

ISSN 2346-9196

Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet

Año III / Nr. 2 / 2015



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Derecho

Revista Electrónica

Cátedra Jean Monnet

Facultad de Derecho
de la
Universidad de Buenos Aires

Año III – N° 2 – 2015

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Buenos Aires - Argentina

catedrajeanmonnet@derecho.uba.ar

DIRECTOR

Dr. Calogero Pizzolo

Catedrático Jean Monnet - UBA

CONSEJO ACADEMICO

Dr. Calogero Pizzolo

Dra. Sandra Negro

Dr. Walter Carnota

Dr. Alfredo Soto

CONSEJO EDITOR

Dra. Andrea Mensa Gonzalez

Dr. Agustin Fabbricatore

Andrés Tripodi

Juliana Estevez

Índice

Editorial /

Palabras del Director Pág. 6

Doctrina /

La cuestión prejudicial en la Unión Europea y la interpretación prejudicial en la Comunidad Andina de Naciones Pág. 8

Calogero PIZZOLO

Subvenciones y otros acuerdos publicos para actuar en los programas comunitarios Pág. 46

Roberto CIPPITANI

O constitucionalismo brasileiro e o constitucionalismo latino-americano: algumas reflexões sobre os últimos 40 anos Pág. 73

Luiz Guilherme ARCARO CONCI

Ensayos /

Las migraciones entre los países del MERCOSUR: un paso hacia la libre circulación de personas. Estrategias metodológicas para su abordaje Pág. 106

Graciela CISELLI

TJUE- Índice analítico de jurisprudencia /

Enero 2015 – Julio 2015

Tribunal de Justicia Pág. 123

Tribunal General Pág. 183

Tribunal de la Función Pública Pág. 251

SUBVENCIONES Y OTROS ACUERDOS PUBLICOS PARA ACTUAR EN LOS PROGRAMAS COMUNITARIOS

Roberto CIPPITANI^(*)

Sumario

I. Introducción. Los financiamientos públicos. - II. La financiación pública de la Unión Europea. - III. Los programas de la Unión Europea. - IV. Formas de relación jurídica entre Institución financiadora y beneficiarios. A. Crédito de interés reducido y otras operaciones financieras. B. Contratos públicos. C. Subvenciones. D. Otras técnicas de financiación. - IV. Subvenciones y contratos públicos. A. Iniciativa. B. Ausencia de cualquier prestación directa. C. La modalidad de transferencia del dinero. - VI. Otros criterios de distinción: afectación y efectos. - VII. Razones para utilizar las subvenciones.

§

I. Introducción. La financiación pública

El fenómeno de la financiación otorgada por las administraciones públicas tiene una larga historia¹ y es objeto de atención por parte de diversos estudiosos desde hace varios siglos².

^(*) Catedrático *Jean Monnet*, Investigador de Derecho privado, Coordinador Académico del Centro de Excelencia Jean Monnet "Rights and Science", Università degli Studi di Perugia. Se agradece a la Profesora Andrea Mensa González por haber realizado la revisión de este artículo.

¹ Véase por ejemplo las *Leges frumentariae* que eran erogaciones publicas en específico. La primera de esas fueron la *Lex Sempronia frumentaria*, del 123 a.C., que fue propuesta por Caio Gracco (cfr L. Perelli, *I Gracchi*, Roma, 1993, p. 168 s.). Las *leges frumentariae* fueron abrogadas por Silla con la *lex Cornelia* nel 81 a.C. y de nuevo aprobadas en el 75 a.C. por los Consules M. Terentius Varro Liucullus y C. Cassius Longinus Varus.

² Uno de los primeros autores que trataron el tema fue el jurista napolitano Giacinto Dragonetti con su *Trattato delle virtù e de' premj* publicado por la primera vez en el 1766. Véase M.G. Losano, *L'intervento statale nella promozione della ricerca*, en A. Ruberti (edición por), *Europa a confronto. Innovazione, Tecnologia, Società*, Roma-Bari, 1990, 339 sigs.

Sin embargo, sólo a partir de la segunda mitad del siglo pasado se ha desarrollado un importante sistema de financiación pública³, principalmente después de la segunda guerra mundial, oportunidad en la cual el Estado ha comenzado a otorgar una considerable cantidad de recursos para realizar tareas de nivel colectivo⁴.

De acuerdo con las organizaciones internacionales, dichos fondos públicos anuales se calculan en el orden de los 1.000 millones de dólares, lo que equivale a alrededor del 4% del PIB mundial⁵. Se estima que más del 60 por ciento de las empresas en el mundo han recibido al menos una vez alguna forma de subsidio⁶.

Este tipo de actividad de la administración pública ha producido una legislación promocional que ha sido estudiado especialmente por la doctrina de derecho administrativo⁷.

La erogación de recursos públicos se puede considerar como la expresión del carácter teleológico del Estado moderno, que de acuerdo con la Constitución y los tratados internacionales, persigue objetivos relacionados con el bienestar social y la solidaridad⁸.

³ Véase D. Serrani, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971; v. también S. D'albergo, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, en *Foro amm.*, I, Sez. III, p. 341 e sigs.

⁴ G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, en *Soc. dir.*, 1990, 1-2, p. 109 sigs.

⁵ OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2006. Analyse des liens entre les subventions, le commerce et l'OMC*, 306 pages, en: www.wto.org/French/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report06_f.pdf.

⁶ OCSE, *Competition Policy en Subsidies and State Aid*, DAFFE/CLP(2001)24, 12 de noviembre de 2001, spec. p. 52.

⁷ En España se habla del Derecho del "fomento administrativo" que se refiere a "la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos" (L. Jornada de Pozas, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en *Revista de Estudios Políticos*, 48, 1949, p. 46).

⁸ G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. I, Milano, 1967, p. 31.

Noberto Bobbio ha afirmado que el financiamiento público muestra la transformación del “Estado administrativo” del siglo XIX en el actual “Estado de derecho” que interviene en áreas previamente dejadas exclusivamente a las relaciones entre particulares⁹.

Principalmente a través de dicha actividad, el Estado abandona las formas autoritarias como medio habitual de gobierno, pasando a formas de colaboraciones y de involucramiento voluntario¹⁰.

Los recursos públicos se convierten en el principal instrumento de acción del Estado contemporáneo, sobre todo en el ámbito económico, pero no sólo¹¹.

En particular, en los últimos cincuenta años, el sector se ha enriquecido de los financiamientos concedidos en el marco de la colaboración internacional.

Las organizaciones internacionales financiadoras son muchas y abarcan campos muy diversos: basta pensar en las agencias de la ONU, el Banco Mundial, la OTAN y de las organizaciones culturales y científicas como el CERN, la ESA, el Consejo de Europa.

II. La financiación pública de la Unión Europea

Hace unas décadas, a partir de los años 50 del siglo pasado, en Europa comienza a tener una gran importancia la financiación por parte de la Unión Europea¹².

⁹ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 106

¹⁰ Cfr. S. Valentini, *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, en C. Ferrari, *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Atti del Convegno nazionale di studi organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi, Torino, 13-15 giugno 1985, Milano, 1987, p. 237 sigs.; G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovracani elettrici)*, en G. Guarino, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 125 sigs.

¹¹ Cfr. L. Benadusi, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali ed amministrativi*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 890 sigs.

De hecho, los primeros recursos otorgados fueron dirigidos al ámbito de la investigación en el campo de la energía nuclear, creados en los años inmediatamente posteriores a la firma del Tratado Euratom.

En los años 60 del siglo pasado, también se financiaron programas en el ámbito de las competencias previstas originalmente por los Tratados (en el sector agrícola; los fondos estructurales en el ámbito de la política de cohesión; los primeros programas en el ámbito de la formación profesional).

A partir de los años 70, como resultado de la Cumbre de París de octubre de 1972, se pusieron en marcha programas por parte de las Instituciones en áreas que todavía no se encontraban bajo la orbita de responsabilidades de las Comunidades, tales como la investigación (en campos distintos de la investigación nuclear) y la educación (con el establecimiento de la primera generación de programas como Erasmus, Petra, Comett, Eurotecnec, Fuerza, Lingua, Tempus, Juventud para Europa).

Con posterioridad al Acta Única Europea y al Tratado de Maastricht se reconocieron formalmente las competencias comunitarias en áreas como el medio ambiente, la investigación y la educación y se ha optimizado aún más la

¹² Cfr. G. Castaldi, *Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici*, Dig. disc. priv., Sez. comm., XV, Torino, 1998, 84 sigs., spec. 95 sig.; P. Padoin, *I finanziamenti delle Comunità Europee. Organismi, competenze, procedure, destinatari, utilizzazioni*, Roma, 1989. Sobre los programas en ámbito de la investigación y de la educación véase R. Cippitani, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, en T. Sediari (a cura di) *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, p. 81 sigs.; L. Pépin e al., *Histoire de la coopération européenne dans le domaine de l'éducation et de la formation*, Lussemburgo-Bruxelles, 2006; L. Guzzetti, *Breve storia della politica della ricerca dell'Unione Europea*, Lussemburgo-Bruxelles, 1995; J. Mullin, *Évolution des modes de financement de la recherche (1960-2000)*, en *Revue internationale des sciences sociales*, 2001/2 n° 168, p. 269 sigs. Para los fondos estrcturales v. A. Dassi, *Fondi strutturali, interventi finanziari e di sostegno*, en U. Draetta (a cura di), *Elementi di diritto comunitario, parte speciale*, Milano, 1995, p. 231 sigs.; D. Either, *La réforme des fonds structurels de la Communauté Européenne: de l'Acte Unique à l'après-Maastricht*, *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 1993, p. 232 sigs. ; T. Frazer, *The new structural Funds, State aids and interventions on the single market*, en *European law review*, 1995, p. 3 sigs.; M. Fumagalli Meraviglia, *La politica regionale e di coesione economica e sociale*, en U. Draetta (a cura di), *Elementi di diritto comunitario, parte speciale*, Milano, 1995, p. 275 sigs.; C. Mestre, Y. Petit, *La cohésion économique et sociale après le Traité sur l'Union européenne*, en *Rev. trim. de droit européenne*, 1995, pp. 207-243; G. Gallizioli, *I Fondi strutturali delle Comunità europee*, Padova, 1992.

utilización de los fondos comunitarios, en términos de recursos y de una mejor organización.

Además de promover la integración de Europa, los recursos comunitarios han sido los principales instrumentos de la ampliación y apertura de la Unión Europea.

En los años 80 y 90 del siglo pasado se utilizaron acciones (como Tempus y Phare) para preparar la entrada de nuevos países en la Unión.

Incluso hoy en día, los fondos comunitarios están en el centro de la cooperación internacional con América Latina, Asia, el Mediterráneo, Oriente Medio y África.

Dichos fondos (por ejemplo, los programas marco de investigación y desarrollo, los programas de educación y formación, los fondos estructurales, los programas de cooperación internacional) son considerados como los principales instrumentos de acción de la Unión.

III. Los programas de la Unión Europea

En las últimas décadas se ha producido un “aluvión” de diversas fuentes jurídicas que tratan la temática de la financiación pública¹³.

Esta heterogeneidad tiene como consecuencia la dificultad de definir con exactitud el fenómeno de la financiación pública. En este sentido, más que en otras áreas de la ciencia jurídica, existe una gran dificultad para alcanzar un acuerdo sobre los términos utilizados¹⁴.

¹³ E. Croci, G. Pericu, *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, en *Enc. dir.*, XLIII, p. 243 sigs.; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, cit. p. 25.

¹⁴ La ausencia de acuerdo sobre el uso de los términos es el mayor obstáculo para dar al Derecho un carácter científico como afirmó por N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 342 sigs.

Por lo tanto, se utilizan abundantes palabras que poseen diversos significados, como por ejemplo, subsidios, subvenciones, contribuciones, premios, etc.¹⁵. Ante tal diversidad, la literatura jurídica intenta poner orden, proponiendo clasificaciones¹⁶, pero a falta de una definición legal clara e inequívoca, el uso de los términos varía de un autor a otro.

Se han propuesto definiciones basadas en la técnica de la atribución ¹⁷ o en el instrumento jurídico utilizado (el acto administrativo cuyo principal efecto es la asignación de una suma de dinero u otros bienes¹⁸).

La situación es particularmente complicada en Estados como Italia, donde no existe un criterio general sobre el tema del financiamiento público, y cada ley sobre el tema prevé una reglamentación particular¹⁹.

En cambio, algunos ordenamientos jurídicos disciplinan la materia de la financiación pública de manera sistemática.

Así es el caso de la reglamentación de las subvenciones en la Ley española no. 38/2003, de 17 de noviembre de 2003, la Ley General de Subvenciones (Véase también la Ley 44/1983 de Presupuestos Generales del Estado); o en el ordenamiento jurídico francés (véase *décret* n°99-1060 del 16 diciembre 1999 concerniente las *Subventions de l'Etat pour des projets d'investissement* ; véase también el *décret* n°2001-210 del 7 de marzo de 2001, que se refiere a las

¹⁵ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 765; M. Carabba, *Incentivi finanziari*, *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 963 sigs., que subraya como el termino "incentivos" es utilizado por hablar de *nomina iuris* distintos como contribuciones, subsidios, subvenciones, reembolsos de gastos, etc..

¹⁶ Véase la síntesis de A. Galasso, *Finanziamenti pubblici*, *Novisigs. Dig. it., App.*, vol. III, Torino, p. 764 sigs.

¹⁷ M. Annessi, *Finanziamento*, en *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 627 sigs., spec. p. 630.

¹⁸ Cfr. G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, cit., *passim*.

¹⁹ La ausencia de una definición legislativa hace difícil la delimitación. Véase por ejemplo el análisis del derecho Chileno por J. C. Flores Rivas, *Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, Valparaíso, Chile, 2º Semestre de 2011, p. 329 sigs.

Instruction pour l'application du code des marchés publics, del Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie).

Resulta especialmente interesante el caso de la Unión Europea, que a lo largo de los años, como se ha mencionado con anterioridad, ha desarrollado la disciplina de los “programas comunitarios”.

Los programas, de hecho, son objeto de una regulación muy detallada, que consiste en las fuentes jurídicas específicas con las que se adoptan dichos programas.

Por otra parte, los programas comunitarios se rigen por un criterio general que está hoy en día constituido principalmente por el Reglamento (UE, Euratom) del Parlamento Europeo y del Consejo No. 966/2012 de 25 de octubre de 2012 (que sustituyó al anterior Reglamento n Consejo. 1605/2002 de 25 de junio de 2002) y el Reglamento delegado (UE) de la Comisión n. 1268/2012 del 29 de octubre de 2012 (que a su vez sustituido el Reglamento 2342/2002).

Estos reglamentos contienen la disciplina financiera aplicable al presupuesto general de la Unión Europea y se la considera como una normativa detallada y orgánica, que tiene pocas comparaciones con las normativas nacionales o con las reglas adoptadas por los organismos internacionales.

La disciplina comunitaria de los programas puede ser usada como referencia para cualquier investigación sobre la cuestión del financiamiento público, no sólo por su relevancia económica y social, sino también por la indudable influencia que dicha disciplina tiene a nivel nacional.

Dicha influencia está determinada por la necesidad del Estado miembro de respetar el Derecho comunitario, en particular en áreas como la concerniente las ayudas de Estado o la reglamentación de los contratos públicos.

El artículo 19, pár. 2, de la Ley 38/2003 establece que: “La normativa reguladora de la subvención determinará el régimen de compatibilidad o

incompatibilidad para la percepción de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales”.

Por lo tanto, existe una tendencia a la coordinación entre el nivel de la Unión Europea y el nacional, causada por la necesidad de coherencia en ciertos asuntos como la investigación científica y la innovación.

Por otra parte, son cada vez más numerosos los casos en que para la misma acción se utilizan fondos comunitarios y nacionales, que deben ser aplicados de manera coherente²⁰. En este ámbito, por lo tanto, se puede observar una circulación de modelos y conceptos, esenciales para la integración legal comunitaria.

Como se ha mencionado anteriormente, la legislación comunitaria ha adoptado la noción general de “programa”, noción que puede reemplazar a aquellas, vagas y heterogéneas utilizadas a nivel nacional.

Conforme al Derecho de la Unión Europea un programa comunitario es: “cualquier acción, conjunto de acciones u otra iniciativa que, según el acto de base o la autorización presupuestaria correspondiente, deba llevar a cabo la Comisión en favor de una o varias categorías de beneficiarios determinados y que comprometa gastos”²¹.

Los elementos de la definición se pueden aplicar a muchas formas de acciones comunitarias en que la Comisión (u otra institución financiadora), en base al principio de legalidad (la presencia de una base jurídica), afronta gastos

²⁰ Eso es el caso de la acción Cofund del Programa Marie Skłodowska Curie de Horizon 2020.

²¹ Véase la definición de programa contenida en el Reglamento (CE) No 58/2003 del Consejo de 19 de diciembre de 2002 por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios. Véase también R. Cippitani, *I contratti per l'attuazione dei programmi comunitari*, en Palazzo, Sassi (edic.), *Diritto privato del mercato*, Roma - Perugia, 2007, p. 577 sigs.

en favor de sujetos particulares. Cada elemento de esta definición podría desarrollarse de manera autónoma.

Sin embargo, el presente trabajo se enfoca en analizar de que manera la institución financiadora establece, en el ámbito de la normativa concerniente a los programas comunitarios, una relación jurídica con los particulares involucrados en la acción.

En la normativa y en la práctica comunitaria, esos tipos de relación jurídica pueden asumir variadas formas.

IV. Formas de relación jurídica entre Institución financiadora y beneficiarios

Las categorías de relaciones jurídicas reguladas por el Derecho de la Unión que se realizan en la practica son múltiples, aunque pueden reagruparse en operaciones financieras, contratos públicos y subvenciones²².

Sin embargo, dichas formas constituyen “acuerdos” contractuales entre la Institución financiadora y los sujetos jurídicos. De hecho, coherentemente con el enfoque colaborativo y no autoritativo de la legislación promocional actual, los programas comunitarios se basan en la participación voluntaria de los particulares.

La voluntariedad de la participación y los efectos de naturaleza patrimonial (la contribución financiera de la Institución financiadora) permiten considerar esas relaciones como contratos de Derecho civil, a los cuales se aplica obviamente una disciplina jurídica de Derecho administrativo.

A continuación, se demostrarán en síntesis las características de las principales categorías de acuerdos que se utilizan para implementar los programas comunitarios.

²² Por lo que se refiere a los distintos instrumentos de acción pública en el sector de los servicios publicos véase por ejemplo A. Rosenbaum, *La prestation de service concertée: La dynamique de la collaboration entre le secteur public, le secteur privé et la société civile*, en *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2006/1, vol. 72, p. 45 sigs.

A. Crédito de interés reducido y otras operaciones financieras

La base jurídica de algunos programas comunitarios prevé la implementación de “instrumentos financieros”, que se definen como “ayudas financieras adoptadas con carácter complementario con cargo al presupuesto para la consecución uno o varios objetivos políticos específicos de la Unión. Dichos instrumentos podrán adoptar la forma de inversiones en capital o cuasi capital, préstamos o garantías, u otros instrumentos de reparto del riesgo” (artículos 2, let. p).

En particular se define al préstamo como “un acuerdo por el cual el prestamista se obliga a poner a disposición del prestatario una suma de dinero acordada por un período de tiempo acordado, y por el cual el prestatario se obliga a devolver dicha cantidad en el tiempo acordado” (artículo 2, let. k, Reglamento 966/2012, definición de “préstamo”).

Por lo general, la obligación del prestatario no es sólo la de pagar los intereses, sino también la realización de un proyecto acordado con la Institución financiera y con el banco prestamista.

En la legislación comunitaria se prevén otras operaciones financieras en condiciones favorables con respecto al mercado, que toman la forma de: garantías²³, inversiones²⁴, “instrumentos de distribución de riesgos”²⁵ y otras técnicas de financiación.

²³ Véase artículo 2, let. l, según el cual la garantía es “un compromiso escrito en virtud del cual se asume la responsabilidad por la totalidad o una parte de la deuda u obligación de un tercero o por el cumplimiento satisfactorio por tal tercero de sus obligaciones, si se da un acontecimiento que desencadene tal garantía, como por ejemplo un impago”

²⁴ Véase el artículo 2, let. m, Reglamento 966/2012 para la definición de inversión de capital que es “la provisión de capital a una empresa invertida directa o indirectamente a cambio de la titularidad total o parcial de dicha empresa, respecto de la que el inversor de capital podrá asumir cierto control de la gestión y podrá participar de futuros beneficios”

²⁵ Es decir “un mecanismo de financiación que permite repartir un riesgo determinado entre dos o más entidades, si procede contra el pago de una remuneración acordada”, artículos 2, let. o

Particularmente importante en la cooperación internacional, y en general en la ayuda de personas de bajos ingresos, es la técnica de “microcrédito”, que consiste en la concesión de préstamos de pequeñas cantidades a personas o grupos, o para iniciar el desarrollo de actividades económicas.

Para lograr sus objetivos institucionales, las Instituciones que trabajan en este campo, ofrecen otros servicios financieros llamados colectivamente “microfinancia” (como micro depósitos, microseguros, servicios de transferencia de remesas) y otros servicios auxiliares tales como asesoramiento o capacitación.

Por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea, el Banco Europeo de Inversiones (el “BEI”, v. artículo 308 sigs. Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante “TFUE”) y el Fondo Europeo de Inversiones (FEI) utilizan diferentes técnicas para la financiación de proyectos por parte de los promotores (modelo llamado “Corporate Finance”) o a través empresas establecidas para la ejecución de proyectos (el llamado modelo de “Project Finance”)²⁶: préstamos a través de un intermediario especializado (*global loans*); préstamos individuales concedidos por el BEI directamente al beneficiario (*individual loans*); garantías; Servicios de financiación estructurada (Mecanismo de Financiación Estructurada, SFF), es decir, servicios orientados a fortalecer la estructura financiera de un proyecto, para facilitar el acceso al mercado de capitales (préstamos prioritarios y garantías para los riesgos operativos del proyecto)²⁷; préstamos “subordinados” garantizados; “*mezzanino finance*” para las empresas en reconversión; productos derivados; capital de riesgo (*venture capital*) y por lo tanto la participación del BEI en sociedades constituidas para implementar un proyecto.

²⁶ Véase, BEI, *Guía para la financiación de proyectos de Plataformas Tecnológicas Europeas*. Instrumentos de financiación de la Comisión Europea y el Banco Europeo de Inversiones Luxemburgo, 2010 en http://www.eib.org/attachments/thematic/european_technology_platforms_es.pdf.

²⁷ La deuda subordinada es un financiamiento de capital de deuda a medio y largo plazo. Se rembolsa antes que el capital pero después a otras formas de deuda.

Las operaciones financieras del BEI se llevan a cabo en colaboración con la Comisión Europea, como en el caso del denominado “Mecanismo de Financiación con Reparto de Riesgos (RSFF)”, que abarca los proyectos de investigación e innovación tecnológica.

Bajo este mecanismo, la Comisión asume una parte del riesgo de crédito, lo que permite a la BEI proporcionar un mayor volumen de préstamos.

B. Contratos públicos

Para el Derecho comunitario los programas pueden ser puestos en marcha incluso a través de los contratos públicos. De acuerdo al Reglamento 966/2012: “los contratos a título oneroso concluidos por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios órganos de contratación (...) con el fin de obtener, mediante el pago de un precio sufragado total o parcialmente por el presupuesto, la entrega de bienes muebles o inmuebles, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio” (artículo 101, párr. 1, Reglamento 966/2012)

Por lo tanto, las Instituciones comunitarias utilizan los contratos públicos cuando, al aplicar el programa, deben adquirir bienes inmuebles²⁸, suministros²⁹, obras³⁰ o servicios³¹.

²⁸ Para el art. 121, párr. 1, Reglamento 1268/2012 “Los contratos inmobiliarios tienen por objeto la compra, la enfiteusis, el usufructo, el arrendamiento financiero, el arrendamiento-venta, con o sin opción de compra, de terrenos, edificios existentes u otros bienes inmuebles”.

²⁹ Los suministros tienen como objeto “la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento-venta, con o sin opción de compra, de productos. Los contratos cuyo objeto sea la entrega de productos y, accesoriamente, la realización de trabajos de montaje e instalación se considerarán contratos de suministro.” (art. 121, párr. 2, reglamento 1268/2012).

³⁰ “Los contratos de obras tienen por objeto la ejecución, o conjuntamente la concepción y ejecución de trabajos u obras en relación con alguna de las actividades mencionadas en el anexo I de la Directiva 2004/18/CE o la realización, cualquiera que sea el medio utilizado, de una obra que responda a los criterios exigidos por el órgano de contratación. Se entenderá por “obra” el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil destinada a ejercer por sí misma una función económica o técnica.” (art. 121, párr. 3, reglamento 1268/2012)

³¹ “Los contratos de servicios tienen por objeto todas aquellas prestaciones, intelectuales o no, diferentes de las que son propias de los contratos de suministro, de obras e inmobiliarios” (v. art. 121, párr. 4, reglamento 1268/2012).

C. Subvenciones

Entre las relaciones jurídicas que se utilizan para implementar los programas debe destacarse la importancia de las subvenciones.

En el Derecho de la Unión, el artículo 121 del Reglamento 966/2012 las subvenciones (*grants, subventions, sovvenzioni, Finanzhilfen, subvenções*, etc.) prevé que “Se entenderá por subvenciones las contribuciones financieras directas a cargo del presupuesto que se conceden a título de liberalidad con objeto de financiar cualquiera de las actividades siguientes: a) una acción destinada a promover la realización de un objetivo de alguna de las políticas de la Unión; b) el funcionamiento de un organismo que persiga un objetivo de interés general de la Unión o un objetivo que forme parte y apoye alguna de las políticas de la Unión (“subvenciones de administración”)³².

En lo que refiere a los ordenamientos nacionales, el artículo 2, apartado 1, de la Ley General de Subvenciones española establece que: “Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación

³² Este tipo de subvención, por lo tanto, cubre una parte de los costes de gestión del organismo y no está vinculada a la realización de un proyecto específico.

Son subvenciones de administración las dirigidas especialmente a organismos establecidos por el ordenamiento comunitario, tales como: a) el Colegio de Europa (Campus de Brujas y de Natolin; b) el Instituto Universitario Europeo de Florencia; c) el Instituto Europeo de Administración Pública de Maastricht; d) la Academia de Derecho Europeo de Tréveris; e) la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación para la Educación Especial en Middelfart; f) el Centro Internacional de Formación Europea (CIFE), Niza (artículo 36, párr. 2, la Decisión 1720/2006).

financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”.

En Francia, según la circular *“pour l’application du décret n° 97-1263 du 29 décembre 1997 et relative à la présentation des demandes de subvention de fonctionnement pour l’année 2002”* una subvención es *“Une aide financière versée par une collectivité publique pour des activités dont elle n’a pris ni l’initiative, ni la responsabilité, et qui ne constitue pas le prix d’une acquisition directe par cette collectivité de biens ou de services. Elle est accordée soit pour favoriser l’exécution d’un service public, soit à titre de secours ou de soutien si elle a un caractère de libéralité”*.

Las subvenciones por lo tanto, se caracterizan por el hecho de que la institución financiadora participa mediante una contribución financiera a la realización de un proyecto propuesto por uno o más beneficiarios³³, a través del otorgamiento de una suma de dinero.

D. Otras técnicas de financiación

Las técnicas de financiación pública que se encuentran en la práctica exceden a las mencionadas precedentemente.

Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de la participación directa, que se produce cuando la Institución financiadora participa directamente en la implementación de un proyecto.

Uno de los casos se encuentra en el ámbito de los programas comunitarios de investigación científica (los Programas Marco, de conformidad con el artículo

³³ Sobre las subvenciones y otras técnicas de financiamiento, véase R. Cippitani, *Il concetto giuridico di sovvenzione nel diritto dell’Unione europea e nel diritto nazionale*, en *Contratto e Impresa/Europa*, 1/2011, 335 sigs. ; Id., *Gratuità e finanziamenti pubblici*, en A. Palazzo, A. Mazzaresse (a cura di), *Contratti gratuiti*, en *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2008, 77 sigs..

182 TFUE), donde la Comisión europea participa directamente en los proyectos a través de la estructura del Centro Común de Investigación³⁴.

Otro caso de aplicación directa son los organismos públicos que ofrecen préstamos, como por ejemplo, las “empresas comunes” (*Joint undertakings*), para la realización de actividades de investigación, de conformidad con el artículo 187 del TFUE.

Otra técnica de financiamiento consiste en una suma atribuida a particulares tanto directamente por la Institución, como por medio de otros sujetos: becas de movilidad, préstamos de honor, premios científicos, asignaciones a los evaluadores y expertos y diversos tipos de subvenciones en el marco de los servicios personales.

V. Subvenciones y contratos públicos

Como se destaca en la praxis comunitaria, es particularmente importante distinguir entre subvenciones y contratos públicos.

De hecho, se considera más fácil trazar una línea entre subvenciones y otras técnicas de financiación: la subvención difiere del préstamo, en cuanto las sumas pagadas al beneficiario de la subvención deben ser reembolsadas; las subvenciones se distinguen de las garantías, en tanto estas prevén que la Institución financiadora garantice un préstamo y no que otorgue una determinada suma de dinero como sucede en el caso de las subvenciones; en el caso de la participación, la financiación consiste en un aporte en el capital en una empresa, no en la cobertura de los gastos para implementar un acción.

En cambio, el contrato público y la subvención pueden parecer relaciones jurídicas bastante similares, ya que en ambos casos, la institución financiadora paga una determinada cantidad —no reembolsable— en la ejecución de un proyecto a cargo del beneficiario.

³⁴ V. el sitio web: <https://ec.europa.eu/jrc/>

Establecer una diferencia entre ambas formas de financiación por lo tanto resulta de suma importancia, porque la disciplina aplicable es diferente. Especialmente en la elección de los particulares que participan en la acción. Desde este punto de vista, el procedimiento previsto en la disciplina de los contratos público es generalmente más rígido que el previsto para las subvenciones.

En muchos casos es la misma fuente jurídica la que establece que forma de financiación debe utilizar la Institucion. En otros se deja a la administración pública la elección del procedimiento y de la forma de actuación del programa.

De todas maneras, es importante establecer criterios de distinción entre las subvenciones y los contratos públicos.

Las principales diferencias, de acuerdo a la práctica y a la jurisprudencia, deberían enfocarse en los siguientes aspectos: a) la iniciativa; b) la falta de cualquier contraprestación directa; c) la manera en que se otorga el dinero.

A. Iniciativa

Un primer criterio de distinción depende del sujeto que identifica las actividades a realizar.

En el documento *Instruction pour l'application du code des marchés publics*, se afirma que la subvención se caracteriza por el hecho de que la actividad subvencionada "*Est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a définis*"³⁵.

³⁵ Como se ha explicado con referencia a las subvenciones para las asociaciones: mientras "*Il y a marché public lorsque l'administration exprime de son initiative un besoin qui lui est propre et qu'elle demande à un prestataire extérieur de lui fournir les biens ou prestations de nature à satisfaire ce besoin en contrepartie d'un prix. Dès lors, le code des marchés publics, ou la loi Sapin s'il s'agit d'une délégation de service public, trouvent à s'appliquer, quel que soit le statut du fournisseur*" mientras la subvención cuando "*il s'agit pour une collectivité d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique. On ne se trouve alors pas dans le cadre d'une relation de marché public. En effet, chaque fois qu'une collectivité décide de participer financièrement, dans une proportion qui peut fortement varier d'un cas à l'autre, à un*

Incluso los documentos de la Comisión Europea indican que: *"A grant is made for an operation which is proposed to the Contracting Authority by a potential beneficiary (an "applicant") and falls within the normal framework of the beneficiary's activities"* ("Una subvención se realiza en base a una operación que se propone a la Administración contratante por un beneficiario potencial (un 'solicitante')")³⁶.

Eso, a diferencia de los procedimientos de contratación donde *"The Contracting Authority draws up the terms of reference for a project it wants to be carried out"*. ("La Institución financiadora establece los términos de referencia para un proyecto que quiere llevar a cabo").

Por lo tanto, en la subvenciones son los candidatos, en base a una convocatoria, los que presentan una idea de proyecto; en cambio en la licitación, es la administración pública la que solicita un bien o servicio específico, que debe ser proporcionado por los contratantes.

El criterio de la iniciativa previsto por la Instruction, parece referirse al tipo de operación a realizar.

Pero, la misma actividad puede ser identificada y solicitada por la institución financiadora (a través del contrato), o propuesto por los que reciben la financiación (como en el proyecto elaborado por los beneficiarios de una subvención).

Además, debe destacarse que en las subvenciones las actividades propuestas por los candidatos deben ser formuladas teniendo en cuenta los

projet élaboré par une association, et qui répond aux besoins de cette dernière, on se trouve alors dans le domaine de la subvention qui n'appelle pas de mise en concurrence préalable".

³⁶ Véase incluso el documento de la Comisión *Practical Guide to Contract procedures for EC external actions* citado (pár. 6.1.1).

objetivos establecidos por el ente financiador (en las convocatorias y en los documentos que los acompañan)³⁷.

Sin embargo, en la práctica se observa que la actividad de adquisición de servicios o de bienes por parte de la administración, el ente público define el objeto de la actividad que debe realizar el contratante, mientras que los objetivos de las subvenciones están establecidos por los beneficiarios³⁸.

B. Ausencia de cualquier prestación directa

Otro carácter distintivo de la subvención respecto al contrato, se conoce en el derecho francés y en el derecho español como la "ausencia de una contraprestación directa" ("*contrepartie directe*")³⁹.

En la subvención, la Institución financiadora no adquiere por parte de los beneficiarios bienes o servicios pagando un determinado precio, como sucede en los contratos públicos. En cambio la Institución financiadora colabora en la realización de un proyecto común, en consonancia con los objetivos establecidos por las fuentes legales y por su misión institucional.

Por lo tanto, las subvenciones no pueden considerarse contratos que sinalagmáticos, sino acuerdos de colaboración, concluidos con el fin de alcanzar

³⁷ Como los "work programme" de los Programas Marco de la Unión Europea que especifican y detallan los objetivos de los programas específicos.

³⁸ La circular de la DGEFP del Ministère de l'Emploi et de la Solidarité recuerda que: "*si l'administration a besoin d'une prestation particulière qu'elle ne peut réaliser elle-même mais dont elle peut précisément définir les caractéristiques, on se trouve dans le cas de figure des marchés publics: une mise en concurrence et une publicité doivent être organisées, sur la base d'un cahier des charges*".

³⁹ V. Conseil d'État, 6 julio 1990, *Comité pour le développement industriel et agricole du Choletais* – CODIAC, en *D.F.* 11 de mayo de 1991, p. 573, concl. Arrighi De Casanova, pp. 497 sig. En la praxis administrativa véase el documento elaborado por el CNRS (Centre National de la Recherche Scientifique) del 1 diciembre 1999 "*Instruction de procédure no 990310BPC définissant les modalités et les circuits d'attribution des subventions, les principales règles de gestion et les documents types applicables*", pár. 1.1. V. el Anexo (*La notion de contrepartie pour la livraison de biens et le prestations de services*) del documento del CNRS, Secrétariat Général Direction des finances, *Le régime fiscal du CNRS en matière de TVA*.

objetivos comunes como la ejecución de un proyecto para la implementación de una política pública.

C. La modalidad de transferencia del dinero

Además, la diferencia entre subvención y contrato se observa principalmente en la modalidad mediante la cual la Institución financiadora participa en la actividad a realizar (el proyecto)⁴⁰.

De hecho, en el ámbito de la disciplina de las subvenciones el organismo de financiación contribuye a la realización del proyecto con una suma de dinero que está vinculada a los costes del beneficiario, incurridos por el proyecto⁴¹.

Esto difiere de lo que sucede en la contratación pública, en la cual la administración contratante paga un precio, sin tener que establecer los costos reales del contratante. El contratante, por lo tanto, obtendría una ganancia.

⁴⁰ En la *Practical Guide to Contract procedures for EC external actions* citada se afirma que (pár. 6.1.1): "A grant beneficiary is responsible for implementing the operation and retains ownership of its results. By contrast, under a procurement contract, it is the Contracting Authority which owns the results of the project and closely supervises its implementation."

- A grant beneficiary generally contributes to the financing of the action except in cases where full Community financing is essential for the action to be carried out or full EDF financing is required... En the case of procurement contracts, however, the contractor does not normally contribute financially.

- A grant can only be made for an operation whose immediate objective is non-commercial. Under no circumstances may the grant give rise to profits (i.e., it must be restricted to the amount required to balance income and expenditure for the action, see point 6.2.10), with exception of the actions with the objective of reinforcement of the financial capacity of a beneficiary or the generation of an income in the framework of external actions. Grant beneficiaries are generally non-profit-making (....)

- The grant is expressed by ways of a percentage and a maximum amount of the eligible costs of the action actually incurred by the beneficiary. If lump sums (with a unit value not exceeding EUR 25.000 per category(ies) of eligible cost) or flat-rate financing are envisaged, its use and the maximum amounts must be authorised by grant or type of grant by the Commission in a decision, e.g. in the financing decision. The use of lump sums, flat-rate financing or a combination of the different forms of expressing a grant requires an amendment of the standard grant contract, which is subject to a derogation.

The amount of a procurement contract, on the other hand, represents a price fixed in accordance with competitive tendering rules".

⁴¹ Como oportunamente observa G.P. Manzella, *Gli ausili finanziari*, en S. Cassese (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, tomo 3, *Finanza pubblica e privata. La disciplina dell'economia*, Milano, 2000, p. 2872.

En cambio, en la subvención, el beneficiario debe “cofinanciar” el proyecto (véase artículo 125, pár. 3, e Reglamento 966/2012). Ello significa primordialmente que “la subvención no podrá tener por objeto o efecto producir rentabilidad alguna” (artículo 125, pár. 4).

Por lo tanto, los sujetos que participan en los programas comunitarios actuados a través de las subvenciones están obligados a cubrir la parte de los gastos no financiados por la institución financiadora.

El beneficiario deberá justificar el importe de la cofinanciación prevista en términos de recursos propios, transferencias financieras prestadas por terceros y contribuciones en especie⁴², en los casos en que se permite (artículo 183, Reglamento 1268/2012).

VI. Otros criterios de distinción: afectación y efectos

En cambio, no se estiman adecuados otros criterios de distinción entre subvenciones y contratos públicos, como por ejemplo, en base a la finalidad que alcanzan.

La disciplina jurídica, de hecho, destaca que las subvenciones tengan como objetivo fomentar “una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública” (artículo 2, pár. 1, Ley General de Subvenciones). De la misma manera la doctrina legal afirma que la subvención es “una atribución patrimonial dineraria o en especie a fondo perdido afectada a la realización de la finalidad específica de interés general para la cual se concede”⁴³.

La “afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo” se considera “un elemento diferenciador que delimita el concepto de subvención de otros análogos” (pár. II del Informa al Rey de la *Ley General de*

⁴² Por contribuciones en especie “se entienden los recursos no económicos puestos a disposición del beneficiario de forma gratuita por terceros” (art. 183, pár. 2, reglamento 1268/2012).

⁴³ G. Fernández Farreres, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, cit., p. 234; v. anche F. López Ramón, *Ámbito de aplicación de la Ley general de subvenciones*, ora en F. López Ramón (a cura di), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, Valencia, 2005, p. 33.

Subvenciones)⁴⁴.

Por el contrario, podría parecer que los contratos públicos se utilicen solamente para proveer a la administración pública bienes o servicios para el desarrollo de su actividad institucional.

En realidad la finalización a un objetivo surge de la misma definición de programa comunitario, cualquiera sea la técnica de financiación utilizada⁴⁵.

En base a lo mencionado anteriormente, las subvenciones son una de las técnicas utilizadas por la Comisión y otras instituciones (y otras materias requeridas por la ley) para cumplir sus objetivos institucionales⁴⁶, pero seguramente no es la única.

Hay varias razones por las cuales es preferible utilizar el instrumento de los contratos públicos en lugar de las subvenciones (véase el párrafo siguiente).

Tampoco parece útil como criterio de distinción de las subvenciones el efecto distorsivo del mercado, previsto en el Derecho comunitario y el Derecho mercantil internacional⁴⁷.

En efecto, las organizaciones internacionales de comercio, antes el GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) y ahora la Organización Mundial del Comercio, prestan especial atención a los fondos públicos, que pueden afectar el

⁴⁴ Por la doctrina española sobre el requisito de la "afectación" véase G. Fernandez Farreres, *La subvención: concepto y regime jurídico*, Madrid, 1983, p. 230 sigs. Por la literatura francés véase J. Boulouis, *Essai sur la politique des subventions administratives*, Paris, 1951.

⁴⁵ Por los programas de investigación, indipendentemente de la tecnica contractual utilizada, véase M. Carpentier, P. Mathijsen, *Les Contrats de recherches d'Euratom. Quelques aspects particuliers*, en *Rev. trim. dr. eur.*, 1965, p. 358 sigs., v. p. 359.

⁴⁶ Define la subvención una herramienta a disposición de la acción de la pública administración por ejemplo J. Lacruz Mantecón, *La articulación competencial del regimen de las subvenciones en la ley general de subvenciones*, en F. López Ramón (edición por), *Comentarios a la Ley General de Subvenciones*, cit., p. 39 sigs., espec. p. 43.

⁴⁷ Las normativas sobre la competencia son muchas así que se solicitan reglas comunes, véase A. Heinemann, *La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*, en *Revue internationale de droit économique*, 2004/3 t. XVIII, 3, p. 293 sigs.

comercio transfronterizo⁴⁸. El tema se ha tratado también en el seno de otros organismos, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico⁴⁹.

Este es el caso del actual Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measure*) de la Organización Mundial del Comercio.

Una regulación similar, construida con los objetivos del mercado común, es la normativa comunitaria sobre competencia⁵⁰, especialmente la que prohíbe las “ayudas de Estado”⁵¹, es decir “las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones” (artículo 107, pár. 1, TFUE).

⁴⁸ Entre los demás: W. F. Schwartz, E. W. Harper, *The Regulation of Subsidies Affecting International Trade*, en *Michigan Law Review*, Vol. 70, No. 5 (Apr., 1972), pp. 831-858; V. Di Comite, *La nozione di sovvenzione nell'OMC alla luce dell'interpretazione offerta dai panel e dall'organo d'appello*, en *Dir. Comm. Int.*, 2005, fasc. 2 pag. 245 - 281. No todos los economistas consideran los *subsidies* como una distorsión del mercado. En particular hay un contraste entre los que apoyan la escuela “*injury-only*” y los que se refieren a la “*anti-distortion*”. Según los primeros los subsidios pueden tener incluso efectos correctivos y por lo tanto se deben prohibir exclusivamente los otros que efectivamente distrocen la competencia. V., entre los demás, J.H.J. Bourgeois, *The GATT Rules for Industrial Subsidies and Countervailing Duties in the New GATT Round - The Weather and the Seeds*, en E. Petersmann, M. Hilf (edición por), *The New GATT Round of Multilateral Negotiations: Legal and Economic Problems*, Deventer, 1991, p. 219 y 231 sig. Sobre los efectos negativos que puede ser producido por el enfoque del WTO sobre los países más pequeños, v. S. McGuire, *Between Pragmatism and Principle: Legalization, Political Economy, and the WTO's Subsidy Agreement*, en *The International Trade Journal*, Vol. XVI, No. 3, Fall 2002, p. 319 sigs. e G. Bolaffi, *Le sovvenzioni ad Airbus a giudizio davanti all'OMC*, en *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 10, 1067.

⁴⁹ Entre los demás documentos elaborados por el OCDE, v. *Concurrence, subventions et aides d'État*, en *Revue de L'OCDE sur le droit et la Politique de la concurrence*, vol. 6, n. 1 & 2, p. 129 sigs.

⁵⁰ Entre los otros, v. A.M. Wise, *Droit et politique de la concurrence dans l'Union européenne*, en *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. IX, 2007/1, p. 7 sigs.

⁵¹ Véase por ejemplo P. Legros, *Subventions et politique de concurrence*, en *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2004/1 Tome XLIII, p. 11 sigs.; H. Kazzi, *Aides d'Etat et compétitivité des entreprises communautaires*, en *Revue internationale de droit économique*, 2007/4 t. XXI, 4, p. 441 sigs.

Podría nacer la duda de que exista una especie de asimilación entre subvenciones y fondos públicos prohibidos por el derecho internacional y por el comunitario.

Sin embargo, en base al derecho internacional y al Derecho comunitario no es posible considerar el término “subvención” como sinónimo de las ayudas estatales o financiamiento prohibido.

En el Acuerdo de la OMC, resulta claro que la financiación a la que se hace referencia podrá ser concedida por diferentes medios (véase artículo 1, pár. 1)⁵².

Por lo tanto, en el Derecho internacional los subsidios se identifican como una contribución financiera pública (en forma de transferencias directas, exenciones, la compra o suministro de bienes o servicios) que genera un beneficio.

Igualmente de tipo general es la definición que se encuentra en la legislación comunitaria, ámbito en el cual se entiende por ayuda a “las decisiones de los Estados miembros mediante las que éstos, con el fin de alcanzar sus propios objetivos económicos y sociales, ponen, mediante decisiones unilaterales y autónomas, a disposición de las empresas o de otros sujetos de derechos, recursos o les conceden ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetivos económicos o sociales perseguidos.”⁵³.

Las herramientas técnicas para lograr este tipo de ayuda puede ser varias, tal como se desprende de la interpretación del Tribunal de Justicia y de la

⁵² Sobre el concepto de “subsidy” en el Acuerdo entre los demás, v. R. Diamond, *Privatization and the Definition of Subsidy: A Critical Study of Appellate Body Textualism*, en *Journal of International Economic Law*, vol. 11, n. 3, 2008, p. 649 sigs.

⁵³ Tribunal de justicia, 27 de marzo de 1980, 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana*, Rec. 1980, p. 1205; Tribunal General, 5 de abril 2006, T-351/02, *Deutsche Bahn / Comisión*, Rec. 2006, p. II-1047. Sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo en el caso *EC-Aircraft* concerniente las subvenciones adoptadas por la Unión Europea en la industria aeronáutica, v. S. Lester, *The Problem of Subsidies as a Means of Protectionism: Lessons From the WTO EC — Aircraft Case*, en *Melbourne Journal of International Law*, Vol 12, 2011, p. 345 sigs.

Comisión: “el concepto de ayuda comprende no sólo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos”⁵⁴.

Las formas en que pueden vislumbrarse las ayudas estatales son muy diversas: la rebaja en el interés de un préstamo⁵⁵; los préstamos a bajo interés⁵⁶; participaciones en empresas⁵⁷; exenciones impositivas⁵⁸; la inercia en la percepción de las contribuciones a la seguridad social⁵⁹; la renuncia a los créditos fiscales⁶⁰; la ausencia de responsabilidad de algunas empresas a través de la protección de los trabajadores en caso de despido⁶¹; la reducción de los aranceles bajo el control del Estado⁶²; la venta de productos en condiciones preferenciales⁶³; las ayudas concedidas por entes públicos y privados de todo tipo⁶⁴, y así sucesivamente.

⁵⁴ Tribunal de justicia, 11 de julio de 1996, C-39/94, *SFEI e.a.*, Rec., 1996, p. I-3547, punto 58; Tribunal de justicia, 15 de junio de 2006, C-393/04 y C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, Rec. 2006, p. I-5293; Tribuna General, 7 de junio de 2006, T-613/97, *Ufex e.a. / Comisión*, Rec. 2006, p. II-1531.

⁵⁵ Tribunal de justicia, 8 de marzo de 1988, 62/87 y 72/87, *Exécutif régional wallon / Comisión*, Rec. 1988, p. 1573.

⁵⁶ Tribunal General, 30 de abril de 1998, T-16/96, *Cityflyer Express / Comisión*, Rec. 1998, p. II-757.

⁵⁷ Tribunal de justicia, 14 de noviembre de 1984, 323/82, *Intermills / Comisión*, Rec. 1984, p. 3809.

⁵⁸ Tribunal de justicia, 17 de junio de 1999, C-75/97, *Belgio / Comisión*, Rec. 1999, p. I-3671.

⁵⁹ Tribunal de justicia, 29 de junio de 1999, C-256/97, *DM Transport*, Rec. 1999, I-3913.

⁶⁰ Tribunal de justicia, 19 de septiembre 2000, C-156/98, *Alemania / Comisión*, Rec. 2000, p. I-6857.

⁶¹ Tribunal de justicia, 30 de noviembre 1993, C-189/91, *Kirsammer-Hack / Sidal*, Rec. 1993, p. I-6185.

⁶² Tribunal de justicia, 2 de febrero de 1988, 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy / Comisión*, Rec. 1988, p. 219.

⁶³ Tribunal General, 6 de marzo de 2002, T-127/99, T-129/99 y T-148/99, *Diputación Foral de Álava e.a. / Comisión*, Rec. 2002, p. II-1275.

⁶⁴ Tribunal de justicia, 30 de enero de 1985, 290/83, *Comisión / Francia*, Rec. 1985, p. 439.

Por lo tanto, lo que resulta importante en la identificación de una ayuda de Estado ilegal no es la forma en la que se aprobó, sino el beneficio para el particular, cuando dicha ventaja falsee o amenace afectar la competencia.

De esta manera, expresiones como “ayudas de Estado” o “subsidio” no se refieren necesariamente a las subvenciones, como se mencionó anteriormente, sino a un efecto particular de la financiación pública, afectar el libre comercio en un mercado determinado, independientemente de la forma usada.

En cambio, debe destacarse que las subvenciones son el mecanismo más transparente de las ayudas estatales, por lo que es más fácil de controlar que las otras técnicas con efectos menos visibles⁶⁵.

VII. Razones para utilizar las subvenciones

Una vez establecida la diferencia entre subvenciones y otras técnicas para implementar los programas comunitarios, debe establecerse cuando una Institución puede subvencionar un proyecto.

En primer lugar, el uso de la subvención es posible en todos los casos en que el organismo público no está obligado a aplicar el método de la contratación pública.

La administración pública, según el Derecho de la Unión Europea (especialmente la Directivas 204/18/CE y la nueva Directiva 2014/24/UE), deberá recurrir a un contrato publico para implementar un programa comunitario cuando debe que adquirir un bien o servicio en su propio beneficio y al momento de prestar un servicio público a los ciudadanos. Por ejemplo, la fuente jurídica de determinados programas comunitarios utiliza el contrato público cuando la Comisión europea (u otra institución), para poner en práctica el programa,

⁶⁵ C. Valenduc, *Subventionner : pourquoi, comment et à quel prix ?*, en *Reflets et perspectives de la vie économique*, 2004/1 Tomo XLIII, p. 5 sigs.

requiere “asistencia técnica” para proporcionar servicios a destinatarios particulares o para convertirse en el beneficiario del resultado.

En las subvenciones la institución financiadora no adquiere bienes o servicios como contraprestación a una suma de dinero, sino que participa en la puesta en marcha de una actividad propuesta por los beneficiarios, a través de la provisión de fondos relacionados con los costos. Los resultados de la ejecución del proyecto (bienes u otros servicios producidos) no son exclusivamente para beneficio del ente público (o para otros sujetos), sino también para los beneficiarios.

Estas características de las subvenciones tienen como consecuencia que el beneficiario se seleccione mediante reglas distintas de las previstas para los contratos públicos.

En segundo lugar, las características de las subvenciones resultan particularmente interesantes en aquellos casos en que es necesario promover la trans-nacionalidad y la colaboración de muchos actores de diferentes orígenes (universidades, instituciones de investigación, empresas, organizaciones no lucrativas, y así sucesivamente).

Por otra parte, el método de selección de los beneficiarios de las subvenciones se considera como una herramienta para fomentar la creatividad y la producción de conocimiento, a través de la elaboración de los proyectos presentados a la institución financiadora.

El hecho de que los servicios públicos no esten destinados para beneficio exclusivo del público, permite poner a disposición de manera inmediata a terceros o al público en general, los resultados de la actividad del proyecto.

Las subvenciones en este sentido son una poderosa herramienta para lograr ciertos objetivos, especialmente los de naturaleza comunitaria, como la movilidad, la proporcionalidad y la subsidiariedad, la promoción de la integración

de abajo hacia arriba, sobre la base de la autonomía de los sujetos involucrados. Los otros instrumentos son menos eficaces. Los contratos públicos, por ejemplo, proporcionan menor autonomía a los participantes, tanto con respecto a la idea del proyecto, como en lo que refiere a la utilización de los resultados de la actividad.