

Dr. PABLO ACOSTA GALLO

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos

Coordinador del área de Derecho Administrativo

Título:

La actividad de fomento empresarial por parte de las Entidades Locales. Situación y perspectivas.

Introducción

La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad privada tiene una larga tradición. El Reglamento de Servicios de 1955¹ ya contemplaba la facultad de intervención de los Ayuntamientos. El art. 2 del Reglamento establecía: “La intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la ley”. Esta previsión pervive hoy, sustentada en el art. 14 de la Constitución de 1978. El Título II del Reglamento se dedica a la actividad de fomento, otorgando a las corporaciones la facultad de conceder subvenciones a “Entidades, Organismos o particulares cuyos servicios o actividades complementen o suplan los atribuidos a la competencia local”.

Las formas de la actividad administrativa y su finalidad

Es clásica la distinción que se refiere a las formas de la acción administrativa: policía, fomento y servicio público. Esta clasificación ha sido revisada por autores que han propuesto añadir alguna forma más, o que han matizado la definición de alguna de ellas. Lo que no tiene discusión es que toda forma de actividad administrativas, sea cual sea su campo de aplicación, esta sometida en todo caso al principio de legalidad, en virtud del cual los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico². Dicho de otra manera, no cabe ninguna actuación de los poderes públicos que sea contraria o ajena a la ley.

La actividad de policía se refiere al ejercicio de la autoridad pública, a la aplicación por los poderes públicos de normas jurídicas que obligan a los ciudadanos a hacer algo, o abstenerse de hacerlo. en estos casos, las Administraciones públicas cuentan con diversos medios coactivos, pues las normas que aplican contemplan una sanción o consecuencia negativa en caso de incumplimiento.

La actividad de policía es por tanto la relacionada con el orden público, con las normas que la Administración debe hacer cumplir a los ciudadanos porque así obliga la ley. El ejercicio de la actividad de policía no corresponde sólo a los cuerpos policiales, sino también a todas aquellas Administraciones públicas cuyas competencias están relacionadas con la supervisión, control e inspección de actividades, así como el ejercicio de la potestad sancionadora en caso de incumplimiento.

La actividad de servicio público es la modalidad de actuación prestacional según la cual las Administraciones públicas ofrecen a la ciudadanía el acceso a bienes y servicios de

¹ Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Este reglamento preconstitucional, al menos en algunos de sus artículos, es de dudosa vigencia.

² Artículos 9 y 103 de la Constitución Española de 1978.

carácter básico. El concepto de servicio público no es de fácil definición, pues la casuística es muy variada. En cualquier caso, la calificación de una actividad prestacional como servicio público exige la titularidad administrativa de la misma, aunque la gestión pueda ponerse en manos privadas a través de cualquiera de las fórmulas legalmente previstas. Es ya un lugar común afirmar que los servicios públicos están en regresión o incluso en franca decadencia, y esto es así por la concurrencia de dos factores. El primero es el triunfo de los postulados neoliberales, defensores del libre juego entre la oferta y la demanda, sobre la construcción teórica del Estado del Bienestar que hicieron los partidos socialdemócratas del siglo XX. Un segundo factor, más contundente y ajeno a toda ideología, es la crisis económica.

La actividad de fomento responde a una necesidad estratégica: el Estado puede alcanzar muchos de sus fines realizando directamente una actividad (servicio público) o controlando el ejercicio de una actividad por los particulares (policía). Pero no puede alcanzar así todos sus objetivos. No puede compeler a los particulares a realizar determinadas actividades de interés general mediante la autoridad, así que sólo queda motivarles a hacerlo mediante un estímulo positivo. Así, la actividad de fomento significa que el poder público fija unos fines y ofrece unas ayudas o beneficios al particular que se haga cargo de una tarea que, en definitiva, beneficia al interés colectivo. De este modo, los poderes públicos no imponen a los particulares una conducta, sino que buscan su colaboración voluntaria en la satisfacción del interés general.

Y conviene aquí precisar qué es el interés general, cláusula que maneja nuestro texto constitucional cuando establece en su art. 103.1 que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales. La satisfacción de los intereses generales justifica la propia existencia del Estado, es su última causa; los poderes públicos están facultados para limitar la libertad de acción de los ciudadanos en la medida en que se proteja el interés general.

El concepto de interés general es también difícil de precisar; ni la Constitución dice qué es ni la ley lo ha definido. Nuestros altos tribunales, Supremo y Constitucional, analizan el concepto siempre al socaire de situaciones concretas. Pero sí sabemos que el interés general no es lo opuesto del interés particular, pero tampoco es la simple suma de los intereses particulares. El interés general es una abstracción, lo que conviene o beneficia a la mayoría.

Afortunadamente, las Administraciones públicas no tienen que decidir qué actuaciones son de interés general y cuáles no: esta decisión corresponde a los parlamentos, que por ley definen qué se entiende por interés general en circunstancias concretas.

En todo caso, la actividad administrativa siempre está sujeta a los principios de legalidad e igualdad: La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Instrumentos de la actividad de fomento; en especial, la subvención

No existe un catálogo cerrado de instrumentos de la actividad de fomento. De hecho, en este área se han aplicado soluciones creativas. Sin embargo, el instrumento más habitual es el incentivo económico, pues funciona razonablemente bien con independencia de quién es el destinatario. El incentivo económico tiene el mismo atractivo para el ciudadano particular que para las personas jurídicas, e interesa igual al pequeño empresario que al grande. Todo es cuestión de la cuantía.

El incentivo económico puede adoptar muy diversas formas: cesión de espacios, reducciones o exenciones en el pago de impuestos, tasas y precios públicos,

bonificaciones en cuotas a la Seguridad Social, formación a bajo coste y un largo etcétera. En definitiva, el lenguaje que manejan los empresarios es el económico.

Pero el estímulo económico no es la única fórmula. Según el área de actividad se pueden establecer medidas de carácter honorífico o cualesquiera otras que supongan un beneficio material o inmaterial para los particulares. Determinadas áreas requieren medidas que favorecen la contribución voluntaria de los ciudadanos sin comprometer fondos públicos: lo que cuenta es el estímulo.

Si en la actividad de policía se aprecia cierto carácter de inhibición o mínima intervención de los poderes públicos y en el servicio público hay una implicación directa, en la actividad de fomento las Administraciones públicas adoptan una actitud intermedia, animando la participación voluntaria de los agentes privados en una actividad concreta y controlando los resultados.

En tiempos de bonanza económica, los poderes públicos son generosos con los caudales públicos, y los controles de su uso se relajan. En situaciones de crisis, la dinámica se invierte: las fuentes se secan y los controles de uso de los fondos se intensifican. Sin embargo, el control es imprescindible en todo caso, pues las técnicas de fomento de contenido económico son un excelente caldo de cultivo para las conductas fraudulentas y los abusos, cuando no encubren directamente casos de corrupción política.

Uno de los instrumentos de momento más extendidos es la subvención. La subvención consiste en la entrega por la Administración de cantidades líquidas con carácter finalista, esto es, condicionando la entrega al cumplimiento de los fines señalados para la subvención. Mediante la subvención, la Administración pública carga con el coste total o parcial de una actividad particular que sirve al interés general.

La subvención es una figura jurídica que tiene sustantividad propia. Se distingue de otro tipo de ayudas en que se trata de un acto administrativo y no de un contrato, pues no hay contraprestación directa a cargo del beneficiario, sino una carga jurídica que es la finalidad de la subvención. Se trata por tanto de un acto jurídico en el que la aceptación por el beneficiario no es sino un requisito de validez. Y como acto jurídico, la subvención queda sujeta, además de a su regulación específica, a la regulación general de los procedimientos y actos administrativos.³

Las subvenciones han merecido una regulación legal propia e independiente de otros instrumentos de fomento. Esta regulación se contiene en la Ley General de Subvenciones⁴ y en su Reglamento⁵. Los principales objetivos de esta regulación son tres: la mejora de la gestión, el control de las conductas fraudulentas y la vinculación a las políticas de austeridad y estabilidad presupuestaria.

Parte de esta Ley, no toda, tiene carácter básico⁶, lo que significa que se aplica a las subvenciones dependientes de cualquier Administración pública, incluida la Local. El resto no tiene ese carácter y cumple por tanto un papel supletorio de la normativa que establezcan otras administraciones.

³ El profesor Germán Fernández Farreres ha dedicado varias publicaciones al estudio de la subvención en el Derecho español.

⁴ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, Ley General de Subvenciones.

⁵ Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

⁶ La propia Ley indica en su disposición final primera qué preceptos concretos tienen carácter básico.

Hay que tener también en cuenta que, en su ámbito competencial, algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes de subvenciones.⁷

Por otra parte, las subvenciones y ayudas financiadas con fondos comunitarios se rigen primeramente por las normas comunitarias contenidas en diversos reglamentos y las nacionales de transposición, teniendo la Ley General de Subvenciones en este ámbito un mero carácter supletorio.

Regulación jurídica de la subvención

La subvención es una parte importante de la actividad financiera del sector público, y tiene un impacto en las cuentas públicas, por lo que ha de quedar sujeta a las normas presupuestarias comunes a cualquier gasto público. En este sentido, el principio básico que impone la Ley General de Subvenciones es el de transparencia.

A los efectos legales, se entiende por subvención la disposición dineraria realizada por una administración o entidad pública con arreglo a los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
- b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de determinado objetivo, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales establecidas.
- c) Que el proyecto, acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o la promoción de una finalidad pública.

El establecimiento de subvenciones requiere, con carácter previo, la concreción de un plan estratégico que incluya los objetivos y efectos que se persiguen con su aplicación, el plazo para su consecución, los costes previstos y su fuente de financiación, con sometimiento a los presupuestos del correspondiente organismo.

El establecimiento y gestión de las subvenciones se sujeta a los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparencia, libre concurrencia competitiva, objetividad, igualdad y no discriminación.
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración responsable.
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

El otorgamiento de una subvención requiere elaborar con carácter previo unas normas o bases reguladoras, que serán publicadas en el diario oficial que corresponda.

Además, la subvención está sujeta a los siguientes requisitos:

- a) La competencia del órgano administrativo concedente.
- b) La existencia de crédito adecuado y suficiente para hacer frente al desembolso económico.
- c) La tramitación del procedimiento de concesión con arreglo a las normas legales.
- d) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico.
- e) La aprobación del gasto por el órgano competente.

⁷ En Madrid, la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de subvenciones de la Comunidad de Madrid. En Castilla-La Mancha, la Ley 9/2006, de 21 de diciembre, de modificación del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha en materia de subvenciones.

La omisión de los elementos formales o materiales de la subvención podrá dar lugar a la anulación del correspondiente procedimiento, con obligación de devolver las cantidades percibidas.

Podrá ser beneficiario de una subvención quien lo solicite, siempre que cumpla los requisitos establecidos en las bases reguladoras y no incurra en alguna de las causas de prohibición legalmente previstas. Estas causas de prohibición están contempladas en leyes específicas, pero también en la propia Ley General de Subvenciones, que excluye de la posibilidad de obtener subvenciones a las personas o entidades que incurran en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.
- b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.
- c) Haber dado lugar, por causa culpable, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.
- d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en la declaración legal de conflicto de intereses de altos cargos, o en situación de incompatibilidad, o tratarse de cargos electivos.
- e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social.
- f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado como paraíso fiscal.
- g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones.
- h) Haber sido sancionadas mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones.
- i) No podrán acceder a la condición de beneficiarios las agrupaciones de solicitantes cuando concurra alguna de las prohibiciones anteriores en cualquiera de sus miembros.
- j) Las prohibiciones de obtener subvenciones afectarán también a aquellas empresas de las que pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido las causas de prohibición.

Los beneficiarios de la subvención están sujetos a las obligaciones establecidas por la Ley General de Subvenciones y también a las que se especifiquen en las bases reguladoras de la subvención. Básicamente, estas obligaciones se refieren al cumplimiento del fin previsto, a la justificación de las actividades realizadas y a permitir la comprobación por parte de los órganos de control.

Son varias las circunstancias que pueden conducir a la anulación de la resolución de concesión de una subvención. Dichas circunstancias se refieren a la infracción de requisitos formales o materiales o a la detección de indicios de fraude o de causas de prohibición, conflicto de intereses o incompatibilidad. En estos casos, la declaración judicial o administrativa de nulidad conlleva la obligación de reintegrar las cantidades

percibidas, con exigencia de los intereses de demora. El incumplimiento total o parcial de los objetivos establecidos o la infracción de las bases reguladoras de la subvención son también causas de reintegro.

Las cantidades a reintegrar tendrán la consideración de ingresos de Derecho Público, lo que significa que la Administración, para su cobro, acudirá a los procedimientos administrativos de ejecución previstos por la ley.

Con el fin de compeler al cumplimiento de las disposiciones legales, la Ley General de Subvenciones establece un sistema sancionador basado en un catálogo de infracciones y sanciones, sin perjuicio de que la conducta ilegal pueda incluso ser constitutiva de delito. El cuadro de infracciones, leves, graves o muy graves, se corresponde con sanciones que incluyen multas, pérdida temporal de la posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas y avales de la Administración o de otros entes públicos y prohibición temporal de la posibilidad de contratar con la Administración o con otros entes públicos.

Las medidas de fomento en el contexto local

La Administración Local es una pieza fundamental en la organización del Estado español. La Administración Local se contempla en los art. 140 a 142 CE y ejerce las competencias atribuidas por la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL) y normas concordantes. Actúa en los Municipios (unos 8.000), en las 50 Provincias, en las Islas y en otras entidades menores (comarcas y áreas metropolitanas). La Constitución Española garantiza su personalidad jurídica plena y dispone que gozan de autonomía en el ejercicio de sus funciones y competencias.

Los municipios también tienen potestad reglamentaria, que se concreta en la elaboración de ordenanzas y reglamentos de organización y de régimen interior.

Tal autonomía para el cumplimiento de sus fines no sería posible sin una capacidad presupuestaria. En este sentido, el artículo 142 de la Constitución reconoce la suficiencia financiera de los entes locales. Esto implica que tienen capacidad de disponer de tributos propios (impuestos y tasas) y de participar en los de otras administraciones (Estado y Comunidades Autónomas), así como la capacidad de endeudarse.

Las entidades locales son las que territorialmente están más cerca, las que tienen una menor distancia física de los ciudadanos, y por tanto asumen competencias cercanas a sus necesidades. Las competencias locales tienen como finalidad satisfacer las necesidades más inmediatas de los vecinos.

Los Municipios ejercen, de forma obligada, competencias en las siguientes materias⁸:

- Seguridad
- Tráfico
- Protección civil
- Prevención y extinción incendios
- Urbanismo: viviendas, parques, jardines, viales
- Medio ambiente
- Salud
- Cementerios

⁸ Artículos 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

- Servicios sociales
- Agua y alcantarillado
- Limpieza y basuras
- Alumbrado público
- Transporte público
- Cultura
- Deporte
- Turismo

En su vida cotidiana, el ciudadano tendrá más posibilidades de relacionarse con la Administración Local a través del ejercicio de las citadas competencias que con otras administraciones como la central. En este sentido, el fomento de la actividad empresarial en el ámbito local por parte de las Administraciones cumple un papel fundamental en la promoción del nivel de vida y bienestar de la ciudadanía. La pequeña empresa local, al igual que los entes locales, sirve los intereses más cercanos a los ciudadanos, proveyendo los bienes y servicios de uso más cotidiano.

Reflexiones finales

El estímulo público es un formidable factor de creación de empleo en el ámbito local. La pequeña y mediana empresa satisface necesidades básicas de los ciudadanos y contribuye de forma decisiva al aumento del nivel de vida en el núcleo urbano.

El ámbito local merece especial protección porque es el caldo de cultivo de los pequeños y medianos empresarios. Téngase en cuenta que el tejido empresarial de un país no se teje sólo con grandes empresas. Un empresariado formado sólo por grandes operadores es un empresariado pobre que ofrece un gran riesgo de deslocalización. En cambio, la pequeña y mediana empresa genera un valor constante y más a largo plazo.

En este sentido, la actividad de fomento en el ámbito local tiene una importancia extraordinaria. Pero la acción pública de fomento tiene también otra cara, que es la relativa a la burocracia, y a los costes ocultos que supone para el empresario.

La burocracia es necesaria, porque garantiza la igualdad en la aplicación de los procedimientos, pero las malas prácticas administrativas suponen una rémora para la actividad empresarial. En primer lugar, destacan los largos tiempos de resolución de un procedimiento. O las dilaciones indebidas, cuando la Administración incumple dichos plazos, en ocasiones bajo la excusa de formular requerimientos al interesado. Los empresarios viven con la presión del tiempo, presión que no parece llegar a las dependencias públicas donde se resuelven los procedimientos. También son conocidas las demoras en los pagos, pues las Administraciones Públicas son pésimas pagadoras. Todas estas son demoras con cuyos costes carga el ciudadano o el empresario.

Otro bloque de malas prácticas administrativas son las que ignoran el principio de legalidad; en especial, los abusos de poder y las actuaciones contrarias a los principios de transparencia e igualdad.

En tercer lugar, concurre un factor perverso, consistente en que la judicialización de un litigio relativo a una subvención conduce a otro largo proceso de resultados inciertos. Un proceso judicial requiere superar tres escollos: tener razón, convencer al juez y que la sentencia se cumpla. Todos estos son costes ocultos, factores que operan como costes incrementales y que, por tanto, conducen a una inflación de precios.

Por otra parte, la crisis económica ha venido teniendo una indudable repercusión en el ámbito de las subvenciones y ayudas públicas. En los últimos tiempos se han vivido dos tendencias contrarias: primero el intento de animar el consumo a través de acciones dispersas basadas en ayudas ciertamente variopintas⁹; segundo, la actual sequía de fondos públicos propiciada por la presión de los mercados financieros sobre España.

En definitiva, se pueden extraer ciertas lecciones de todo esto. La primera es el riesgo que supone basar una parte fundamental del negocio en la subvención, dado su carácter eventual; puede que se conceda o que no; puede que se conceda un año y no el siguiente. La cuenta de resultados no debe tener una excesiva dependencia del otorgamiento de una subvención.

En segundo lugar, es conveniente la asesoría profesional en la solicitud de subvenciones, pues su concesión depende no sólo de que concurren los requisitos materiales establecidos en las bases reguladoras, sino también los formales y generales que establecen las leyes de procedimiento.

En tercer lugar, el receptor debe contemplar la eventualidad de que el acto de concesión de la subvención sea anulado, incluso una vez percibida y comprometida la cuantía económica.

Todo el íter de la subvención queda condicionado por el hecho fundamental de que la Administración pública entrega caudales públicos a un agente privado para la consecución de finalidades de utilidad pública o interés social, para la satisfacción de los intereses generales.

⁹ Planes RENOVE, 2000-E, VIVE y MOTO-E para la compra de automóviles, camiones y motocicletas. Medidas similares, pero en otros ámbitos, han sido la desgravación por compra de vivienda, el cheque-bebé o la creación del Fondo Estatal de Inversión Local, con un valor de 8.000 millones de euros y gestionado por el Ministerio de Administraciones Públicas, para financiar obras de competencia municipal con el objetivo de crear empleo (Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre).