

ENSAYO DE UNA TEORIA DEL FOMENTO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La acción administrativa tiene como finalidad general la de satisfacer las necesidades públicas. Por necesidad entiendo todo deseo o utilidad que, de no ser satisfecho, produce graves males.

Las necesidades varían muchísimo en su número y en su clase. Un reducido número son universales y constantes. Las demás aumentan, por lo común, con la cultura.

En un Estado absolutamente colectivista y totalitario todas las necesidades comunes a un grupo o de carácter general serían públicas. Por el contrario, en los Estados que aceptan el orden individualista solamente se estiman públicas aquellas necesidades que las personas no pueden satisfacer libremente por sí solas.

El límite que separa el campo de las necesidades particulares o privadas y de las necesidades públicas varía constantemente. Una de las funciones políticas más importantes es la de discernir cuanto antes qué necesidades se han convertido en públicas y cuáles han perdido este carácter.

2. El mismo concepto de la persona, base del orden individualista, supone la existencia de una esfera de libertad, dentro de la cual la persona actúa según su propia voluntad, y que debe ser tan amplia como lo

permita el bien común. Toda disminución de esa esfera y toda intervención (aun cuando sea circunstancial) de la autoridad dentro de ella requiere una justificación basada en la voluntad de la propia persona o en el bien común.

Más aún: La intervención ha de ser proporcionada o ajustada al motivo que la justifica, lo que determina una suave gradación de los medios empleados, que deben ser en buena doctrina aquellos que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción.

3. Para lograr la satisfacción de las necesidades generales (frase equivalente a la del buen orden de la cosa pública) se utilizan una gran variedad de medios, que pueden agruparse en cuatro grupos o modos: legislación, policía, fomento y servicio público.

Al emplear la palabra «legislación» a uno de los modos de satisfacer las necesidades generales, es preciso darle un sentido muy estricto: el de emanación de normas obligatorias, la ejecución de las cuales corre normalmente a cargo de los particulares y excepcionalmente compete a los jueces y tribunales. Si el cumplimiento de las normas requiere una acción pública distinta de la judicial, se trata, realmente, de alguno de los otros modos antes enumerados.

Así entendida, la legislación puede o no ser administrativa. En cambio, los otros tres modos de satisfacer las necesidades públicas son siempre de carácter administrativo. De ellos, la policía y el servicio público han sido objeto de múltiples y profundos estudios. Por el contrario, la acción administrativa de fomento suele examinarse de pasada, sin reparar en su singularidad

ni detenerse en la caracterización y estudio de los actos en que se concreta.

La finalidad de este ensayo es distinguirla de la policía y del servicio público, y —en los reducidos límites de que disponemos— clasificar y caracterizar sus principales manifestaciones.

4. Sabido es que el concepto de policía ha sufrido una evolución bimilenaria. En la antigua Grecia equivale a constitución política. La literatura del Renacimiento le da el significado de «buen estado de la cosa pública». En el siglo xv, entre las prerrogativas de los príncipes, incluyen los autores alemanes, con el nombre de «*ius politiae*», la facultad de proveer al bien común, incluso por la fuerza.

En los siglos xvi y xvii los juristas fundan en este *ius* la ampliación de los fines del Estado en el orden temporal. En contraste con el Estado medieval, que se limitó al mantenimiento de la paz jurídica, los reyes de los siglos xvi al xviii —dice Meyer— aspiran a proporcionar a los súbditos, incluso por la fuerza, la felicidad en esta vida. El Estado-policía se confunde con el Estado absoluto.

Sin embargo, paulatinamente, se ha ido reduciendo durante este período el concepto de policía. La política exterior y la guerra, la hacienda y la justicia, quedan fuera de la policía. En el interior de cada Estado se contraponen *policía* y *justicia* por el carácter discrecional o reglado de las respectivas facultades y por los órganos en que encarnan. A fines del siglo xviii se produce una reacción fortísima contra los conceptos básicos de la policía. A pesar de ello, la policía administra-

tiva se robustece y sistematiza bajo Napoleón, significa un elemento de continuidad o pervivencia del antiguo régimen en el surgido de la revolución francesa, y es unánimemente reconocida como una de las principales y más eficaces modalidades de la acción administrativa en los Estados modernos.

Según la conocida definición de Santi Romano, llámase policía la actividad administrativa que, por medio de limitaciones eventualmente coactivas de la actividad privada, se dirige a prevenir los daños sociales que de esta última pueden derivarse.

Por su parte, Adolfo Merkl hace notar que la policía es una *función*, no un *órgano*, de la Administración; que se caracteriza por el empleo de un *medio* determinado, la coacción, que no es preciso sea empleada actualmente, bastando que constituya la *ultima ratio*. Su fin es el orden público. Su método *prevenir* los riesgos para el orden y si, a pesar de ello, éste se perturba, restablecerlo coactivamente.

Este concepto de la policía, como medio de mantener el orden público, ampliamente entendido, mediante la limitación de las actividades privadas, y de restablecerlo por la fuerza, una vez perturbado, conviene perfectamente al Derecho administrativo español.

5. El servicio público es una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de una manera directa, por órganos de la propia Administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares.

El desarrollo de los servicios públicos en el último siglo ha sido impresionante. En 1776 se publica el li-

bro de Adam Smith *The Wealth of Nations*, al que pertenece aquel famoso texto: «Según el sistema de la libertad natural, el soberano solamente debe atender a tres deberes: 1.º, la defensa de la Sociedad contra la violencia y la invasión; 2.º, el establecimiento de una exacta administración de justicia, y 3.º, el deber de construir y mantener ciertas obras e instituciones públicas, nunca en interés de un particular o de un pequeño número...».

En la segunda mitad del siglo XIX no solamente se restablecen algunos servicios del antiguo régimen suprimidos durante el predominio de las creencias liberales, sino que surgen y se desarrollan pasmosamente los grandes servicios públicos de comunicaciones, asistencia, sanidad y enseñanza. En sus postrimerías, y en lo que va del XX, el intervencionismo económico, las circunstancias nacidas de las grandes guerras y las nuevas doctrinas sociales y financieras, producen una abundante floración de nuevos servicios en todas las esferas administrativas y en los más diversos campos de la actividad.

Considerado como una organización permanente de elementos personales y materiales para la satisfacción directa de una necesidad pública, el servicio público comprendería igualmente no sólo la policía, sino la misma justicia y hasta la legislación. No cabe, sin embargo, confundirlos si se les considera en relación con la actividad de los particulares.

Dejando aparte casos muy singulares, ni la policía ni la justicia pueden constituir actividades privadas, mientras que todas las necesidades a que atienden los servicios públicos propiamente dichos han sido históri-

camente satisfechas por procedimientos de derecho privado y pueden volver a serlo si cambian las circunstancias.

6. La acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate.

Podríamos definirla como 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.

7. Por consiguiente, el fomento se distingue perfectamente de la policía y del servicio público.

Se distingue de la policía en que, mientras ésta *previene y reprime*, el fomento *protege y promueve*, sin hacer uso de la coacción.

Y se diferencia del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza *directamente* y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a *estimular* a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan *indirectamente* el fin que la Administración persigue.

8. La acción suasoria y estimulante ejercida desde el poder sobre el ánimo de los gobernados para determinarles, sin usar de la fuerza, a que quieran lo que

el gobernante ha considerado bueno, la encontramos en todas las épocas. Aunque mal estudiada, constituye uno de los principales capítulos de la política. El arte de lograr que los pueblos hagan o pidan lo que el soberano desea es la razón del éxito de los grandes caudillos y estadistas que la Historia nos muestra.

En pleno siglo XVI, Pedro de Valencia emplea en varios de sus escritos la frase «premios y apremios» para comprender sumariamente los dos modos que el rey tiene de lograr que los súbditos obren como conviene al bien público. Más tarde, los monarcas absolutos templan siempre que pueden el uso de su potestad suprema e ilimitada en lo humano con el uso de muchos de los medios que más adelante vamos a encontrar en nuestro Derecho presente.

Es, sin embargo, en el siglo XVIII cuando se fija mayor atención en estos medios indirectos de lograr finalidades públicas. Los cameralistas, ya en el XVII, habían distinguido, entre las diversas especies de policía, la «policía de prosperidad». Algunos de sus cultivadores, a que en otro lugar me he referido, dedican a su estudio muchas páginas, sin ocultárseles las especiales características de esta acción de fomento. Así escribe Justi en sus conocidos *Elementos generales de Policía* que «se debe impedir la corrupción y los excesos que causan las enfermedades y la muerte, por reglamentos y medios indirectos, para que no piensen los súbditos que se ataca su libertad». En el orden del Derecho positivo, las Instrucciones de Corregidores de 1749 y 1788 reflejan perfectamente esa actitud de los reyes en favor de la acción de fomento.

El «despotismo ilustrado» transmite al liberalismo que le sucede esa fe en la virtualidad de los medios in-

directos para satisfacer las necesidades generales. El respeto a la libertad de los individuos era perfectamente compatible con los esfuerzos de la Administración para «ilustrarlos» respecto de sus intereses y de los medios de servirlos. A decir verdad, las fallas del sistema solían explicarse por la ignorancia: si lo conocen, los hombres quieren siempre lo mejor; por tanto, basta con que el Gobierno les ilustre para que logren su propia felicidad y la prosperidad de su patria. Como escribe nuestro Foronda en sus *Cartas sobre la Policía*, la educación lo es todo y la buena o la mala educación consiste en los Gobiernos.

Vencido definitivamente el antiguo régimen, los nuevos Gobiernos buscan la armonía de su credo abstencionista y de la patente necesidad de restaurar el país en una acción administrativa de fomento. Javier de Burgos es, entre muchos otros, el más característico de los estadistas que profesan esta política. Todos sus escritos, y particularmente su famosa Instrucción a los Subdelegados de Fomento, de 30 de noviembre de 1833, reflejan su fe en los resultados de esta dirección administrativa.

La teoría del fomento, tal como la expone Javier de Burgos en la referida *Instrucción* y en la *Exposición* que había dirigido al rey en 1826, puede sintetizarse en pocas palabras. La finalidad pública era «la prosperidad del Reino», objeto fundamental de la Administración. Los órganos para perseguirla, un Ministerio (que se llamó primeramente *de Fomento* y luego del Interior) al que califica de «taller de la prosperidad nacional», cuyos agentes inmediatos eran los subdelegados de Fomento. La acción propugnada era doble: «los abusos que hay que *destruir* y los bienes que hay que

promover», o bien, con vocablos característicos, «que se *remuevan* millares de obstáculos (otros autores de la época hablan de *estorbos*) y se *promueva* la prosperidad» o se *fomente* la riqueza.

Como anteriormente había ocurrido con la policía, cuando desaparece o languidece la fe en los portentosos resultados del fomento, no por ello deja la Administración de utilizarlo. Paulatinamente, su favor y la preferencia del pueblo se inclinan a la modalidad del servicio público, pero las otras no desaparecen.

La policía es la modalidad administrativa más propia del antiguo régimen; el fomento es la más adecuada para el Estado liberal, y el servicio público es el modo predilecto del Estado intervencionista. Mas se trata del *predominio* de uno u otro sistema, sin exclusión de los demás.

Es más: como afirmé hace bastantes años, puede formularse como una constante de nuestra evolución administrativa en los últimos ciento cincuenta años el paso sucesivo para cada una de las necesidades públicas de uno a otro de los modos reseñados: policía, fomento, servicio público.

9. La acción consistente en proteger, estimular, auxiliar o fomentar las actividades particulares mediante las cuales se satisfacen necesidades o conveniencias de carácter general, tiene en nuestro idioma, según tradición administrativa de más de un siglo, el nombre de *Fomento*.

Fomento viene del latín *fomentum*, contracción de *fovimentum*, que significaba la acción de calentar, recalentar o abrigar. En nuestro idioma, y en sentido recto, significa dar calor para vivificar o vigorizar,

y en el figurado excitar, promover o proteger una cosa. Otra acepción es la de pábulo o materia con que se ceba una cosa.

Tiene sus equivalencias en los demás idiomas europeos, pero en ningún otro país, que sepamos, se ha comprendido —como en el nuestro— en una sola palabra la acción administrativa a que nos venimos refiriendo, en toda su rica variedad de formas. Ordinariamente las leyes y los autores utilizan los vocablos equivalentes a promover, ayudar, auxiliar, proteger, mejorar, desarrollar, estimular, premiar, etc., sin que ninguno de ellos les baste para designar el conjunto de formas que reviste la administración de fomento.

Nuestras leyes distinguen frecuentemente entre la *protección* y el *fomento*. La primera es una acción de conservación de lo que existe y se estima bueno. El segundo persigue que nazca, se desarrolle o multiplique una institución, una actividad o una riqueza.

10. Es punto menos que imposible establecer un catálogo de las formas que puede revestir la administración de fomento. Su característica y su excelencia radica, precisamente, en la flexibilidad, en la adaptación a las circunstancias.

La finalidad perseguida es siempre la misma: convencer para que se haga u omita algo. Este convencimiento no se logra sino por medios eficaces; pero la selección de los medios no es una cuestión de técnica jurídica, sino de experiencia, íntimamente ligada con la psicología colectiva, que cambia con el tiempo, las circunstancias o las gentes. La técnica jurídico-administrativa, tras un estudio complejo, podría llegar a establecer la lista de los medios empleados con ese fin y reali-

zar su caracterización, pero la elección de los que deben utilizarse es propiamente política.

Un ejemplo de esta variabilidad en la eficacia de los medios de fomento nos la ofrece la garantía de larga perduración de honores o ventajas de carácter económico, que tanto atrajo a nuestros antepasados. En los siglos medios y hasta bien entrado el siglo XIX, mucha gente estaba dispuesta a realizar sacrificios o esfuerzos considerables para asegurar la perpetuidad del nombre, de la estirpe, de la dedicación de unos bienes o de su disfrute: los mayorazgos, las fundaciones, las sepulturas perpetuas; los cargos así (con exageración evidente) llamados, los censos y otros derechos económicos son muestras de ese afán de inmortalidad terrestre. Las mismas concesiones de obras y servicios públicos o de aprovechamientos hubieron de hacerse a perpetuidad o por plazos seculares. En la actualidad, el aliciente de la perpetuidad o larga duración de los beneficios ha perdido gran parte de su fuerza. La vida moderna se atiene al presente, a lo sumo, aspira a lo vitalicio. Las mismas concesiones y aprovechamientos que antes no hubieran tenido quien las pidiese por menos de cien años, se otorgan hoy por plazos de cincuenta o menos.

11. Los medios o formas que reviste la acción administrativa de fomento en nuestro Derecho pueden clasificarse en positivos y negativos.

Son *positivos* los que otorgan prestaciones, bienes o ventajas, y *negativos* los que significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar.

Todos los medios de fomento de carácter positivo

significan verdaderos privilegios, en cuanto suponen una excepción ventajosa de la norma general a favor de personas o clases determinadas.

El fuerte sentido igualitario del Derecho público moderno ha eliminado radicalmente hasta el nombre de los privilegios. La reacción estaba justificada por el abuso que se había hecho de la facultad de otorgar privilegios; pero la realidad muestra que la situación ante la Ley dista mucho de ser la misma para todos. La regla general es la igualdad ante la Ley, pero esta regla admite excepciones y las excepciones son frecuentísimas en la vida moderna. Mediante ellas se adapta la norma a la infinita variedad de los seres que han de cumplirla. Esas excepciones son verdaderos privilegios, aunque no reciban ese nombre.

Mediante los privilegios se aspira a lograr la justicia distributiva, dando a cada uno lo que merece o lo que necesita, o lo que se estima preciso para determinarle a obrar en un sentido determinado y conveniente para el bien común.

De ahí la utilidad que tienen las doctrinas acerca de los privilegios para el estudio de los modernos medios de fomento.

12. Otra clasificación de los medios de fomento es la que los distingue en honoríficos, económicos y jurídicos.

Entre los medios de fomento *honoríficos* comprendemos las distinciones y recompensas que se otorgan como público reconocimiento y proclamación de un acto o de una conducta ejemplar. Aunque lleven consigo, en ocasiones, algunas ventajas de carácter jurídico o económico, éstas se consideran accesorias, siendo lo prin-

principal el enaltecimiento social del beneficiado. La acción de fomento se logra por el acicate que significa la esperanza de obtener el honor si se observa una conducta adecuada.

Los principales medios honoríficos son las condecoraciones, tratamientos, títulos, preeminencias, uso de emblemas o símbolos determinados, trofeos, diplomas, etcétera.

Los medios de fomento *económicos* son todos aquellos que de un modo directo determinan la percepción de una cantidad o la dispensa de un pago obligatorio.

En esta categoría se encuentran las subvenciones, primas, premios en metálico, anticipos y préstamos, garantías de interés, etc., y las exenciones y demás privilegios de carácter fiscal.

Finalmente, los medios de fomento *jurídicos* se caracterizan por el otorgamiento de una condición privilegiada que, de modo indirecto, representa ventajas económicas o de seguridad.

La variedad de este grupo es muy grande. Incluimos en él derogaciones de preceptos de derecho privado relativos a derechos reales o de obligaciones, ficciones jurídicas como el beneficio de vecindad, concesión del uso de prerrogativas de carácter público, como la acción directa, las prestaciones personales, la expropiación forzosa o el consumo obligatorio, las estatutos privilegiados de clase, profesión o lugar y las exclusivas o monopolios de toda clase.

13. Juzgo fuera de lugar el estudio específico de cada uno de esos medios, que habría de hacerse sobre una legislación positiva. Mi propósito ha sido únicamente poner de relieve los rasgos comunes que hacen

que todos ellos formen un sector homogéneo, el de la Administración de Fomento, perfectamente diferenciado de la Policía y de los Servicios públicos, unido a los cuales integra la actividad trascendente de la Administración.

En el vigente plan de estudios universitarios, la introducción de este nuevo capítulo permite que la llamada parte especial o materia administrativa (que sigue a la parte general y a la organización) se libere de la fatigosa, antipedagógica y anticientífica exposición del derecho positivo según las materias o fines (sanidad, religión, beneficencia, economía, comunicaciones, defensa nacional, etc.). Explicadas las instituciones y formas que reviste la administración de fomento, la policía, los servicios públicos y el dominio público, el alumno estará en condiciones de comprender e interpretar rectamente los preceptos positivos sin agotarse en el vano intento de aprender memorísticamente los cuarenta mil artículos en que prudentemente pueden calcularse los contenidos en las leyes y reglamentos administrativos españoles.

LUIS JORDANA DE POZAS