comunitarias*, en **Comunidades Autónomas y Comunidad Europea. Relaciones jurídico-institucionales**, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1991, p. 102.

¹⁴⁹Sentencia del TC 1/1982, de 28 de enero, F.J. 1º. Sigue diciendo que "la unidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores". Tempranamente llamó la atención sobre ello TORNOS MÁS, J.: "el reconocimiento de unas Regiones con una autonomía absoluta en el conjunto de su actuar económico supondría, más allá de otro tipo de consideraciones, una auténtica quiebra de la unidad del Estado español. No caben mercados autónomos en un Estado unitario", vid. *La intervención de las Comunidades Autónomas en la economía*, REDA, nº 21, 1979, p. 234.

¹⁵⁰Incluso Estado Unidos, paradigma de federalismo moderno, se ha preocupado del mantenimiento de esa unidad económica y ha arbitrado los mecanismos adecuados a este propósito. Vid. BORRAJO INIESTA, I., **Federalismo y unidad económica. La cláusula de comercio en la Constitución de EE. UU.** INAP, Madrid, 1986. Se había ocupado ya de la cuestión ORTEGA ALVAREZ, L., *La división de competencias económicas en los Estados Unidos*, en **La distribución de las competencias...** cit., p. 35.

además, salvo alguna ventaja inmediata que pudiera obtenerse, a la ruina segura de todas ellas"¹⁵¹.

Como ha puesto también de manifiesto nuestro Constitucional "esta unidad de mercado supone, por lo menos, *la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes, capitales, servicios y mano de obra y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica*"¹⁵². Ello conlleva, como ya pusiera de manifiesto el Tribunal en la citada sentencia 1/1982, que el Estado retendrá, como competencia exclusiva, la determinación de los aspectos más fundamentales del orden económico o de las bases que habrán de respetar las posteriores normas autonómicas en ciertos sectores¹⁵³.

Conviene, no obstante, llamar la atención ahora sobre el hecho, en el que ya tempranamente reparó el Tribunal Constitucional¹⁵⁴, de que "tal unidad, sin embargo (...), *no significa uniformidad*, ya que la misma configuración del Estado español y la existencia de Entidades con autonomía política, como son las

¹⁵¹Son palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en *La participación de las...* cit., p. 102. Del mismo autor, vid. *La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico*, REDC, nº 5, 1982, p. 74.

¹⁵²Sentencia 88/1986, de 1 de julio, F. J. 6.

¹⁵³Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico I*, cit., p. 118 o TORNOS MÁS, J., *El proceso de distribución de las competencias económicas y la necesaria unidad de la política económica*, REDA nº 29, 1981, p. 319 y GARCÍA TORRES, J., *La ordenación general de la economía, título sustantivo de competencia estatal*, REDC, nº 17, 1986, p. 241.

¹⁵⁴Ya en la sentencia 37/1981, de 16 de noviembre estableció: "es obvio que tal principio -el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional- no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento..." (F.J. 2º).

Comunidades Autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes jurídicos"¹⁵⁵. Es la consecuencia del reconocimiento constitucional de los principios de unidad y autonomía, cuyo equilibrio, por demás necesario, no siempre resulta fácil¹⁵⁶.

Nadie duda que la libertad de circulación de los protagonistas de la actividad económica por todo el territorio nacional, consagrado en el artículo 139,2 de la Constitución, y derivado en definitiva de "la indisoluble unidad de la Nación Española" (artículo 2)¹⁵⁷, es un presupuesto -o si se prefiere una consecuencia- de la existencia de un mercado único. Hasta tal punto que ALBERTI ROVIRA, entre otros, ve en el respeto de tal libertad el fundamento de la unidad del orden económico en nuestra Constitución, otorgándole "una fuerza potencialmente ilimitada"¹⁵⁸ en orden a conseguir "una mayor uniformidad¹⁵⁹ del sistema económico".

¹⁵⁵Sentencia 88/1986, ya citada.

¹⁵⁶Vid. la exposición breve y de carácter general de MUÑOZ MACHADO, S., *Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las Administraciones Públicas*, **RAP**, nº 100-102, vol. III, p. 1839.

¹⁵⁷Sobre ello, vid. CALONGE VELAZQUEZ, A., **Autonomía política y...** cit., p. 127 y ss.

¹⁵⁸ALBERTÍ ROVIRA, E., *La cláusula de libre circulación...* cit., p. 39, vid. también la bibliografía allí citada. Vid. también su libro **Autonomía política y...** cit.

¹⁵⁹El criterio de la *uniformidad* -del que se ha ocupado monográficamente y en términos generales, no estrictamente económicos, el profesor BAÑO LEÓN, J. M. en **Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida**, INAP, Madrid, 1988- ha de ser, no obstante manejado con prudencia, según el sentir del Tribunal Constitucional que ya hemos referido.

Entiendo que, en realidad, la libertad de circulación no plantea especiales problemas en un estado unitario como el nuestro, sin fronteras interiores. Salvo en casos verdaderamente patológicos -"cuando intencionadamente se persiga la finalidad de obstacularizar la circulación"¹⁶⁰ o ante restricciones palmariamente desproporcionadas¹⁶¹-, "la diversidad de regímenes jurídicos" -por seguir usando la expresión del juez constitucional- que se derivan del principio de autonomía, impondrán condicionantes constitucionalmente irreprochables -que no obstáculos¹⁶²- a la libertad de circulación.

El carácter compuesto, que también caracteriza la estructura de nuestro Estado, traslada el acento, a mi juicio, a las exigencias de "igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica". En realidad, como pone de manifiesto el profesor MUÑOZ MACHADO, el propio principio de libertad de circulación no es más que una manifestación del principio de igualdad¹⁶³. Dicho de otra manera, lo trascendente es la paridad de trato que los

¹⁶⁰Expresión de la sentencia 37/1981, (F.J. 2º), ya citada.

¹⁶¹Que constituyan un obstáculo "sustancial", dirá DE JUAN ASENJO, O., que se refiere, a título de ejemplo, a "poner trabas a la entrada de productos fabricados en las Comunidades vecinas, evitar que sus ahorros se trasvasen a otras regiones u obstacularizar la entrada de competidores indeseables..."; vid. **La constitución económica...** cit., p. 260.

¹⁶²Por eso entrecomilla BAÑO LEÓN, J. M. el término *obstáculo* cuando dice: "es evidente que el ejercicio de las competencias autonómicas puede afectar a la libertad de circulación. Desde las competencias sobre transporte hasta las medidas sanitarias y de seguridad, prácticamente todas las competencias autonómicas pueden constituir un "obstáculo" a la libertad de circulación", vid. **Las Autonomías Territoriales y...** cit., p. 227.

¹⁶³MUÑOZ MACHADO, S., **Derecho Público de las Comunidades Autónomas I**, Cívitas, Madrid, 1982, p. 189. La libertad de circulación resulta obstada en la práctica cuando quien pretende tal circulación recibe un trato desigual en el ente territorial *a quo*.

entes territoriales menores, particularmente Comunidades Autónomas, dispensan a los agentes económicos que operan en sus respectivos ámbitos.

Es desde esta perspectiva desde la que ha de valorarse la actividad de dispensación de ayudas públicas, en un Estado vertebrado en pluralidad de poderes autónomos, en cuyo seno pretende lograrse un mercado único¹⁶⁴. La prestación de estas ayudas de manera libérrima e incontrolada por las Autonomías haría ilusorio aquel propósito, al colocar a las empresas en situación desigual, según su ubicación, adulterando con ello las condiciones de competencia en el territorio nacional¹⁶⁵.

No obstante, una vez más, tal afirmación ha de interpretarse desde el prisma del equilibrio entre unidad y autonomía que subyace en las relaciones competenciales, también en materia económica, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Al otorgar a éstas importantes competencias materiales y consentir -como efecto de la misma autonomía- "diversidad de regímenes jurídicos", la igualdad que el principio de unidad impone ha de ser

¹⁶⁴El riesgo que para la unidad de mercado nacional puede derivarse de las ayudas públicas dispensadas desde las Comunidades Autónomas fue advertido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 64/1990: de aquéllas "puede llegar a hacerse un uso incompatible con las exigencias del mercado único, por propiciar, en mayor o menor grado, la disociación en ciertas zonas o sectores de reglas económicas que han de permanecer uniformes" (F.J. 4º).

¹⁶⁵Ha escrito tajantemente el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. que "el Estado no puede, por una parte, permitir que las Comunidades Autónomas ejerzan la actividad subvencional según su libre albedrío, sin dar cuenta a nadie y con cualquier intensidad y dirección. Porque eso tiene una incidencia tal en el mercado nacional y en la economía general, que el Estado no puede permanecer indiferente". Vid. *Las Administraciones públicas españolas ante la agricultura y la industria agroalimentaria: Administración del Estado, Administración Autónoma y Administración Local*, DAA, nº 9-10, 1987, p. 23.

forzosamente una "igualdad básica", que no se opone a cierta variedad no discriminatoria. Lo contrario "exigiría la máxima centralización política"¹⁶⁶.

A resultas de ello, la actividad de dispensación de ayudas públicas desde las Autonomías ha de contemplarse a la luz de la distribución competencial operada por la Constitución, que al atribuir competencia exclusiva en determinadas materias autoriza un ejercicio "libre y autónomo" de aquella modalidad de intervención económica. Libertad y autonomía sólo limitadas ante atentados graves al principio de igualdad -y por ende al de unidad de mercado-, en la medida en que sobrepasen la "variedad consentida y consustancial con el sistema de autonomía"¹⁶⁷.

En cualquiera de los casos, no cabe duda de que las actuaciones auxilidoras emprendidas en una Comunidad Autónoma, aun en materias de su competencia, han de someterse al control del Estado (que ha de quedar de esta manera revestido de una facultad de coordinación sobre las ayudas dispensadas), mantenerse "dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional" (artículo 148,1,13^a de la Constitución¹⁶⁸), y "no podrán implicar, en ningún caso,

¹⁶⁶MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Poderes de ordenación económica...* cit., p.100.

Igualmente, vid. PEMÁN GAVÍN, J., **Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales**, Cívitas-Universidad de Zaragoza, Madrid, 1992 o MEILÁN GIL, J. L., **La ordenación jurídica de las autonomías**, Tecnos, Madrid, 1988, donde afirma que "la igualdad, sin mayores matizaciones, conduciría naturalmente a la centralización política" (p. 121).

¹⁶⁷La expresión es de MUÑOZ MACHADO, S., **Derecho Público de las...** cit., p. 118.

¹⁶⁸Artículo 148,1,13^a, según el cual las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en "El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional".

privilegios económicos o sociales" (artículo 139,2¹⁶⁹), de tal manera que se respeten "las condiciones *básicas* que garanticen la igualdad de todos los españoles en ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales" -misión que el artículo 149,1,1^a de la Norma Fundamental encomienda al Estado-.

Dejamos aquí apuntado un problema del que nos ocuparemos en el capítulo siguiente, al tratar del principio de coordinación de las ayudas públicas. Con carácter general¹⁷⁰, en materia de fomento se da una concurrencia de título competenciales en cuanto que la Constitución reconoce tanto al Estado (artículo 149,1,13^o) como a las Comunidades Autónomas (148,1,13^o) una competencia general para adoptar medidas de estímulo y desarrollo económico¹⁷¹. El problema está en que ni el Estado puede emplear aquella genérica "facultad de gasto" ignorando o limitando las competencias materiales que corresponden a las Comunidades Autónomas, ni éstas pueden conceder ayudas en sus ámbito territorial y competencial, desconociendo "los objetivos marcados por la política económica nacional" o, como ya hemos apuntado, las exigencias elementales de igualdad en todo el territorio nacional.

¹⁶⁹"Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales".

¹⁷⁰Sin perjuicio de un posterior examen más detenido puede ahora consultarse SÁINZ MORENO, F., *El principio de unidad...* cit., p. 263.

¹⁷¹El artículo 149,1,13^o reserva al Estado las "bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, mientras el 148,1,13^o faculta las Comunidades Autónomas para "el fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional"

b) La unidad de mercado comunitario y su efecto sobre el tratamiento de las ayudas de los Estados

Con el ingreso de nuestro país en la Comunidad Europea, se ha operado la integración de nuestro espacio económico, de nuestro mercado nacional, en el mercado común europeo¹⁷². Hasta tal punto que podría afirmarse que la transferencia de soberanía -limitada por definición- que deriva de la adhesión, se concreta fundamentalmente en la instauración de la soberanía comunitaria sobre el mercado interno de cada uno de los Estados miembros¹⁷³.

No en vano se ha denominado la Comunidad Europea el *Mercado Común*, y se ha entendido el *principio de unidad de mercado* como un principio general jurídico-económico, con función interpretativa del conjunto de disposiciones del Tratado¹⁷⁴. La consecución de un mercado único en el interior de la Comunidad constituye, en el sentir de la Comisión, "la prioridad política más importante de la Comunidad en estos momentos"¹⁷⁵. A este propósito se refirió con insistencia el legislador comunitario al redactar el Acta Única, producto del deseo de "establecer progresivamente el mercado interior", el cual

¹⁷²Vid. ESCRIBANO COLLADO, P., op. cit., p. 107.

¹⁷³En esta línea, más o menos, se manifiesta PREDIERI, A. en *Estado y mercado...* cit., p. 65. Por ello, dice "la transferencia de soberanía atribuye a la Comunidad y no a los Estados la decisión sobre la intolerancia de situaciones" (p. 35).

¹⁷⁴MERTENS DE WILMARS, J., *Reflexions sur l'ordre juridique-economique...* cit., p. 30.

"implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada..."¹⁷⁶, libertades éstas que constituyen el verdadero fundamento del Mercado Común¹⁷⁷.

De ahí que haya quedado consagrado en el Tratado, en el artículo 92, ya transcrito, un principio general de incompatibilidad -algunos prefieren hablar de prohibición- con el mercado común de las ayudas prestadas por los Estados, principio que sólo reultará excepcionado cuando se pruebe que con su prestación se sirve mejor el interés comunitario.

Pues bien, los condicionamientos y límites que el establecimiento de un mercado único a escala comunitaria impone sobre las ayudas financieras que pudieran dispensarse desde los Estados son evidentes. Bien los apunta el profesor FERNÁNDEZ FARRERES cuando afirma que "si esta modalidad de intervencionismo económico puede suscitar graves reparos -teóricos, al menos- en relación al sistema económico interno de cada Estado, cuando se trata de conseguir un mercado unitario supranacional, el intervencionismo de cada uno de los Estados a través del otorgamiento de ayudas económicas a favor de sus

¹⁷⁵COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, **Primera encuesta sobre ayudas estatales...** cit., p. 1.

¹⁷⁶Artículo 8A, añadido por el artículo 13 del Acta Única Europea. Tras el Tratado de la Unión su ordinal es el 7A.

¹⁷⁷Así las califica ALBERTÍ ROVIRA, E. en **Autonomía política y...** cit., p. 94 y ss. Analiza asimismo con rigor y claridad los obstáculos a la libre circulación, en forma de fronteras físicas, técnicas y fiscales, cuya superación es acometida con decisión por la Comunidad, particularmente desde el Libro Blanco de 1985. Incomprensiblemente silencia, como uno de los obstáculos a la realización del mercado interior que preocupa a las instituciones, el de las ayudas estatales.

empresas, de persistir, puede llegar a constituir un obstáculo prácticamente insalvable¹⁷⁸.

Consecuentemente, la entidad pública superior, la Comunidad, ha de quedar revestida de las facultades de fiscalización, control o coordinación que resulten indispensables para evitar que el legítimo ejercicio del poder de gasto de los Estados o entidades inferiores no provoque un falseamiento de la competencia a nivel comunitario, haciendo imposible la consecución de un mercado a nivel europeo¹⁷⁹.

Más adelante nos ocuparemos con detalle del régimen jurídico impuesto por el derecho comunitario a las ayudas provenientes de los Estados, particularmente de las ayudas a la agricultura. Baste ahora anotar que, en definitiva, el fundamento de tal régimen es el propósito de lograr un mercado único supranacional, de tal manera que las ayudas nacionales quedan condicionadas por las exigencias de competencia a nivel comunitario.

¹⁷⁸FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El control de las ayudas...* cit., en **Tratado de Derecho Comunitario Europeo**, cit., vol. II, p. 620.

¹⁷⁹En este sentido ha escrito DAGO ELORZA, I.: "el control de legalidad de los acuerdos por los que se concedan cualquier tipo de ayudas a empresas tanto públicas como privadas se hará dentro del marco comunitario, enjuiciando la incidencia que sobre la política de la Comunidad puedan tener estas ayudas", vid. *Las ayudas de Estado en la economía de mercado: planteamiento*, en **El sistema económico en la Constitución española**, cit., p. 212.

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LAS AYUDAS PÚBLICAS A LAS EMPRESAS ECONÓMICAS

I. INTRODUCCIÓN: DISCRECIONALIDAD
ADMINISTRATIVA Y NECESARIA JURIDIFICACIÓN DE LA
ACTIVIDAD DE DISPENSACIÓN DE AYUDAS PÚBLICAS

Que los poderes públicos gozan en el ámbito económico de mayor libertad y flexibilidad que en otras esferas de actividad es un hecho tan incontestable como inevitable. El avance incontenible durante décadas de la "actividad industrial del Estado"¹, y en general del intervencionismo económico de aquél² -una de cuyas manifestaciones es precisamente la actividad subvencional- consecuencia del "aumento del número y extensión de las necesidades públicas"³ cuya atención era reclamada desde los postulados del Estado social, vino a provocar una "nueva actuación del Derecho respecto de la Economía" y, en definitiva, -como también escribió BALLBÉ PRUNÉS- a una

¹Vid. el famoso trabajo de VILLAR PALASÍ, J. L., *La actividad industrial... cit., in totum.*

²Puede consultarse ahora, con carácter general, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L., *Aproximación jurídica al concepto de intervencionismo económico*, REDA, nº 3, 1974, donde afirma que "nuestro tiempo, pues, vendrá caracterizado por esa decisiva influencia que la Administración ha alcanzado en el campo económico" (p. 476).

³Y con ello un incremento de lo que eran considerados tradicionalmente fines de la Administración. La cita corresponde a JORDANA DE POZAS, L., *El problema de los fines de la Administración*, RAP nº 4, 1951, p. 15. Entre otros puede consultarse también GASCÓN HERNÁNDEZ, J.: *Los fines de la Administración*, en la misma revista, nº 11, 1953, pp. 33 y ss.

"mayor extensión del Derecho público"⁴. Ciertamente, la posguerra europea ha sido testigo del vertiginoso incremento de las responsabilidades públicas en la vida económica, que ha experimentado, con ello, un proceso de "publicación" sin parangón. El Estado ahora interviene, regula, fomenta, orienta la iniciativa económica de los particulares, desarrolla su propia actividad empresarial, planifica una y otra... La irrupción del Estado en la economía, sin menoscabar el Estado de Derecho, fuerza aquella expansión del Derecho público de que hablaba el profesor BALLBÉ. Es por lo que, hace ya cuatro décadas, FRANCHINI situaba entre las principales preocupaciones del jurista, que debía emplearse para encontrar una solución apropiada, la búsqueda de la mejor fórmula en lo que concierne a las intervenciones del Estado en materia económica⁵.

Si se ha dicho, con carácter general, y pienso que con razón, que la discrecionalidad de la Administración, su adecuado control para impedir que aquélla degenera en arbitrariedad, se ha erigido en "el tema central del Derecho Público"⁶, bien podría afirmarse que lo es particularmente -de la misma opinión

⁴Vid. BALLBÉ PRUNÉS, M., *La proyección del Derecho en la Administración económica*, cit., p. 17.

⁵FRANCHINI, F., *Aspects juridiques de l'intervention de l'État dans l'organisation économique italienne*, RDPSP n° 73-I, 1957, p. 239.

⁶Así lo ha calificada FERNÁNDEZ RODRÍQUEZ, T. R., **De la arbitrariedad de la Administración**, Cívitas, Madrid, 1994, p. 17 (Agrupa aquí cuatro artículos publicados con anterioridad, que omitimos detallar).

GARCÍA DE ENTERRÍA ha escrito recientemente: "hay quien piensa, lisa y llanamente, que ese es justamente el tema central del Derecho Administrativo. El gran iuspublicista americano Bernard Schwartz lo expresaba crudamente así: verdaderamente ¿de que trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad?". Vid. **Democracia, jueces y control de la Administración**, Cívitas, Madrid, 1995, p. 23. Al insigne profesor debemos importantes aportaciones doctrinales sobre el control de la discrecionalidad de la Administración, tras el importante viraje que supuso la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956; particularmente en *La lucha contra las*

es GIMENO FELIÚ- en su vertiente de Derecho Económico⁷. Nos enfrentamos, como bien ha escrito MARTÍN-RETORTILLO, ante un auténtico reducto en buena parte "exento a cualquier tipo de verificación jurídica"⁸, abandonado a la discrecionalidad administrativa, y por ello fiscalizable con dificultad. La juridificación de la intervención pública en la vida económica, su sometimiento al ordenamiento jurídico, es un proceso aún completar⁹. Y es que una cosa es el plus de discrecionalidad que necesariamente ha de caracterizar tal intervencionismo y otra es que ésta pretenda instalarse extramuros de lo jurídico.

inmunidades del poder en el Derecho Administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos, RAP, nº 38, 1962, pp. 159 y ss.

Que hoy es tema de espectacular actualidad lo demuestra las atenciones, no exentas de polémica, que por él demuestra nuestra doctrina. Merece ser destacado el enfrentamiento entre los profesores Tomás Ramón FERNANDEZ RODRÍGUEZ por una parte, y PAREJO ALFONSO (en trabajos que se citarán *infra*) y SÁNCHEZ MORÓN (**Discrecionalidad administrativa y control judicial**, Tecnos, Madrid, 1994) por otra, en la que ha terciado, desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho, el profesor ATIENZA (*Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, REDA, nº 85, 1995, p. 5), amén del trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, posterior a éstos. Las citas podrían multiplicarse. Merece ser destacado el reciente libro de BELTRÁN DE FELIPE, M., **Discrecionalidad administrativa y Constitución**, Tecnos, Madrid, 1995, al que también haremos referencias.

⁷GIMENO FELIÚ, J. M., *Legalidad, transparencia, control...* cit., p. 182. En esta línea, llama la atención MEGRET de que "pocos ámbitos hay donde el intervencionismo del Estado introduce un riesgo, una potencialidad de arbitrariedad tan grande como en el sector económico". Tomo la cita de FERNÁNDEZ FARRERES, G.: **La subvención...**, cit., p. 578.

⁸MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., **Derecho Administrativo Económico I**, cit., p. 61. Del mismo autor, en el mismo sentido, *Las nuevas perspectivas de Administración económica*, cit., p. 44.

⁹Vid. el extenso y valioso trabajo del profesor NIETO GARCIA, A., *La Administración sirve con objetividad los intereses generales*, en **Libro homenaje al profesor García de Enterría**, vol. III, p. 2185, en el que pone el acento en el concepto de "interés general" como habilitante y límite de la intervención pública, concepto que adquiere ahora contornos jurídicos. Concluye: "una vez que se ha juridificado (y constitucionalizado) los intereses generales, compete a la ciencia del Derecho perfilar las técnicas procesales y materiales de control. Una tarea en la que se ha avanzado mucho, desde luego, pero en la que *queda aún casi todo por hacer*. El

En estas líneas, el "*genio expansivo del Estado de Derecho*"¹⁰, del que se ha hecho eco nuestra jurisprudencia, "ha dado lugar -en palabras de nuestro Alto Tribunal- al alumbramiento de un conjunto de técnicas que permiten que el control jurisdiccional de la Administración, tan ampliamente dibujado en el artículo 106.1 de la Constitución, se extienda a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas..."¹¹, también, por lo que aquí nos interesa, pese a una enconada resistencia, al **control de las facultades interventoras en el ámbito económico**¹².

Esta enconada resistencia al control judicial de las facultades públicas en lo económico deriva de la visión, mantenida por una parte importante de nuestra doctrina, de que estamos ante una cuestión eminentemente política -de política económica si se prefiere- cuya valoración no compete, por tanto, a los jueces.

panorama actual sigue siendo extraordinariamente confuso y repleto de incertidumbre, como corresponde a un proceso fundamentalmente jurisprudencial" (p. 2252).

¹⁰A él se refería hace tres décadas MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. en su trabajo *El genio expansivo del Estado de Derecho (el principio de igualdad de oportunidades como inspirador de la asistencia oficial docente)*, **RAP**, nº 47, 1965, p. 183.

¹¹Sentencia del T.S. de 17 de junio de 1989 (Ar. 4730), ponente Javier Delgado Barrio, F.J. 3.

¹²Lamentándose de la actitud tradicional de nuestros Tribunales ha dicho FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. que "el de las intervenciones y regulaciones de la economía es otro de los campos habituales en los que la jurisprudencia ha venido limitando habitualmente sus poderes de revisión a la simple verificación de la regularidad externa o formal de las decisiones administrativas, por entender que de otro modo invadiría competencias que privativamente corresponden a la Administración". Vid. *Arbitrariedad y discrecionalidad*, en **Homenaje al profesor García de Enterría**, vol. III, p. 2284; igualmente en **De la arbitrariedad...** cit., p. 61.

Ciertamente, como ha escrito PAREJO ALFONSO, uno de los principales valedores de esta postura, "la Administración debe considerarse no solo habilitada sino incluso vocada y llamada para contar con un ámbito sustantivo propio de decisión, justamente por ser la pieza del poder público más idónea para ello en atención a la complejidad y variabilidad de las situaciones precisadas de regulación/resolución estatal". También es cierto que "es en el mundo de la Administración prestacional (económica) en el que se manifiesta con mayor intensidad la presión hacia el reconocimiento y la articulación en favor de la Administración de ese espacio propio"¹³. Pero cosa muy distinta es conceptuar estas actuaciones públicas como inmunes al control judicial, como exentas de "cualquier tipo de verificación jurídica", como denunciaba MARTÍN-RETORTILLO, cual si se tratase de los tradicionalmente denominados "actos políticos", que la Ley de la Jurisdicción excluía del control judicial. En aquella línea, puede leerse en un trabajo reciente, en relación a la actividad económica local: "parece al menos discutible que sean los tribunales contencioso-administrativos los que juzguen la conveniencia y oportunidad de las iniciativas económicas que llevan a cabo los municipios, *pues se trata de decisiones que se encuentran en el ámbito de lo político*"¹⁴.

No cabe duda que nos enfrentamos a una cuestión espinosa como pocas, como prueban las divergentes posturas mantenidas al respecto. Entiendo que, efectivamente, en materia de intervención económica, con los parámetros constitucionales, la Administración goza de una libertad mayor que en otros

¹³PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación...* cit., p. 62.

¹⁴FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., *La intervención de los municipios en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*, Cívitas-Ayuntamiento de Gijón, Madrid, 1995, p. 32.

ámbitos de actuación¹⁵. Bien puede hablarse de la concesión de una potestad discrecional en esta materia, que deja en manos de la Administración la determinación de cuál resulta la mejor manera de atender en cada caso el interés general, ineludible fin de toda la actividad administrativa. Ello implica, en último término, la aceptación de elementos de valoración política, aunque algunos insistan a otorgar a aquella facultad decisoria sobre el interés público un alcance exclusivamente jurídico¹⁶. Late aquí en el fondo la consideración del interés general o público como un "concepto jurídico indeterminado"¹⁷, lo que conllevaría, en la dogmática jurídica más generalizada, la aceptación de una única solución justa.

FERNÁNDEZ FARRERES, después de un riguroso análisis, precisa que "en el terreno de los hechos parece quebrar, pues, la identificación del concepto jurídico indeterminado con el criterio de unidad de solución justa, máxime cuando la compleja realidad exige enfrentarse a una valoración entre

¹⁵WEIL, P. dice que "esta libertad es particularmente amplia en materia económica, donde la ley suele dejar a la Administración plena libertad para elegir las medidas a tomar". Vid. **Derecho Administrativo**, Trad. de Luis Rodríguez Zúñiga, Cívitas, Madrid, 1994, p. 143.

¹⁶Dice SÁINZ MORENO, F.: "La noción de interés público es, pues, un concepto jurídico; no sólo cuando la Ley lo utiliza expresamente, sino también cuando la Ley configura un actividad como discrecional encomendando a la Administración, implícitamente, la misión de apreciar lo que conviene al interés público. Se trata, en ambos casos, de interpretar jurídicamente lo que esa noción significa, fundando la decisión que se tome en criterios jurídicos, no políticos." Vid. *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, **REDA**, nº 8, 1976, p. 75.

¹⁷Por reciente, puede consultarse el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA (a quien debemos la incorporación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados a nuestra literatura jurídica, y a nuestra jurisprudencia, a raíz de su trabajo cit. *La lucha contra las inmunidades...*): *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, **REDA**, nº 89, 1996, p. 69.

diversos intereses todos ellos, en principio, legítimos"¹⁸. Concluye más adelante, al plantearse la operatividad del concepto de interés público, que la valoración de lo que resulta a éste más conveniente en cada caso concreto "no puede ser resultado *exclusivo* de un criterio político de decisión, sino precisamente, fruto de un criterio jurídico"; y aquí su discurso -hasta entonces intachable a mi juicio- no resulta del todo coherente por cuanto acaba vaciando de contenido político la determinación del concreto interés público, vedando las valoraciones de oportunidad. De esta manera termina sosteniendo que "no parece razonable seguir manteniendo la distinción entre control de legalidad y control de oportunidad, dado que éste, desde la perspectiva indicada, también es un control de legalidad"¹⁹. Con el loable deseo de juridificar la actividad pública, en concreto la subvencional -a lo que ha contribuido sobremanera-, el profesor FERNÁNDEZ FARRERES llega en la práctica a negar a la Administración el margen de apreciación que ésta detenta, dentro de la legalidad, para atender al interés público, y con ello priva a la discrecionalidad de su misma esencia²⁰.

Combate esta consideración del interés general BELTRAN DE FELIPE, op. cit. pp. 249 s ss.

¹⁸Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., **La subvención...** cit., p. 640. En el mismo sentido se han manifestado otros autores. Vid. particularmente, MOZO SEOANE, A., **La discrecionalidad...** cit.; para quien la variedad de conceptos incorporados por las normas no facilita precisamente cualquier intento de clarificación con pretensiones de validez universal" (p. 253).

¹⁹Ibid. p. 645. En el mismo sentido se ha manifestado el profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, para quien "el dilema entre legalidad y oportunidad es un sofisma puro y simple", en **De la arbitrariedad...** cit., p. 91.

²⁰Tan legal es, de entrada, subvencionar el cine español como dejar de hacerlo, condicionar o no la concesión de una ayuda a la retirada de tierras, o destinar una zona urbana a edificación o a zona de recreo. En la decisión que se adopte pesarán valoraciones de oportunidad, remitidas al dictamen político, sin perjuicio de que criterios jurídicos limiten aquella discrecionalidad.

Admitir ese margen de libre apreciación remitido al dictamen político "no implica -como bien dirá BELTRÁN- negar la pertenencia de la discrecionalidad al mundo del Derecho -como opuesto al de la política-, y mucho menos afirmar su inclusión absoluta en la política (o en la teoría de los actos políticos o de gobierno). Todo lo contrario, la discrecionalidad surge del Derecho y es controlada por el Derecho y, por consiguiente no es ajena a lo jurídico. Sencillamente los criterios en virtud de los cuales la Administración la utiliza *no son sólo jurídicos*"²¹. Compartiendo este juicio y apartándome, por tanto, de la apreciación del profesor SÁINZ MORENO de que "la discrecionalidad pura sólo existe cuando el criterio de decisión deja de ser jurídico para convertirse en político"²² entiendo que en los actos discrecionales hay un núcleo de decisión política, de oportunidad -al movernos entre indiferentes jurídicos, igualmente legales-, y junto a éste, sin poder desconocerlos, elementos jurídicos -en forma si se quiere de principios-, mensurables y fiscalizables, cuyo respeto hace legítima la decisión, elementos que se integran sin hacer violencia en el impreciso concepto de interés general²³. Es decir, junto al elemento político de decisión se sitúan principios jurídicos que limitan aquella básica discrecionalidad.

Precisamente por ello, y sólo en esa medida, resulta fiscalizable el acto discrecional. Ciertamente el interés público no impone soluciones unívocas; por

²¹BELTRÁN DE FELIPE, M., op. cit., pp. 47-48.

²²SÁINZ MORENO, F., **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**, Cívitas, Madrid, 1976, p. 307.

²³GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A. entiende que el interés público puede estar determinado de manera precisa o imprecisa; "cuando la determinación del interés público es imprecisa (lo que resulta habitual particularmente en materia de intervención económica) no encontramos con

ello las facultades de los Tribunales son limitadas (WEIL llega a decir que "el control del juez es entonces muy reducido"²⁴). En definitiva, al limitarse la fiscalización a aquellos "ingredientes" jurídicos del acto, aquél únicamente controla, con criterios también jurídicos "si se ha obrado conforme al interés público y nunca si *ese* interés público es el más oportuno"²⁵.

Conforme a estos parámetros han de interpretarse las posibilidades de control de la intervención pública en la economía, en todas sus vertientes. ALONSO UREBA, sin dejar de reconocer el componente político en las decisiones que el poder público adopte al respecto, pone el acento en que la obligación de servir "con objetividad los intereses generales" (artículo 103) "juega incluso en las potestades discrecionales más amplias, como de hecho lo es la de libre iniciativa económica"²⁶, de tal manera que, en concreto la actividad empresarial pública no constituye "una decisión política no controlable judicialmente", aunque reconoce -como ya hicimos nosotros- la dificultad que tal control entraña por el carácter de concepto jurídico indeterminado del interés público²⁷. Igualmente, por lo que se refiere a la reserva al sector público de

una actuación discrecional". Vid. **Tratado de Derecho Administrativo**, vol. I, Revista de Derecho Privado, 3ª ed., Madrid, 1974, p. 419.

²⁴Op. cit., p. 143.

²⁵Tomo estas palabras de MOZO SEAONE, A., op. cit., p. 346.

²⁶ALONSO UREBA, A., **La empresa pública...** cit., p. 138.

²⁷Ibid., p. 139.

recursos o servicios esenciales, y de intervención de empresas, la Ley que lo acuerde "podrá ser objeto de control judicial"²⁸.

En esta línea argumental, dentro de la intervención económica, no cabe duda de que uno de los instrumentos sobre los cuales pesa aún una nada deseable "inercia resistente a la plena penetración del Estado de Derecho"²⁹ es la actividad dispensadora de ayudas, producto de la actividad financiera del Estado, que por virtud de su consideración como decisión de naturaleza eminentemente política, ha constituido un terreno dejado -como pocos- al albur de una incontrolable voluntad del gobernante. Ciertamente, no puede discutirse que la facultad de auxilio, de dirección económica mediante la prestación de ayudas públicas, se configura como una potestad básicamente discrecional³⁰, lo cual no quiere decir, como quedó explicitado, que permanezca ajena a verificación jurídica.

²⁸En este caso ante el Tribunal Constitucional. También hemos expuesto en otro momento las dificultades para un control de este tipo, posibilidad ésta ante la cual el profesor ARIÑO se muestra extraordinariamente excéptico (Vid. *Servicio público y libertades públicas...* cit., p. 1317). Pero no cabe duda que tal control es, en buena teoría, posible, en el caso de que el legislador malinterprete la esencialidad del servicio -condición para la *publicatio*- o la necesidad para el interés general de la intervención de la empresa.

²⁹Como ha escrito el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en *Subvenciones e igualdad*, cit., p. 119.

³⁰Sobre ello ha dicho ESCRIBANO LÓPEZ, F. que "es necesario no olvidar la importancia de las facultades discrecionales que hacen de la Administración el sujeto titular de las decisiones a un cierto nivel, así como la fijación de las particularidades de los objetivos que se han de llevar a cabo, sin olvidar la decisiva importancia que tiene la misma en relación con la decisión sobre los elementos a emplear y sus modalidades". **Presupuesto del Estado y Constitución**, IEF, Madrid, 1981, p. 221.

Somos conscientes de pisar terreno común con el Derecho Financiero³¹ (bien entendido que estamos ante disciplinas integradas en el Derecho Público, que en ambos casos pretenden la ordenación a Derecho de la actuación de los poderes públicos). Es precisamente uno de sus estudiosos quien ha escrito: "es paradójico constatar cómo el Derecho Financiero, que se ha configurado sobre la base de reducir a cauces jurídicos un fenómeno de naturaleza política como es la actividad financiera, se ha tenido respetuosamente ante la naturaleza política de lo que no es sino una parte de esa misma actividad funcionalizada, indisolublemente unida a la de obtención de recursos y ha pretendido excluir el tratamiento científico del gasto público bajo el pretexto de la naturaleza política del fenómeno"³². Núcleo esencialmente político que resulta incuestionable³³ si se tiene en cuenta, por otra parte, el hecho de la aprobación

³¹Como ha puesto de manifiesto PASCUAL GARCÍA, J., en relación a la subvención, ésta "viene definida por unas notas cuyo estudio compete al Derecho Financiero y por otras que se encuadran en el Derecho Administrativo. Las subvenciones públicas constituyen, al propio tiempo, una actividad administrativa y una modalidad de gasto público. Vid. **Régimen jurídico de las subvenciones...** cit., p. 25. Ha de apreciarse, no obstante, que forman parte las ayudas de la actividad "financiera" "financiadora" del Estado, y que interesan al Derecho Administrativo sobre todo en este segundo aspecto y al Derecho Financiero y Tributario en el primero.

³²BAYONA DE PEROGORDO, J. J., **El derecho de los gastos públicos**, IEF, Madrid, 1991, p. 12. En la misma línea vid. ORÓN MORATAL, G., **La configuración constitucional del gasto público**, Tecnos, Madrid, 1995, que se refiere a las decisiones del gasto público como "frecuentemente abandonadas por el jurista so pretexto de constituir una auténtica manifestación política" (p. 15).

³³Dice CAZORLA PRIETO, L. M.: "La decisión acerca de los fines a los que se ha de entregar el gasto público es eminentemente política. De ello no cabe duda". Vid, su comentario al artículo 31 de la Constitución, en **Comentarios a la Constitución Española**, dir. GARRIDO FALLA, cit., p. 658.

Da la impresión de que disiente el profesor ORÓN MORATAL de la naturaleza política de la decisión de gasto (op. cit., p. 16). Por nuestra parte entendemos que su carácter esencialmente político no convierte las decisiones de gasto en reducto incontrolable, exento de vinculación a criterios de justicia -que le vienen impuestos constitucionalmente como pronto veremos- e infiscalizable. Es decir hacer incompatible el carácter político de una cuestión y la jurificación del mismo sería tanto como renunciar al Estado de Derecho.

parlamentaria, política, de los Presupuestos, que constituyen "una previsión resumida de la actividad administrativa general"³⁴, de tal manera que cada programa de la Administración debe encontrar su reflejo o su respaldo en el mismo. Carácter político de las decisiones de gasto reconocido sin restricción por nuestro Tribunal Constitucional, que habla sin reparos de "la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública"³⁵.

No obstante lo cual -hemos llamado ya la atención sobre ello- la naturaleza esencialmente política de las decisiones de gasto no deben obstar su reconducción a cauces jurídicos, su sometimiento a principios o criterios de justicia material, ahora apuntados a nivel constitucional, en el artículo 31.2, al disponer que "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderá a criterios de eficiencia y economía".

Si algunos artibuyen un mero contenido programático al precepto citado³⁶, y otros llaman la atención sobre las dificultades con que tropieza la aplicación de tales criterios materiales en el marco de la fiscalización constitucional por vía de recurso de inconstitucionalidad -lo cual resulta indudable en el estadio actual-, de tal manera que su efectividad quedaría

³⁴ESCRIBANO LÓPEZ, F., op. cit., p. 221.

³⁵Sentencia 13/1992, de 6 de febrero, (F.J. 2º).

³⁶Así ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C. a quien cita y con quien disiente BAYONA DE PEROGORDO, J.J., op. cit., p. 157.

reducida a la eliminación de las normas claramente arbitrarias o irracionales³⁷, se considera desde una parte de la doctrina -y veo imprescindible avanzar en este camino- que el artículo 31.2 apunta "un proceso teórico de traslación desde el principio de legalidad hacia otro de **legitimidad**, aunque éste lógicamente suponga aquél (...) Porque en última instancia lo que se está dilucidando no es ya un problema de legalidad sino de **justicia en el gasto**. Justicia que no puede dejarse el socaire de voluntades políticas coyunturales sino que han de ser formuladas como horizonte más o menos utópico de de los derechos de la comunidad"³⁸. La pérdida de centralidad de la legalidad en materia de gasto -en general de intervención económica- la pone de manifiesto el mismo autor cuando afirma que la siempre creciente intervención del Estado en la vida económica y el carácter coyuntural, a veces, del intervencionismo estatal determina que sea imposible la reasunción de toda la actividad de la Administración en el Presupuesto y adquieren contemporáneamente mayor importancia los planes y la programación económica³⁹. Es buena prueba de ello la actividad de

³⁷PÉREZ ROYO, F., *La financiación de los servicios públicos. Principios constitucionales sobre el gasto público*, en vol. col. **Gobierno y Administración en la Constitución**, vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, IEF, Madrid, 1988. Como ocurría en el caso "por ejemplo -dice- de una norma que subordinara la concesión de becas o ayudas económicas a situaciones o requisitos extravagantes, no racionales o vinculadas a fines impropios de la acción del Estado (p. 139).

ZORNOSA PÉREZ, J. J., aunque es refiere también a tales dificultades para la aplicación del principio de justicia en el gasto en el marco del recurso de inconstitucionalidad -invocando el juicio del profesor PÉREZ ROYO- concluye que "una vez adoptado el compromiso de financiación por parte del Estado, a través de la consignación de las correspondientes partidas en los Presupuestos, resulta perfectamente posible el control sobre la justicia en la distribución de los gastos"; vid. *El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales*, HPE, nº 113, 1988, p. 53,

³⁸Son palabras de ESCRIBANO LÓPEZ, F., op. cit., p. 325. En este sentido ZORNOSA reclama también "una jurificación de las decisiones relativas al concreto destino del gasto, una juridificación de lo que tradicionalmente ha sido considerado el ámbito de lo político de la que se deriva una mayor garantía para los derecho fundamentales sociales" (op. cit. p. 54).

dispensación de ayudas, cuya cobertura legal se reduce en muchos casos (más adelante nos ocuparemos de esta cuestión) a la autorización en los presupuestos de la disposición de fondos.

Urge, por tanto, juridificar desde un punto vista material el tratamiento del gasto público, por encima de consideraciones formales sobre procedimiento presupuestario, vigencia del principio de legalidad, etc., ya debatidas sobremanera por juristas e incluso atendidas legislativamente⁴⁰.

Juridificación, sometimiento a principios de justicia material, que se presentan como una necesidad ineludible en la actividad de dispensación de ayudas públicas, capítulo nada desdeñable del gasto público. Amén de la referencia constitucional del artículo 31 y en parte como desarrollo de éste, se echan en falta criterios materiales en la normativa sobre ayudas públicas contenida hoy en la Ley General Presupuestaria, criterios que sin embargo habían sido esbozados en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 (artículos 23 a 29). La fijación por vía legal de tales principios materiales compensaría, de cara al control de la Administración, la no siempre necesaria habilitación legal previa -según apuntaremos, para la prestación de ayudas

³⁹Ibid. pp. 221 y 222.

⁴⁰ORÓN MORATAL, G. manifiesta su queja ante "la atención preponderante de los procedimientos presupuestarios, tanto de la elaboración del presupuesto, como de la ejecución del gasto público, del principio de legalidad, de las funciones de control interno y externo y, sobre todo, auténtico escenario dialéctico de los juristas ha sido el de los efectos del presupuesto respecto de los ingresos y de los gastos"; mientras que, por otra parte "han sido escasas las ocasiones en que se ha planteado la legitimidad de determinados gastos o la vinculación jurídica de los poderes públicos a atender ciertas necesidades o atenderlas de un modo determinado"; op. cit., pp. 16 y 17.

públicas⁴¹, y rediriría en buena parte el ámbito de discrecionalidad de los poderes públicos en su dispensación. "Se trata -como bien ha escrito LAGUNA- de dejar extramuros de lo jurídico estrictamente aquello que pertenezca al nivel de decisión política"⁴².

Por todo ello analizaremos en primer los principios sustantivos o materiales y sólo después nos detendremos en el análisis de los principios jurídico-formales, aunque resulta obvio advertir que no pueden entenderse tales principios como compartimentos estancos. Ha de advertirse que es el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ quien inauguró este tratamiento, a quien luego seguirían otros autores⁴³.

II. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS O MATERIALES

Si el profesor SANTAMARÍA PASTOR llamaba la atención en 1973 sobre el recelo de la justicia administrativa a enjuiciar a la Administración por temor a "convertirse en pseudopolítico o pseudoadministrador"⁴⁴ -por cuanto el juzgador ha de asumir y expresar valoraciones de política jurídica, no meros

⁴¹Sobre ello vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., **La subvención...** cit., p. 547.

⁴²LAGUNA DE PAZ, J. C., **Las empresas públicas...** cit., p. 180.

⁴³LAGUNA DE PAZ, J. C. , *ibidem.*, p. 182, que cita en este punto a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ.

razonamientos técnicos- es cierto también que, poco a poco, nuestros tribunales contencioso-administrativos, aún con paso incierto, no se limitan en el control de las actuaciones administrativas -pensamos ahora particularmente en las adoptadas en base a potestades discrecionales- a un mero juicio de legalidad estricta -en el sentido de norma escrita-, a una comprobación de los hechos determinantes o a un control mediante la técnica de la desviación de poder, sino que enjuician aquéllas desde la observancia de los principios generales del Derecho o de los principios constitucionales contemplados en abstracto⁴⁵. No es baladí aquí recordar cómo la Exposición de Motivos de la LJCA de 1956, a propósito de los fundamentos jurídicos que pueden llevar a la estimación o desestimación de las pretensiones deducidas contra el actoa administrativo afirma que la conformidad o disconformidad de un acto con el derecho no se refiere sólo al derecho escrito sino al Derecho en general, es decir "*al ordenamiento jurídico, por entender que reconducirlas simplemente a las leyes equivale a incirrir en un positivismo superado, y olvidar que lo jurídico no se encierra o circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones*"⁴⁶.

⁴⁴SANTAMARÍA PASTOR, L.A., *Tributación, régimen foral e igualdad ante la Ley: en torno a la sentencia de 17 de febrero de 1972*, **RAP**, nº 70, 1973, p. 187. Repara también en ello FERNÁNDEZ FARRERES, y cita en su apoyo al profesor SANTAMARÍA.

⁴⁵No es el momento de detenernos en la conceptualización de los principios generales del Derecho y de su plasmación en nuestra Norma Suprema, que les otorgan, en ese caso rango constitucional. Es claro, no obstante, que resulta una simpleza identificar unos y otros.

⁴⁶Sobre ello vid. las magistrales apreciaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA en **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho**, Cívitas, Madrid, 1984. Igualmente CASSAGNE, J.C., **Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; y DELGADO BARRIO, J., *Reflexiones sobre el artículo 103.1 CE: el control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho*, en **Homenaje al profesor García de Enterría**, p. 2311, particularmente, p. 2315.

Prueba del eco jurisprudencial de este avance es el siguiente razonamiento de la STS de 27 de junio de 1989 (ponente Javier Delgado Barrio, Ar. 4730):

"Los principios generales del Derecho -artículo 1.4 del Título Preliminar del CC- informan todo el ordenamiento jurídico y por tanto también la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde se deriva que la actuación de ésta ha de ajustarse a las exigencias de tales principios (...)

Y más concretamente habrán de tenerse en cuenta las consecuencias que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -artículo 9.3 de la CE- que en lo que ahora importa, aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y no se convierta ésta en fuente de decisiones que no resulten justificadas"⁴⁷.

La sentencia del TS de 30 de abril de 1988, en esta línea, advierte que el artículo 103.1 "impone a la Administración el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho: no sólo a la Ley, sino también a algo distinto a la Ley y que es el Derecho, término éste en el contraposición mencionada ha de entenderse como equivalente a los principios generales del Derecho". En otros lugares nuestro Alto Tribunal se refiere a tales principios como "la atmósfera en que vivimos jurídicamente" (v. gr. STS de 3 de abril de 1992, Ar. 3332, F.J. 4º).

⁴⁷Pronunciamentos como éste han permitido al profesor ESCRIBANO COLLADO, P. afirmar que "a finales de los años 90 se aprecia un cambio sustancial en la jurisprudencia del TS en relación con el control del ejercicio de la potestad discrecional. En primer lugar se constata un cambio de actitud en nuestra jurisdicción contencioso-administrativa, que considera como supuesto normal la posibilidad de controlar el ejercicio concreto que en cada caso efectúa la Administración de sus poderes discrecionales. Vid. *Técnicas de control judicial de la actividad administrativa*, en **La justicia administrativa en el derecho comparado**, coord. BARNÉS VAZQUEZ, J., Cívitas-Junta de Andalucía, Madrid, 1993, p. 371.

Ciertamente, como ya se ha apuntado, aún debe avanzarse en este camino. Ha de advertirse que la materia urbanística, caracterizada por una importante discrecionalidad se ha erigido en el estilete en este proceso de control de las potestades administrativas⁴⁸.

En realidad, lo que pretendemos aquí no es sino plasmar la deseable aplicabilidad de estos principios jurídicos a la actividad pública de dispensación de ayudas.

A. Principio de legitimación o justificación suficiente en el interés público

Cuando la Constitución, en su artículo 103.2, proclama que "la Administración sirve con objetividad los intereses generales", y cuando en el artículo 106.1 confía a los Tribunales el control del sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican, está imponiendo a la actuación pública, con carácter general, una justificación en el interés general para todas sus actuaciones, también de las de contenido económico⁴⁹. Nadie lo pone en duda

⁴⁸Vid. sobre ello, DELGADO BARRIO, J., **El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico**, Cívitas, Madrid, 1993.

⁴⁹Vid. ahora ORTIZ ARCE, A: "los poderes públicos pueden convertirse así en protagonistas de la vida económica en competencia con los particulares, a condición de que en su ámbito consideren la existencia de una *razón de interés público que legitimen* si intervención directa en la economía; *El principio de igualdad en Derecho económico*, cit., p. 112.

razonablemente. Así lo expresa la tan citada sentencia del TS de 10 de octubre de 1989:

"todas las actuaciones de los órganos de la Administración Pública deben responder al interés público que en cada caso y necesariamente siempre ha de concurrir, tanto si se trata de actos de autoridad, como de actuaciones empresariales (...) lo cual no es compatible con actuaciones empresariales públicas carentes de justificación" (F.J. 3º).

Se hace también, en este pronunciamiento, una llamada al artículo 31.2 de la Constitución. Este precepto, interpretado sistemáticamente en el conjunto del texto constitucional otorga bases suficientes para plantearse la legitimidad de las decisiones de gasto público, y entre ellas de las de dispensación de ayudas, y por tanto, para fundamentar su enjuiciamiento y fiscalización.

De entrada, quedan deslegitimadas las actuaciones auxiliadoras que obedezcan a una pura liberalidad, como ha puesto de manifiesto una autorizada doctrina⁵⁰, con el respaldo normativo del artículo 27 del RSCL⁵¹ y la

⁵⁰MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *La actividad administrativa dispensadora...* cit., p. 762, y FERNÁNDEZ FARRERES, G., quien hace unas interesantes reflexiones sobre la distinción entre gratuidad y liberalidad, de resultas de las cuales concluye que "puede afirmarse ya que la subvención, a diferencia de la donación, incluso acompañada de una carga modal, no es, ni puede ser en ningún caso, una atribución patrimonial cuya causa radique en la liberalidad, en el *animus liberalitatis*, de la Administración pública otrogante", vid. **La subvención...** cit, p. 348.

⁵¹"Serán nulos los acuerdos de subvenciones que obedezcan a la mera liberalidad"

confirmación jurisprudencial que aporta la importante sentencia de 27 de mayo de 1977⁵².

Aunque en rigor la observancia de todos los principios que hemos llamado sustantivos o materiales sirven para legitimar las decisiones de gasto, entendemos diferenciables dos de ellos en cuanto apuntan directamente a la causa o al fin de la intervención y ponderan el interés público que justifica la misma: la subsidiariedad, que indica la idea de necesidad en la intervención, y la proporcionalidad, que obliga a contrapesar en cada caso el interés público perseguido y la intensidad en la actuación pública, en aras de la armonía entre los medios utilizados y la finalidad preseguida.

1. Principio de subsidiariedad. Una polémica servida

La subsidiariedad significa, en un sentido amplio, que "el poder público habrá de intervenir cuando la acción del individuo y de la sociedad resulten insuficientes"⁵³. Aplicado a las ayudas públicas supone que ésta está justificada sólo cuando resulte necesaria, es decir cuando se haga imprescindible

⁵²"Esta técnica (...) viene a utilizar dinero a extraer del Erario público, esto es perteneciente a la comunidad, por proceder de ella, lo cual es bastante para descartar la idea de un manejo de estos fondos con ánimo de liberalidad, impensable en el ámbito de la Administración, por contrario a sus fines y a sus orígenes, al menos en actos de liberalidad pura...".

⁵³Son palabras de BARNÉS VÁZQUEZ, J., *El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas*, en **La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los Estados miembros**, coord. por el propio BARNÉS, Cívitas, Madrid, 1993, p. 513.

la intervención auxiliadora para atender un concreto interés público; en caso contrario debe declinar por carente de legitimación.

El planteamiento teórico me parece intachable en cuanto trasunto o consecuencia de una interpretación correcta de lo que constituye *el cometido propio del Estado*: "la primera de las actividades integrantes del cometido propio del Estado es el establecimiento de unas leyes que regulen la convivencia para que ésta sirva al bien común sin impedir o anular la iniciativa privada (...). Cuando (el Estado) *innecesariamente* multiplica sus providencias suplantando, no ya supliendo, a la iniciativa privada, no sólo atenda los derechos de ella, sino que él mismo viene a recargarse con un gigantesco cúmulo de deberes y actividades que le impiden prestar la necesaria atención a su más propio y específico cometido"⁵⁴.

⁵⁴Nótese que traemos aquí la cita, no de un jurista, sino de un filósofo, MILLÁN PUELLES, A., en **De economía y libertad**, Universidad de Piura, Perú, 1985, pp. 140-142 (del mismo autor, en este sentido, **Economía y libertad**, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1974, pp. 416 y ss.)

Y es que la función que al Estado corresponde en la vida social, particularmente en sus relaciones con el individuo, no es cuestión de puro pragmatismo, ni se circunscribe al ámbito de "lo jurídico". Malentender el papel del Estado, no comprender su función "a remolque" de la libertad individual, o auspiciadora de la misma, equivale a desvirtuar la razón de ser del mismo Estado. De esta manera continuaba su reflexión el filósofo citado: "Así es como surge el 'estatismo', que desvirtúa el Estado, sacándole de sus quicios naturales y atribuyendo al gobernante unos poderes prácticamente absolutos y formalmente tiránicos, ya que no permiten frente a ellos la efectiva existencia de de algún tipo de poder compensador".

Quicios naturales, inherentes, por tanto, al Estado. Hasta tal punto que CASSAGNE, J. C., uno de los más insignes representantes de la actual doctrina administrativista argentina, califica el principio de subsidiaridad como "propio del derecho natural". Vid. **Derecho Administrativo**, vol. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 62, o **La intervención administrativa**, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 22. Vid. también, en nuestra doctrina, las consideraciones que hace ARIÑO en **Economía y Estado**, cit., pp. 66 y ss.

Pienso, pues, que bien puede hablarse de un "perjuicio para la admisión" del principio de subsidiariedad⁵⁵ -para la doctrina mayoritaria ha quedado eliminado de nuestro ordenamiento-, como directriz y límite de la intervención administrativa en la vida social, y en particular en la economía. Escribió SANCHEZ AGESTA que "una de las consecuencias más importantes del principio de subsidiariedad (es) la coordinación de la actividad económica individual y la acción del poder público en el ámbito económico"⁵⁶.

Lo que ocurre es que esa subsidiariedad plantea no pocos problemas para su virtualidad en la práctica a la hora de aplicarlo a las distintas esferas o modalidades de intervención pública⁵⁷. Si, frente a la tendencia centralista que desencadenó en Francia, y en general en Europa, la reforma napoleónica⁵⁸, el principio de subsidiariedad parece presidir hoy las relaciones entre los distintos poderes territoriales, de tal manera que la organización superior asuma únicamente los poderes que no podría desempeñar satisfactoriamente la inferior (es esta línea la noción de subsidiariedad inspira hoy la distribución de

⁵⁵LAGUNA DE PAZ, J. C., **Las empresas públicas...** cit., p. 183. También MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., habla de "arraigados prejuicios de motivación más bien superficial"; vid. *Prólogo* al libro de RODRÍGUEZ CHIRILLO, E. J., **Privatización de la empresa pública y post privatización. Análisis jurídico**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 13.

⁵⁶SÁNCHEZ AGESTA, L., *El principio de función subsidiaria*, **REP**, nº 121, 1962, p. 12.

⁵⁷Lo cual no puede hacernos perder de vista, como advierte CASSAGNE, que "esa variedad de formas no comporta desconocer la unidad teleológica que debe presidir el núcleo de la actividad del Estado en la realización de su causa final (bien común) que se alcanza de un modo mediato o inmediato. Hay, pues, unidad del fin primordial dentro de una diversidad de cometidos y formas jurídicas propias de cada ordenamiento" (vid. **La intervención administrativa**, cit., p. 22).

⁵⁸Vid. la exposición que hace GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en **Revolución Francesa y Administración contemporánea**, Cívitas, 4ª ed., 1994, particularmente pp. 62 y ss, 125 y ss.

competencias comunitarias y nacionales en el seno de la Unión Europea⁵⁹, la asunción de competencias por los entes regionales, o la potenciación de la autonomía local⁶⁰), difícilmente, como expusimos en el capítulo anterior, puede servir hoy -en nuestro ordenamiento, y el de nuestro entorno- para la delimitación entre el sector público y el privado de la economía⁶¹. Del mismo modo, no es

⁵⁹Introducido ahora expresamente en el Tratado, tras la cumbre de Maastrich (artículo 3B). Vid. BARNÉS VÁZQUEZ, J., op. cit., p. 528, LAGUNA DE PAZ, J. C., *El principio de subsidiariedad, pieza clave de la construcción europea*, en **Comunidades Autónomas y Comunidad Europea...** cit., p. 129; PERISSICH, R., *Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir*, **RMUE**, 1992-3, p. 5; TORSTEN STEIN, *El principio de subsidiariedad en el Derecho de la Unión Europea*, **REP**, nº 90, 1995, p. 69, AREILZA CARVAJAL, J. M., *EL principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea*, **REDC**, nº 45, 1995, FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., **El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo**, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

⁶⁰Merece ser citada, en este sentido, la Carta Europea de Autonomía Local, de 15 de octubre de 1985 (ratificada por España el 20 de enero de 1988 y publicada en el BOE nº 47, de 24 de febrero de 1989), que dispone en su artículo 4.3: "El ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos".

⁶¹La subsidiariedad supone aquí que el sector público no debería ejercer la iniciativa económica sino en el caso de carencia o insuficiencia del sector privado. Ya hemos manifestado que compartimos este planteamiento como el más acorde con la finalidad instrumental del Estado, y en concreto con la libertad de empresa.

Es sabido que durante el régimen del General Franco este principio intentó tecnicizarse jurídicamente, mediante un procedimiento especial para la creación de empresas públicas (vid. sobre el mismo, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *En torno al procedimiento de creación de empresas públicas: especial referencia al principio de subsidiariedad*, **RAP**, nº 80, 1976, p. 127; y sobre los insatisfactorios resultados prácticos del sistema arbitrado, ARIÑO ORTIZ, G., **Economía y Estado...** cit., p. 76). Hoy en día, lo cierto es que la Constitución, en su artículo 128.2, habilita a los poderes públicos para acometer actividades económicas sin condicionarlo a las capacidades del sector privado. Ello ha supuesto -según el parecer de la mayoría de la doctrina, avalada por la realidad práctica, e incluso refrendada por nuestro TS (vid. sentencias de 10 de octubre de 1989, cit., o 14 de febrero de 1990, Ar. 1315)- la erradicación del principio de subsidiariedad en el ejercicio de la iniciativa empresarial pública. Las citas en este sentido podrían multiplicarse; baste recoger las de los profesores FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Lo que la Constitución está haciendo es romper, erradicar del ordenamiento jurídico el principio de subsidiariedad", en *Reflexiones sobre la empresa pública española*, en vol. col. **La empresa pública española**, IEF, Madrid, 1980, p. 56; y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., **Derecho Administrativo Económico I**, cit., p. 95 y 250. No obstante, un resumen de las

fácil, en base a la subsidiariedad en la intervención -como ya hemos adelantado *infra*- reprobar una política de ayuda a los agentes económicos con el argumento de que resultan suficientes los recursos obtenidos por el libre desenvolvimiento del mercado.

Admítase o no la vigencia formal del principio de subsidiariedad en nuestro derecho, lo cierto es que las consecuencias que de él se derivarían para las políticas de ayuda pública, entiendo que bien pueden inferirse de los principios que por imperativo constitucional han de presidir las decisiones de gasto público, así como de la aplicación de otros principios que indubitadamente han de respetarse en el actuar administrativo. Ésta viene a ser en el fondo la postura de FERNÁNDEZ FARRERES, que, mostrándose excéptico en cuanto a la vigencia del citado principio a la actividad subvencional ("no me parece adecuada ni fundamentada con solidez en nuestro ordenamiento jurídico constitucional") sostiene, sin embargo, que "algunas de las consecuencias implícitas en el principio de subsidiariedad creo que pueden pue dar explicadas a

posturas diversas posturas doctrinales al respecto puede encontrarse en DE JUAN ASENJO, O., **La Constitución económica...**cit., p. 97.

Ahora bien, aun admitiéndose la supresión en nuestro orden constitucional de los condicionantes que para la actividad pública de producción podían derivarse del principio de subsidiariedad, ello no la exime de una específica justificación *ad casum*, a la vez que se le impone el respeto de otros principios jurídicos, como los de eficiencia, economía o proporcionalidad que limitan -o debieran hacerlo- una potestad que algunos califican de incondicional. Como ha escrito DÍAZ LEMA, J. M., "una cosa es la supresión del citado principio de subsidiariedad, y otra distinta el ejercicio por las Corporaciones locales (lo que puede aplicarse en general a las Administraciones públicas) de cualquier actividad económica sin cortapisa de ningún tipo" (Vid. **Los monopolios locales**, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 113). Ha de tenerse en cuenta que el artículo 86.1 de la LRBRL exige para la iniciativa pública local un "expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida" (criterios que recuerdan precisamente la insuficiencia del sector privado para atender una concreta necesidad pública).

la luz de la muy destacada previsión contenida en el artículo 31.2 de la Constitución"⁶².

Concluída la inseguridad que resulta del juicio de necesidad de la ayuda, se hace imprescindible el análisis de otros principios sustantivos que contribuyan a valorar la legitimidad de las decisiones de gasto por esta vía, para lo cual reviste particular importancia el principio de proporcionalidad.

2. Principio de proporcionalidad

Ha de advertirse, de entrada, que la doctrina española ha prestado al principio de proporcionalidad una atención sólo relativa, y son aún todavía escasas las referencias jurisprudenciales al mismo. Es en el derecho alemán, del que aún podemos enriquecernos sobremanera, donde este principio encuentra su desarrollo más señalado⁶³. Nació ligado -y en cierto modo así permanece- a la idea de necesidad; fue después de la Segunda Guerra Mundial cuando, paralelamente al principio de necesidad, aparece como principio independiente el de proporcionalidad en un sentido más estrecho. Es opinión unánime en la

⁶²FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención...* cit., p. 547.

⁶³Vid. la gran obra de SCHWARZE, J., *Droit Administratif européen*, vol. II, Bruylant-Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, Bruselas-Luxemburgo, 1994, p. 729; publicada en Alemania en 1988, ha sido ahora traducida al francés y al inglés. Analiza aquí el principio de proporcionalidad en los distintos Estados de la Unión Europea y su aplicación en el propio derecho comunitario.

doctrina alemana -apunta SCHWARZE- distinguir tres elementos normativos en el principio de proporcionalidad:

a) Las medidas públicas deben, en primer lugar, ser apropiadas para facilitar o asegurar la obtención del resultado perseguido;

b) el medio apropiado a este efecto debe igualmente ser necesario, en el sentido de que no exista un medio menos apremiante;

c) en fin, la medida no debe resultar desproporcionada con las usurpaciones que entrañe.

En definitiva, en el derecho alemán, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Administrativo Federal el principio de proporcionalidad constituye la traducción en el derecho de la idea según la cual el Estado debe actuar en virtud de una habilitación específica cuando interviene en la libertad de los ciudadanos⁶⁴. Ha de advertirse que la virtualidad de este principio no se restringe a las actuaciones limitativas, sino resulta aplicable también, sin reparos, a las prestacionales⁶⁵.

⁶⁴Ibid. pp. 729-730.

⁶⁵Ibid. p. 736. Advierte en este sentido LAGUNA que el principio de proporcionalidad "pesa sobre la actuación pública en general" (vid. **Las empresas públicas...** cit., p. 199); pero también es cierto que se ha reparado en él particularmente al referirse a la actividad pública de limitación. Así, han escrito los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que "este principio de proporcionalidad subraya, contra la teoría tradicional, que aún reaparece veces en alguna jurisprudencia retrasada, lo infundado de la tesis que quiere hacer esencialmente discrecional la elección por al Administración *de la medida limitativa* y la configuración de su contenido concreto. Por el contrario, no existe tal dicrecionalidad, en el sentido de que pueda ser igualmente legítima cualquier elección o configuración de una limitación de derechos dentro del marco de la ley; sólo será legítima la elección y

En esta línea, el principio de proporcionalidad juega un papel importante en cuanto "exigencia condicionante de la legitimidad" de la ayuda pública⁶⁶. Ésta estaría justificada en la medida en que resulte proporcionada al interés público que con ella pretende atenderse; implica, por tanto una ponderación y congruencia entre los fines y los medios empleados. Idea ésta que fue asumida por el RSCL, cuyo artículo 6 dispone que "el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y los fines que la justifican", y posteriormente, en parecidos términos, por la LRBRL, en su artículo 84.2. Operatividad del principio de proporcionalidad en la actividad económico-pública que puede afirmarse se encuentra latente en nuestra Constitución. Así lo entiende el profesor LÓPEZ GONZÁLEZ cuando escribe: "la Constitución define el estatuto del sector público económico en base al principio de proporcionalidad y adecuación necesaria de los instrumentos jurídico económicos para la satisfacción de los fines preestablecidos asimismo en el texto constitucional (...), cualquier manifestación del sector público -principalmente estatal- en la actividad económica (no ha de entenderse circunscrito el criterio a la iniciativa empresarial) precisa justificarse en la necesaria adecuación entre los fines y los medios"⁶⁷.

configuración del *medio limitativo* que guarde proporción o congruencia inmediatas con el motivo y el fin que legitimen la intervención" (vid. *Curso...* cit., vol. II, p. 104).

⁶⁶MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **La actividad administrativa auxiliar de las libres iniciativas sociales**, Lección magistral, texto mecanografiado, 1984, p. 34.

⁶⁷LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., **El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo**, Instituto García Oviedo-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1988, p. 84. Se trata de la única monografía que conocemos -entendemos que meritoria por demás- sobre la operatividad de este principio en nuestro Derecho público. Dice en otro momento sobre este principio que "puede operar funcionalmente como delimitador de las

Todas las actuaciones administrativas auxiliares implican de suyo, al destinarse sólo a determinados administrados -explica el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ- una relativa incidencia, mayor o menor, en la libertad de todos o algunos de los administrados no beneficiados por ellas, por cuanto en realidad toda medida desigual afecta a la libertad, en principio, juntamente que a la igualdad misma. Ello es especialmente cierto cuando se trata de ayudas económicas que sólo puede la Administración impartir previa extracción de los recursos de las rentas o del patrimonio de los particulares y que colocan a los beneficiarios en principio en una situación privilegiada con respecto a los que no reciben tal género de ayuda. El principio de proporcionalidad exige, pues, que cualquier previsión de ayudas de cualquier naturaleza *esté justificada en los fines a alcanzar* porque éstos tengan entidad suficiente y que además representen medios que estén en condiciones de contribuir eficazmente al logro de aquellos fines⁶⁸. Se trata de juicios y valoraciones que implican -lo sabemos- dosis considerables de discrecionalidad política, pero que en todo caso deben saberse sujetos al pertinente control jurídico que, como es sabido, no encuentra en la discrecionalidad un campo de inmunidad a su intervención.

En definitiva, en buena lógica -no siempre atendida⁶⁹- este principio debe suponer un punto de referencia importante para la eventual fiscalización de las medidas de ayuda pública.

intervenciones públicas económicas, en cuanto actuaciones adecuadas y necesarias en orden a garantizar en este caso las libertades y el interés general" (p. 81).

⁶⁸MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **La actividad administrativa auxiliar...** cit., p. 35 y 36.

⁶⁹No es infrecuente -y se ha denunciado en más de una ocasión- que las Administraciones públicas destinen a subvencionar actividades privadas cuyo interés público resulta al menos

B. Principio de racionalidad económica

Por racionalidad económica entendemos el conjunto de criterios de esencia económica que enjuician la optimización en el empleo de los recursos económicos para la consecución de unos fines determinados, es decir, que pretenden la adecuación entre el fin propuesto y los recursos económicos empleados en su consecución -en qué medida el gasto público resulta eficaz, en cuanto sirve a sus finalidades con el menor empleo posible de rescusos-. No obstante, ante de acometer su estudio, vemos conveniente hacer una aclaración sobre lo que ha de entenderse por "racionalidad".

1. Sobre la racionalidad o razonabilidad como pretendido principio jurídico. Crítica

En páginas anteriores aludimos a un pronunciamiento de nuestro TS en el que se refería a los "límites *rationales* de la discrecionalidad"⁷⁰.

discutible cuantías en cualquier caso desproporcionadas. Pero ha de reconocerse que hoy día pocos apostarían por el éxito de una demanda de anulación de tales medidas; es aquí más que evidente la resistencia -como ya apuntamos- al sometimiento de estas actividades a criterios jurídicos -la proporcionalidad lo es, y sin duda privilegiado- que aporten elementos de fiscalización.

⁷⁰Las citas jurisprudenciales en parecidos son hoy incluso frecuentes. Por citar algunas vid. las de 10 de septiembre de 1990 (Ar. 6868) o de 4 de abril de 1990 (Ar. 3587), donde se refiere a "los límites racionales y naturales de las facultades discrecionales dirigidas a las satisfacción del interés público".

Invocaciones a la racionalidad no son tampoco infrecuentes en sentencias de nuestro TC (se plantea, por ejemplo, "si la representatividad (...) es discriminatoria, no razonable, o arbitraria -STC de 22 de febrero de 1982-; el que se ha llamado "tests de razonabilidad" es empleado particularmente para dilucidar, en el contexto del principio de igualdad, si existen razones suficientes para justificar un tratamiento distinto⁷¹). Como deducción de estas argumentaciones, alguna doctrina, española⁷² y foránea⁷³, parece asumir el criterio de racionalidad cual si se tratase de un auténtico principio jurídico.

"Sólo lo razonable es conforme a Derecho", dice Tomás Ramón FERNÁNDEZ (evidente: ¿es que cabría hablar de una justicia irracional?). Procede entonces preguntarse ¿y qué es lo razonable?, a lo que contesta: una decisión es racional "cuando aparece debidamente justificada, cuando se sustenta en razones, en las razones del Derecho"⁷⁴.

⁷¹Vid. sobre ello SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en **Libro homenaje al profesor García de Enterría**, cit., vol. II, pp. 856 y ss. Vid. también CARRASCO PERERA, A., *El "juicio de razonabilidad en la justicia constitucional*, **REDC**, nº 11, 1984, p. 184.

⁷²FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, **REDA**, nº 83, 1994, p. 393, incluido también como último capítulo en su libro **De la arbitrariedad...** cit., p. 195; ATIENZA, M., *Sobre lo razonable en Derecho*, **REDC**, nº 27, p. 93; CARRASCO PERERA, A., op. cit.,; GIMENO FELIÚ, J. M., *Legalidad, transparencia, control...* cit., p. 184.

⁷³PERELMAN, *Le raisonnable et le deraisonnable en droit*, cit. por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; EDLEY, C., **Derecho Administrativo. Reconocer el control judicial de la Administración Pública**, trad. Angel m: Moreno, INAP, Madrid, 1994, particularmente p. 55.

⁷⁴**De la arbitrariedad...** cit., p. 221. En parecidos términos, desde el prisma de la justicia constitucional, dice CARRASCO PERERA: "juicio de razonabilidad y juicio de constitucionalidad coinciden, tanto en su contenido (sólo lo razonable es constitucional) como

En realidad, bajo el riesgo de caer en la indefinición, incluso en la tautología, ha de reconocerse que resultan vanos los intentos de configurar la racionalidad o razonabilidad como un principio jurídico con sustantividad propia⁷⁵. Racional es lo proporcionado, lo no discriminatorio, lo no arbitrario, lo idóneo, congruente o eficaz para la consecución de un fin, lo eficiente. Procede, por tanto, una remisión a los que constituyen auténticos principios generales o constitucionales, con verdadera potencialidad⁷⁶.

Desde luego procede, no obstante, un "juicio de racionalidad" (entendiendo ésta como criterio hermenéutico) de las actuaciones públicas, en cuanto control de su adecuación a los citados principios jurídicos⁷⁷.

2. Principios de eficacia, eficiencia y economía

en su límite (dentro del marco de la razonabilidad todas las soluciones son constitucionalmente válidas, porque todas son objetivamente no arbitrarias)", op. cit., p. 53.

⁷⁵El propio profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ reconoce "la vaguedad de este principio, su aparente inaprehensibilidad"; op. cit. ult., p. 200.

⁷⁶Obsérvese que la referencia jurisprudencial a la racionalidad nunca aparece aislada como criterio de control, sino unida a la invocación a aquellos principios: eficiencia (STS de 4 de abril de 1990 cit.), proporcionalidad (STC de 14 de febrero de 1982, en relación a las subvenciones a sindicatos), no discriminación -en definitiva, igualdad- o arbitrariedad (STC de 22 de julio de 1982 cit.), genéricamente a los principios generales del derecho, o simplemente a una apreciación falsa de la realidad -control de los hechos determinantes-.

⁷⁷Así, STERPI, S., *Obiettivi di politica economica e controlli di razionalità degli investimenti pubblici nazionali e locali*, en vol. col. **La regolamentazione giuridica dell'attività economica**, Giuffrè, Milán, 1987, p. 29.

Es precisamente en materia de control de la actividad financiera pública de gasto donde se habla, con cierta normalidad, de un control de racionalidad⁷⁸, remitida aquí -por el constituyente- a criterios de carácter económico: eficiencia y economía⁷⁹.

Tales principios se erigen en auténticas exigencias legales, al máximo rango, por lo que no me parece adecuado conceptuar el control de racionalidad económica como algo distinto y separado al control de legalidad -como pretende FUENTES VEGA-, y tampoco considerar su valoración como un estricto juicio de oportunidad, aunque no pueden desconocerse la presencia de ciertas dosis de ésta.

Aunque para la doctrina económica la eficiencia y la eficacia son distinguibles, bien puede entenderse que que la eficiencia y economía -que resultan identificables- son los criterios queridos por el constituyente para hacer aplicable específicamente al gasto público el principio de eficacia que con carácter general proclama el artículo 103 para todo el actuar administrativo. Así, con CAZORLA PRIETO, entendemos que el artículo 31 de la Constitución altera el significado de la noción económica de estos términos, y emplea la noción de eficiencia de un modo amplio, de tal suerte que engloba dentro de sí tanto la eficiencia en sentido estricto como la eficacia⁸⁰. También en este sentido,

⁷⁸Particularmente, vid. FUENTES VEGA, S., **Realidad y racionalidad en el control del sector público**, INAP, Madrid, 1986.

⁷⁹Aclara CAZORLA PRIETO, L. M., en su comentario al artículo 31, **Comentarios a la Constitución...** cit., que esta terminología económica, incorporada a una norma jurídica, "se transforma en materia de esta naturaleza y ha de someterse al tratamiento propio de lo jurídico" (p. 659).

FUENTES VEGA identifica el control de racionalidad con el control de eficacia, englobando en él la eficacia en sentido estricto y la eficiencia⁸¹. Por contra PAREJO ALFONSO mantiene la distinción, también como nociones jurídico-públicas, tanto en el plano constitucional como de legislación ordinaria, entre la eficacia y la eficiencia⁸², del mismo modo que SUÁREZ SUÁREZ, que propone una relectura del artículo 31.2 de la Constitución⁸³.

Varias premisas juzgamos necesarias para valorar la operatividad del principio de eficacia en aras a la fiscalización de las decisiones de gasto público, entre las que se cuentan las ayudas públicas.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la valoración de la eficacia no admite siempre un juicio unívoco. Como advierte FUENTES VEGA "decidir si una decisión es adecuada o si su utilidad es la adecuada, se presta a

⁸⁰Vid. op. cit., p. 660; igualmente, ORÓN MORATAL, G., op. cit., p. 51.

⁸¹Op. cit., p. 17. Aclara que con el control de eficacia trataremos de comprobar si se han conseguido los objetivos que el órgano controlado se hubiese fijado (...) Con el control de eficiencia trataremos de verificar si el coste al que se han conseguido realizar los objetivos los objetivos previstos, o bien en la medida en que en que hayan sido conseguidos, es adecuado y se acomoda a los precios que pueden regir en el mercado para bienes de similares características. Hemos de comprobar también si la relación coste-utilidad de lo conseguido es racional, lógica..."

Se observa aquí la relación de este principio y el de proporcionalidad, que ya pusiera de manifiesto FERNÁNDEZ FARRERES: "la proporcionalidad (...) se proyecta en la exigencia de que el gasto público sea rentable, o en la terminología de nuestro texto constitucional, se programa y ejecuta con arreglo a los criterios de eficiencia y economía". Vid. **La subvención...** cit., p. 713. Se pone aquí de manifiesto lo que ya advertimos: que estos principios materiales no constituyen compartimentos estancos.

⁸²PAREJO ALFONSO, L., **Eficacia y Administración. Tres estudios**, INAP, Madrid, 1995, pp. 19 y ss.

⁸³SUÁREZ SUÁREZ, A. S., *El control de economía, eficiencia y eficacia en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas*, HPE, nº 80, 1983, p. 59.

suficientes interpretaciones subjetivas y siempre (¡sic!) racionales y defendibles, como para que haya de resultar problemático determinar si dicha acomodación entre coste y utilidad es o no la más conveniente"⁸⁴. Pesan en su apreciación, como apuntamos, elementos de oportunidad que dificultan, por naturaleza, un auténtico control.

En segundo lugar, sin restar toda su trascendencia al principio de eficacia en el régimen y organización de las Administraciones, o "para la elección de la solución adecuada cuando caben varias soluciones posibles"⁸⁵, ha de repararse -como hace el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ- en que sería excesivo intentar colocar al principio de eficacia como piedra angular de la Administración Pública en un Estado de Derecho que, como el español, se proclama *social*⁸⁶. De ello se deriva, aplicado a la materia de gasto público, en las acertadas palabras de CAZORLA PRIETO, que "la racionalidad económica que acoge la norma jurídica analizada (artículo 31.2) debe matizarse, entre otros extremos, con la naturaleza y límites que gozan y persiguen los órganos públicos. La mera racionalidad económica, tendente a la consecución del máximo beneficio, debe mitigarse por otros propósitos (deberes) propios de las entidades públicas"⁸⁷. Es decir, la eficacia, eficiencia y economía del gasto público implican

⁸⁴Op. cit., p. 17.

⁸⁵Vid. el análisis y la casuística que recoge DELGADO BARRIO, J. en *Reflexiones sobre el artículo 106.1...* cit., pp. 2334 y ss.

⁸⁶MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **Introducción al Derecho Administrativo**, Tecnos, Madrid, 1986, p. 104. Como manifestación de esta idea, DELGADO BARRIO, ibid. p. 2334, hace notar que el TS contempla las exigencias del principio de eficacia para atenuarlas, moderarlas o restringirlas, armonizándolas con las consecuencias que indudablemente derivan de la funcionalidad propia de un Estado de Derecho.

una idea de idoneidad, austeridad, proporcionalidad, pero no necesariamente de rentabilidad, que en muchos casos permanece ajena a criterios de justicia y equidad.

En tercer lugar ha de hacerse notar que el control de eficacia y eficiencia constituye una novedad introducida por la Constitución y ampliada por la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas⁸⁸; en realidad "el control de racionalidad está tan solo en sus inicios. No puede hablarse en absoluto de que exista y se realice normalmente"⁸⁹. Pesa aún en exceso la configuración del gasto público como una decisión eminentemente política, como ya advertimos.

Lo dicho revela que aún debe profundizarse en lo que reclamaba hace años el profesor ESCRIBANO LÓPEZ: "*el derecho que asiste a la colectividad a exigir la eficacia y impedir el derroche*. Un principio de austeridad en la administración del dinero público como nota característica de esa actividad que puede ser controlada y que indudablemente en la medida en que pueda ser juzgada, en base a esos criterios, desarrollará todas sus posibilidades. Un derecho a ejercitar quizá en ámbitos colectivos y no desde la perspectiva individual, pero con indudable valor de exigencia en vía jurisdiccional"⁹⁰.

⁸⁷Op. cit., pp. 660-661. Es por lo que declara prevalentes las exigencias de equidad sobre las de eficiencia y economía; así "puede ocurrir que en una determinada circunstancia el principio de equidad apunte hacia una aplicación del gasto público que a su vez no sea aconsejable de conformidad con los criterios de eficiencia y economía".

⁸⁸SUÁREZ SUÁREZ, A. S., op. cit., p. 61.

⁸⁹FUENTES VEGA, S., op. cit., p. 141.

⁹⁰ESCRIBANO LÓPEZ, F., op. cit., pp. 327-328.

C. Principio de igualdad⁹¹

Comenzamos en su momento este capítulo llamando la atención sobre la mayor libertad y flexibilidad -discrecionalidad- de que disponían las administraciones públicas para intervenir en la economía. Básica discrecionalidad, que aquí nos ocupamos de limitar y reconducir en lo posible a moldes jurídicos, predicable de la actividad de dispensación de ayudas⁹². Ya nos hemos referido en el capítulo anterior a la trascendencia que en esta materia reviste del principio de igualdad, sobre el que debería edificarse lo que se ha denominado "el derecho público de la competencia". Impone aquí *la igualdad de los ciudadanos ante las cargas y los beneficios públicos*.

Resulta un hecho evidente que "la subvención -la ayuda pública- puede ser un mecanismo de discriminación en manos de los poderes públicos"⁹³.

⁹¹La consagración del principio de igualdad como uno de los "valores superiores de nuestro ordenamiento" (artículo 1.1 de la Constitución) y su indudable consideración como uno de los principios generales del Derecho explica el elevado número de pronunciamientos de nuestro TC que en él se fundamentan y la copiosa literatura jurídica a él dedicado. Baste aquí citar algunos trabajos como los SUAY RINCIÓN, J., **El principio de igualdad en la justicia constitucional**, IEAL, Madrid, 1985; del mismo autor *El principio de igualdad...* cit.; LÓPEZ RODÓ, L., *El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, **RAP**, nº 100-102, 1983, p. 334; en el mismo volumen, ALONSO GARCÍA, E., *El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española*, p. 21; GONZÁLEZ SALINAS, *La protección jurisdiccional del principio de igualdad*, **REDA**, nº 36, 1983, p. 75; **Principio de igualdad**, Servicio Jurídico del Estado....

⁹²No terminamos de comprender el criterio de GIMENO FELIÚ, J. M., que atribuye el carácter discrecional únicamente a la dispensación de subvenciones, "frente a las ayudas, que tendrán generalmente carácter reglado"; vid, *Legalidad, transparencia, control...* cit., p. 171.

La igualdad opera entonces "como mecanismo reductor del poder discrecional de la Administración"⁹⁴, si bien es cierto que para analizar su virtualidad resulta imprescindible distinguir entre dos momentos en la dispensación de la ayuda.

1. La igualdad en los dos momentos de la actividad dispensadora de ayudas públicas

Aun siendo indudable que nos movemos en zonas de discrecionalidad, es claro que ha de diferenciarse, en cuanto al alcance de ésta, dos momentos en el proceso de dispensación de la medida auxiliadora. Así lo expresa el TS en sentencia de 3 de marzo de 1993: "el establecimiento de las subvenciones puede ser discrecional para la Administración, pero una vez anunciadas, termina la discrecionalidad y comienza la regla y el reparto concreto escapa del puro voluntarismo de la Administración"⁹⁵. De esta manera ha de reconocerse un diferente espacio para la discrecionalidad administrativa y con ella una desigual operatividad del principio de igualdad como límite o corrector de aquella discrecionalidad en cada uno de estos dos momentos⁹⁶.

⁹³ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Criterios constitucionales sobre la subvención pública*, PGP, nº 21, 1984, p. 206.

⁹⁴ORTIZ ARCE, A., *El principio de igualdad...* cit., p. 115.

⁹⁵Ar. 2094, ponente Pedro José Yagüe Gil, F.J. 5º *in fine*.

⁹⁶Usaremos aquí la terminología que emplea LAGUNA DE PAZ, J. C., que sigue a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ; distingue entre "previsión de las ayudas" y "otorgamiento" de las mismas (*La empresa pública...* cit., p. 194). FERNÁNDEZ FARRERES, G., prefiere

a) Previsión de la ayuda

Ha de partirse de que en la determinación de los sectores o actividades destinatarios de la ayuda, la discrecionalidad del poder público despliega toda su efectividad, lo que otorga al principio de igualdad -en palabras de FERNÁNDEZ FARRERES- un "modesto papel"⁹⁷ en la eventual fiscalización de la política de ayudas adoptada, sin perjuicio de la eficacia que a éste propósito puedan desplegar el resto de principios jurídicos aquí estudiados. Cada sector económico tiene sus peculiaridades⁹⁸, y apreciar las necesidades de apoyo público de unos y otros comporta un margen de apreciación de oportunidad que corresponde al legislador o, en su caso, a la Administración⁹⁹, con lo que no resulta fácil propere una alegación de desigualdad o discriminación.

hablar de "fase de delimitación del círculo de destinatarios" y "fase de distribución de la subvención instituida" (**La subvención...** cit., p. 704-707).

⁹⁷FERNÁNDEZ FARRERES, G., **La subvención...** cit., p. 706; igualmente en **El régimen de las ayudas...** cit., p. 21.

El "escaso alcance, prácticamente nulo" que incluso desde TC se otorga al principio de igualdad en materia económica es destacado por MARTÍN-RETORTILLO, S., a diferencia de lo acontecido en otros sistemas. Inspirándose en particular en la práctica de los Tribunales franceses, sostiene que "en base al principio de igualdad, no cabe hacer abstracción de los elementos diferenciadores y diferenciados que pueden existir en cada caso". Vid. *La libertad económica como derecho a la libertad de empresa: su ordenación constitucional*, en **Homenaje a César Albiñana García-Quintana**, cit., pp. 268-270.

⁹⁸Dice DAGO ELORZA que "dentro del mundo económico y empresarial es especialmente difícil la existencia de situaciones objetivamente idénticas que justifiquen un trata semejante"; vid. *Las ayudas del Estado...* cit., p. 215.

⁹⁹El entonces magistrado del TC, profesor RUBIO LLORENTE, en el voto particular a la sentencia 20/1985, de 14 de febrero, referido a las ayudas estatales a sindicatos, advierte del

Ha de denunciarse, sin embargo, una actitud que a mi juicio constituye una falacia interpretativa del principio de igualdad, y que ha sido asumida por nuestros tribunales -también por el Constitucional¹⁰⁰-. Se trata de entender operativa la igualdad "*en la ley y en la aplicación de la Ley*", lo que se ha empleado como excusa para actuaciones públicas discriminatorias, en concreto en materia de ayudas públicas. Sin perjuicio del desconocimiento que puede suponer del principio de vinculación positiva de la Administración a la legalidad -de lo que nos ocuparemos seguidamente-, se pretende aquí queden legitimadas actuaciones subvencionales discriminatorias -en cuanto excluyen a beneficiarios en situaciones en la práctica idénticas- con el argumento de que "de la legalidad ordinaria no se deriva un derecho de la recurrente a obtener un determinado trato o unas determinadas prestaciones públicas"¹⁰¹. La consecuencia de esta valoración del Tribunal es que, ausente una previsión normativa, la Administración puede hacer y deshacer a su antojo, ignorando reglas jurídicas que, en forma de principios generales, forman parte del ordenamiento jurídico, vinculando en todo caso a todos los poderes públicos (recuérdese lo dicho sobre el "sometimiento pleno -de la Administración pública- a la ley y al Derecho"¹⁰²).

"riesgo de convertir a este Tribunal en juez de oportunidad, asumiendo una función que debe ser dejada al legislador". En el mismo sentido se manifestó en el voto particular a la sentencia 26/1985 de 22 de febrero.

¹⁰⁰Ya lo ha hecho el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ a quien seguimos en este punto; vid. *Subvenciones e igualdad*, cit.

¹⁰¹La cita, también la inmediatamente anterior, corresponde a la STC 39/1989, de 16 de febrero, F.J. 3º, en la que se rechaza en amparo la demanda de la empresa del sector eléctrico "Alconza S.A.", en la que solicitaba el mismo trato, la dispensación de las mismas ayudas, que se habían prestado a su competidor en el mercado "General Eléctrica", ambas en similar situación de crisis.

¹⁰²Por la importancia de la cuestión, es oportuno aquí hacer una llamada al Derecho alemán. Es allí doctrina pacífica, de la que da cuenta SCHWARZE, asumida por el Tribunal Administrativo Federal que "es ilícito el acto administrativo nacido de la apreciación incorrecta

No resulta, por tanto, admisible el razonamiento de que el recurrente no pudo alegar "normas legales -ha de entenderse escritas, en una visión reduccionista- de cuya aplicación pudiera derivarse la pretendida discriminación" (F.J. 3º, párrafo 4º, *in fine*).

b) Otorgamiento de las ayudas

Desde luego nadie duda que la operatividad del principio de igualdad en este momento es mucho más sencilla, en el que resulta proscrito el puro voluntarismo de la Administración. Se impone, por tanto, una *justificación objetiva y razonable* para la dispensación de un *tratamiento diferente* en supuestos de hecho iguales o similares -por usar la terminología del juez constitucional en la sentencia citada-. Es condición para ello -dice LAGUNA- que las normas fijen de manera suficiente los parámetros de la decisión para la determinación del beneficiario de las ayudas"¹⁰³.

de los *principios de derecho existentes*". Es más -en la línea que mantenemos- resulta una exigencia del mismo principio de legalidad "la compatibilidad con las reglas de derecho de un rango superior, incluidos los derechos fundamentales" -la igualdad lo es-, lo cual -advierete- encuentra "un importante campo de aplicación (...) en tanto que limitación de los poderes discrecionales de la Administración". Vid. SCHWARZE, J., **Droit Administratif Européen**, cit, vol I, p. 231.

En esta línea ha escrito recientemente PAPADOPOULOU, R.-E., refiriéndose a los principios generales del Derecho: "Ni su generalidad, ni su carácter no escrito podría ser un obstáculo a su reconocimiento en tanto que fuente del derecho. Pues son indispensables al equilibrio y al buen funcionamiento de todo orden jurídico". Vid. **Principes généraux du droit et droit communautaire**, Bruylant-Sakkoulas, Bruselas-Atenas, 1996, p. 7.

¹⁰³LAGUNA DE PAZ, J. C., op. cit., p. 195. En esta línea, es el propio Estado el que va adquiriendo la tendencia a autolimitarse, si es que así puede llamarse, al autorregular, por

2. La dimensión territorial de la igualdad

Ya nos hemos ocupado de ello en el capítulo anterior al tratar de *el principio de unidad de mercado como límite cierto de las políticas de ayuda pública*, amén de que analicemos más adelante sus consecuencias en relación a la intervención en materia agraria. La trascendencia que aquí reviste el principio de igualdad la pone acertadamente de manifiesto ORTIZ-ARCE cuando afirma que "la organización regional del Estado ha introducido un nuevo elemento al abordar el principio de igualdad en Derecho español en la medida en que se deben armonizar las competencias económicas concedidas a las Comunidades Autónomas y el principio de unidad de mercado impuesto por la solidaridad y la igualdad territorial y exigido por la estructura plural que presenta la organización estatal española de acuerdo con el título VIII de la Constitución"¹⁰⁴.

En cuanto que análisis anteriores y posteriores nos dispensan ahora de un mayor detenimiento, baste advertir que las exigencias de igualdad en todo el territorio nacional obliga al Estado -en palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ- "a poner límites seguros a toda posible guerra de subvenciones entre Comunidades Autónomas o entre Entes locales"¹⁰⁵ por el riesgo que ello conllevaría para la unidad de mercado nacional. En este sentido la Ley de

medio de los instrumentos que le confiere el ordenamiento jurídico, los requisitos necesarios para la obtención de los beneficios y ayudas. Irán reduciéndose las parcelas sujetas a actividades discrecionales en favor de la actividad reglada"; vid. op. cit., p. 216.

¹⁰⁴Op. cit., p. 109.

¹⁰⁵MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., op. cit. ult., p. 120.

Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1989, en su artículo 19, concede a la Administración central, a través del Tribunal de Defensa de la Competencia y del Ministerio de Economía y Hacienda, unos vacilantes poderes en aras a salvaguardar la competencia a nivel nacional¹⁰⁶.

III. PRINCIPIOS JURÍDICO-FORMALES

A. Principio de legalidad

En el voto particular a la sentencia del TC 20/1985 el profesor RUBIO LLORENTE se refirió -sin acometerlo globalmente- al "*complejo problema* del alcance que debe concederse al principio de legalidad respecto de las medidas de fomento, en general". Ciertamente, resulta cuestión ardua, por cuanto en ella subyacen los debates sobre el tipo de vinculación de la Administración a la legalidad, el rango de la norma que ha de servir de cobertura a la actuaciones administrativas o el alcance que ha de otorgarse a la reserva de Ley cuando ésta es establecida en la Constitución. Analizaremos los problemas que estas cuestiones suscitan aplicadas a la actividad de dispensación de ayudas.

¹⁰⁶Dice el artículo 19: "1. El Tribunal de Defensa de la Competencia, a solicitud del Ministerio de Economía y Hacienda, podrá examinar las ayudas otorgadas a las empresas, con cargo a recursos públicos, en relación a sus efectos sobre las condiciones de competencia.

A la vista del dictamen del Tribunal, el Ministro podrá proponer a los poderes públicos la supresión o modificación de ayudas, así como, en su caso, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.

2. A los efectos previstos en el número anterior el Tribunal podrá dirigir comunicaciones o requerimientos a las empresas, así como recabar de las Administraciones

1. Sobre la admisibilidad de ayudas singulares

Es un hecho evidente, que denunciaba el profesor FERNÁNDEZ FARRERES, "la existencia de una praxis administrativa en la que se otorgan subvenciones sin una anterior cobertura normativa"¹⁰⁷. Hemos adelantado que el problema que subyace es estas actuaciones públicas es el del alcance de la vinculación de la Administración a la legalidad. Es casi superficial recordar la práctica unanimidad de nuestra doctrina en favor del principio de vinculación positiva de la Administración, que en buena lógica debiera determinar la imposibilidad de acordar ayudas singulares si no media una cobertura en norma de carácter legal o reglamentario.

Ha de advertirse que esta doctrina de la vinculación positiva encuentra, sin embargo, voces discordantes en nuestra literatura jurídica¹⁰⁸, y más aún en el derecho comparado¹⁰⁹, que pretenden su aplicación únicamente a los

Públicas, para que les informen sobre las aportaciones de recursos públicos o las ventajas financieras concedidas u obtenidas".

¹⁰⁷Es decir "subvenciones concedidas *intuitu personae*, sin procedimiento público alguno y sin la apoyatura en una previa regulación normativa...". vid. FERNÁNDEZ FARRERES, **La subvención...** cit., p. 534.

¹⁰⁸Particularmente el profesor SANTAMARÍA PASTOR, para quien "en términos generales puede decirse que el régimen de vinculación positiva o de previo apoderamiento legal afectan a las actuaciones de la Administración de eficacia ablatoria, esto es que incidan en cualquier situación jurídica de los sujetos (públicos o privados) de forma limitativa o extintiva; en los restantes, la regla general es la de la vinculación negativa". Vid. **Fundamentos de Derecho Administrativo I**, Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 202.

¹⁰⁹Amén de otros autores, citados por el propio SANTAMARÍA PASTOR, puede consultarse GIANNINI, M. S., **Derecho Administrativo**, vol. I, Trad. Luis Ortega, INAP, Madrid, 1991,

supuestos de actuaciones que afecten limitativamente a la esfera jurídica de los ciudadanos, pero no a aquéllas que -como la prestacional o auxiliadora- supongan una ampliación de la misma.

La cuestión no es sencilla, pues cabría además alegar las potestades genéricas de intervención -en particular de fomento- que el Estado tiene reconocidas en la Constitución en tan diversos sectores¹¹⁰.

No obstante estas consideraciones, pensamos -compartiendo el criterio de los profesores FERNÁNDEZ FARRERES¹¹¹ y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ¹¹², a los que se adhiere PASCUAL GARCÍA¹¹³- que, al afectarse también aquí directamente derechos de los ciudadanos -muy en particular de los competidores en el mercado- y en general, al tratarse de disposición de fondos que de todos provienen para beneficiar sólo a algunos, es razonable y deseable, como única garantía cierta de seguridad jurídica y de un correcto control de la igualdad, la exigencia de tal cobertura normativa para cualquier dispensación de ayudas, lo que posibilita que aquélla sea conocida por una pluralidad abstracta de posibles destinatarios y acompañada de las reglas más imprescindibles en orden a los requisitos determinantes del otorgamiento.

pp. 110-112, SATTA, F., **Introduzione de corso di Diritto amministrativo**, Padova, 1980, pp. 44 y ss.

¹¹⁰Sobre los problemas jurídicos de la atribución de potestades, vid. las lúcidas páginas de DE LA CUÉTARA, J. M., en **Las potestades administrativas**, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 73 y ss.

¹¹¹FERNÁNDEZ FARRERES, G., **La subvención...** cit., pp. 534-535.

La cuestión ha de ser abordada ahora a la luz de la nueva redacción de los artículos 81 y siguientes del Texto Refundido de la LGP. Una interpretación correcta de los mismos -como la que hace a nuestro juicio PASCUAL GARCÍA-veda la concesión de ayudas mediante actos singulares en el ámbito de la Administración del Estado. Todo ello sin perjuicio del respaldo legal indirecto que supone la exigencia de previa consignación presupuestaria.

2. Cobertura normativa: legal o reglamentaria

Mucho se ha escrito -y más en los últimos años, glosando nuestra Norma Fundamental- sobre el alcance del principio de legalidad de la Administración. Baste sobre ello remitirnos a la abundante bibliografía al respecto¹¹⁴, no sin antes advertir que un entendimiento flexible de tal principio, como concluye BARCELONA LLOP, "viene siendo defendido por la doctrina más autorizada al interpretarlo como principio de juridicidad o de normatividad previa"¹¹⁵. En este sentido, la Administración requerirá para su actuación una *cobertura normativa*, proporcionada necesariamente por una Ley, si se trata de

¹¹²MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *Subvenciones e igualdad*, cit, pp. 124-125; analiza aquí precisamente un supuesto de ayuda singular concedida a "General Electrica", recurrida por sus competidores ante el TS, y posteriormente ante el TC.

¹¹³PASCUAL GARCÍA, J., **Régimen jurídico...** cit, pp. 45-46.

¹¹⁴Por todos vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., **Curso de Derecho Administrativo I**, cit., p. o BARCELONA LLOP, J., *Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, Ley y reserva de Ley en el artículo 103.2 de la Constitución)*, en **Homenaje al profesor García de Enterría**, vol III, cit., p. 2357.

¹¹⁵Op. cit., p. 2401.

actuaciones que incidan sobre materias afectadas por reserva de Ley -sin perjuicio de desarrollos reglamentarios-, o por un reglamento, en los demás casos. Con esta perspectiva, no hay *a priori* motivos para negar al reglamento independiente una potencialidad en el establecimiento de políticas de ayuda pública. Lo contrario supondría maniatar a la Administración, y en definitiva entorpecer las funciones que tiene atribuidas en un Estado moderno¹¹⁶.

Entiendo es el momento de aclarar, a este respecto, que la conclusión extraída no resulta desvirtuada por la previsión constitucional del artículo 133.4, según el cual "Las administraciones públicas sólo podrán contener obligaciones financieras y *realizar gastos de acuerdo con las leyes*", de cuyo tenor algunos han extraído la conclusión de que el principio de legalidad -sin mayores precisiones, es decir, con carácter general, para cualesquiera ámbitos- "exige sea una auténtica Ley la que establezca la autorización para la concesión de la subvención"¹¹⁷. En contra de tal razonamiento ha de advertirse, en primer lugar - como apunta y explica DÍAZ LEMA- que "la Constitución prevé distintas intensidades del principio de legalidad (no es lo mismo 'por Ley' que 'en virtud de Ley' o 'de acuerdo con las leyes')"¹¹⁸, expresiones que apuntan un distinto juego de la Ley y con ello una dispar operatividad del reglamento. Con ello nos permitimos discrepar, o al menos matizar, las apreciaciones de una sin duda autorizada doctrina tributarista que sostiene que "el mismo tratamiento normativo requiere la actividad de la Hacienda Pública relativa a los ingresos tributarios,

¹¹⁶Pueden consultarse a este respecto las a mi juicio acertadas consideraciones que hace LAGUNA DE PAZ, J. C., *Las empresas públicas...* cit., pp. 203-215.

¹¹⁷Vid. HERRERO SUAZO, S., *Le régimen jurídico de las subvenciones públicas*, cit., p. 167.

¹¹⁸DÍAZ LEMA, J.M., *Subvenciones y...* cit., p. 77.

que a la que conduce a la realización de los gastos públicos, que, al fin, corresponde en aplicar los recursos obtenidos"¹¹⁹. Nadie duda de la reserva absoluta de Ley para el establecimiento de tributos (vid. artículo 133.1 de la Constitución, que emplea el tenor "mediante ley"), pero juzgo inadecuado -vistos los razonamientos apuntados sobre el papel que ha de jugar la Administración- extender este imperio de la ley, con la misma amplitud, a los gastos públicos (para ellos se habla de su previsión "de acuerdo con las leyes").

En segundo lugar, es razonable que el legislador regule la líneas generales, infranqueables para los gobernantes, de cualquier modalidad de gasto público -como así ha hecho en relación a las subvenciones y ayudas públicas en la LGP-; pero de ahí a imponer que sólo por Ley formal podrán autorizarse la prestación de las concretas ayudas la diferencia es más que sustancial.

"Creemos -por contra, asumiendo las palabras de PASCUAL GARCÍA- que la exigencia de que toda subvención sea concedida por Ley formal no se deriva directamente de nuestro de nuestro ordenamiento constitucional; lo que éste exige es que sea concedida *con arreglo a las condiciones establecidas por Ley*. Es decir, la Ley no siempre juega el mismo papel"¹²⁰.

El problema se traslada entonces a determinar el alcance de la reserva de Ley, o dicho de otra manera -por centrarnos en lo que a nuestro efecto

¹¹⁹Vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Criterios constitucionales sobre la subvención pública*, cit., p. 208; **Derecho financiero y Tributario**, Madrid, 1979, p. 36.

¹²⁰PASCUAL GARCÍA, J., *Las subvenciones del Estado...* cit., p. 153. Aclara también, creo que acertadamente, que "la referencia a 'la leyes', en plural, exige algo más que la simple presupuestación del gasto, pero no la creación directa de la obligación por el legislativo".

interesa- de qué manera las reservas legales que en nuestra Constitución se establecen condicionan el soporte normativo de las políticas de ayuda pública. Porque no cabe duda, y de ello ha de partirse, que las prestaciones o auxilios públicos al ejercicio de tales derechos condicionan -o al menos afectan siquiera sea indirectamente- la efectividad de los mismos¹²¹. Ello obliga a centrar nuestra atención, particularmente, en los "derechos y libertades" contemplados en el capítulo II del título I de aquélla, a los cuales se extiende la reserva de ley *ex* artículo 53.1 (si bien en buena teoría es diferenciable el tratamiento de los derechos y libertades de la sección 1ª y de la sección 2ª, requiriéndose para los primeros Ley Orgánica).

a) Derechos y libertades del capítulo II, título I; en particular, las ayudas a la actividad económica privada (artículo 38)

Una vez más nos remitimos al voto particular del profesor RUBIO LLORENTE a la STC 20/1985, en el que manifestó que "toda medida de este género que incida sobre la actividad de instituciones que, o son titulares de derechos constitucionalmente garantizados, o tienen relevancia constitucional por ser el marco necesario para que los individuos ejerzan los derechos y libertades que la Constitución les asegura, sólo pueden adoptarse en virtud de Ley, por exigencia de lo dispuesto en el artículo 53.1". El razonamiento, aquí referido a las

¹²¹Vid. sobre ello SALA ARQUER, J. M., *Las bases constitucionales de la Administración del Estado: Ley y Administración en la Constitución de 1978*, en vol. col. **La Constitución Española y las fuentes del Derecho**, vol. III, Madrid, 1979, p. 1784; igualmente FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención...*, cit., p. 516.

ayudas a sindicatos pero aplicable, como su mismo autor precisa, a los partidos políticos o a centros de enseñanza, es sin duda sugestivo y laudable -de él ha hecho eco una importante doctrina¹²²- pero a mi juicio matizable. Cuando el profesor RUBIO LLORENTE afirma que tales ayudas *sólo pueden adoptarse en virtud de Ley*, no ha de entenderse que con ello se niega toda virtualidad al reglamento, aunque aquí su espacio es sin duda más reducido. Recuérdese que la única previsión constitucional sobre ayudas públicas en el capítulo II es la contenida en el artículo 27.9, que establece que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". A estos *requisitos*, es decir, a los elementos más esenciales, se restringe la reserva, en cuanto afectan directamente a la efectividad de los derechos garantizados¹²³.

Si lo dicho hasta ahora se ha referido específicamente a las ayudas a *instituciones* titulares de derechos constitucionalmente garantizados, o con relevancia constitucional para la efectividad de los mismos, en mi opinión, en lo relativo a las ayudas a la actividad económica privada, la cobertura legal *ex*

¹²²Hacen referencia a este voto particular MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Subvenciones al ejercicio de libertades...* cit., p. 407; FERNÁNDEZ FARRERES, G., *De nuevo sobre la subvención...* cit., p. 64; HERRERO SUAZO, S., *Régimen jurídico...* cit., p. 167; GIMENO FELIÚ, J. M., *Legalidad, transparencia, control...* cit., p. 168; ALBAÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Criterios constitucionales...* cit., p. 207.

¹²³En el artículo 27.9 se fundó la sentencia del TS de 24 de enero de 1985 para anular algunos preceptos de tres OOMM del Ministerio de Educación y Ciencia de 16 de mayo de 1984, por las que se regularon las subvenciones estatales a centros privados de Formación Profesional de Primer Grado y de Segundo Grado, y a los de EGB, para el curso 1984-85. En esa ocasión manifestó el Alto Tribunal que "los requisitos que los centros docentes han de reunir para que los ayuden los Poderes públicos, es materia reservada a la Ley...", vedándose aquí el establecimiento "nuevas exigencias, como alguna de las examinadas, que necesariamente supongan poner obstáculos o coartar y hasta impedir de hecho el pluralismo educativo institucionalizado por la Constitución". Vid. el comentario a esta sentencia en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., op. cit. ult.

b) El resto de actuaciones auxiliaadoras; en especial, las referidas a los principios rectores de la política social y económica

Un ámbito importante de ayudas públicas no afectan a aquellos derechos y libertades. Comparto, en relación a éstas, el criterio de BAÑO LEÓN de que perfectamente "podrán ser objeto de reglamento independiente"¹²⁹.

Cabe hacer una referencia especial al capítulo III de título I de la Constitución en el que se recoge un elenco de derechos de los ciudadanos, y se insta a los poderes públicos, paralelamente, a emprender actuaciones positivas para su efectividad, lo que no pocas veces atenderán mediante la concesión de ayudas públicas. Permaneciendo fuera del ámbito de reserva legal del artículo 53.1, pocas dudas quedan sobre la posibilidad del establecimiento de políticas de ayudas en estos ámbitos por vía reglamentaria, sin perjuicio de que el legislador crea oportuno -como así ha ocurrido¹³⁰- preveer o regular, con mayor o menor

Administración deo que inciden de forma clara en los derechos de libertad de empresa y de igualdad, de lo que se deriva ya su sometimiento al principio de legalidad" (p. 167), sostiene que "debe destacarse la importancia de la actual regulación de este tipo de medidas, que encuentra su *concreta cobertura legal* en la LGP" (p. 169). No me parece congruente imponer una habilitación legal específica en razón de afectación a la libertad de empresa, y después calificar como tal la que aporta la LGP -que se limita a preveer unas normas genéricas, aplicables a cualesquiera ayudas, sobre la competencia para la convocatoria, obligaciones del beneficiario, requisitos procedimentales, e infracciones y sanciones-.

¹²⁹BAÑO LEÓN, J. M., op. cit., p. 221. "Es perfectamente comprensible -dice también- que la Constitución haya decidido someter determinadas subvenciones a la reserva de ley y otras no. La reserva de ley a los beneficios tributarios no ha de implicar el mismo tratamiento para las restantes ventajas patrimoniales" (p. 218).

¹³⁰Por ejemplo en materia de ayudas para la adquisición de viviendas de protección oficial, etc. Vid. DÍAZ LEMA, J. M., op. cit. ult., p. 72.

detalle, las concretas medidas de apoyo público para la efectividad de estos derechos, dejando con ello diversa operatividad al reglamento.

B. Principios de cooperación y coordinación

En cuanto vivimos en el seno de un Estado compuesto, con pluralidad de poderes públicos autónomos -como advertimos en el capítulo anterior-, la dispensación de ayudas públicas desde las distintas instancias territoriales obliga, si no se quieren hacer estériles los propósitos de consecución de un mercado único para todo el ámbito nacional -en definitiva como una consecuencia del principio de igualdad en su vertiente territorial, al que ya nos referimos, y del principio de eficacia- al establecimiento de cauces de colaboración entre aquellas instancias y, en última instancia, al sometimiento de esta actividad a un principio de coordinación. Se trata de un elemental principio formal, sin perjuicio de sus connotaciones materiales.

1. Precisiones conceptuales en la jurisprudencia del TC y en la doctrina: colaboración, cooperación y coordinación

Sobre los conceptos de colaboración, cooperación y coordinación son ya abundantes las referencias de nuestro TC -cuyas apreciaciones en este punto,

después de algunas vacilaciones e imprecisiones iniciales¹³¹, entiendo ahora intachables- y los estudios doctrinales¹³² -en este caso, no del todo unánimes, pero que nos excusan aquí de un mayor detenimiento-. En general, el acuerdo es prácticamente unánime¹³³ en juzgar como términos sinónimos los de colaboración y cooperación¹³⁴, principio éste "al que la propia estructura territorial del Estado necesariamente aboca"¹³⁵, y que se erige, por tanto, en el

¹³¹Que fueron puestas de manifiesto por CRUZ VILLALÓN, *La doctrina constitucional sobre el principio de coordinación*, en **Comunidades Autónomas e instrumentos de cooperación interterritorial** (coord. CANO BUESO), Parlamento de Andalucía-Tecnos, Madrid, 1990, p. 119.

¹³²Amén de otros trabajos, algunos de los cuales serán aquí citados, me parece oportuno destacar la monografía de MENÉNDEZ, P., **Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial**, Cívitas-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1993. Igualmente, vid. ALBERTI ROVIRA, E., **Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana**, CEC, Madrid, 1983; JIMÉNEZ BLANCO, A., **Las relaciones de funcionamiento entre el poder central y los entes territoriales. Supervisión, solidaridad, coordinación**, IEAL, Madrid, 1985.

¹³³Mantiene, aisladamente, diferencias de matiz FAJARDO SPÍNILA, para quien la cooperación "la contribución de cada cooperante es igualmente importante y necesaria para el resultado que se aguarda, sin que quepa calificar a una de principal y la otra de accesoria", lo que no ocurre, a su juicio, en la colaboración; vid. *La coordinación de las administraciones públicas*, REALA, nº 255-256, 1992, p. 740.

¹³⁴Vid., entre otros, MENÉNDEZ, P., op. cit., p. 175, MENÉNDEZ REXACH, A., **Los convenios entre Comunidades Autónomas**, IEAL, Madrid, 1982, p. 70. El TC lo entiende así de manera indubitada: "esa articulación orgánica del principio de colaboración, o más precisamente, del principio de cooperación interadministrativa..."; vid. STC 214/1989, de 21 de diciembre, F.J. 20, e.

¹³⁵Vid. STC cit. ult. Ya había expresado este Alto Tribunal -y en esta importante sentencia lo reitera- que "la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en que se apoya la organización territorial del Estado constitucionalmente establecida implica la creación de instrumentos que permitan articular la actuación de las diversas Administraciones Públicas" (entre otras STC 76/1983, de 5 de agosto, F.J. 13)

Sobre él dice la Exposición de Motivos de la LRJAP y PAC : "La eficacia en el resultado de la actuación de esa realidad plural y compleja que son las Administraciones Públicas, hace que la cooperación entre ellas resulte un principio activo, no sólo deseable, sino indispensable a su funcionamiento. La cooperación es un deber general, *la esencia del modelo*

principio que preside las relaciones que se entablan entre las distintas entidades territoriales. Lo cual no es obstáculo para que, dentro de este principio básico sean aislables diversas técnicas diferenciables al arbitrar las distintas relaciones - razón por la cual es más usual en la doctrina¹³⁶ y la jurisprudencia constitucional¹³⁷ referirse a éste como *principio general de colaboración*- . De esta manera, dentro de tal principio, se ha distinguido por la mayoría, con el refrendo del Constitucional, entre las técnicas de *cooperación* y de *coordinación*. Así se expresó el TC en su sentencia 214/1989, ya citada:

"Si bien tanto unas como otras técnicas se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones en derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alerar en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de de las competencias propias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y efectos de unas y otras no son equiparables. La *voluntariedad* en el caso de la cooperación frente a la *imposición* en la coordinación -ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado- es, por si

de organización del Estado autonómico, que se configura como un deber recíproco de apoyo y mutua lealtad que no es necesario que se justifique en preceptos concretos porque no se puede imponer, sino acordarse, conformarse o concertarse, siendo el principio que, como tal, tiene que presidir el ejercicio de competencias compartidas o de las que se ejercen sobre un mismo espacio".

¹³⁶MENÉNDEZ, P., op. cit., p. 156, ALBERTI ROVIRA, E., en AJA, E. et al., **El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas**, Tecnos, Madrid, 1985, p. 394; también, del mismo autor, *Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, REDC, nº 14, 1985, p. 139.

mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas" (F.J. 20, e)¹³⁸.

Es el momento de hacer algunas precisiones: en primer lugar, la cooperación, entendida ahora en el sentido estricto, constituye "por así decirlo, la regla general", como vía adecuada para hacer efectivo el equilibrio entre autonomía y unidad. Su utilización "evitará en algunos casos la posible utilización de las técnicas coordinadoras"¹³⁹. Como consecuencia de lo anterior, las potestades de coordinación revisten "un carácter residual o excepcional"¹⁴⁰;

¹³⁷V. gr. STC 76/1983, de 5 de agosto, que habla del "principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades (F.J. 11).

¹³⁸Más recientemente, entre otras, vid. STC 331/1993, de 12 de noviembre: "este Tribunal ha distinguido entre coordinación y cooperación, declarando al respecto que la diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación (...) encuentra una adecuada expresión en la LRBRL, que junto a los artículos 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, en los artículos 10.2, 59 y 62, se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas" (F.J. 5) -aunque advierte antes "los artículos 58 y 59 no constituyen precisamente un ejemplo de buen cumplimiento de la exigencia de claridad y precisión"-.

En este sentido, vid., el dictamen del Consejo de Estado nº 52.742, de 29 de diciembre de 1988, en el que puede leerse "efectivamente el deber de colaboración interadministrativa puede discurrir por los cauces de la coordinación o bien de la cooperación; en ambos casos conlleva la concurrencia, aquí organizativa, de sujetos dotados de poderse autónomos, a fin de satisfacer ciertas exigencias de armonización para el logro común de fines determinados, sin que en el caso de la cooperación a diferencia del de la coordinación intervenga un principio de primacía, ni por lo tanto la atribución a un ente de potestades de vigilancia, control o dirección respecto al otro" (**Recopilación de doctrina legal. Consejo de Estado. 1988**, nº 30, p. 130).

¹³⁹FONTANA PUIG, A., *Las relaciones interadministrativas en la LRBRL*, **REALA**, nº 235-236, 1987, p. 661. Afirma, más adelante que "la Ley 7/85 intenta constreñir las técnicas de cooperación porque es consciente que la coordinación en cierto sentido supone una alteración competencial" (p. 667).

¹⁴⁰MENÉNDEZ, P. afirma que "su empleo sería legítimo tan sólo en aquellos casos en que las técnicas de cooperación o 'coordinación voluntaria' (...) resulten insuficientes para alcanzar a

las relaciones de coordinación requieren, como premisa, las de colaboración o cooperación entendidas en sentido amplio, que se erigen -en palabras del TC- en "un prius tanto lógico como jurídico"¹⁴¹. Ha de advertirse, en segundo lugar, que no es fácil establecer una línea divisoria entre cooperación y coordinación. Es claro que la autonomía de los entes territoriales menores hace prioritarios -e irrenunciables- las técnicas de cooperación, ajenas a una connotación impositiva, que han de institucionalizarse convenientemente¹⁴²; pero sobre en esas mismas relaciones de colaboración pesa, en variadas materias, en última instancia, la competencia coordinadora -impositiva- reservada al Estado. Quizá por ello el constituyente optó por no sancionar expresamente el principio de colaboración, por entender que *se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución*¹⁴³, mientras que sí prevé en otras ocasiones, reservándola en exclusiva al Estado, las competencias de coordinación (merece mención especial su competencia para establecer "las bases y coordinación de la planificación general de la actividad

'coherencia de la actuación de las Administraciones Públicas' que pregonan el artículo 59.1 de la LRBRL" (también el artículo 5.1 de la LRJAP y PAC). Vid. op. cit., p. 188.

¹⁴¹"...pues sin *colaboración* de los entes a *coordinar*, ninguna coordinación es posible" continúa el TC en su sentencia 32/1983, de 28 de abril, aseveración que me parece acertada, aunque para MENÉNDEZ, P. sea muestra de la "ambigüedad o imprecisión en la utilización de las distintas expresiones" (op. cit., p. 171).

¹⁴²Lo que ha pretendido el legislador al redactar el Título primero de la LRJAP y PAC, sin perjuicio de lo previsto antes en la Ley de Proceso Autonómico (vid. ALBERTÍ ROVIRA, E., *Relaciones entre las Administraciones públicas*, en **La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**, dir. LEGINA VILLA, J. y SÁNCHEZ MORÓN, M., Tecnos, Madrid, 1993, p. 41). Prevé el establecimiento de conferencias sectoriales, convenios de colaboración y consorcios. Vid. *Las conferencias sectoriales y los consorcios en las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, en **Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración**, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993, p. 41.

económica" -artículo 149.1.13^a-, amén de variadas referencias en otras materias a tal potestad). Es decir, en los mecanismos de conexión -pensamos ahora particularmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas- confluirán con normalidad relaciones de cooperación y de coordinación, sin perjuicio de la opción por el acuerdo de base voluntaria.

No obstante, no existe acuerdo en la conceptualización y las consecuencias que se derivan de la potestad de coordinación. Algunos mantienen lo que se ha denominado un concepto *material* de coordinación, de tal manera que se ejercicio "lleva aparejada una cierta imposición coactiva por parte del órgano o ente coordinante"¹⁴⁴, lo que implica una limitación de la autonomía del ente coordinado. Junto a esta postura, otros mantienen una concepción *formal* de la coordinación, que la entiende como un mero método de actuación, consistente en el establecimiento de un procedimiento de participación de ambas instancias en la determinación de los objetivos y medios, sin modificar en nada la atribución competencial material¹⁴⁵. En realidad, me parece ponderada, en esta cuestión, la visión de GARCÍA DE ENTERRÍA para quien las técnicas de coordinación (cuya instrumentación, frente a la determinación de bases, frecuente en la Constitución, se realiza mediante medios no normativos) desembocan, o bien en

¹⁴³STC 18/1982, de 4 de mayo, F.J. 14; se trata de la primera sentencia en que se hace mención expresa al deber de colaboración.

¹⁴⁴MENÉNDEZ, P., op. cit., p. 173. Vid., igualmente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, REVL, nº 201, 1979, p. 20; o SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos...* cit., para quien "en la coordinación, en cambio, el ente superior hace uso de su posición de supremacía para lograr autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes territoriales menores con el interés superior que aquél defiende" (p. 939).

¹⁴⁵MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público...* cit., p. 573; ALBERTÍ ROVIRA, E., *El sistema jurídico...* cit., p. 401.

una simple coordinación formal -que tiende normalmente a buscar acuerdos consentidos o "autocoordinación"- o bien en una coordinación material, que supone un *cierto poder directivo de operaciones globales por parte de la unidad superior*¹⁴⁶.

2. La coordinación como límite a las competencias autonómicas. Su proyección en materia de ayudas públicas

Hemos dicho que en algunos casos la Constitución reserva expresamente al Estado la competencia de coordinación, señaladamente en materia de "planificación general de la actividad económica"¹⁴⁷. En estos "el ejercicio de la misma (...) actúa como *límite de la plenitud competencial* de las Comunidades Autónomas (asegurando así) la acción conjunta, la información recíproca y la maximización de la eficacia". Así se expresó el TC -y resulta incuestionable- en la sentencia 80/1985, de 4 de julio (F.J. 2º). Continúa su razonamiento poniendo de manifiesto que cuando el Estado carece de

¹⁴⁶GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistema de relaciones*, RAP, nº 100-102, vol. I, p. 269; también en **Estudios sobre Autonomías territoriales**, Cívitas, Madrid, 1985, p. 345.

¹⁴⁷Me parece acertado lo escrito recientemente por MORELL OCAÑA, L. sobre la competencia de coordinación del Estado sobre la actividad económica al amparo del artículo 149.1.13ª: "La coordinación, en este caso, constituye una prolongación o añadido a las competencias con que el Estado cuenta en esta materia: bases y planificación de la economía, más las bases referidas a materias concretas, pero incardinables en el marco de la economía. La coordinación queda, sobre todo, referida a la dirección de la política económica. La jurisprudencia constitucional fundamenta en esta competencia de coordinación una amplia gama de medidas que, incluso, son en ocasiones formas de control"; vid. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. i., Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 268.

competencia para la coordinación general (ha de entenderse que estamos ante competencias exclusivas, como era el caso entonces enjuiciado, referido a la agricultura) persiste el deber general de colaboración, "que no es preciso justificar en preceptos concretos" -reitera lo dicho desde la sentencia 18/1982-, en cuyo caso, so pena de incurrir en una extensión indebida de las competencias estatales, "no puede tratar de imponerlo mediante la adopción de medidas coercitivas".

Entiendo que esta doctrina requiere algunas matizaciones, a la luz de la propia Constitución y de los criterios sentados por su intérprete autorizado, el TC. Como ha escrito PÉREZ CALVO "la Constitución contiene unos principios que constituyen unos límites jurídicamente infranqueables frente a las actuaciones que pongan en peligro valores que la Constitución considera esenciales"¹⁴⁸, básicamente, la unidad de mercado y en último término, la igualdad de todos los españoles. El TC, en relación a las competencias exclusivas, ha precisado que éstas no pueden entenderse con un carácter ilimitado o absoluto, pues "autonomía no equivale a soberanía, ya que incluso las competencias exclusivas han de situarse siempre dentro del marco constitucional"¹⁴⁹. Es de destacar, en este sentido la previsión constitucional del artículo 156.1, conforma al cual "las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con

¹⁴⁸PÉREZ CALVO, A., *Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas*, **REALA**, nº 235-236, 1987, p. 470.

¹⁴⁹STC 69/1982, de 23 de noviembre. No obstante lo dicho, algunos recelan en todo caso de la imposición unilateral del Estado; vid. RUIZ RUIZ, F., *El acuerdo en materia de ayudas públicas y las modalidades de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito comunitario europeo*, **REE**, nº 4, 1993, p. 37.

arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles".

¿Qué concluimos de lo dicho en relación a la potestad dispensadora de ayudas, aun en materias de competencia exclusiva autonómica? Sencillamente, que respetada la distribución competencial diseñada por la Constitución y, con ella, "la variedad consentida y consustancial con el sistema de autonomía" -a la que nos referimos en el capítulo anterior, con palabras de MUÑOZ MACHADO- el Estado retiene una competencia coordinadora general -como subsidiaria a la colaboradora- en materia de estímulos económicos, cuando aquella variedad razonable resulte sobrepasada, para lo que ha de tener atribuidos poderes de control suficientes¹⁵⁰. La solución no ha de diferir mucho de la instaurada en el seno de la Comunidad Europea: nadie duda de las competencias económicas nacionales, pero esa elemental autonomía, consecuencia de la soberanía de los Estados, obliga a una labor de control -en definitiva de coordinación imperativa- desde las instancias comunitarias, sólo acometidas tímidamente en el entramado

¹⁵⁰AYMERICH CANO, C., *La acción de fomento...* cit., p. 109. En este mismo sentido, aunque refiriéndose a la actividad financiera de las Comunidades Autónomas en general, URETA, J. C., apreciaba que, sin perjuicio del respeto a la *autonomía* de las Comunidades Autónomas, ha de salvarse "la unidad *básica*, institucional, de la *actividad financiera* de todos los poderes públicos, en el sentido de que tal actividad financiera, tanto en el plano del ingreso como en el del gasto, tiene como guía el interés general, cuya apreciación se puede hacer a diversos niveles territoriales, pero en el fondo siempre desde la visión del interés general de la nación española. En suma, una vez más, se trata de que la gestión del gasto, aunque se lleve a cabo por una Comunidad Autónoma, *interesa a todos* los ciudadanos y poderes del resto del Estado" (Vid. *El poder de gasto de las Comunidades Autónomas: elementos que lo componen y modalidades de control en el Estado de Autonomías*, RAP, nº 97, 1982, p. 386). Recuérdese, específicamente sobre las subvenciones de las autonomías, en el marco de la unidad de mercado nacional, las palabras del profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en el sentido de que "el Estado no puede permitir que las Comunidades Autónomas ejerzan la actividad subvencional según su libre albedrío, sin dar cuenta a nadie y con cualquier intensidad y dirección" (*Las Administraciones públicas...*, cit., p. 23).

interno de nuestro país con la aprobación del artículo 19 de la Ley de Defensa de la Competencia, al que ya nos hemos referido.

C. Principios de publicidad, concurrencia y objetividad

Aunque estamos principios teóricamente diferenciables, constituyen todos ellos la instrumentación formal del principio de igualdad¹⁵¹, pues éste exige la transparencia en las actuaciones públicas de ayuda y, en último término, en lo que aquí nos interesa, la objetividad en la asignación de los recursos, como único medio para la satisfacción del interés público, fin último de toda actuación pública. La exigencia de objetividad, como bien apunta el profesor MORELL OCAÑA, "queda conectada a una actitud de búsqueda y consecución de *lo justo*"¹⁵². En puridad, por tanto, estamos ante una regla de carácter sustantivo, o mejor aun, como dirá MORELL, que "se coloca por encima de esas reglas de fondo y rige la conexión o vinculación a ellas de la autoridad o agente administrativo: establece, hay que subrayarlo, *la actitud con que han de entenderlas y aplicarlas*"¹⁵³.

¹⁵¹En este sentido dice ARRANZ SÁINZ, A., refiriéndose específicamente al principio de publicidad, que se trata de "una manifestación más del principio de igualdad, en este caso frente a la Administración"; vid. **La gestión de las subvenciones**, cit., p. 76. En el mismo sentido vid. PASCUAL GARCÍA, J., **Régimen jurídico...** cit., p. 123.

¹⁵²MORELL OCAÑA, L., *El principio de objetividad en la actuación de la Administración Pública*, en **La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez**, vol. I, Cívitas, Madrid, 1993, p. 157.

Como consecuencia de esta objetividad en la atención a los intereses generales, constitucionalmente impuesta (artículo 103), como contención de la discrecionalidad administrativa y proscripción de actuaciones subjetivas, se impone la fijación previa de los criterios de valoración; y a su servicio se sitúan los principios formales de publicidad y concurrencia, ahora consagrados legislativamente en el artículo 81.6 de la LGP: "las subvenciones a que se refiere la presente sección se otorgarán bajo los principios de publicidad, concurrencia y objetividad"¹⁵⁴.

IV. PRINCIPIOS IMPUESTOS POR LA PERSPECTIVA JURÍDICO-COMUNITARIA

A. Punto de partida: hacia un derecho administrativo europeo

En los últimos años viene hablándose de un "derecho administrativo europeo", aunque sus premisas se remontan a un trabajo de Jean RIVERO datado en 1978¹⁵⁵. Sin embargo, es generalmente reconocido que el jurista que ha

¹⁵³Ibid. p. 155.

¹⁵⁴No nos detendremos en normativa procedimental en que se concretan estos principios. Puede consultarse para ello los trabajos citados de PACUAL GARCÍA, J., op. cit. ult. pp. 124 y ss.; ARRANZ SÁINZ, A., op. cit., pp. 75 y ss.; GIMENO FELIÚ, J. M., op. cit., p. 172; LAFUENTE BENACHES, M., op. cit.

¹⁵⁵*Vers un droit commun européen: nouvelles perspectives en droit administratif*, publicado en **New perspectives for a common law in Europe**, Publications of the European University Institute, vol. I, Firenze, 1978, p. 389.

trabajado más sistemáticamente en la materia es el alemán Jürgen SCHWARZE¹⁵⁶.

Ha escrito el insigne profesor que "en el caso de comunidades estatales más estrechas, que presentan un estructura política, cultural, social y económica esencialmente idéntica, las apuestas de unificación supranacional de derecho público deberían ser muy favorables. En cuanto que estas condiciones son actualmente cumplidas en lo esencial en el seno de la Comunidad Europea y del Consejo de Europa, parece justificado esperar que las premisas de un *ius commune* paneuropeo podrían también desarrollarse en el ámbito del derecho público"¹⁵⁷. No en vano -como también apunta SCHWARZE- los sistemas de derecho administrativo de los Estados miembros de la Comunidad reposan sobre unas convicciones políticas y jurídicas comunes, en las que la limitación y el control de la acción administrativa por el derecho -*rule of law*, *Rechtsstaat* o *principe de légalité*- se erige en el primer objetivo¹⁵⁸. El método comparativo se erige,

¹⁵⁶De esta opinión es FLOGAÏTIS, S., *Droits fondamentaux et principes généraux du droit administratif dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, REDP/ERPL, nº 8, vol. 4, nº 2, 1992, p. 291. Ya hemos citado la gran obra de SCHWARZE en dos volúmenes **Europäisches Verwaltungsrecht** (Derecho Administrativo Europeo) publicada en 1988.. Ha publicado más tarde *Tendences vers un droit administratif européen*, RTDE, 1993, P. 235; igualmente *Tendences vers un droit administratif commun en Europe*, en **El desenvolupament del dret administratiu europeu**, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1993.

¹⁵⁷SCHWARZE, J., **Droit Administratif Européen**, cit., vol. I, p. 102.

¹⁵⁸Op. cit., p. 105. Si bien la especialidad del *administrative law* británico es pacíficamente reconocida, con sus peculiares procedimientos y categorías conceptuales, frente al derecho público continental, de inspiración francesa, también es admitido el paralelismo de soluciones. Resulta particularmente ilustrativo el estudio comparativo que FLOGAÏTIS hace en su libro **Administrative law et droit administratif**, LGDJ, París, 1986. Como RIVERO escribe en su *préface* "la conceptualización diferente, pero la misma problemática -la conciliación de la autoridad necesaria para la acción administrativa con la protección de los ciudadanos contra la arbitrariedad- impone el paralelismo de soluciones" (p. 18). Vid., en nuestra doctrina,

entonces, en el instrumento que ha de servir para el surgimiento de un derecho administrativo europeo, más allá de las evidentes influencias recíprocas entre el derecho comunitario y los derechos nacionales¹⁵⁹.

Partiendo de la premisa del análisis del derecho comparado -de la legislación, la jurisprudencia, y la doctrina de los Estados miembros- como fundamento para la creación de este derecho administrativo europeo¹⁶⁰, ha de reconocerse que la configuración del mismo como un auténtico *ius commune* pasa por la fijación de unos principios generales, propios y autónomos, con virtualidad tal como para imponerse, llegado el caso, a los peculiares de cada derecho nacional¹⁶¹. Y no cabe duda que en esta labor de constitución y afianzamiento de

PARADA VÁZQUEZ, J. R., **Derecho Administrativo**, vol I, Marcial Pons, 8ª ed., Madrid, 1996, pp. 24-28 y más extensamente, ALONSO GARCÍA, R., **Derecho Comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo**, Cívitas, Madrid, 1989, pp.238 y ss.

¹⁵⁹Dice SCHWARZE: "De una parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tienen en cuenta los principios admitidos en los derechos nacionales cuando ésta aflota los principios generales del Derecho comunitario. De otra parte la síntesis operada por el Derecho comunitario repercute de vuelta sobre el Derecho administrativo nacional". Vid. op. cit. ult. p. 106.

La constitución de un auténtico Derecho administrativo europeo supone un *plus* a esta influencia recíproca. En este sentido la revista francesa **L'actualité juridique. Droit Administratif** ha publicado en junio de 1996 un número especial con la rúbrica *Droit Administratif et Droit Communautaire* cuyo subtítulo es *Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen: le données du debat contemporain*.

¹⁶⁰Tempranamente manifestó el Tribunal de Justicia en la sentencia Stauder, de 17 de diciembre de 1970 que "la salvaguarda de estos derechos (fundamentales) en tanto se inspiran en ellos las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, deben ser asegurados en el cuadro de la estructura y de los objetivos de la Comunidad. Rec. 1970, p. 1135.

¹⁶¹En este sentido ha escrito PAPADOPOULOU que "un principio no debe necesariamente existir en el derecho de todos los Estados miembros para ser tomada en consideración por el Tribunal de Justicia". Cita la doctrina sentada por el Abogado General Roemer en sus conclusiones en el asunto Zuckerfabrik Schöppenstedt (Sentencia de 2 de diciembre de 1971, Rec. p. 991) según el cual "a pesar del hecho de que todos los Estados miembros no conozcan el principio de responsabilidad de los poderes públicos en razón de los actos normativos que

tales principios el papel esencial ha correspondido al Tribunal de Justicia de las Comunidades¹⁶².

B. Derecho europeo de la competencia: el principio general de incompatibilidad de las ayudas nacionales y sus excepciones

Dice FLOGAÏTIS, y es lo congruente con la naturaleza originaria -y aun en su estadio actual- de la Comunidad, que "el ámbito del derecho de la competencia es un ámbito privilegiado para la búsqueda de unos principios del derecho administrativo europeo"¹⁶³. En realidad, la básica homogeneidad de los sistemas económicos de los Estados miembros, en torno al sistema de economía de mercado (vid. capítulo anterior), debería revelar, en todos ellos, un similar tratamiento, por fuerza restrictivo, de las medidas de apoyo público a sus economías. La Comunidad optó en su momento por asumir una política propia

dicten, ha de reconocerse que este principio figura entre los elementos constitutivos del derecho comunitario, puesto que es ampliamente generalizado". Vid. op. cit., p. 26.

¹⁶²Ha escrito ALONSO GARCÍA, R. que "lo que sí importa destacar es que tales categorías generales y técnicas jurídicas de concreción se presentan como absolutamente necesarias para ir configurando un cuerpo de derecho público destinado a regir la actividad de la Comunidad, y que ante posibles carencias o insuficiencias normativas, es el TJCE el encargado de ir configurándolas", vid. op. cit., p. 237.

En este sentido se han destacado por la doctrina varias sentencias dictadas por el Tribunal en el año 1989 (comentadas por FLOGAÏTIS en *Droit fondamentaux...*cit) en las codifican del modo mejor y más claro unos principios y unos conceptos elaborados desde tiempo atrás, aunque de un modo esporádico por la jurisprudencia comunitaria. Se trata de las sentencias Dow Benelux NV c. Comisión, de 17 de octubre de 1989, as. 85/87, Rec. p. 3137; Dow Chemical Iberica, SA y otros c. Comisión, de la misma fecha, as. 97 a 99/87, Rec. p. 3165; Orkem c. Comisión, de 18 de octubre de 1989, as. 374/87, Rec. p. 3283; y sobre todo Hoechst AG c. Comisión, de 21 de septiembre de 1989, as. 46787 y 227/88, Rec. p. 2859.

sobre las ayudas, coherente con su filosofía económica, y ha arbitrado unos mecanismos de garantía desconocidos desde los derechos nacionales. Con ello ha suscitado, en el seno de los Estados, un movimiento progresivo de toma de conciencia sobre la necesidad de regir y limitar de modo más adecuado estas actuaciones públicas, y ha forzado a innovaciones orgánicas, procedimentales y de reglamentación de fondo de los diferentes sistemas nacionales de ayuda pública (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, desde la perspectiva española¹⁶⁴).

La inspiración liberal y librecambista del Tratado CEE situó el problema de las ayudas estatales entre las cuestiones de libre competencia, y determinó el establecimiento, en el artículo 92, de un principio general de incompatibilidad de las mismas con el mercado común. El régimen se inscribe, en buena lógica, en una sistemática de *integración económica de carácter negativo*, tendente a eliminar comportamientos de los Estados que puedan suponer obstáculos a la competencia a nivel comunitario.

Aunque redactado en un período de expansión en que las ayudas tenía una importancia práctica menor que hoy, el propio Tratado admitió ya que la prohibición de auxilios nacionales no podía tener carácter absoluto¹⁶⁵, con lo que estableció -como necesaria corrección a las deficiencias del puro mercado- un sistema de excepciones, cuyo control confió a la Comisión. Bien apunta

¹⁶³Ibid. p. 293.

¹⁶⁴MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif espagnol*, cit., p. 123.

¹⁶⁵Según estableció el Tribunal de Justicia en la sentencia "Steinike & Weinlig", de 22 de marzo de 1977, ya citada, la prohibición del apartado 1 del artículo 92 (que por otra parte comienza con una fórmula condescendiente, "salvo que el presente Tratado disponga otra cosa") no es *ni absoluta ni incondicional*; vid. apartado 8, Rec. p. 610).

MATTERA que una política económica moderna difícilmente se concibe sin una intervención de los poderes públicos a favor de las empresas económicas, dirigida a favorecer su reactivación o reestructuración, potenciar regiones desfavorecidas, compensar coyunturas desfavorables o eventos calamitosos¹⁶⁶.

En definitiva, y sin perjuicio de la básica orientación hacia una integración negativa, es necesaria una intervención activa, de la Comunidad y de los Estados, que persiga una *integración positiva*, y que pueda servir precisamente para restablecer la igualdad de condiciones sobre el mercado¹⁶⁷. A este fin responden las excepciones previstas en el Tratado al régimen general de las ayudas nacionales del apartado 1 del artículo 92¹⁶⁸, además de las propias

¹⁶⁶MATTERA, A., **El mercado único...** cit., p. 88: "Por otra parte, la necesidad de diseñar una estrategia adaptada a las exigencias económicas y sociales de los tiempos modernos ha conducido a todos los Estados miembros (...) a desarrollar sistemas de ayuda en aras a la consecución de las finalidades mencionadas".

La Comisión resalta de esta manera el papel que pueden desempeñar las ayudas de Estado: "pueden contribuir al crecimiento económico y a la adaptación de las estructuras industriales a los cambios de las condiciones del mercado, así como al desarrollo regional, a la mejora de las condiciones sociales que resultan de las modificaciones económicas y de la situación de empleo en un país determinado". Vid. **Douzième Rapport sur la politique de concurrence** (1982), n° 158, p. 113.

¹⁶⁷Vid. GRABITZ, E., *Réglementation nationale des aides aux entreprises et droit communautaire*, en **Interventions publiques et...** cit., p. 74.

¹⁶⁸El Tratado distingue entre ayudas que se consideran compatibles *per se* con el mercado común (apartado 2 del artículo 92) y las que pueden considerarse compatibles (apartado 3).

"Serán compatibles con el mercado común -dice el apartado 2-:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división".

intervenciones comunitarias por vía de ayudas. Así, se pone de manifiesto en el *Decimoprimer Informe sobre la política de competencia* la "relación estrecha entre la política de la Comisión con relación a las ayudas de los Estados miembros y la aplicación de instrumentos comunitarios propios en este

La compatibilidad de principio implica que la Comisión carece aquí del "amplio poder de apreciación" -por usar la expresión del juez comunitario- para estimar la oportunidad a nivel de la Comunidad de la medida proyectada por el Estado. Pero esto no supone que las ayudas subsumibles en estos supuestos queden substraídas al control de la Comisión, que habrá de verificar en todo caso si los Estados han interpretado correctamente las condiciones que deben concurrir para ser consideradas ayudas compatibles.

Habida cuenta de que la primera categoría tiene por beneficiarios a los consumidores, que no se constituyen en empresa -con lo que se ha dicho (LEANZA, MATTERA) que no entran en las prescripciones del artículo 92-, y que la última, que podría justificarse en 1958 por razones históricas, ha perdido hoy todo su sentido, el mayor interés de este apartado 2 se centra en la letra b), de lo que nos ocuparemos en la parte final de nuestro trabajo.

En cuanto a las ayudas que pueden ser consideradas compatibles, prevé el apartado 3 las siguientes:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sera anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común (...);

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios en la Comunidad en contra del interés común;

e) las demás categorías que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión."

Estas excepciones revelan problemas mucho más agudos, en razón tanto de la condiciones relativamente ambiguas en las cuales los Estados pueden recurrir a ellas, como del amplio poder de apreciación de que dispone a este respecto la Comisión europea.

Excede a los propósitos de nuestro trabajo un análisis más detallado de estas excepciones, sobre las que pueden encontrarse estudios minuciosos en las obras aquí citadas (particularmente vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas...*, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.-L., op. cit.). Además, haremos referencias a ellas más adelante al examinar el régimen de las distintas categorías de ayudas agrícolas nacionales.

ámbito"¹⁶⁹. La propia Comunidad -lo sabemos- tiene en el otorgamiento de ayudas un instrumento esencial para la ejecución de sus políticas (la PAC es el ejemplo más ilustrativo), que desempeñarán un papel esencial en aquella integración positiva, indispensable para la realización de los objetivos fundamentales de la Comunidad.

En esta línea, se ha dicho que "la incompatibilidad de las ayudas nacionales con el mercado común no entraña una prohibición sino un **control**" (CHEROT)¹⁷⁰. Ciertamente se instaura un sistema de control¹⁷¹, pero ello ha de entenderse sin perjuicio de la existencia y primacía del principio general de incompatibilidad de las ayudas nacionales con el mercado común, de tal manera que lo que ha de probarse es la presencia de factores que determinen la compatibilidad. Por ello no parece atinado el juicio de quienes pretenden hablar simplemente de un "principio de obligado sometimiento de las ayudas estatales al control y coordinación de la Comunidad", a la que correspondería conjugar los criterios de incompatibilidad y compatibilidad del modo más conveniente en cada caso a los intereses públicos comunitarios¹⁷². El propio CHEROT, después de superponer el principio de control a una pretendida prohibición de las ayudas,

¹⁶⁹COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES, **Onzième Rapport sur la politique de concurrence** (1981), Bruselas-Luxemburgo, 1982, p. 12.

¹⁷⁰CHEROT, J.-Y. que recoge BIANCARELLI en *Le contrôle de la Cour...* cit., p. 412.

¹⁷¹La propia Comisión ha dicho, en su **Douzième Rapport...** cit., que "si, en las circunstancias presentes, las ayudas que pueden ser consideradas como conformes al interés comunitario son más numerosas que en el pasado, el hecho es que la existencia de un sistema de control tiende, de suyo, a incitar a los Estados miembros a evitar proyectar medidas de ayuda que respondan sólo a imperativos nacionales" (pp. 113-114).

¹⁷²Es la opinión de BULLINGER, M., a quien cita MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **La ayuda estatal...** cit., p. 95.

mantiene que su *incompatibilidad de principio* con el Mercado común debe dejar lugar a ciertas excepciones. Es lo coherente con la función prioritaria del mercado en el sistema económico comunitario de la que no cabe dudar.

La preocupación de las instituciones comunitarias por las ayudas de los Estados -y con ello la litigiosidad frente a éstos¹⁷³- ha experimentado una extraordinaria intensificación en los últimos lustros, desde el comienzo de los años 80, que ha dado lugar a la publicación de comunicaciones y de directivas de la Comisión, al examen atento de las ayudas otorgadas y a la adopción de numerosas decisiones de la propia Comisión, además de una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta renovada preocupación queda de relieve vistos los términos en que la Comisión redactó en 1989 la "Primera encuesta sobre ayudas estatales"¹⁷⁴:

"La política comunitaria de ayudas de Estado desempeña un papel esencial, ya que no puede dudarse de que las ayudas estatales suponen a veces una importante traba a la libre competencia, pues no sólo impiden llevar a cabo la mejor asignación de recursos sino que su utilización produce los mismos efectos que las barreras arancelarias y demás formas de proteccionismo.(...) De hecho, la proliferación y el volumen de las ayudas estatales han alcanzado tal magnitud que, aun sujetas al

¹⁷³Vid. datos del **XXII Informe sobre política de competencia** (1992): entre 1981 y 1987 el número de notificaciones cursadas por la Comisión a los Estados miembros creció de 92 a 326 (nº 164).

¹⁷⁴Documento ya citado. Lo transcrito corresponde a la p. 1.

control comunitario, su repercusión no es en modo alguno desdeñable".

Analizados los resultados de la encuesta, en el siguiente "informe sobre política de competencia", la Comisión, después de advertir que "las ayudas de Estado serán uno de los pocos instrumentos proteccionistas a los que podrán recurrir los Estados miembros en sus intercambios comunitarios", convoca a *un proceso de reflexión en cooperación con los Estados miembros (...) con el fin de reorientar su política en este ámbito*¹⁷⁵, que había resultado un tanto laxa en la década de los 70. A partir de entonces, se hace un especial hincapié en el "**control riguroso**" de las ayudas nacionales con vistas a la entrada en vigor del mercado único¹⁷⁶.

Precisamente para instrumentar y dotar de seguridad al control comunitario de las ayudas de Estado, se han ido elaborando desde la Comunidad unas reglas o principios sobre la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de estas ayudas.

¹⁷⁵XIX Informe sobre política de competencia (1989), Bruselas-Luxemburgo, 1990, nº 119, p. 125.

¹⁷⁶Dirá en el XXII Informe sobre política de competencia, nº 17, p. 27: "La Comisión continúa ejerciendo un control muy riguroso de las ayudas estatales con vistas a la entrada en vigor del mercado único. En efecto, la Comisión considera que este mercado no tiene sentido si los obstáculos aduaneros y las demás restricciones comerciales, que van a ser totalmente eliminados, se sustituyen por un incremento de las ayudas".

C. Reglas o principios comunitarios sobre admisibilidad de las ayudas públicas nacionales

1. Interpretación restrictiva y necesidad de prueba

Siendo la regla general la incompatibilidad de las ayudas, las normas que establecen la admisibilidad de algunas de ellas, como excepciones que son, han de ser interpretadas restrictivamente, como ha puesto de manifiesto la Comisión¹⁷⁷ y confirmado el Tribunal de Justicia.

Además, corresponderá al Estado dispensador de la ayuda la carga de probar que se reúnen los presupuestos de que se hace depender su admisibilidad en cada caso; es decir, de justificar aquélla por el objeto legítimo que se pretende alcanzar.

2. Sometimiento a unos criterios generales de valoración

Además del sometimiento a unos requisitos procedimentales comunes, y sin perjuicio de que cada supuesto de excepción requiera sus propias

¹⁷⁷Expresamente en la Decisión sobre el asunto "Philip Morris" de 22 de julio de 1979 (punto III): "las excepciones al principio de incompatibilidad, recogidas en su artículo 92, párrafo 3, deben ser interpretadas restrictivamente, sobre todo en el sentido de que sólo pueden acogerse a las mismas las ayudas para las que la Comisión demuestre que, sin ellas, el juego del mercado, por sí solo, no permita lograr que las empresas beneficiarias adopten un comportamiento que contribuya a la consecución de uno de los objetivos contemplados por estas excepciones". Vid.

condiciones materiales, es posible detectar un denominador común en forma de principios o criterios generales de valoración, extraídos de las declaraciones o decisiones de la Comisión y refrendados por sentencias del Tribunal de Justicia. Describiremos brevemente los más importantes¹⁷⁸, habida cuenta, además, de que el análisis ya efectuado desde el prisma interno de los principios generales de la ayuda pública nos dispensa ahora de pormenores: en realidad los criterios de admisibilidad de la ayuda estatal en el contexto comunitario resultan mayormente una concreción de aquellos principios.

a) Justificación desde la perspectiva comunitaria

El principio general que impone una justificación específica a la actividad pública de auxilio económico (como a la empresarial o cualquiera otra) exige un juicio -nada fácil como sabemos- sobre su necesidad¹⁷⁹, juicio riguroso, restrictivo -como ya hemos indicado-, en cuanto supone aquí excepcionar el principio general de confianza en la libre competencia, que se concreta en el de incompatibilidad de las ayudas públicas con el sistema comunitario. Por eso, cuando las instituciones comunitarias justifican

sobre ello: MATTERA, A., op. cit. p. 107. Vid. igualmente, Decisión de 3 de mayo de 1989, DOCE L 394, de 30.12.89, punto IV, p. 2.

¹⁷⁸Puede consultarse particularmente: MATTERA, A., op. cit., p.106 y ss.; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: **La ayuda estatal...** cit., p. 97.

¹⁷⁹La Comisión ha defendido como uno de los principios básicos para que las ayudas no falseen la competencia en una medida contraria al interés comunitario el de que ésta "debe ser necesaria a la realización del proyecto en cuestión". Vid. **Douzième Rapport sur la politique de concurrence** (1982), Bruselas-Luxemburgo, 1983, nº 160, p. 115.

excepciones a aquel principio general han de hacerlo en base a los beneficios que compensatoriamente pudieran derivarse para el interés comunitario de la prestación de la ayuda.

De ahí que la propia Comisión, a partir de la Decisión "Philip Morris", haya desarrollado el concepto de *justificación compensatoria*, en el sentido de que "el beneficiario de la ayuda debe aportar una contribución que, yendo más allá de los efectos del juego normal de las fuerzas del mercado, debe facilitar la realización de los *objetivos comunitarios* enunciados en las excepciones del artículo 92, párrafo 3, del Tratado CEE"¹⁸⁰. Criterio éste confirmado por el Tribunal en la sentencia que enjuició la decisión citada: la ayuda debe encontrar una justificación específica en alguna de las causas previstas en el Tratado, y cuya evaluación ha de ser efectuada *en el contexto comunitario*¹⁸¹, de tal manera que la promoción de un interés estrictamente nacional se revela insuficiente para declarar admisible la ayuda.

¹⁸⁰COMISIÓN: **Dixième Rapport sur la politique de concurrence** (1980), Bruselas-Luxemburgo, 1981, nº 213, p. 159.

Sobre este principio, vid. ROBERTI, G. M.: *Le contrôle de...* art. cit., p. 407; o MATTERA, A: **El mercado único...** op. cit. p. 107-109, aunque éste prefiera analizar, como criterios de valoración distintos, los de "justificación compensatoria" y "perspectiva comunitaria".

¹⁸¹En este supuesto se evaluó el nivel de vida y de desempleo de la zona de Berger-op-Zoom tomando como referencia no el nivel medio nacional holandés sino el nivel comunitario. Lo que justificó el Tribunal alegando que "la compatibilidad de la ayuda en cuestión con el Tratado debe analizarse en el contexto comunitario y no en el de un sólo Estado miembro". De la sentencia "Philip Morris" ha dicho la Comisión en su *Dixième Rapport sur la politique de concurrence* que ha clarificado considerablemente la situación en lo que concierne a las ayudas de Estado en general (nº 216).

b) Principio de proporcionalidad

La dificultad que supone un "juicio de necesidad" de una ayuda para la consecución de un objetivo comunitario convierte la justificación de la medida proyectada, en gran parte, en una cuestión de proporcionalidad. Las excepciones sólo se justifican como tales en proporción a su necesidad para alcanzar los fines comunitarios que se persigan. Por eso, aunque la Comisión distinga, a la hora de determinar los factores que ha de tener en cuenta al enjuiciar los proyectos de ayudas, entre, por una parte, el hecho de que ésta deba ser necesaria para la realización de interés previsto y, por otra, que la modalidad de la ayuda resulte proporcionada a la importancia del objetivo preseguido¹⁸², que en puridad son conceptos diferenciables, en realidad bien puede afirmarse, con el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, que el principio de proporcionalidad es el constitutivo esencial de la causa legitimadora de la compatibilidad de las ayudas que la posean¹⁸³. Con palabras de la Comisión, se trata de ponderar la intensidad de la ayuda, su duración, el riesgo de transferir las dificultades de un Estado miembro a otro, el grado de distorsión de la competencia, etc., todo lo cual ha de resultar proporcionado a la importancia del objetivo perseguido con la concesión de aquélla.

Se desprende, además, del principio de proporcionalidad -como bien entiende MATTERA- que entre los diversos tipos de ayuda que pueden concederse, debe darse preferencia a aquellas que, por su 'forma', 'contenido' e

¹⁸²Así lo hace la Comisión en el **Douzième Rapport sur la politique de concurrence**, cit., nº 160, p. 115.

¹⁸³MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., op. cit. ult., p. 101.

'impacto', produzcan una menor perturbación en el funcionamiento del mercado común, al afectar lo menos posible a los intercambios y alterar, en menor medida, el libre juego de la competencia¹⁸⁴.

Ya en el *Premier Rapport* la Comisión se refirió a ciertos criterios, distintos de los analizados y válidos en general para todas las ayudas, cuyo respeto aseguraría "un mínimo de nocividad desde el punto de vista de la competencia" a la vez que garantizaría un máximo de eficacia en cuanto al desarrollo equilibrado de la Comunidad. Menciona los siguientes.

c) Carácter selectivo y viabilidad

De tal manera que sólo sean concedidas a empresas o a producciones cuyo desarrollo o reestructuración, teniendo en cuenta la evolución esperada del sector afectado, deje prever que aquéllas podrán, dentro de un plazo, afrontar con éxito la competencia.

¹⁸⁴MATTERA, A.; op. cit., p. 107. La Comisión se refirió a este extremo en su **Premier rapport sur la politique de concurrence** (1971), nº 165, p. 131 y 132: la ayuda debe "tomar una forma bien adaptada a los objetivos perseguidos y, entre las varias modalidades posibles, adoptar aquellas que afecten en menor grado la competencia intracomunitaria y el interés común."

d) Carácter temporal, incluso decreciente, de la ayuda, en cuanto ligada a una finalidad de desarrollo o reestructuración

En cuanto que destinadas a estimular el dinamismo de los agentes económicos, constituir una fuerte incitación a las adaptaciones necesarias. Por ello excluye, con carácter general, las ayudas puramente conservatorias, denominadas habitualmente como "de funcionamiento", no ligadas a programas de desarrollo o reestructuración¹⁸⁵.

e) Transparencia

Exigida en la mayor medida posible, para permitir a las instancias comunitarias apreciar fácilmente su incidencia exacta y su eficacia en relación a los objetivos designados; también para que los poderes públicos puedan medir mejor la carga que asumen y las empresas beneficiarias valorar su situación real.

Este principio de transparencia está ligado a las exigencias propias del mecanismo de control de las ayudas¹⁸⁶; para ejercer de manera eficaz la función

¹⁸⁵Para BLUMANN este elemento constituye, sin duda, el criterio central, sino exclusivo, de compatibilidad de las ayudas, resultado no solamente de la letra del artículo 92,3 -que en su letra a) se refiere a "ayudas destinadas a favorecer el *desarrollo* económico de regiones...; y en parecidos términos su letra c)- sino igualmente y sobre todo de la práctica de la Comisión a través tanto de decisiones individuales como de textos "cuasi-reglamentarios" por ella editados, lo que parece confirmado por la jurisprudencia del Tribunal. Vid. *Régime des aides...* cit., p. 729.

¹⁸⁶Vid. ROBERTI, G. M., op. cit., p. 407.

de control que le es conferida, la Comisión debe tener un conocimiento preciso del impacto de la ayuda proyectada por el Estado.

3. Juicio de compatibilidad desde las instancias comunitarias

En coherencia con lo dicho hasta ahora, el enjuiciamiento de las posibles excepciones, es decir, el juicio de compatibilidad o incompatibilidad de la ayuda nacional con el Tratado, ha de ser reservado a la competencia exclusiva de la Comunidad, lógicamente de la Comisión -bajo el control último del Tribunal de Justicia-, como única forma de efectuar una valoración desde el contexto comunitario¹⁸⁷. Es decir, la flexibilidad misma del régimen previsto para las ayudas nacionales -que responde a la necesidad de tomar en consideración "hechos y circunstancias económicos complejos y susceptibles de modificarse rápidamente"¹⁸⁸- explican que la compatibilidad no pueda ser declarada por las jurisdicciones nacionales¹⁸⁹. Como advierte FOUQUET, en cuanto estamos ante

¹⁸⁷Esta línea interpretativa, que negaba, en general, a los artículos 92 y 93 del Tratado un efecto directo, y remitía indefectiblemente a los procedimientos comunitarios la declaración de compatibilidad de las ayudas proyectadas, fue adoptada por el Tribunal en la sentencia Flaminio Costa c. E.N.E.L. de 15 de julio de 1964, as. 6/64, Rec. p. 1141 y ss. Puede encontrarse el texto en castellano de esta importante sentencia en la selección elaborada por CASTILLA GAMERO, N.: **Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, C.E.C., Madrid, 1984, p. 29.

¹⁸⁸Sentencia Steinike & Weinlig, considerando 9.

¹⁸⁹Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., **El régimen de las ayudas...** cit., p. 137. También CASTELL BORRÁS, B.: *La defensa de la competencia mediante el control de las ayudas estatales*, NCEE, nº 33, 1987, p. 58: "Dada la complejidad de la materia y la ingerencia de intereses nacionales, una competencia paralela de los órganos nacionales conduciría a apreciaciones distintas en casos similares".

la valoración de aspectos de oportunidad, ésta no puede ser convenientemente apreciada sino al nivel de la Comunidad¹⁹⁰.

Con ello no se niega toda funcionalidad a las jurisdicciones nacionales en materia de control de las ayudas de Estado. Al contrario, el efecto directo, excepcional pero indubitadamente reconocido ya desde la sentencia Costa c. E.N.E.L., a la última frase del apartado 3 del artículo 93¹⁹¹ ("El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva") obliga a que "una jurisdicción nacional pueda ser obligada a interpretar y a aplicar la noción de ayuda, en vista al artículo 92, al objeto de determinar si una medida estatal instaurada sin tener en cuenta el procedimiento de control previo del artículo 93, apartado 3, debe o no ser sometida a aquél". Así lo manifestó el Tribunal en la sentencia Steinike & Weinlig¹⁹². Desde la Comunidad se ha llamado la atención, en fechas recientes, sobre "la importante función que pueden desempeñar (las jurisdicciones

¹⁹⁰FOUQUET, O.: *Droit communautaire, parafiscalité et aides nationales*, RFDA nº 7-1, 1991, p. 163.

¹⁹¹Reconocido incidentalmente en la sentencia "Costa E.N.E.L.", fue expresamente proclamado en la Sentencias "Capolongo" (Carmine Capolongo c. Azienda Agricola Maya) de 19 de junio de 1973, as. 77/72, Rec. p. 611, según la cual: "el artículo 93,3, última frase, instituye unos criterios procedimentales que el Juez nacional puede apreciar" (considerando 6). Igualmente el conjunto de sentencias recaídas el 11 de diciembre de 1973, en demandas de decisión prejudicial (Lorenz c. Alemania, as. 120/73, Rec. p. 1471; Markmann c. Alemania, as. 121/73, Rec. 1495; Nordsee c. Alemania, as. 122/73, Rec. p. 1511; y Lohrey c. Alemania, as. 141/73, Rec. p. 1527) establecen que "la prohibición de ejecución de la última frase del artículo 93, apartado 3, tiene efecto directo y engendra, en favor de los justiciables, unos derechos que las jurisdicciones nacionales están obligadas a salvaguardar" (considerando 8 de la sentencia "Lorenz", p. 1483).

nacionales) en la salvaguardia rápida de los derechos de terceros y en el respeto de determinadas obligaciones procesales por parte de los Estados miembros"¹⁹³. Fruto de esta preocupación la Comisión ha aprobado una *Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado*¹⁹⁴. Pero, en cualquiera de los casos, en términos de una reciente sentencia del Tribunal de Justicia, ha de tenerse en cuenta que, cuando los Tribunales nacionales adoptan una decisión *ex* artículo 93,3 "no se pronuncian sin embargo sobre la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado común, dado que esta apreciación definitiva es de exclusiva competencia de la Comisión, sujeta al control del Tribunal de Justicia"¹⁹⁵.

¹⁹²Ya citada; vid. considerando 14. Puede consultarse el trabajo de HAZARD, I., *Pouvoirs respectifs de la Commission et des juridictions nationales: arrêts récents en matière de procédure applicable aux aides d'États*, *RMC*, nº 365, 1993, p. 145.

¹⁹³**XXV Informe sobre política de competencia**, 1995, nº 155.

¹⁹⁴Publicada en DOCE C 312, de 23.11.95, p. 8.

¹⁹⁵Sentencia Fédération nationale de commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c. Estado francés (petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés), Rec. p. 5505, considerando 14 (p. 5528); comentada por FOUQUET, O., op. cit.; vid. también BRAULT, D., *Comment mettre en oeuvre le principe de subsidiarité dans l'application des règles de concurrence*, *RCC*, nº 73, 1993, p. 7.