

La actividad de Fomento

Por Julio Isidro Altamira Gigena

Sumario: 1.- Concepto; principios generales. 2.- Ayudas públicas. 3.- Principio de subsidiaridad. 4.- Subvención y subsidios. 5.- Distintos medios o medidas. 6.- Conclusión.-

1.- Concepto; principios generales:

El Estado debe orientar las actividades económicas con el objeto que estén al servicio del hombre y satisfagan sus necesidades espirituales y materiales. Para ello, elabora planes, en los que promueve la participación de los sectores económicos y sociales interesados, destinados al desarrollo regional y a la integración de la economía nacional, provincial o municipal. Es por esa razón que dicta distintas medidas para estimular la eficiencia, la productividad y el desarrollo de ciertas actividades que, directa o indirectamente, deben redundar en beneficio de la comunidad.

En todos estos supuestos, nos estamos refiriendo a la “promoción”, pero hay otros en que se los realiza teniendo en cuenta la “protección” cuando se trata de resguardar una determinada actividad económica o empresa a través de la adopción de medidas restrictivas o limitativas que afectarían derecho de terceros.¹ Podemos citar como ejemplo: El Compre Nacional o la prohibición de importar ciertos bienes que se fabrican en el país, o autorizar la importación abonando importantes impuestos. Esta última decisión ha sido criticada porque se protege un producto que por su calidad no puede competir con un extranjero, distinto es cuando la competencia está en el precio.

Esta decisión, como atribución del Estado, debe tener en cuenta las necesidades e intereses individuales y generales que existen en la comunidad y se satisfacen no solo por la actividad del Estado sino también por la de los administrados. En algunos casos por medio de facultades exclusivas y en otros por medio de facultades concurrentes. De tal manera que la ampliación de la esfera de actividad de uno tiene que traducirse en disminución de la esfera de acción de los

¹ Lapiere, José Augusto: “Regímenes de promoción económica”, en “Servicio Público, Policía y Fomento”, obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2004, pág.586.

otros. De donde resulta una pugna constante en la que el Estado o los individuos van ampliando o disminuyendo, según el caso, sus respectivas atribuciones.²

Si la actividad del Estado se reduce a las de naturaleza política, quedarían para los particulares las actividades de naturaleza económica, como son la de producción, cambio y consumo de bienes. En este supuesto el Estado no intervendría en la actividad económica

Pero desde hace unas décadas la actividad del Estado no queda reducida a la política, sino que también se extiende a la económica, porque debe buscar el “bien común” y la mayor o menor participación del Estado en la actividad económica está vinculada con las doctrinas económicas y por razones de brevedad las podemos reducir al liberalismo, al socialismo y al estatismo³.

El “bien común” es sinónimo de “interés público” y los economistas clásicos nos recuerdan que el interés público es el conjunto de utilidades individuales.⁴ La eficiencia del sistema económico se caracterizaba por la satisfacción del consumidor y, por ello, se sostenía que había utilidad privada. Si a ello se le suma la satisfacción del usuario de los servicios públicos porque funcionan en forma permanente, regular y continua, quiere decir, que se satisface el interés general.

En este documento de trabajo analizaré una de las formas de intervención estatal a la que se conoce con el nombre de “Fomento”.

Jordana de Pozas ⁵ enseña que el Fomento es la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, **sin usar la coacción**, ni crear servicios públicos.

Lo destacado me pertenece, porque si bien por lo general no se usa la coacción, hay casos en

² Fraga, Gabino: “Derecho Administrativo”, Editorial Porrúa, México 1060, pág.4.

³ Guaresti, Juan José (h): “Economía Política. Las doctrinas económicas”, Ed. Guillermo Kraft, Bs.As. 1963, pág. 15 y ss.

⁴ Friedrich, Carl J.: “El interés público”, Editorial Roble, México 1968, pág.15.

⁵ 5.- Jordana de Pozas, Luis: “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”, en Revista de Estudios Políticos, obra colectiva, número 48, Madrid 1949, pág.45; Christie, Graciela E.: “¿Es posible hablar de una actividad de fomento a través de los planes sociales? En: “Cuestiones de Intervención Estatal: Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento”, Ediciones RAP, Bs.As. 2011, págs. 83 y ss..

que se la utiliza disimuladamente, como por ejemplo: una ordenanza municipal establece que todas las industrias deberán trasladarse al parque industrial en el término de cinco años, y una vez instaladas gozarán hasta el año xx de un descuento del 20 o del 25 % de la contribución que incide sobre la actividad comercial, industrial y de servicio.

Esta norma coacciona a las industrias, pues las obliga a trasladarse lo antes posible para tener derecho a un mayor tiempo de la disminución contributiva, aunque lo hagan en su propio beneficio.

Para Jordana de Pozas en el Fomento encontramos dos elementos esenciales: el “teleológico”, determinado por la finalidad de proteger o promover aquellas actividades que satisfacen el interés general o las necesidades públicas y el “técnico” que no está dado por la coacción, sino por la persuasión, por convencer al particular para que haga algo u omita algo.

Es una actividad interventora del Estado distinta a la de Policía, ya que no se trata de una delimitación de los derechos ni utiliza el Estado la coacción –por lo general, como lo he dicho– para que los particulares realicen una actividad determinada, sino que mediante el **fomento** se procura alentar, incentivar o sugerir la realización de ciertas actividades de carácter económico, cultural, artístico, entre otras, para beneficio no sólo del que se encuentra comprendido por esta decisión estatal, sino también indirectamente por la comunidad.

2.- Ayudas públicas:

Martínez López Muñiz⁶ propone el abandono de la voz “fomento” y reemplazarla por “ayudas públicas”, porque no siempre se destaca el elemento teleológico, ya que en numerosas oportunidades el particular actúa pensando en su propia satisfacción aunque contribuya al interés general y, por ello, coincide el interés público con el privado.

La “ayuda pública” por lo general es en dinero, como por ejemplo apoyo

⁶ Martínez López Muñiz, José Luis: “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 José Luis Villar Palasí”, obra colectiva, Madrid 1989, pág. 756 y ss.

financiero para las pequeñas y medianas empresas que estén en una determinada condición y que a su vez cumplan con obligaciones tributarias. Pero a veces consiste en la entrega de ciertos bienes, como pueden ser materiales para la construcción de viviendas económicas; de semillas porque el Estado tiene interés en la siembra de ciertos cereales, de verduras, de hortalizas o de frutas; de libros y cuadernos para niños que pertenecen a familias de escasos recursos económicos, etc..

A esta actividad estatal se la ha denominado “acción administrativa de estimulación”, porque el Estado incita o estimula, por las vías que correspondan en cada caso a que los administrados realicen sus actividades de la forma que previamente ha considerado más favorable para los intereses públicos.⁷

3.- Principio de subsidiaridad:

Estimo de interés destacar que es importante que el Estado acuda en auxilio de ciertas actividades de los particulares y los ayude, porque no solo se beneficiaran ellos directamente, sino también la comunidad en forma indirecta. Pero “ayudar no significa reemplazar” y, por lo tanto, es necesario evitar los excesos perniciosos⁸ y con mayor razón si se lo hace en forma arbitraria.

El Estado no debe reemplazar al individuo, ya que debe regir el principio de subsidiaridad⁹ y, por lo tanto, todo lo que puedan hacer los particulares no tiene que hacerlo el Estado, quien debe regular para que sea posible la convivencia social, delimitando la esfera de acción de cada uno y precisando el alcance de sus respectivos derechos¹⁰.

Debe también controlar y, en su caso, encauzar la actividad para la realización del bien común.

Al Estado le corresponde intervenir en el supuesto de que esa actividad sea insuficiente y

⁷ Testoni, Silvia: “Régimen del trabajo argentino”, en “Servicio Público, Policía y Fomento”, obra colectiva, ediciones RAP, Bs.As. 2004, pág.669.

⁸ Legón, Faustino J.: “Tratado de Derecho Político General”, Ediar, Bs.As. 1959, t.I, pág. 439.

⁹ Cassagne, Juan Carlos: “La intervención administrativa”, Abeledo-Perrot, Bs.As. 1992, págs.23 y ss.

¹⁰ Sayagués Laso, Enrique: “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Martín Bianchi Altuna, Montevideo 1959, T.I., pág. 52.

además necesaria para la colectividad, pero esa intromisión no debe reemplazar a los particulares.

La Administración crea condiciones favorables supliendo no sólo lo que los particulares no pueden hacer por sí solos, sino también promoviendo aquellas actividades que por resultar poco lucrativas, no resultan atractivas para ellos.¹¹ En otros términos: el Estado debe permitir a los individuos que alcancen por sí mismos sus fines, pero si esos fines también benefician a la colectividad y los individuos o las corporaciones son impotentes para alcanzarlos por sí mismos, debe aparecer el Estado para ayudarlos.¹²

Considero importante destacar que esa intervención estatal debe ser transitoria y en la medida que sea necesaria, por lo que, desaparecida la necesidad debe desaparecer la intervención.

En que momento debe aparecer esa ayuda, es una cuestión “política”, que varía según las épocas y los lugares y que debe ser analizado en cada caso.

Por ser una “cuestión política”, el acto administrativo que deniegue un pedido de ayuda no puede ser impugnado judicialmente, salvo el supuesto de arbitrariedad, pues es al funcionario político a quien le corresponde decidir cual es el medio más idóneo para satisfacer el bien común en un momento determinado.

4.- Subvención y subsidio:

La ayuda pública suelen denominarla también “subvención” o “subsidio”, como términos sinónimos, pero Mata¹³ sostiene que: “...la subvención debe distinguirse del subsidio, ya que éste se dispone por el concedente si se configura el supuesto legal establecido, sin que sea necesario verificar el cumplimiento de su aplicación por el subsidiado, v.gr. subsidios

¹¹ Rodríguez, María José: “El fomento como forma de intervención administrativa. La promoción industrial en la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en: “Servicio Público, Policía y Fomento”, obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2004, pág. 683.

¹² Legón, Faustino J.: ob.cit. t.I, pág. 467.

¹³ Mata, Ismael: “El control de los subsidios” en “Cuestiones de Control de la Administración Pública”, obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2010, pág.776.

sociales por matrimonio o nacimiento, o subsidios económicos, tales como las reducciones de los precios del gasoil o de las tarifas eléctricas...”

Fiorini¹⁴ opina que el subsidio tiene carácter permanente y se aporta con carácter genérico, sin tener en cuenta el sujeto beneficiado. Se subsidia una actividad o gestión determinada, la exportación y la importación, etcétera y se tiene en cuenta la producción antes que el consumo. En cambio la subvención tiene en cuenta el sujeto beneficiado. Se subvenciona a una persona, a una sociedad.

Para mí son términos sinónimos y, por ello, se pueden usar indistintamente, pero si por razones didácticas hay que distinguirlos, la diferencia consiste en que la subvención es en dinero. En otros términos: es un desembolso efectivo de dinero del erario público a favor de un particular.

¹⁵ Puedo citar como ejemplo de subvención la cantidad de dinero que percibe mensualmente un instituto privado de enseñanza para contribuir al pago de los sueldos del personal. En este supuesto el beneficiario tiene un derecho subjetivo de carácter administrativo, por lo que lo no puede ser suprimida sin causa imputable al instituto o colegio, ya que el administrado tiene deberes que cumplir. El incumplimiento de estos deberes -lo que debe ser probado en sumario administrativo con posibilidad de audiencia y prueba- trae como consecuencia sanciones, que pueden tener carácter resolutorio. En este supuesto, estamos en presencia de una caducidad y, como tal, puede ser recurrida primero en sede administrativa y luego en la judicial por la vía contencioso administrativa

En cambio el subsidio puede ser no solo en dinero sino también en especie como los pañales o la leche que se entrega durante un tiempo determinado a los padres de niños mientras son bebés, o los delantales y útiles a los alumnos pertenecientes a familias de escasos recursos económicos, o con el objeto de poblar el país se estimula a que los padres tengan 5 o más hijos y, por ello, el Estado entrega los libros y demás útiles que los establecimientos escolares les requieran a partir del quinto hijo y hasta que se reciban de bachiller, haciéndose cargo también

¹⁴ Fiorini, Bartolomé A. “Manual de Derecho Administrativo”, ed. La Ley, Bs.As. 1968, t. II, pág. 783.

¹⁵ Garrido Falla, Fernando: “Tratado de Derecho Administrativo”, Instituto reestudios Políticos, Madrid 1962, Volumen II, pág.266.

de la provisión de los uniformes exigidos por los colegios estatales o privados.

Altamira¹⁶ enseña que: "...La subvención tiene por causa una conducta futura o actividad que se espera del beneficiario, con lo cual el subvencionado aparece como titular de derechos y deberes condicionados por su finalidad. El incumplimiento de la condición impuesta al otorgársela tiene, generalmente, carácter resolutorio. No cumplida la condición desaparece la subvención. De esta circunstancia nace para la Administración el poder de fiscalizar la actividad subvencionada..."

Es por esta razón que con buen criterio Nahuel¹⁷ dice: "...no debe olvidarse que, para pagar la subvención, el Estado usa dinero proveniente de los impuestos, o sea, que los costos son aportados por toda la comunidad de una manera difusa, de forma tal que ésta debe recibir los beneficios emergentes de sus resultados y es precisamente en ello que se concreta el bienestar general perseguido..."

Quando la ayuda pública consista en la entrega de dinero, el límite estará dado por lo fijado en el ítem pertinente del presupuesto. En caso que el monto no alcance para satisfacer todas las solicitudes presentadas, el Estado tiene dos posibilidades: una es hacer un proceso de selección entre los solicitantes y otra es prorratear el monto entre todos los aspirantes.

Cualquiera sea la decisión que se adopte es en el ejercicio de facultades discrecionales, por lo que el acto administrativo dictado no podrá el afectado impugnarlo en sede administrativa y mucho menos en sede judicial, porque no se podrá pedir al juez que reemplace a la Administración y declare la invalidez de la decisión emitida y la sustituya por la otra que podía adoptar.

Su fundamento constitucional¹⁸ se encuentra en el Preámbulo¹⁹ y en los arts. 75 inc.

¹⁶ Altamira, Pedro Guillermo: "Curso de Derecho Administrativo, desalma, Bs.As. 1971, pág.490.

¹⁷ Nahuel, Alejandro: "La igualdad y el acceso al fomento", en "Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento", obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2011, pág. 489.

¹⁸ Sacristán, Estela: "El problema de la fuente en las relaciones de fomento" en Revista de Derecho Administrativo", obra colectiva, ed. Lexis Nexis, Bs.As. 2003, pág. 99 y ss.

¹⁹ "promover el bienestar general"

18^{o20} y 19^{o21} y 125²² de la Constitución Nacional

Es importante aclarar que los particulares realizan esa actividad voluntariamente y no porque los obliguen, y como no solo se benefician ellos sino también la comunidad, se los considera colaboradores del Estado.²³

5.- Distintos medios o medidas:

Para realizar esta actividad de fomento administrativo, el Estado puede utilizar distintos medios que pueden consistir en el otorgamiento de beneficios, como por ejemplo préstamos a menor interés que el habitual, o a más largos plazos, disminución de ciertos impuestos o la eximición del pago de los mismos durante un tiempo determinado. Los beneficios también pueden consistir en el otorgamiento de subvenciones.

Las medidas de fomento pueden ser de carácter transitorio con el objeto de resolver ciertos problemas coyunturales, que una vez solucionados traen como consecuencia el cese de dichas medidas.

Así, el Estado puede intervenir en la actividad económica procurando que haya nuevas fuentes de trabajo y, en consecuencia, a quienes las creen, les otorga eximición impositiva durante un tiempo determinado, la que podrá ser a nivel nacional, provincial o municipal.

Hay normas provinciales de fomento²⁴ que otorgan ventaja en situaciones competitivas a las empresas radicadas en la Provincia y que se presenten en las licitaciones de obras públicas, siempre y cuando se configuren similares condiciones de calidad con respecto a

²⁰ “Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, promoviendo la industria...por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.”

²¹ “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico...”

²² “La provincias pueden ...promover su industria, la inmigración, ...la introducción y establecimientos de nuevas industrias...”

²³ Escola, Héctor Jorge: “Compendio de Derecho Administrativo”, ed. Depalma, Bs.As. 1984, Volumen II, págs. 858 y ss.

²⁴ La ley Nro. 12496 en la Provincia de Buenos Aires, la ley Nro. 8836 en la Provincia de Córdoba, por ejemplo.

ofertas realizadas por personas físicas o jurídicas con domicilio en otra Provincia, y cuya diferencia en precios no supere a los porcentajes indicados en el pliego.

Esta clase de normas han sido objetadas por discriminatorias y porque se sostiene que con estas medidas se está perjudicando a la comunidad porque se podría marginar a la empresa que ha realizado la mejor oferta. Para expedirse acerca de su razonabilidad será necesario analizar en cada caso la relación de medio a fin.

Puede también, para evitar desocupación, disminuir los aportes jubilatorios y el de las obras sociales, a fin de que el costo fijo de las empresas sea menor, con la obligación por parte de los empleadores de no producir despidos incausados, no solo para cumplir con un mandato constitucional como es de de “promover el bienestar general”, sino también por un principio ineludible de solidaridad.²⁵

En este supuesto la actividad de fomento es de carácter positivo. En cambio es de carácter negativo, en los casos en que se procura desalentar cierta actividad por considerarla inconveniente al interés general. Por ejemplo, se aumenta la contribución que incide sobre la actividad comercial de los hoteles por hora que se encuentren ubicados en la zona céntrica con el objeto que se radiquen en zonas aledañas.

A veces para que una obra pública se realice mediante el contrato de concesión, el Estado garantiza ciertos beneficios y, por lo tanto, el riesgo no lo asume el concesionario y su objeto es disminuir el álea económica de la concesión, lo que reduce los riesgos y por ende costos de su financiación, lo que en definitiva se traducirá en un menor precio. Por ejemplo, en el pliego de licitación pública para la construcción y explotación de la playa subterránea de estacionamiento de vehículos en la Plaza de la Independencia de la Ciudad de Córdoba, se estableció que los meses que el concesionario no facturase 1.000 horas por mes, la Municipalidad pagaría la diferencia.

En este ejemplo la garantía es aleatoria, fluctuante, contingente, es decir, que

²⁵ Uslenghi, Alejandro J.: “Poder de Policía y Actividad de Fomento” en “El Derecho Administrativo Argentino, Hoy”, obra colectiva, editorial Ciencias de la Administración, Bs.As.1996, pág.94.

opera en tanto los usuarios estimados sean inferiores a un mínimo establecido. Todo usuario paga lo que corresponde, la garantía es útil para disminuir el costo de la obra por disminución de riesgo.²⁶

Se trata de una ventaja patrimonial favorable al sujeto fomentado por una razón de interés público. Diez ²⁷ enseña que en estos casos se está en presencia de un auxilio económico directo que si bien beneficia a un particular, con la obra se beneficia también la comunidad.

En otros supuestos puede estimular el proceder de los empresarios otorgando distinciones o menciones honoríficas, que también se los suele denominar psicológicos con la finalidad que otros los imiten, y de esa manera se aliente una actividad determinada beneficiando así a la comunidad. En otras palabras: se conceden estas distinciones o menciones como reconocimiento público de una actividad que se ha considerado útil o loable. Por ejemplo, el Intendente Municipal advierte que uno de los problemas sociales de la ciudad es la cantidad de personas mayores desocupadas, por lo que decide conferir el título de “ciudadano ilustre” o “vecino ilustre” a los empresarios que las empleen, otorgándoles un diploma o una medalla que lo acredita.

Otras veces el Intendente Municipal quiere fomentar la actividad comercial de ciertas zonas de la ciudad a fin de evitar la concentración en una zona determinada. Para ello, presenta un proyecto al Concejo Deliberante con el objeto que sancione una ordenanza, mediante la cual se disminuirá la contribución que incide sobre la actividad comercial, industrial y de servicio, a todos aquellos que trasladen sus establecimientos a las zonas que se quieren promover. En este caso no se prohíbe, no se sanciona la actividad comercial, solo quiere orientar la conducta de los particulares hacia una determinada finalidad, por lo que los alienta con incentivos.²⁸

Otro ejemplo puede consistir en la eximición de contribuciones municipales y provinciales para

²⁶ Fanelli Evans, Guillermo E.: “Las subvenciones en las concesiones de obras y de servicios públicos” en: “Derecho Administrativo”, obra colectiva en homenaje al Prof. Dr. Miguel S. Marienhoff, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1998, pág. 925.

²⁷ Diez, Manuel María: “Derecho Administrativo”, editorial Bibliográfica Omeba, Bs.As. 1969, t.IV, págs. 139 y ss.

²⁸ Barra, Rodolfo Carlos “Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público”, en “Servicio Público, Policía y Fomento”, obra colectiva, ediciones RAP, Bs.As. 2004, pág.52.

todas aquellas industrias que renueven sus maquinarias, a los fines de disminuir la contaminación ambiental en sus distintas formas, y lograr una mejor calidad de vida para los habitantes.

En otros casos, las normas se dictan con un criterio de permanencia, teniendo en cuenta el mediano o largo plazo, por lo que tendrán vigencia durante un tiempo determinado, con el objeto de lograr que el beneficio se extienda durante ese lapso. Así por ejemplo, para conseguir que todas las industrias que se encuentran diseminadas en distintos puntos de la ciudad se concentren en el Parque Industrial, gozarán de un beneficio impositivo todas las instalaciones fabriles que se trasladen a tal sitio.

Son tan numerosas las técnicas de fomento que puede utilizar el Estado que resulta imposible encasillarla dentro de una categoría específica, y suelen exceder los criterios jurídicos. Por ello comparto la opinión de la distinguida administrativista Ivanega ²⁹ al afirmar: "...”De ahí la necesidad de un análisis casuístico que permita interpretar los objetivos perseguidos, sin desconocer otros factores vinculados a la transparencia pública, en particular la desviación de poder, figura que cobra especial protagonismo en ámbitos como el aquí tratado.”

En virtud de lo dispuesto en el art. 125 de la Constitución de la Nación, las Provincias pueden dictar leyes estableciendo regímenes de promoción que otorguen beneficios impositivos o de otra índole, pero deben tener carácter general y objetivo, para evitar la arbitrariedad.

Indudablemente que quien reúne los requisitos legales establecidos para ser beneficiario del régimen de promoción, tiene un derecho subjetivo de carácter administrativo a que se lo concedan, lo que no es aceptado por parte de la doctrina al sostener que el otorgamiento de beneficios promocionales constituye una facultad discrecional de la Administración.³⁰

²⁹ Ivanega, Miriam M.: “La legitimidad de las técnicas de fomento y reasignación de partidas presupuestarias. Situaciones paradójicas” en: “Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento”, obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2011, pág.728.

³⁰ Art. 11 de la ley Nro. 21608.

Si bien la interpretación de las normas promocionales es privativa del Estado, dicha interpretación no puede ser arbitraria, pues se violaría la garantía innominada a la no arbitrariedad que fluye del art. 28 de la Constitución de la Nación. Por ello, debe armonizar adecuadamente los fines promocionales que inspiraron su dictado con el principio de razonabilidad de los medios que pueden arbitrarse para alcanzarlos de forma tal que el bien común, que satisfaga la aplicación de la franquicia en un caso dado resulte siempre proporcionalmente superior al sacrificio fiscal que correlativamente dicha exención signifique para la comunidad.

En otros términos: Los funcionarios están obligados a efectuar un juicio de ponderación entre el objetivo buscado y los medios elegidos para cumplirlos. Es lo que las teorías económicas denominan: análisis del costo-beneficio.³¹

La facultad discrecional de la Administración no sólo consiste en aceptar o no un proyecto de promoción industrial, sino también en que puede determinar la **medida** en que se concederán los beneficios: exenciones fiscales, desgravaciones, créditos a bajo interés, protección aduanera, etc..

En lo que todos coincidimos es que en uso de una facultad discrecional el Congreso de la Nación puede dictar una ley de promoción industrial o de una actividad comercial, y que en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 18 de la Constitución Nacional, puede establecer cual será el tratamiento preferencial o cuales serán los privilegios y recompensas que otorgará.

Es por esta razón que considero que ningún administrado está legitimado para demandar al Estado por haber elegido una determinada política: por ejemplo préstamos a bajo interés en lugar de desgravación impositiva.³²

Lo que sí se puede es solicitar la inconstitucionalidad de una ley de promoción

³¹ Sacristán, Estela: “Control judicial de las Medidas de Emergencia (A propósito del análisis costo-beneficio)” en “El Derecho Administrativo de la Emergencia”, IV, Fundación de Derecho Administrativo, Bs.As. 2005, pág.111.

³² Fallos: 315: 1361: El mérito, oportunidad o conveniencia de su decisión no es tema que incumba decidir al Poder Judicial.

que afecte irrazonablemente derechos constitucionales de otras personas o grupos.

Estimo de interés destacar que utilizando como plataforma jurídica los arts. 5 y 123 de la Constitución de la Nación y 180 y 186 inc.7º de la Constitución de la Provincia de Córdoba, los Municipios pueden dictar ordenanzas por razones de urbanismo y disponer que todas aquellos edificios que se construyan con un estilo arquitectónico determinado (colonial español, portugués, francés, nórdico, etc.) gozarán de una disminución del 20, o del 30 % durante 5 años, por ejemplo, con el objeto que el pueblo o la ciudad continúe con la característica arquitectónica que la identifica.

En los ejemplos precedentemente citados la medida tiene su origen en una norma de carácter general: ley, ordenanza. En otros casos, el origen está en un contrato, como puede ser el contrato de concesión de servicios públicos, mediante el cual el concesionario tiene derecho a un subsidio por el consumo de gas, de electricidad, o de gasoil. En este caso daría la impresión que el beneficiado es el concesionario, pero en la realidad es el usuario en general, porque el objetivo es que el precio o la tarifa por el consumo sean inferiores al que correspondería;³³ lo que puede ser injusto porque se pueden estar beneficiando usuarios que podrían pagar el precio real. Es por esa razón que sería conveniente que el subsidio se otorgue a los usuarios, quienes deberán acreditar reunir las condiciones requeridas para que se los otorgue. Por ejemplo: ser alumno, ser docente, ser obrero, ser empleado y ganar menos de cierta cantidad de pesos, etc..

En algunos contratos de concesión de servicios públicos, encontramos subsidios cruzados y a través de la fijación de tarifas, se dispone que cierta categoría de usuarios pague más de lo que estrictamente corresponde, para que otra u otras categorías de usuarios abonen menos de lo que aritméticamente debería pagar.

El incumplimiento por parte del Estado, vulnera un derecho subjetivo de carácter administrativo, por lo que el afectado puede solicitar su restablecimiento primero en sede administrativa, a fin de agotar la instancia administrativa, y luego ante el Órgano Judicial

³³ Fanelli Evans, Guillermo E.; ob.cit. pág. 917.

mediante la acción contencioso administrativa.

Por ello discrepo con lo sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación como principio general al dictaminar que: "...El otorgamiento y entrega del subsidio es un acto administrativo que, por ser una liberalidad, participa de las condiciones esenciales de una donación con cargo..."³⁴

En algunas oportunidades, la norma exige, que para seguir gozando del beneficio, se debe acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos. Por ejemplo en el caso de las empresas, que no disminuya el número de personal, o que se continúe empleando personas mayores de cierta edad, ya que la disminución de la planta de personal, puede ser motivo para que cese el beneficio, por lo cual a veces la norma exige que la empresa brinde un informe periódico, sin perjuicio que el Estado realice las inspecciones correspondientes a fin de controlar el cumplimiento de la reglamentación.

El Estado debe controlar primero que quien solicite el beneficio reúna los requisitos necesarios para obtenerlo y una vez acordado cumpla con las exigencias reglamentarias y, por ello, debe fiscalizar la efectiva aplicación de la ayuda a la realización de la actividad a la que esta afectada.³⁵

Es importante destacar que la ayuda se otorga a determinadas personas o entidades en razón de la actividad que realizan y no para que tomen una decisión determinada, como la que se asignan a las academias, a los partidos políticos, etc..³⁶

Se trata de una relación bilateral, que se origina con el pedido del particular y finaliza con la resolución que otorga el beneficio. Este acto administrativo produce derechos y

³⁴ Dictámenes: 236:448.

³⁵ De La Riva, Ignacio M.: "La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual", en "Servicio Público, Policía y Fomento", obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2004, pag. 422.

³⁶ Cassagne, Ezequiel: "Las técnicas promocionales para los medios gráficos de comunicación", en: "Cuestiones de Intervención Estatal. Servicios Públicos, Poder de Policía y Fomento", obra colectiva, ed. RAP, Bs.As. 2011, págs. 378 y 379. En la pág. 381 dice con buen criterio: "...toda dación necesitará un procedimiento reglado para su implementación y no resulta improbable que, aun en ese estrecho ámbito, se produzcan arbitrariedades, como consecuencia de la tensa relación que en democracia se observa entre el poder administrador y los medios de comunicación, que deben informar los actos de la Administración y de todos los poderes del Estado...". En la pág. 388 sostiene acertadamente que es: "...el Congreso de la Nación –junto con las legislaturas provinciales- quien debe conceder la ayuda pública sin modo ni condición y libre de toda injerencia de la Administración. De esta forma, el fomento a esta importante actividad, pilar de nuestra República, no podrá afectar negativamente ni de manera indirecta la libertad de prensa..."

obligaciones para ambas partes. Su incumplimiento crea responsabilidad y será necesario analizar en cada caso cuales son sus consecuencias.

En los casos de promoción industrial o de alguna otra actividad comercial, para algunos³⁷ hay una relación bilateral siguiendo la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: “Metalmecánica”³⁸ y para otros³⁹-entre los que me encuentro- la relación es contractual⁴⁰ y esta característica tiene trascendencia jurídica, y cito como ejemplo el plazo de prescripción contractual en materia de responsabilidad, pudiendo exigir el cumplimiento de lo convenido (pago de subsidios), así como la posibilidad de reclamar el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato, entre otras cosas.

No hay duda alguna que el Estado debe respetar los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas, que nacen para ambas partes desde el momento de la aprobación del proyecto promovido. La violación a los derechos adquiridos origina responsabilidad estatal y el particular tiene derecho a una indemnización integral.

Distinta es la situación si por razones de mérito o conveniencia se produce una modificación que altera la ecuación económico financiera del contrato y con mayor razón si se decide la revocación, porque en estos supuestos tal medida será encuadrada dentro de la responsabilidad estatal por actividad lícita, debiéndose indemnizar los daños que acredite el particular de conformidad con lo dispuesto por el art. 18 de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo Nro. 19549.⁴¹

Sobre este aspecto hay dos teorías: una que sostiene que solo se debe abonar el

³⁷ Cassagne, Juan Carlos: “Derecho Administrativo”, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 2008, t.II, pág.471.

³⁸ Fallos: 196:672.

³⁹ Halperín, David: “Temas de promoción industrial y la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en “130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación”, obra colectiva, Bs.As.1994, pág. 167.

⁴⁰ Al respecto Ismael Mata dice: “...una subvención pedida conforme a la ley por un administrado y concedida en forma expresa e individualizada por la Administración, constituye una relación de carácter contractual...” en: “El control sobre subsidios” en “Cuestiones de Control de la Administración Pública”, obra colectiva, Ediciones RAP, Bs.As. 2010, pág.776.

⁴¹ La C.S.J.de la Nación en el Considerando 14 de la sentencia dictada el 09/05/1989 en los autos: “Motor Once”, (Fallos: 312:649) dijo: “Que, en esas condiciones, habiéndose declarado la legitimidad del obrar administrativo, la lesión inferida a la actora en el ejercicio de su derecho de propiedad encuentra su tutela en la indemnización reclamada, en la cual se resuelve la garantía superior del Art. 17 de nuestra ley fundamental (Fallos:293:617; 301:403, entre otros), tal como ha quedado consagrado en el Artículo 18 de la Ley Nro. 19549, de aplicación en el ámbito municipal.”

rubro correspondiente al daño emergente, porque hay que aplicar el mismo criterio indemnizatorio establecido por la Ley de Expropiación.⁴² El otro –del que participo- afirma que corresponde hacer lugar al pago de todo el daño emergente que se acredite, más una parte del lucro cesante que el Juez determinará en cada caso.

En las leyes que establecen regímenes de promoción para determinada actividad económica, se otorga competencia a una determinada Repartición para la realización de la actividad de control y se fijan las sanciones para los supuestos de violación de la norma, así como el procedimiento para su aplicación, en el que se debe garantizar la audiencia y la prueba (art. 18 de la C.N.).

Indudablemente que el acto administrativo sancionatorio debe reunir los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Ley de Procedimiento Administrativo para su validez y el afectado tiene la posibilidad de recurrirlo, primero en sede administrativa a los fines de agotar la vía para que quede habilitada la instancia judicial.

Un problema que ha dividido a la jurisprudencia y a la doctrina es la obligación de abonar las multas para poder recurrirlas, ya que una parte sostiene que esa norma es válida y la otra –de la que participo- la impugna porque afirma que no se está en presencia del “solve et repete”,⁴³ que solo rige en materia de tributos y, por ello, únicamente debe consignarse su monto, pero no el correspondiente a intereses y multas.

Hay normas que prescriben que los actos administrativos cuya parte resolutive ordenen el pago de una suma de dinero en concepto de multa, solo podrán ser recurridos previo pago del

⁴² La C.S.J. de la Nación el 13/06/1989 en los autos “Petruccelli, Fidel del P.” (Fallos: 312:956) dijo: “...Ante la ausencia de una solución normativa singularizada para la responsabilidad proveniente de la sujeción de un bien a utilidad pública y su posterior desafectación estatal, resulta menester recurrir al examen de las normas que fijan pautas indemnizatorias y que guardan mayor analogía con la situación, lo que conduce irremediamente a encontrar la solución en la ley nacional de expropiaciones Nro. 21.499, es decir, en la norma legal típica que autoriza intromisiones del Estado en la propiedad de los administrados cada vez que el interés público las exija, pues sin esas intromisiones el Estado no es capaz de cumplir sus funciones..” Esta teoría ha sido propiciada por distinguidos administrativistas como Miguel S. Marienhoff: “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1992, t.IV,5ta. Ed. pág.123; Julio R. Comadira, “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de expropiación” en “Derecho Administrativo”, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1996, pág.415 y ss., entre otros.

⁴³ Gallardo, Miguel Ángel y María Inés Ortiz: “El solve et repete frente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva” en “Foro de Córdoba”, obra colectiva, ed. Advocatus, Cba. 1996, año VII, nro. Pág. 47 y ss.

importe fijado.⁴⁴

He dicho ⁴⁵ y ahora repito, que estas normas han creado una condición que destruye el carácter de impugnabilidad del acto administrativo e impide, aun indirectamente, el acceso a la jurisdicción.

Todo acto administrativo es, por naturaleza, impugnabile, atento que al ser actividad administrativa sublegal, existe la potestad judicial para revisar tal actividad, a fin de comprobar su consecuencia con la legitimidad.⁴⁶

Si no se lo puede recurrir sin abonar previamente, no se agotará la vía administrativa y, en consecuencia, no se podrá acudir a la sede judicial, quedando ese acto sin control.

Dicha cláusula es inconstitucional al obligar al pago de sanciones pecuniarias impuestas como condiciones indispensables para poderlas impugnar. No solo porque la multa es una sanción de naturaleza correctiva, sino también porque el monto que se recaude por este concepto es excepcional y no puede ser tenido en cuenta por la Administración como ingreso regular al presupuesto, como son los tributos.

Además afecta el derecho de defensa, celosamente protegido por el artículo 18 de la Constitución Nacional, como asimismo la garantía innominada a la no arbitrariedad que fluye de los arts. 28 y 33, desconociendo también el principio de jerarquía constitucional establecido en el art. 31.

Se suma a ello que en materia sancionatoria rige el principio de “inocencia” hasta tanto el juez dicte una sentencia declarando legal el acto administrativo condenatorio.

Por todas estas razones la Cámara Contencioso administrativa de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba el 27/07/2005⁴⁷ y posteriormente la Cámara de Segunda Nominación, declararon la inconstitucionalidad del art. 41 in fine de la Ley de Transporte de la

⁴⁴ Esta exigencia también existe en España y ha sido criticada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Curso de Derecho Administrativo”, Sexta Edición, Civitas, Madrid 1999, t.II, pág.199.

⁴⁵ Altamira Gigena, Julio Isidro: “Acto administrativo”, ed. Advocatus, Cba. 2008, pág.57.

⁴⁶ Voto de la Dra. Nora Garzón de Bello en los autos: “Monticas S.A. c/ Pcia. de Córdoba- Cont.adm.”

⁴⁷ Sentencia Nro. 75 dictada en los autos: “Monticas S.A. c/ Pcia. de Córdoba- Cont.adm.”, voto de la Dra. Pilar Suárez Abalos de López, al que adhirieron los vocales Dres. Gutiez y Cafferata.

Provincia de Córdoba Nro. 8669, que obligaba a depositar el monto de la multa para poderla recurrir y así preparar la demanda contencioso administrativa.

De lo precedentemente expuesto, se puede deducir, que no deben existir dos clases de penas: unas que tienen que cumplirse previa a su impugnación y otras que pueden postergarse hasta después que sean controladas judicialmente.

6.- Conclusión:

Si bien las medidas de fomento se dictan para beneficio de un sector determinado, sus efectos se extienden a la sociedad. O sea que el fin de “interés público” debe satisfacerse en forma directa o indirecta, ya que el Estado no sólo debe “promover el bienestar general” sino también “proveer lo conducente a la prosperidad del país” (art. 75 inc .18) y al “desarrollo humano mediante el progreso económico con justicia social” (Art. 75 inc. 19).

La actividad de fomento puede ser competencia del gobierno federal, del gobierno provincial o del municipal, sin olvidar que existen facultades concurrentes y facultades implícitas del gobierno federal en virtud de lo establecido en el inciso 28 del artículo 67 que expresamente prescribe que el Congreso de la Nación tiene competencia para “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Esa norma es consecuente con lo dispuesto en el Preámbulo de la Constitución al fijar como uno de los cometidos estatales “realizar la unión nacional”, lo que ha sido interpretado que en virtud de la cláusula de supremacía del artículo 31 lo que realicen las provincias y los municipios no puede resultar incompatible con los poderes federales de idéntica naturaleza, dado que si esto ocurriera, prevalecería siempre la legislación del Congreso de la Nacional.⁴⁸

⁴⁸ Cassagne, Juan Carlos: “La intervención administrativa”, ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1992, pág.120.

Debo recalcar que para que la actividad de fomento sea eficiente y eficaz es fundamental que el Estado realice otra importante actividad: la de control y si la misma Administración no lo realiza, tendrá que efectuarlo el órgano judicial en una causa determinada y por pedido de parte. Pero no se puede pretender el que juez reemplace al funcionario político, porque sería reemplazar la “discrecionalidad política” por la “discrecionalidad judicial”. Lo que es inadmisibile⁴⁹.-

⁴⁹ En el mismo sentido: Domingo Juan Sesin: “La materia contencioso administrativa en Córdoba”, en “Proceso Administrativo I, Revista de Derecho Público”, obra colectiva, Rubinzal-Culzoni, Bs.As. 2003, pág.178.