

# LA LEGITIMIDAD DE LAS TÉCNICAS DE FOMENTO Y REASIGNACIÓN DE PARTIDAS PRESUPUESTARIAS. SITUACIONES PARADÓJICAS

MIRIAM M. IVANEGA

## I. EL FOMENTO

Desde la teoría económica, se distingue entre la regulación económica –dirigida al control de los precios, la calidad de los bienes y los requisitos de ingreso al mercado– y la regulación social –vinculada con la protección de la salud, el bienestar de la comunidad o a la preservación del ambiente–. A esta clasificación se le agrega la categoría de la regulación de “fomento”, cuyo objetivo es favorecer y estimular actividades o sectores económicos mediante la oferta de mayores ventajas que las que brinda el mercado, otorgando exclusividades, preferencias, exenciones impositivas, subsidios, etcétera<sup>1</sup>.

En esa línea, se considera que la función reguladora estatal se ejerce a través de dos técnicas básicas, que son la “directiva” –equivalente al concepto jurídico de potestad estatal– y el “incentivo” –que incluye medios de fomento sin carácter coactivo–. Se entiende que estas modalidades de abordar la intervención del Estado producen un debilitamiento de la clásica división del derecho administrativo entre policía, servicios públicos y fomento, “ya que en todas ellas se aplican articuladamente las técnicas de la ‘directiva’ y el ‘incentivo’”<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Mata, Ismael, “El control sobre los subsidios”, en *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*, Buenos Aires, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, 2010, p. 773.

<sup>2</sup> Mata, Ismael, *op. cit.*, p. 774.

A los efectos del presente, adoptamos la clasificación tradicional, reconociendo que el caso del fomento, con antecedentes –aun sin una específica noción– en el siglo XVIII, se identificó casi en forma exclusiva con la actividad interventora estatal en la economía<sup>3</sup>.

Al inmiscuirse la Administración en la actividad privada utilizando los llamados medios de fomento y, en especial, la subvención, se produjo una intervención económica que, al mismo tiempo, difuminaba las fronteras entre la actividad de los particulares y de la Administración<sup>4</sup>.

El fomento, entonces, es particular e inherente al ejercicio de la actividad administrativa en cuanto implica el desarrollo concreto y efectivo de las políticas estatales en la promoción del desarrollo social y la generación de oportunidades económicas<sup>5</sup>.

Ahora bien, no se materializa en forma exclusiva en la asunción de responsabilidades industriales o comerciales directamente por los entes administrativos, sino también en economías de mercado, con la generación de mecanismos propicios para impulsar y fortalecer la iniciativa privada. De ahí la variedad de medidas económicas y jurídicas como primas, desgravaciones fiscales, empréstitos, líneas de crédito, incentivos, privilegios, explotaciones, entre otros<sup>6</sup>.

“Reposa sobre la idea de la conveniencia de que el Estado proteja o promueva determinadas actividades que realizan las personas físicas o jurídicas con la finalidad mediata de procurar que, mediante la concreción de dichas finalidades, resulte un beneficio a la comunidad”<sup>7</sup>.

Como bien señala Ignacio De La Riva, el fomento desde siempre ha sido, dentro de la clásica trilogía, la forma de actividad administrativa menos permeable a la influencia del derecho. Y ello, por cinco causas: 1) La problemática jurídica sobrepasa el binomio autoridad-libertad que suele tipificar el conflicto al que se enfrenta el derecho público. El fomento es una actividad de favorecimiento, de forma que los problemas que plantea son de otra naturaleza. 2) En el fomento sobresalen aspectos no jurídicos –políticos, económicos–, que no siempre son reductibles al derecho. 3) Es un

<sup>3</sup> Baena del Alcázar señala que la definición de fomento formulada por Jordana de Pozas –basada en las ideas de promoción, sin coacción ni creación de servicios públicos– servía de comunicación de enlace con la intervención económica. Baena del Alcázar, Mariano, “Sobre el concepto de fomento”, *Revista de la Administración Pública*, N° 54, septiembre/diciembre de 1967, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, p. 54 y sigs.

<sup>4</sup> Baena del Alcázar, Mariano, *op. cit.*, p. 43 y sigs,

<sup>5</sup> Santofimio Gamboa, Jaime, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 41.

<sup>6</sup> Santofimio Gamboa, Jaime, *op. y loc. cit.*

<sup>7</sup> Cassagne, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1994, 2ª edición, p. 90. Ver también Comadira, Julio, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1996, p. 291; Uslenghi, Alejandro, “Poder de Policía y Actividad de Fomento”, en *El Derecho Administrativo Argentino, Hoy*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, p. 87; Parejo Alfonso, L. – Jiménez Blanco, A. – Ortega Álvarez, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 345.

terreno de amplio ejercicio de la discrecionalidad. 4) En esa figura confluyen diversas ramas jurídicas: constitucional, presupuestario, penal, internacional, etcétera. 5) Existe una enorme diversidad de técnicas específicas de fomento y una dispersión conceptual, producto de una falta de sistematización en el ordenamiento<sup>8</sup>.

Estas particularidades impiden encontrar una noción que comprenda todos los medios o técnicas vinculadas a las ayudas públicas, sin perjuicio de las notas que siempre están presentes y que permiten diferenciarlas de las otras actividades interventoras.

En relación a su base constitucional, hay consenso en ubicarla en la cláusula del progreso: el Estado interviene en actividades de diversa índole, que van desde la investigación científica y tecnológica en todo el territorio de la Nación hasta las becas deportivas y los estímulos universitarios, pasando por las técnicas para favorecer la elección de un cocontratante nacional mediante los regímenes de compra nacional<sup>9</sup>, o la instalación de industrias en determinadas áreas geográficas<sup>10</sup>.

El Artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional atribuye al Estado la instrumentación del bienestar general a través de diversas políticas, admitiendo el uso de medidas de protección, concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo. Es decir, que le facilita la elección de diferentes alternativas, según las necesidades y circunstancias del país, a fin de que el Poder Legislativo elija, seleccione y planifique la consecución de objetivos de bienestar y escalone medios necesarios, convenientes u oportunos. El inciso 19 amplió el contenido de la “cláusula del progreso”, articulando aspectos del desarrollo humano, crecimiento igualitario de provincias y regiones, políticas en materia de educación, y protección de la identidad y pluralidad cultural<sup>11</sup>.

Como adelantamos, existe una variedad de medios o técnicas de fomento: pueden ser honoríficos o psicológicos, jurídicos o económicos; consistir en prestaciones materiales o en ventajas financieras o dinerarias, y suele clasificárselos en técnicas directas –anticipos, primas, premios, becas, subsidios, subvenciones, reintegros– o indirectas –exenciones, desgravaciones impositivas–<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> De La Riva, Ignacio, “La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual”, en *Servicio Público, Policía y Fomento*, Buenos Aires, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones Rap, 2004, p. 413 y sigs.

<sup>9</sup> Ley N° 25.551 de Compra Trabajo Argentino y Régimen de Compras del Estado Nacional y concesionarios de servicios públicos.

<sup>10</sup> Sacristán, Estela, “El problema de la fuente en las relaciones de fomento”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, p. 99 y sigs.

<sup>11</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Tomo II, Buenos Aires, LL, 2008, 4ª edición ampliada y actualizada, p. 196.

<sup>12</sup> Estela Sacristán señala que los subsidios pueden ser explícitos, o bien implícitos, tal como surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Entre estos últimos, pueden incluirse los planes de refinanciación de pasivos de bancos estatales, entre cuyos beneficiarios pueden hallarse determinadas firmas, las situaciones creadas por normas que impiden la aparición de firmas competidoras. Sacristán, Estela, *op. cit.*

## II. SUBSIDIOS Y SUBVENCIONES

Uno de los aspectos más controvertidos es la distinción entre estas categorías, e incluso, si en realidad existen diferencias entre ellas. Suelen ser utilizados como sinónimos, sin perjuicio de que también se los aplica para identificar a la figura general del fomento.

Parte de la doctrina considera que la subvención constituye un objeto de naturaleza prestacional del acto administrativo que la otorga; por ende, el sujeto activo es una persona pública estatal, mientras que el sujeto pasivo de la relación puede ser una persona privada o pública. Puede presentarse también en las prestaciones de un contrato, como sucede con las concesiones administrativas de obras o de servicios públicos, las que pueden ser gratuitas, a título oneroso –contribución en dinero a cargo del concesionario o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado–, o bien subvencionadas por el Estado<sup>13</sup>.

Son de otorgamiento discrecional y no generan derecho subjetivo alguno en cabeza del subvencionado, salvo que se funde en un contrato, que incluso puede establecer una contraprestación. En este caso, deja de ser discrecional y el particular se halla legitimado para obtener judicialmente el cumplimiento<sup>14</sup>.

Acerca de su posible naturaleza contractual, se argumenta a favor que el vínculo se perfecciona con la aceptación del beneficiario, que debe cumplir con obligaciones o cargas específicas, que no desvirtúan el carácter gratuito de esta técnica de fomento.

En contra de este criterio, la Procuración del Tesoro de la Nación entiende que la subvención tiene características de unilateralidad y revocabilidad, lo que obliga a que su revocación exija el dictado de un acto expreso que notifique al interesado<sup>15</sup>.

Respecto de su diferencia con el subsidio, se entiende que este se dispone por el concedente si se configura el supuesto legal establecido, sin que resulte necesario verificar el cumplimiento de su aplicación por el subsidiado. Puede ser en efectivo o en especie y está dirigido a productores o consumidores, a la oferta o la demanda –subsidios sociales, económicos como reducción de precios o tarifas–<sup>16</sup>.

También se consideró 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<sup>17</sup> y que consiste en desembolsos dinerarios periódicos fundados en la ley o en un contrato administrativo –basado en ley–, que generan un derecho subjetivo a su percepción –v. gr. los subsidios familiares– a contrario de las subvenciones<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Mata, Ismael, *op. cit.*, pp. 774-775.

<sup>14</sup> Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 93-94.

<sup>15</sup> PTN, *Dictámenes*: 232:41.

<sup>16</sup> Mata, Ismael, *op. cit.*, p. 776.

<sup>17</sup> PTN, *Dictámenes*: 236:448.

<sup>18</sup> Cassagne, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 93-94.

Sin entrar a analizar la clasificación entre subsidios directos e indirectos, explícitos e implícitos, cabe destacar que bajo el rubro de subsidios se genera un alto porcentaje del gasto público discrecional, situación que justamente no contribuye a cumplir con el principio de transparencia, pilar del régimen republicano<sup>19</sup>.

Corresponde destacar el tratamiento que la Organización Mundial del Comercio<sup>20</sup> –OMC– ha otorgado al tema. En sus documentos explica que la palabra “subvención” se utiliza con mucha frecuencia en economía y como antónimo de impuesto, es decir, una transferencia de dinero público a una entidad del sector privado. Sin embargo, no es fácil encontrar una definición comprensiva de todas las situaciones; así, si se definen en función de transferencias del gobierno o de gastos fiscales puede que no se obtenga una idea completa.

“Una alternativa consiste en considerar que hay ‘subvención’ cada vez que un programa público beneficia a operadores del sector privado. La principal dificultad que plantea este enfoque es que los receptores de una transferencia en efectivo o de una concesión fiscal no son necesariamente los beneficiarios definitivos de esa política. Por ejemplo, los subsidios de vivienda, como el *Eigenheimzulage* alemán, son transferencias o concesiones fiscales que se otorgan a los consumidores que construyen una vivienda. Sin embargo, en última instancia, no se distinguen mucho de los pagos directos a las empresas de construcción [...]”<sup>21</sup>.

Por otra parte, una desventaja de definir las subvenciones únicamente en términos de “beneficios” es que, en principio, esa definición debería tener en cuenta la contrapartida: el sinfín de programas públicos que imponen costos a esos mismos “actores” en forma de impuestos o de reglamentos, que representan una carga para la actividad privada.

Lo que parece cierto es que la idea de subvención entraña la participación de los poderes públicos y beneficia a una persona física o jurídica.

Hay muchos programas públicos que se pueden considerar subvenciones y que la OMC divide en tres categorías básicas:

1) Los gobiernos pueden transferir fondos a los productores o a los consumidores, como resultado de lo cual se producirá un gasto presupuestario directo o potencial, o bien, encomendar la transferencia a una entidad privada –transferencias directas, como las becas de formación o las prestaciones por hijos–. Ejemplo de gasto potencial es la concesión de garantías de préstamos que pueden suponer un desembolso real o no<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> En sentido similar, ver Mata, Ismael, *op. cit.*, p. 777.

<sup>20</sup> Informe sobre Comercio Mundial 2006.

<sup>21</sup> Del Informe sobre Comercio Mundial 2006.

<sup>22</sup> Se indica en el mencionado Informe: “Si un gobierno da instrucciones a un banco privado para que conceda préstamos a tipos preferenciales a determinadas entidades privadas, esto no provocará un gasto público, pese a lo cual puede consolidarse una transferencia pública, ya que no se habría producido si el gobierno no hubiera intervenido y porque tiene el mismo efecto que si el propio gobierno hubiese concedido el préstamo a un tipo preferencial”.

2) El gobierno puede proporcionar productos o servicios a un costo nulo o inferior al precio de mercado, como la enseñanza universitaria, el transporte público. Esas transferencias también suponen un gasto para el erario público, con la diferencia de que los beneficiarios reciben una contribución en especie, y no fondos.

3) Las políticas de reglamentación también pueden considerarse un tipo de subvención si originan transferencias de un grupo a otro.

Si bien la mayoría de las definiciones de subvención en las estadísticas o en las legislaciones son bastante explícitas respecto de la inclusión o exclusión de las tres categorías mencionadas anteriormente, los gobiernos disponen de una impresionante variedad de instrumentos para conceder subvenciones.

En la Argentina, la Ley N° 24.425<sup>23</sup> –“Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”– establece que habrá subvención “[...] cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público [...] i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos –por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital– o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos –por ejemplo, garantías de préstamos–; ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían –por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales–; iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios –que no sean de infraestructura general– o compre bienes; iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) *supra*, que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; o v) cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del Artículo XVI del GATT de 1994; y b) con ello se otorgue un beneficio [...]” –Artículo 1°–.

En nuestra opinión, si bien en doctrina pueden presentarse diferencias entre subvenciones y subsidios, la realidad muestra que la pretendida distinción se diluye entre las más variadas políticas públicas y la deficiente técnica legislativa que se utiliza cada vez que se alude a la ayuda pública. Pesar que nos cueste, las técnicas de fomento implementadas en el tiempo superan la posibilidad de intentar una sistematización que permita identificar, bajo aquellas denominaciones, todos los tipos de ayudas. Tendremos subsidios y subvenciones en los que se entremezclarán sus procedimientos y fines, de diversa naturaleza, reintegrables o no, con múltiples objetivos, vinculados al consumo o a la producción, hasta con mecanismos de rendición de cuentas más o menos transparentes, y ello sin entrar a valorar la existencia de un verdadero interés público, el que siempre debería estar subyacente en cada ayuda.

Por ello, entendemos que cada medio de fomento debe ser analizado individualmente a la luz del régimen que lo instituyó y sin olvidar su esencia, sus objetivos particulares y públicos.

<sup>23</sup> BO del 5-1-1995. Se aprueba el Acta Final, en el que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, las Decisiones, Declaraciones y Entendimiento Ministeriales y el Acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

### III. LA RELACIÓN FOMENTO-PRESUPUESTO

Es indiscutible que los medios de fomento más comunes suponen un gasto público, ya sea en prestaciones pecuniarias, o en excepciones o situaciones de privilegio tributario<sup>24</sup>. El gasto público tiene importantes efectos en una economía nacional; puede significar un factor de redistribución del ingreso y del patrimonio nacional, contribuir a la estabilización económica o, por el contrario, ser un factor de desestabilización. El Estado tiene importantes cometidos a cumplir y, para ello, requiere de fondos que salen de sus arcas, de ahí su rol de redistribuidor<sup>25</sup>.

Sobre estas apreciaciones, también es factible sostener que el nivel del gasto público total brinda la idea acerca del grado en que el Estado participa de la provisión de bienes y servicios y en qué medida lo hace el sector privado<sup>26</sup>.

La incidencia de las técnicas de fomento sobre el gasto público es tan patente que se sostiene que determinadas políticas, como las focalizadas<sup>27</sup>, se encuentran ligadas a mejorar la equidad y la eficiencia del gasto. Existen diversos métodos para focalizar los subsidios; por ejemplo, sobre la base de características individuales, grupales o por autoselección de los beneficiarios. Sin embargo, la selección del método adecuado depende de la factibilidad administrativa, los costos de implementación, la viabilidad política y del impacto sobre la demanda. Lo relevante es que, estemos frente a políticas universales o focalizadas de subsidios, siempre se presentarán consecuencias sobre la equidad del gasto público<sup>28</sup>.

Lo que se define como un subsidio en la teoría económica se lo identifica como transferencia de fondos, que incluye gastos realizados por el sector público nacional, que corresponden a transacciones que no implican la contraprestación de bienes o servicios y cuyos importes no son reintegrados por los beneficiarios. Esas transacciones corresponden exclusivamente a transferencias de fondos, y no a transferencias en especie<sup>29</sup>.

En el presupuesto existen distintos tipos de transferencias: por ejemplo, para financiar gastos corrientes, gastos de capital, al sector privado; al sector público nacional, provincial o municipal; transferencias al sector externo.

La Ley Complementaria de Presupuesto N° 11.672, en su Artículo 1°, fija que ningún subsidio del presupuesto será pagado a la institución beneficiaria sin establecer previamente su existencia y funcionamiento regular y si no comprueba que contribuye

<sup>24</sup> Uslenghi, Alejandro, *op. cit.*, p. 87.

<sup>25</sup> Villegas, Héctor B., *Manual de Finanzas Públicas*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 133-134.

<sup>26</sup> Filc, Gabriel, "El gasto público en la Argentina", en *Las políticas fiscales en la Argentina: un complejo camino hacia la equidad y la eficiencia*, Buenos Aires, CIPPEC, 2008, p. 108.

<sup>27</sup> Focalizar "es el acto de dirigir recursos públicos o subsidios hacia grupos específicos de la población para lograr ciertos objetivos de política", en Filc, Gabriel, *op. cit.*, p. 11.

<sup>28</sup> Filc, Gabriel, *op. cit.*, p. 110.

<sup>29</sup> *Manual de Clasificaciones Presupuestarias*, p. 140, Oficina Nacional de Presupuesto, 2003. Secretaría de Hacienda del Ministerio de Economía, Resolución N° 71/2003, del 24-4-2003.

con el 25%, por lo menos, de recursos propios ajenos al subsidio del Estado Federal. El Artículo 2° establece que ninguna institución subvencionada por el Estado Nacional puede destinar más del 50% de la suma que percibe en sueldos, viáticos o imputaciones equivalentes.

Algunos ejemplos muestran la relevancia de estos fondos: durante el primer trimestre de 2010, el monto total de los subsidios otorgados por la Administración nacional ascendió a \$ 5.784 millones, lo que representa un 10% más que lo otorgado en igual período de 2009; el transporte y el sector energético representan cerca del 85% de los fondos.

El destino de dichos fondos es diverso; se destacan aquellos dirigidos a sostener los sectores del transporte, en particular para atender gastos de explotación y de inversión a favor de los concesionarios de trenes y subtes del área metropolitana –\$ 715 millones–, al Fondo Fiduciario del Sistema de Infraestructura del Transporte –\$ 558 millones– para compensar los incrementos de los costos de las empresas de servicios de transporte público automotor de pasajeros de carácter urbano y suburbano, así como los destinados a las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. –\$ 418 millones– y Ferrocarril General Belgrano S.A. –\$ 203 millones–<sup>30</sup>.

#### IV. SITUACIONES PARADÓJICAS

La incertidumbre que comentamos en cuanto a las nociones de subsidios y subvenciones encuentra claros ejemplos en la actualidad por el grado de ambigüedad en esta materia, así como por la amplia discrecionalidad que la Administración tiene para fijar las prioridades que son objeto de fomento y para elegir los medios de concreción, sin descartar el otro campo de discrecionalidad, vinculado a los porcentajes de fondos presupuestarios afectados a ello, tema que excede el presente.

En el tema aquí tratado, interesa traer a colación el caso del Programa Fútbol para Todos.

El 20 de agosto del 2009 se firma entre la Asociación de Fútbol Argentino –AFA– y la Jefatura de Gabinete de Ministros un Convenio por el cual la AFA cede en forma exclusiva a la Jefatura de Gabinete, por diez –10– años, los derechos de explotación primarios y secundarios, por sí o por terceros, por cualquier sistema o procedimiento audiovisual en diferentes formatos de las imágenes y/o sonidos obtenidos de cada uno de los encuentros de los torneos de fútbol de primera categoría, organizados por aquella Asociación.

La primera parte del Contrato fija como finalidad, permitir el acceso libre y gratuito por televisión abierta en todo el territorio de la República. A ello cabe agregar que, conforme a los considerandos del Contrato suscripto, existía la necesidad impres-

<sup>30</sup> Informe ASAP - 1er. Trimestre 2010.



cindible de fortalecer los clubes agrupados en la AFA con alternativas que les permitieran mejorar sus ingresos y “posibilitando que el fútbol argentino progrese de formador de jugadores de nivel mundial a generador de espectáculos deportivos, a partir del mejor nivel de sus torneos”.

Estamos frente a un típico caso de fomento en el cual el Estado interviene en actividades privadas, de evidente incidencia pública, que va a terminar traducándose en sucesivas transferencias presupuestarias, las que, sin embargo, no reflejan el sistema tradicional de subsidio o subvención, atento las condiciones establecidas en el referido Contrato y la limitadísima discrecionalidad que la Administración se reservó.

En virtud de esa cesión, la Jefatura de Gabinete de Ministros se compromete a abonar el 50% de las sumas totales netas que perciba por la comercialización de los derechos.

Sin perjuicio de ello, y frente a la posibilidad de que no se llegara a recaudar a través de esta comercialización y explotación de derechos las sumas que se consideraran necesarias para pagar esta cesión, la Jefatura de Gabinete garantiza un mínimo anual de 600 millones, más un ajuste que el propio Convenio establece, abonado en doce cuotas iguales; es decir, 50 millones de pesos por mes. Si la Jefatura de Gabinete obtuviera una suma igual al ingreso mínimo anual que ya está garantizando, el excedente se reparte. El porcentaje que corresponde al Estado se afecta al fomento de deportes olímpicos.

También se establece que la mora en el pago del Estado –previa intimación fehaciente– durante quince días autoriza a la AFA a dar por resuelto el Contrato.

El marco normativo se completa con la Decisión Administrativa N° 221/2009, del 1 de septiembre de 2009, mediante la cual el Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación crea en su órbita el Programa Fútbol para Todos, con el objeto de coordinar y articular la transmisión y explotación comercial de la televisación de los Torneos de Fútbol Argentino para el país y el exterior organizados por la AFA en el marco del Convenio celebrado previamente entre ellos.

El Programa está a cargo de un coordinador y un secretario ejecutivo –designados por el Poder Ejecutivo Nacional–, asistido por un Comité de Coordinación de Gestión<sup>31</sup>.

En el año 2010, por la Ley de Presupuesto N° 26.546, se incorporó a la Ley Complementaria Permanente que los recursos provenientes de la comercialización de los productos AFA, conforme a la cláusula sexta del Contrato de Asociación de la Jefatura de Gabinete de Ministros con esa Asociación, serían considerados como

<sup>31</sup> A esto agreguemos que, para que el Estado pudiera llevar a los hogares la transmisión, se llamó a la Licitación Pública N° 13/2009, que fue aprobada por Decisión Administrativa N° 39 del 2010 –otorgada a una empresa “La Corte”–, publicada el 17 de febrero de 2010. Ambos actos no están publicados, ni son de libre acceso.

recursos con afectación específica, de acuerdo con el Artículo 23 de la Ley N° 24.156, y administrados por la Jefatura de Gabinete de Ministros, con el fin de ser destinados a atender las obligaciones que surgen del Contrato mencionado precedentemente.

Dichos recursos están exceptuados del treinta y cinco por ciento –35%– establecido en el Artículo 9° de la misma ley. Esta disposición autoriza al Jefe de Gabinete de Ministros a disponer ampliaciones en los créditos presupuestarios y su correspondiente distribución, financiados con incremento de los recursos con afectación específica, recursos propios, transferencias de entes del sector público nacional, donaciones y los remanentes de ejercicios anteriores. “Las medidas que se dicten en uso de esta facultad deberán destinar el treinta y cinco por ciento –35%– al Tesoro Nacional”.

También se facultó al Jefe de Gabinete de Ministros a efectuar las modificaciones presupuestarias necesarias a efectos de dar cumplimiento a la cláusula tercera del Contrato, en cuanto a la distribución del excedente de recursos, luego de asegurar el ingreso mínimo anual a la AFA, con el objeto de asignar el cincuenta por ciento –50%– de dichos excedentes a los clubes afiliados a la Asociación del Fútbol Argentino y el cincuenta por ciento –50%– restante al fomento de los deportes olímpicos.

Luego, por Decisión Administrativa N° 41/2010 se fijó una serie de adecuaciones presupuestarias en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros. En primer lugar, el cálculo de recursos propios de la Jurisdicción se recorta en \$ 144 millones –derechos y tasas–; como contrapartida, fue modificada la fuente de financiamiento por el mismo monto del Programa Fútbol para Todos, sustituyendo la Fuente 13 –recursos con afectación específica– por la Fuente 11 –Tesoro Nacional–. Finalmente, para compensar el mayor gasto atendido por el Tesoro Nacional –Fuente 11–, se redujeron las partidas de los Programas Comunes de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable que estaban previstas para transferir a las provincias, las cuales se financiaban con recursos del Tesoro.

El Tesoro Nacional debió cubrir la ejecución de los gastos que estaba realizando el Programa, debido a que fueron insuficientes los recursos específicos previstos en el Contrato. Los compromisos asumidos están reflejados en el presupuesto de la Jefatura de Gabinete de Ministros para el ejercicio 2010. El Programa Fútbol para Todos tenía asignados \$ 648 millones, que originalmente se financiaban mediante recursos propios de la Jurisdicción.

Cabe resaltar que esa medida se dictó en virtud de Artículo 37 de la Ley de Administración Financiera, modificado en el año 2006 por la Ley N° 26.124.

Posteriormente, en abril de 2010 una nueva Decisión Administrativa –N° 177/2010– fijó otras adecuaciones presupuestarias, redujo en \$ 45,4 millones el cálculo de recursos de la Jefatura de Gabinete –derechos– y, como contrapartida de lo anterior, modificó en una magnitud equivalente la fuente de financiamiento de los créditos asignados al Programa Fútbol para Todos, ejecutado por esa Jurisdicción, sustituyendo la Fuente 13 –recursos con afectación específica– por la Fuente 11 –Tesoro Nacional.

Para compensar el mayor gasto atendido por el Tesoro Nacional, se redujeron las partidas de la Jurisdicción 91 que estaban previstas para el financiamiento de la empresa estatal Radio y Televisión Argentina –RTA.

Ahora bien, el 10 de octubre del 2009 –dos meses después de dictada la Decisión que creó el Programa Fútbol para Todos– se promulga la Ley N° 26.522 –de Servicios de Comunicación Audiovisual–, cuyo Artículo 77 garantiza el derecho al acceso universal a los contenidos informativos de interés relevante y de acontecimientos deportivos, de encuentros futbolísticos u otros géneros de especialidad; es decir, que por vía legislativa se establece el derecho al acceso libre.

A su vez, se crea el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, que se constituye dentro de la autoridad federal de servicios de comunicación y, justamente, está compuesto por un representante de todas las provincias, de la Ciudad de Buenos Aires y de todas las entidades que puedan tener una especie de derecho de incidencia colectiva en este tipo de materia.

En otras funciones, se encarga al Consejo Federal la confección –cada seis meses– de un listado de acontecimientos de interés general para la retransmisión o emisión televisiva, respecto de los cuales el ejercicio de derechos exclusivos deberá ser justo, razonable y no discriminatorio.

Esta norma legal se identifica como norma de fomento en su Artículo 1°, al establecer: “El objeto de la presente ley es la regulación de los servicios de comunicación audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina y el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia con fines de abaratamiento, democratización y universalización del aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”.

Sin desconocer la complejidad normativa del sistema regulado, luego de este brevísimo recuento de situaciones y normas, se nos plantean dudas en dos planos.

El primero, en cuanto a las consecuencias jurídicas y presupuestarias de la cesión de derechos entre la AFA y la Jefatura de Gabinete de Ministros, en el que la anulación de facultades discrecionales de la Administración –propias de este tipo de intervención estatal– convierte al acuerdo en una carga para esta. Por otra parte, no se identifica expresamente el destino de interés general que la AFA debe dar a los fondos excedentes –si los hubiera–, ni si estos están o no sujetos a rendición de cuentas, en los términos del Artículo 8°, inciso d) de la Ley N° 24.156.

El segundo nivel de análisis lo encontramos en la superposición de medidas de fomento que existiría ante el dictado de la Ley N° 26.522 –una ayuda pública que dio origen a un Convenio de cesión de derechos y a una Decisión Administrativa, y una ley posterior que regula los mismos objetivos que debió modificar aquel o, por lo menos, aclarar sobre su inaplicabilidad.

Esta ley es una manifestación típica del Poder Legislativo en materia de fomento, tal como se indicó párrafos anteriores. Por eso, con prescindencia de las opiniones acerca del acierto o no de este tipo de medidas, es indiscutible que el legislador evaluó la conveniencia de crear el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, otorgándole competencias específicas en la materia que afectaron la cesión de derechos del Programa Fútbol para Todos –que ya había fijado una prioridad: el fútbol de primera, que es transmitido en forma gratuita por 10 años.

Devendría, entonces, dos formas de fomentar una misma materia; se desconoce, a la fecha, la efectividad de la segunda medida –la ley y la competencia del Consejo Federal– respecto de la primera –el Convenio AFA-JGM.

## **V. REFLEXIONES**

Es comprobable –por lo menos hasta abril de 2010, fecha de corte de los datos obtenidos a los fines de la conferencia brindada en mayo de ese año– la variedad de factores que incidieron en el acuerdo suscripto, el que fue traído a consideración a título de ejemplo.

En definitiva, en pos de implementar medios de fomento tan disímiles como suele hacerse, favoreciendo a variados sectores y actividades, se entrecruzan aspectos jurídicos, económicos, presupuestarios, sociales, que impiden encasillar a tales técnicas dentro de una categoría específica. Las políticas que se adoptan en materia de ayuda pública suelen exceder los criterios jurídicos. 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 un especial protagonismo en ámbitos como el aquí tratado.