

Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Jurisprudencia

Estrategia de Apoyo de Competitividad y otros Mecanismos de Intervención Directa del
Estado Ecuatoriano

¿Son ayudas públicas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia?

Daisy Carolina Ramírez Ruiz

Director: Gilberto Gutiérrez, Dr.

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de Abogado

Quito, Noviembre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**EVALUACIÓN DE DIRECTOR/TRABAJO ESCRITO TESINA**

TESINA/TITULO: Estrategia de Apoyo de Competitividad y otros Mecanismos de Intervención Directa del Estado Ecuatoriano ¿Son ayudas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia?

ALUMNO: Daisy Carolina Ramírez Ruiz

EVALUACIÓN:**a) Importancia del problema presentado**

La controversia analizada por la estudiante a la luz del marco jurídico de competencia, tiene una connotación actual de sumo interés, pues el Estado ecuatoriano hoy día implementa una serie de planes y políticas de apoyo a sectores económicos y sociales que pudiesen estar generando una distorsión en el mercado. Por ello la importancia del tema a tratar es de sumo interés e importancia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La trascendencia y pertinencia de la hipótesis para la relevancia jurídica actual es trascendental, por cuanto Ecuador aún no cuenta con desarrollo sustancial en el Derecho de Competencia, por lo tanto es un aporte doctrinal y casuístico de suma importancia para los lectores nacionales, a fin de entender el tema de las ayudas públicas y su tratamiento.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los documentos y materiales empleados por el Estudiante, fueron óptimos, estos evidencian una investigación amplia, suficiente y pertinente para la tesina.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

El nivel de argumentación de la estudiante es satisfactoria, denota una clara investigación doctrinal y jurisprudencial.



Gilberto Gutiérrez
Director

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

"Estrategia de Apoyo de Competitividad y otros Mecanismos de Intervención Directa del Estado Ecuatoriano ¿Son ayudas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia?"

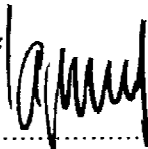
Daisy Ramírez Ruiz

Dr. Vladimir Villalba
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Gilberto Gutiérrez
Director de Tesis

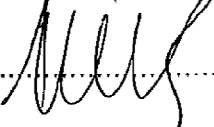
Dra. Sophia Espinosa
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia


.....


.....

x. Michelle Anderson
.....

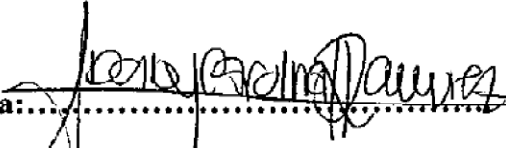

.....

Quito, 14 de Enero de 2013

DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documentos certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 44 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:.....

Nombre: Daisy Carolina Ramírez Ruiz

C.C. 172062388-1

Fecha: 14 de enero de 2013

A mis queridos padres, por su cariño, ejemplo y esfuerzo, quienes deslindados de toda vanidad nos han dado a sus hijos las herramientas para crecer y conquistar nuestros sueños.

A quienes han confiado y creído en mí y mis ideales, en especial a aquellas personas que día a día me motivan a ser mejor, a ellos mis agradecimientos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I	
AYUDAS PÚBLICAS	
1.1. Consideraciones generales del Derecho de Libre Competencia e Intervención Estatal	8
1.2. Consideraciones generales de las Ayudas Públicas	24
1.2.1. Concepto de Ayuda Pública	27
1.2.2. Características de las Ayudas Públicas.....	32
1.2.3. Casos de Compatibilidad de las Ayudas Públicas	35
1.2.4. Justificación del Otorgamiento de Ayudas Públicas	37
1.2.5. Clasificación de las Ayudas Públicas	40
1.2.5.1. Ayudas Públicas en función del objetivo que persiguen.....	41
1.2.5.2. Ayudas Públicas en función del instrumento jurídico utilizado.....	44
1.2.5.3. Ayudas Públicas en función de la obligatoriedad o no de notificación ..	45
1.2.6. Mecanismos de evaluación de compatibilidad de las ventajas concedidas a través de las ayudas públicas.....	47
1.2.6.1. El criterio del Inversor privado	47
1.2.6.2. La prueba o el Test del Sopesamiento.....	50
1.2.6.3. El Estándar del Bienestar	53
CAPITULO II	
INTERVENCIÓN INDIRECTA ESTADO ECUATORIANO EN EL SECTOR ECONÓMICO Y AYUDAS PÚBLICAS	
2.1. Intervención Normativa - Marco Legal Aplicable a la Política Económica.....	55
2.1.2. Preceptos constitucionales aplicables a la intervención del Estado Ecuatoriano en la economía	55
2.1.3. Plan Nacional de Desarrollo	59
2.1.4. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.....	61
2.1.5. Principios Aplicables a la Intervención Estatal Directa en el Sector Económico	62
2.2. Marco Legal Aplicable a las Ayudas Públicas	63
2.2.1. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su Reglamento	64
2.2.2. Decisión Acuerdo de Cartagena No. 608	69
CAPÍTULO III	

INTERVENCIÓN DIRECTA DEL ESTADO ECUATORIANO EN EL SECTOR ECONÓMICO Y AYUDAS PÚBLICAS

3.1. Mecanismos de Intervención Directa del Estado Ecuatoriano	74
3.1.1. Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva.....	76
3.1.2. Descripción de la Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva.....	76
3.1.2. Intervención Directa del Estado Ecuatoriano mediante el Reglamento de Desarrollo Productivo.....	79
3.2. Determinación de los mecanismos de intervención directa como figuras de ayudas públicas.....	80
3.2.1. Análisis y Determinación de la Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva.	81
3.2.2. Análisis y Determinación de los incentivos sectoriales contenidos en el Reglamento de Desarrollo Productivo.....	91
3.2.3. Análisis y Determinación del Programa de fomento y desarrollo empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas MYPIMES	102
3.3. Temporalidad de los Mecanismos de Intervención Directa	110
CAPÍTULO IV	
COMPARACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS COMUNIDAD EUROPEA – ECUADOR	
4.1. Control Ex Ante aplicado en la Comunidad Europea.....	112
4.2. Control Ex Post aplicado en Ecuador	115
4.3. Evaluación Permanente de las Ayudas Públicas	118
4.3.1. Principios Generales para la Evaluación Permanente de Ayudas Públicas en el Ecuador.....	123
4.3.2 Criterios Aplicables para el Control Permanente de las Ayudas Públicas en el Ecuador.....	127
4.3.3. Características esenciales de las Ayudas Públicas en el Ecuador	128
4.4. Dictámenes Administrativos sobre las Ayudas Públicas.....	129
4.5. Procedimiento de Notificación para las Ayudas Públicas en Ecuador.....	133
4.6. Jurisprudencia internacional	135
4.6.1. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.....	135
4.6.2. Decisiones de la Comisión de la Comunidad Europea.....	141
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	146
BIBLIOGRAFÍA	148
ANEXOS.....	158

INTRODUCCIÓN

El papel de los Estados frente al comportamiento de los diversos operadores económicos se lo entiende como una intervención excepcional que surge cuando el equilibrio y el desarrollo económico no se pueden alcanzar con el libre juego de la oferta y la demanda, en estos casos los Estados actúan como entes reguladores y conductores de la economía para mantener el buen funcionamiento de los mercados. El rol de los Estados dentro del sistema económico busca alcanzar mercados eficientes donde exista una libre concurrencia de demandantes y oferentes, con la finalidad de obtener bienes y servicios óptimos en precios y calidad, en virtud de que mientras más eficientes sean los mercados habrá mayor rivalidad entre competidores y mayor será el bienestar del consumidor¹.

Existen, sin embargo, ocasiones en las cuales los Estados apoyan, promueven y otorgan ventajas selectivas a favor de determinados operadores económicos, bajo la figura de ayudas públicas, la intervención de los Estados en estos casos puede influenciar las actuaciones de los operadores que se benefician de estas medidas con respecto de sus competidores, causando un posible falseamiento y detrimento en la competencia, lo que nos lleva a pensar que las ayudas públicas van en contra de lo que busca proteger el Derecho de la Competencia.

Si bien es cierto que las ayudas públicas son en principio incompatibles en un sistema económico de libre mercado, los Estados han estimado que debido a razones de interés social o público en ciertas ocasiones el otorgamiento de ventajas selectivas a través de recursos públicos es procedente y además aceptado, la facultad estatal de otorgar beneficios a determinados operadores económicos, no obstante debe sujetarse a un régimen de control con la finalidad de que los efectos perturbadores causados por las ayudas sean mínimos. El régimen de control y supervisión de las ayudas públicas ha sido desarrollado principalmente dentro de la Comunidad Europea, donde el análisis se basa en los efectos que las ayudas públicas tienen dentro del mercado común y el intercambio entre Estados, para tal efecto se estudian los motivos que originan el otorgamiento de las ayudas públicas y sus efectos en el mercado; adicionalmente a lo largo de los últimos veinte años dentro de

¹ Robert Bork. *The Antitrust paradox: a policy in war with itself*. USA: The Free Press, 1993, p. 56.

la Comunidad Europea se ha establecido una estructura sofisticada en el campo de las ayudas públicas, la cual ha incorporado una serie de principios, lineamientos y exenciones dentro de esta rama.

En muchos sentidos las ayudas otorgadas por los Estados pueden generar un desequilibrio entre competidores, por lo tanto la supervisión del alcance de estas medidas es un elemento esencial dentro de la libre competencia. El beneficio derivado del control de las ayudas públicas es claro, se pretende evitar una distorsión en la competencia. El Ecuador cuenta desde el año 2011 con una ley de defensa de la competencia, la cual incluye preceptos generales sobre las ayudas públicas, que detallan principalmente los casos en los cuales éstas proceden y la facultad de control por parte de la autoridad competente.

Si bien el concepto de ayudas públicas en el país no ha sido fuertemente analizado ni desarrollado, debido a la falta de conocimiento de las implicaciones de estas medidas dentro del mercado, y a la carencia de mecanismos de control de los beneficios otorgados por parte del Estado, esto no implica que no hayan existido ayudas públicas en el Ecuador, de hecho, nuestro país se ha caracterizado por ser un Estado protector que otorga una serie de beneficios obedeciendo principalmente a consideraciones de índole social.

Según señalan los economistas ROMERO y CHANG el gasto público en proyectos de desarrollo comprendidos entre 1965 y 1980 pasó del 9.5% al 22,5% del PIB², cifra que ha ido incrementado con el tiempo, de tal suerte que durante los últimos tres años se ha destinado un porcentaje equivalente al 14% del presupuesto general del Estado a “Proyectos de Inversión y Desarrollo”³, lo cual implica el destino de recursos públicos a proyectos o sectores específicos que podrían cumplir con las condiciones y características de las ayudas públicas bajo la luz del Derecho de la Competencia, y como tales estar sujetas al control por parte de la autoridad.

Esta tesina se centra en analizar tres mecanismos de intervención directa por parte del

² Pedro Romero, y Fabián Chang. *Hacia una política fiscal sostenible: 1830-2002*. Tesis de grado. ESPOL. Guayaquil, 2003, p. 51.

³ Ministerio de Finanzas del Ecuador. *Informe de ejecución del Presupuesto General del Estado correspondiente a los ejercicios fiscales 2010 y 2011*. <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/INFORME-EJECUCION-PGE-2011.pdf> (acceso: 23/09/2012). http://cconstruccion.net/Leyes/INFORMACION_IMPORTANTE/presupuestogeneraldelestado2012/PRES_GASTOS_2012.pdf (acceso: 08/11/2012).

Estado ecuatoriano, que han sido puestos en marcha a partir del año 2011, los cuales debido a sus características, objetivos, finalidades y destinatarios podrían estar dentro de la categoría y ámbito de ayudas públicas. Los mecanismos a analizarse son: i) la Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva, ii) los Incentivos Sectoriales dentro del Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, y ii) el Programa de fomento y desarrollo empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas MYPIMES. El presente trabajo busca únicamente determinar si dichos mecanismos constituyen o no ayudas públicas bajo consideraciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales. El análisis sobre su compatibilidad y efectos en el mercado no se tratarán en este documento.

A efectos de nuestro análisis se abordarán sucesivamente los siguientes temas, en el primer capítulo de este trabajo se estudiarán las consideraciones generales sobre el Derecho de la Competencia y las ayudas públicas, las páginas que siguen constituyen un acercamiento a la doctrina y jurisprudencia sobre los beneficios otorgados por los Estados principalmente dentro de la Comunidad Europea, a continuación el segundo capítulo describe la intervención normativa del Estado ecuatoriano en el sector económico y ayudas públicas; en el capítulo tercero se detallan los tres mecanismos de intervención directa implementados por parte del Estado ecuatoriano, mismos que serán analizados bajo los principios generales de ayudas públicas con el fin de establecer si éstos constituyen aquellas medidas. Finalmente el cuarto capítulo detallará los mecanismos de control aplicados a estas medidas dentro del régimen vigente en la Comunidad Europea, y se establecerá una comparación con los mecanismos de control previstos en la ley local.

CAPITULO I

AYUDAS PÚBLICAS

1.1. Consideraciones generales del Derecho de Libre Competencia e Intervención Estatal

El Derecho de la Competencia está relacionado con el desarrollo de la economía de mercado, la idea de la defensa a la competencia deriva de la necesidad de proteger el funcionamiento de un sistema de economía social, en el cual son los propios agentes económicos los encargados de mantener el funcionamiento del mercado regulando los precios de los bienes y servicios a través del juego de la oferta y la demanda, comportamiento que ha recibido el nombre de “modelo de economía social de mercado”⁴.

Es precisamente el libre juego de la oferta y la demanda el conocido como libertad de competencia⁵, la cual puede ser entendida como la “libertad de decisión autónoma y de lucha con medios leales”⁶, de esta manera la competencia constituye un elemento esencial en todo modelo de organización económica debido a que constituye la manifestación más palpable de la libertad de empresa, que se materializa con tres características esenciales: i) el mantenimiento del proceso competitivo, al permitir la interacción de operadores económicos que ejerzan libremente el juego de la oferta y la demanda, ii) la eficiencia económica, al reasignar los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas

⁴ El autor ABANTO VASQUEZ señala que la realidad jurídica y económica del siglo XX ha desarrollado dos modelos económicos distintos: la economía social de mercado y el modelo de economía planificada de países socialistas, el autor explica que en la actualidad todos los países en vía de desarrollo ha optado por el sistema de economía social de mercado el cual consiste en dejar que las propias fuerzas económicas regulen el mercado. Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, p.21.

⁵ A efectos de detallar en qué consiste la libertad de competencia, el autor VICIANO señala lo siguiente: [...] la libertad de competencia, al menos implica la libertad de fijación de precios, la libre determinación de las condiciones de venta o prestación de servicios, la libre determinación de la producción, la libre determinación de las formas de distribución, la libre determinación del desarrollo técnico, la libre determinación de las inversiones, la libre elección de los mercados, la libre determinación de las fuentes de aprovechamiento, etcétera. Javier Viciano. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos Restrictivos de la Competencia de Orden Legal)*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1995, p. 204.

⁶ *Id.*, p. 202.

más eficientes; y (iii) el bienestar de consumidores y operadores, este elemento es una consecuencia lógica de los dos anteriores ya que verificada la existencia de un proceso competitivo libre y eficiente se generará bienestar en los operadores y un beneficio a los consumidores⁷.

Los inicios de las nociones de la defensa y protección de la competencia surgieron en el derecho norteamericano a través del *Sherman Act* de 1890, el cual constituyó un nuevo modelo jurídico en esta rama⁸; a partir de ese momento se dio paso a la corriente de jurisprudencia sobre monopolios, concentraciones empresariales, carteles, y en general todos los actos y prácticas restrictivas relacionadas con el derecho *antitrust*; la tendencia a proteger el proceso competitivo y a castigar las prácticas que lo impiden fue poco a poco adoptada y desarrollada por varios estados europeos, los cuales si bien ya habían tenido avances previos en sus legislaciones nacionales, complementaron sus procesos legislativos en libre competencia con la suscripción del Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957, de esta manera la protección de la competencia tuvo un gran impulso, ya que las disposiciones contenidas en el Tratado logran unificar conceptos y procedimientos que dieron paso a un sistema de control y regulación eficiente en toda la Comunidad Europea⁹.

Con el propósito de conocer qué es lo que tutela el derecho de la competencia han surgido debates, lo cual ha sido objeto de varias discrepancias doctrinarias, por un lado un sector de la doctrina considera que el bien jurídico protegido es la competencia en sí

⁷ El Preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia de España señala que: La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad [...]. Ley 15/2007 (España). Preámbulo 3 de julio de 2007.

⁸ Según DiLorenzo Thomas J. no hay evidencia que a finales del siglo XIX hayan existido empresas que realizaran prácticas anticompetitivas en EE.UU., según este autor la necesidad de promulgación del *Sherman Act* se dio debido a la presión de grupos de interés que buscaban protegerse del crecimiento rápido de algunas compañías las cuales ofrecían precios bajos debido a las economías de escala que utilizaban, según este autor, el *Sherman Act* tenía una finalidad proteccionista para algunos sectores empresariales. DILORENZO citado en Alfonso Miranda Londoño. *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia*. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf (acceso: 17/09/2012).

⁹ *Ibíd.*

misma, ZULUAGA sostiene que el bien jurídico tutelado es el mantenimiento del proceso competitivo¹⁰, ya que es a la vez su principal objetivo, sin embargo señala que el consumidor también debe ser protegido ya que es el último destinatario de los beneficios de las políticas de competencia, ante lo cual podemos entender que el derecho de la competencia busca primordialmente tutelar el proceso competitivo entendiendo que los consumidores son quienes se benefician de estas medidas, sin embargo no podríamos dejar de lado a los actores del proceso competitivo, mismo que no son los consumidores sino los operadores económicos, por lo que podría considerarse que es más preciso entender que el bien jurídico protegido es, en general, la competencia lo cual es compartido por BETANCUR quien considera que la competencia en sí es el único objeto de protección del derecho de la competencia ya que permite obtener fines determinados como la estabilidad de precios o el crecimiento y desarrollo acelerado¹¹,siguiendo esta misma línea FLINT sostiene que el bien jurídico protegido es la competencia y como tal no puede dejarse a la libre disposición y albedrío de los operadores económicos¹², en conclusión, bajo esta perspectiva, podemos sostener que la defensa de la competencia conlleva la generación de eficiencia económica mediante la locación de recursos y la libre interacción de los operadores económicos dentro del proceso competitivo.

La tendencia de considerar a la competencia como el bien jurídico protegido ha sido ratificada por varios tratadistas, de esta manera OLAECHEA manifiesta que el Derecho de la Libre Competencia protege en su conjunto al sistema libre de mercado¹³, es decir un sistema regido mediante las leyes de la oferta y la demanda donde interactúan libremente los operadores, sin embargo, es importante notar que este concepto puede resultar insuficiente, considerando que dentro del proceso competitivo no se busca únicamente el bienestar de los operadores económicos, en este sentido VÁSQUEZ sostiene, que : “Esta

¹⁰ Manuel Zuluaga. *La perspectiva colombiana de la protección a la Competencia - Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998, p. 42.

¹¹ Belisario Betancur. *Aproximaciones al Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998, p. 64.

¹² Pinkas Flint. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia Estudio Exegético del D.L. 701*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú Fondo Editorial, 2002, p. 15.

¹³ José Olaechea. *El seguimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas*. Bogotá: Editorial Temis, 2000, p. 128.

concepción es incompleta en la medida que tiende solo a proteger a quienes tienen acceso al mercado y por ello en última instancia a hacer que dependa de éstos la persecución de las infracciones”¹⁴, entendemos que la preocupación en proteger únicamente al proceso competitivo podría suponer, que lo que este derecho pretende tutelar son los intereses de los operadores únicamente, centrándose en buscar las mejores condiciones para cada uno de ellos, lo cual sin duda acarrearía consecuencias negativas en el mercado y atentaría contra las finalidades del Derecho de la Competencia.

Sin embargo la definición del bien jurídico tutelado no termina ahí, es necesario tomar en cuenta otras consideraciones que han surgido como respuesta a la evolución y desarrollo que ha tenido el Derecho de la Competencia a lo largo de los años, de esta manera al referirse sobre el bien jurídico tutelado el tratadista PASTOR señala lo siguiente:

[...] la institucionalización de la competencia económica como *objeto de protección* radica en la dimensión social que en los últimos años ha adquirido el Derecho de la Competencia, que ha pasado de ser un *Derecho de clase* a ser un *Derecho de ordenación del mercado (Marktrecht)*, que defiende la competencia como sistema en el que se garantizan no solo los intereses de los competidores, sino también los de los consumidores y el interés público.¹⁵

Desde esta perspectiva el Derecho de la Competencia adquiere un significado más amplio y no se dirige de manera restrictiva a la protección del mercado ni del proceso competitivo, sino que entiende al mismo como un conjunto mediante el cual se garantiza el juego de la oferta y la demanda, los intereses de los operadores económicos y el bienestar de los consumidores.

Tras haber repasado algunas de las posiciones que buscan definir al bien jurídico tutelado consideramos que es adecuado afirmar que el Derecho de la Competencia busca proteger la competencia en sí misma, o el proceso competitivo, como bien lo han señalado algunos autores antes citados, bajo esta definición se debe entender a la competencia en su forma más amplia, que podríamos resumir en tres facetas esenciales, i) la del mercado, ii) la de los operadores económicos, iii) la de los consumidores. En primer lugar la competencia busca garantizar el proceso competitivo con el libre juego de la oferta y demanda, lo cual

¹⁴ Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Óp. cit. p.30.

¹⁵ Javier Viciano. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos Restrictivos de la Competencia de Orden Legal)*. Óp. cit., p. 27.

conlleva la eficiencia económica de los operadores, que tiene como contrapartida servicios de óptima calidad y precios que en última instancia benefician a los consumidores.

En conclusión el derecho de la libre competencia busca regular, controlar y promover la libertad en el mercado beneficiando a los agentes económicos y a los consumidores, cabe señalar sin embargo que los beneficios generados deben ser vistos como un resultado, mas no un fin propio del Derecho de la Competencia.

Una vez que hemos concluido que el bien jurídico protegido es la competencia, vale la pena mencionar que existen casos en los cuales los operadores económicos, dentro del juego de la oferta y la demanda no actúan eficientemente y ponen en peligro la libre competencia, en rasgos generales podríamos señalar que aquello sucede cuando los agentes económicos cometen prácticas restrictivas directas tales como acuerdos o prácticas concertadas, o cuando llevan a cabo prácticas restrictivas indirectas, que consisten en “acciones que manifiestamente tienden a eliminar competidores o a impedir la entrada de posibles competidores, sin que estas conductas impliquen una mejora de la productividad”¹⁶, conductas que pueden ser entendidas como un abuso de la posición dominante en el mercado por parte del operador que la detenta. En estos casos es cuando se vuelve necesaria la intervención del Estado en el libre desarrollo de la economía y los mercados, ya sea para regular y controlar o para sancionar prácticas anticompetitivas, adicionalmente existen consideraciones importantes que buscan responder el porqué de la intervención estatal en la competencia, como la señalada por LLORENTE quien al respecto manifiesta lo siguiente:

[...] el mercado no puede funcionar en un vacío y necesita un marco jurídico y normativo que solo el Estado puede establecer [...] no se trata de elegir entre el Estado y el mercado, sino que cada uno de ellos tiene una función importante e irremplazable que cumplir.¹⁷

En este sentido, se entiende que el Estado cumple una doble función con respecto a la protección de la libre competencia, en primer lugar es efectivamente un agente protector que sanciona prácticas anticompetitivas contrarias a la libre competencia, pero también es

¹⁶ Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Óp. cit. p.34.

¹⁷ Rodrigo Llorente. *Prosperidad narcotizada e intervención del Estado- Derecho de la Competencia*. Bogotá: Navegante Editores, 1998, p. 49.

un agente incentivador de la competencia debido a que su protección degenera en la potenciación de un sistema económico y político con características más eficientes¹⁸.

Si bien el Derecho de la Libre Competencia tiene como fundamento la libertad de empresa, la cual no constituye una libertad de autonomía¹⁹, se entiende que la misma debe estar supeditada a ciertos mecanismos de control y sanción por parte del Estado, cabe señalar que las facultades de intervención estatal en los mercados y en la economía en general no son indefinidas ni absolutas, toda vez que existen fundamentos legales que limitan su intervención de alguna manera, en este sentido BROSETA PRONT señala que la intervención estatal en la economía se divide en dos grandes grupos: i) la ordenadora o reguladora (intervención normativa), y ii) la participación activa del Estado en la producción o distribución de bienes o servicios a través de entes públicos o privados que intervienen directamente en el mercado²⁰, de lo cual entendemos que la participación del Estado dentro de la economía y los procesos competitivos puede tomar dos formas, por una parte puede ser un Estado Regulador que ejerce sus poderes a través de la intervención indirecta (ordenadora o reguladora), o bien puede ser un Estado Productor que ejerce sus poderes mediante la intervención directa que consiste en tener al Estado como un operador más dentro del mercado.

Consideramos que la intervención estatal es en gran medida necesaria debido a que está encaminada a la aplicación de disposiciones constitucionales y a velar por su fiel cumplimiento, coincidiendo con esta apreciación MARTIN MATEO dispone que “la legitimidad de la intervención estatal no es ya objeto de discusión”²¹ ya que se trata de una facultad superior que busca la aplicación de normas y la regulación de actividades que impiden el normal funcionamiento de los mercados, de esta manera la doctrina sugiere que la intervención estatal es indispensable en algunas áreas para el normal y eficiente desarrollo de la economía, siempre y cuando ésta armonice con el mercado, lo que quiere

¹⁸ Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Óp. cit. p.45.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ Manuel Broseta Pront, citado en Javier Viciano. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*. Óp. cit. p.47.

²¹ Martín Mateo citado en Enrique Linde Paniagua, *et al. Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Editorial UNED, 1985, p. 213.

decir que el Estado esté dispuesto a intervenir poco, y que su intervención se enfoque en particular en:

- Permitir que los operadores funcionen en el mercado por sí mismos, a menos que operen razones que hagan imperiosa su intervención; por regla general se acepta la intervención estatal en ciertas áreas, que debido a consideraciones de interés general, resulta más eficiente que sea el Estado quien las maneje tal es el caso de los servicios públicos, por el contrario no se estima conveniente la intervención estatal en actividades vinculadas estrictamente al sector privado, como en el caso de la producción de bienes dado que aquella intervención podría causar perjuicios a otros operadores, y además se impedirían la generación de beneficios secundarios significativos para el Estado²²; de esta manera entendemos que la intervención estatal en algunos sectores constituye una medida necesaria y no simplemente aceptada, mientras que la inmersión del Estado en actividades que han sido reservadas para operadores privados puede ser vista como una situación perjudicial para la libre competencia.
- Aplicar contrapesos y salvaguardias, la doctrina señala que las intervenciones estatales deben someterse continuamente a intervenciones disciplinarias del mercado internacional e interno²³.
- Intervenir directamente y sin disimulos, si el Estado desea implementar medidas, cualesquiera que éstas fueran, deberá hacerlo de manera sencilla y eficiente con estricto apego a las normas legales y procedimientos vigentes, para de esa manera evitar actuaciones discrecionales por parte de las autoridades que puedan conllevar un grave perjuicio hacia los operadores.
- Aplicar elementos de desarrollo que guarden armonía con la política económica de

²² Rodrigo Llorente. *Prosperidad narcotizada e intervención del Estado- Derecho de la Competencia*. Óp. cit. p.64.

²³ *Ibíd.*

cada Estado, en este sentido LLORENTE plantea que esas consideraciones son principalmente las políticas de “desarrollo humano, economía nacional, economía internacional, y política macroeconómica”²⁴, este elemento es de gran importancia ya que es necesario que las consideraciones que motivan la intervención estatal vayan de la mano con las políticas económicas de cada país a fin de cumplir a cabalidad con los preceptos constitucionales dentro del sector económico.

- La intervención del Estado debe estar dirigida principalmente a inversiones en recursos humanos y proyectos de desarrollo social, es importante que el Estado escoja a los beneficiarios de sus políticas enfocándose en generar progresos en el desarrollo, esto se logra principalmente procurando que sus actuaciones estén destinadas a proyectos implicados en el crecimiento económico que vayan acompañados de procesos de mejora en el bienestar humano, de esta manera LLORENTE señala que la intervención estatal debe:

[...] seleccionar con más cuidado a los beneficiarios, adoptar métodos nuevos y eficientes para que los servicios lleguen a sus destinatarios, limitar los subsidios regresivos y establecer una colaboración estrecha con el sector privado para la prestación de ciertos servicios.²⁵

Compartiendo lo señalado por este autor consideramos que la intervención estatal debe guardar estricta relación y apego a los objetivos de las políticas económicas de cada Estado, enfocándose en otras cosas en la protección de la persona como fin último del sistema económico²⁶.

- Optar por una mejor alternativa de implementación de las inversiones destinadas a la protección de la competencia, consideramos que los Estados deben mejorar la calidad de los mecanismos utilizados a fin de no destinar grandes cantidades de

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 283. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

recursos a objetivos poco delimitados o poco convenientes según las finalidades de las políticas económicas nacionales, debido a que como plantea LLORENTE “con gran frecuencia, las inversiones de capital se efectúan sin tener en cuenta los gastos periódicos que entrañan, lo cual da por resultado una subutilización antieconómica”²⁷, lo que quiere decir que la intervención de los poderes públicos en la economía de mercado ya sea como ente regulador o como ente interventor directo no deberá generar más perjuicios que aquellos que se desean atacar.

- La intervención del Estado debe implementarse en un marco jurídico y contractual óptimo que facilite las transacciones, es decir, bajo condiciones que no impidan el libre ingreso y salida de operadores, y que a su vez permita el desarrollo de la competencia, consideramos que es de trascendental importancia que la intervención estatal sirva de estímulo a la innovación y al aprovechamiento eficiente de recursos, LLORENTE señala que países como Estados Unidos, Japón, Singapur, y países de la Comunidad Europea tienen economías más prósperas y amplias ventajas competitivas a nivel mundial debido a sus regímenes de competencia los cuales no imponen barreras de entrada, rigurosos controles de precios que disminuyen la productividad y el desarrollo tecnológico²⁸.
- Optimizar la integración en la economía mundial, debido a los constantes cambios en la economía y gracias a la globalización es importante que las medidas interventoras implementadas por los Estados estén destinadas a generar una convergencia con los mercados internacionales con la finalidad de contribuir en el desarrollo productivo y tecnológico y en la integración comercial internacional.

²⁷ Rodrigo Llorente. *Prosperidad narcotizada e intervención del Estado- Derecho de la Competencia*. Óp. cit. p.64

²⁸ Discrepando con lo señalado por LLORENTE consideramos que en el caso de la Comunidad Europea el régimen de defensa de la competencia es bastante riguroso, en virtud de la existencia de un marco comunitario de defensa de la competencia los países miembros deben someter sus actuaciones no solamente al control interno de cada Estado sino también al control comunitario ya que las autoridades de competencia de la Comunidad Europea evalúan los efectos de las actuaciones de los operadores en toda la Comunidad.

- Realizar análisis y estudios macroeconómicos a fin de establecer que la intervención estatal para la defensa de la libre competencia no generará un gasto público excesivo que acarreará problemas económicos a gran escala, de esta manera los gobiernos deben elaborar un sistema de intervención con orden de prioridades económicas a fin de establecer los gastos que serán destinados a los mecanismos de intervención en la economía de mercado, los Estados además deben implementar medidas de control o de apoyo tomando en consideración su estabilidad macroeconómica²⁹, consideramos que es primordial que los gobiernos implementen medidas en el campo económico tomando en consideración los impactos que éstas tendrán en el mercado, en los operadores económicos y en los consumidores sin descuidar la permanencia de los procesos competitivos.

- Priorizar las intervenciones, es necesario que los Estados intervengan mucho más en ciertas esferas y menos en otras, lo que implica que los Estados deben en primer lugar permitir que los mercados funcionen libremente cuando las condiciones así lo permitan, no obstante, en caso de necesidad o fallas económicas o de mercado es deber primordial del Estado tomar medidas de intervención oportunas y eficaces, que contrarresten los impactos negativos que las fallas pueden generar en la competencia. En este sentido WITKER y VARELA manifiestan que la tendencia de la intervención Estatal es no realizar funciones dentro del sector económico y empresarial y en su lugar enfocarse en la intervención estatal reguladora a través de la concesión de permisos, autorizaciones, licencias y otros mecanismos que “restringan la actividad de mercado”³⁰, con la finalidad de “lograr un crecimiento más acelerado en la productividad, el aumento de ingresos y un desarrollo

²⁹ Rodrigo Llorente. *Prosperidad narcotizada e intervención del Estado- Derecho de la Competencia. Óp. cit.*, p. 67.

³⁰ Jorge Witker y Angélica Varela. *El Derecho de la Competencia Económica*. México D.F.: Instituto De Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, 2003, p. 172.

económico duradero”³¹. Compartiendo con lo señalado por estos autores, cabe agregar que una intervención excesiva del Estado, en especial cuando el mercado cuenta con condiciones óptimas para la libre competencia, podría retardar los intercambios comerciales o incluso generar barreras de entrada innecesarias³², lo cual implica una contradicción ya que las medidas públicas se implementan con la finalidad de atender determinadas fallas en el mercado y no de crear más o hacerlas peores.

En general, bajo las consideraciones de intervención estatal antes mencionadas podemos concluir que ésta consiste en una facultad de excepción encaminada a materializar los objetivos constitucionales y en concreto los principios de la política económica de cada país, misma que siempre deberá guardar estricto apego a preceptos legales, en este sentido el tratadista VICIANO señala que “las exigencias de la economía general, como límite del ejercicio de la libertad de empresa [...] no es más que una concreción del interés público [...]o la función social³³”; por lo que además debemos señalar que la intervención del Estado en la economía no siempre tomará los mismos mecanismos, tal como hemos mencionado el Estado puede ser regulador o productor, de manera que el tipo de intervención y las acciones usadas dependerán estrictamente de los objetivos que se pretenden alcanzar, por lo tanto si el amparo del interés social requiere protección a través de una mayor regulación de los operadores y de las conductas estaríamos hablando de una intervención estatal normativa o indirecta, mientras que si el interés social requiere una planificación, iniciativa o apoyo en la producción estaríamos hablando de una intervención estatal productiva³⁴ o directa.

³¹ Rodrigo Llorente. *Prosperidad narcotizada e intervención del Estado- Derecho de la Competencia*. Óp. cit., p. 68.

³² Manuel Abanto Vásquez. *El Derecho de la Libre Competencia*. Óp. cit., p. 34.

³³ Javier Viciano. *Libre Competencia e Intervención Pública*. Óp. cit. p. 179

³⁴ VICIANO se refiere a la intervención productiva como la *iniciativa pública económica* y citando a ARIÑO ORTIZ señala “que entre las actividades que de alguna manera están sometidas a la intervención pública, bien normativa, bien productiva por estar afecta a un particular interés social se encuentran el transporte, las comunicaciones telegráficas y telefónicas, la radio, la televisión, el sector eléctrico, [etc.]” *Id.*, p. 185.

En relación a los tipos de intervención estatal VICIANO sostiene lo siguiente:

[...] será compatible con la libertad de competencia toda intervención normativa y productiva de los poderes públicos que permitan un sistema de economía de mercado competitivo, es decir, un sistema en el que [...] una multiplicidad de operadores luchan entre ellos de forma autónoma para conseguir vender sus productos o servicios antes que los de los competidores³⁵.

En conclusión, las actuaciones estatales dentro del campo económico no deben distorsionar el normal funcionamiento del mercado, por lo que la intervención del Estado siempre deberá respetar el principio constitucional de respeto de los derechos económicos y libertad de empresa, para de esa manera cumplir con los objetivos que entrañan las políticas de competencia entre los cuales podemos citar los siguientes: promover la libertad económica, la justicia y equidad entre operadores económicos, contribuir con objetivos sociales, ambientales y con políticas comerciales³⁶.

De modo semejante es importante notar que los principios rectores de la política social estatal contenidos en la Constitución, son los lineamientos base que establecen y regulan la actuación pública en la economía³⁷, es así que los objetivos constitucionales son el marco normativo que guía y debe ser obedecido por las políticas de competencia³⁸, garantizando de esa manera la protección de los derechos fundamentales³⁹.

³⁵ *Ibid.*, p. 203.

³⁶ Massimo Motta. *Competition Policy Theory and Practice*. EE.UU: Cambridge University Press, 2004, p.41.

³⁷ Para el caso ecuatoriano de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 85 numerales 1 y 2 de la Constitución de la República, la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios debe orientarse a la realización y garantía del buen vivir y de los derechos reconocidos constitucionalmente en el marco del principio de solidaridad, consagrándose la prevalencia del interés general sobre el interés particular, tema que se detallan más adelante dentro de este trabajo.

³⁸ Adam SMITH en su obra “La riqueza de las naciones” afirma que existe un equilibrio natural de los impulsos humanos por el que cada individuo busca su propio provecho generando el bien de toda la comunidad, de manera que el Estado no debe intervenir en la economía, debido a que ésta tiene sus propias reglas naturales, las cuales reciben el nombre de la *mano invisible* que guía la economía hasta llevarla a un estado de equilibrio. Adam Smith citado en Eric Roll. *Historia de las doctrinas económicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 205.

³⁹ El punto de vista de Smith se respalda con la doctrina económica del *laissez faire* que implica la ausencia completa de la intervención del Estado en la economía en este sentido KARL señala que en este tipo de economía las personas y las firmas individuales defienden sus propios intereses sin intervención o

En la misma línea es necesario tener en cuenta que la intervención normativa del Estado en el ámbito del derecho de la competencia no debe estar desligada de la realidad económica prevaleciente en cada Estado, en este sentido MIRANDA manifiesta que las ciencias económicas determinan la evolución de las políticas de competencia, es por esta razón que el Derecho de la Competencia ha evolucionado a través de políticas, legislaciones, y jurisprudencia.⁴⁰

La existencia de una competencia efectiva es trascendental a fin de que la economía de los Estados sea eficiente, lo cual significa, como ya hemos mencionado, un beneficio para los operadores económicos y para los consumidores⁴¹, sin embargo existen casos en que la competencia se puede ver afectada por distintos factores que limitan el normal desenvolvimiento de los procesos competitivos, situación que es entendida como una falla en el mercado⁴², la cual se verifica en general cuando se: i) *impide* la competencia, al eliminar la participación o el ingreso de operadores económicos en el mercado, ii) *restringe* la competencia, esto sucede cuando se “elimina la acción competitiva de las empresas, bien en los medios para realizarla, o en factores como la producción, la distribución o los precios⁴³”, iii) *falsea* la competencia, lo cual se materializa mediante acuerdos o decisiones

regulación estatal, en este sentido la suma de todas las decisiones particulares determinan los resultados de la economía. Karl Case, *et al. Principios de Microeconomía*. México D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana S.A, 1997, p. 43.

⁴⁰ Alfonso Miranda Londoño. *Fundamentos económicos del derecho de la competencia*. *Óp. cit.*, p. 8.

⁴¹ En este sentido POSNER analiza que la competencia efectiva puede ser entendida como i) (desde un punto de vista sociólogo-político no económico) se trata del control de poder de los grandes conglomerados industriales a favor de los pequeños empresarios con la finalidad de que exista una menor concentración de poder económico; ii) (desde un punto de vista puramente económico) se trata de la máxima eficiencia de la producción que busca proteger al mercado no a los competidores. Richard Posner. *Economic Analysis of Law*. EE.UU. Aspen Publishers, 2003, p. 23.

⁴² El término *falla de mercado* consiste en la situación que se produce cuando los recursos están mal asignados o cuando se asignan en forma ineficiente, dando como resultado la competencia imperfecta. MUNGARAY señala que la falla de mercado hace referencia a “la situación en la que prevaleciendo las condiciones modelísticas de mercado económico libre competitivo sin embargo no se alcanza la eficiencia”. La teoría de las fallas de mercado señala que existen cuatro tipos de fallas de mercado tradicionales, las cuales son: i) Bienes públicos, ii) externalidades, iii) Competencia imperfecta, iv) Información imperfecta. Alejandro Mungaray y Giovanna Valentini. *Políticas Públicas y Educación Superior*. México D.F.: ANUIES, 1997 p. 43.

⁴³ Delio Gomez Leyva. *Las Prácticas Restrictivas de la Competencia – Acuerdos y Prácticas Concertadas. Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998, p. 173

entre operadores económicos, generando de esa manera condiciones competitivas desiguales en el mercado, como bien señala GÓMEZ LEYVA en esos casos existe “concurriencia mas no competencia”⁴⁴ lo que quiere decir que si bien en apariencia el mercado cuenta con varios operadores las condiciones en que ellos compiten son sumamente desiguales lo que genera una distorsión en el mercado, en apariencia los operadores económicos compiten pero en la realidad eso no sucede, debido a que la consecuencia inminente de todo acuerdo o decisión es impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado.⁴⁵

Cuando la competencia no obtiene un resultado económicamente eficiente y se generan fallas en el mercado, se presume que éstas generalmente son causadas por lo siguiente:

Poder de mercado puede ser entendido como la condición que permite fijar libremente precios, RESICO manifiesta que el poder de mercado consiste en “el poder de una empresa para influenciar el precio de un determinado bien o servicio⁴⁶”, de esta manera un operador que ostente poder de mercado está en la capacidad de variar significativamente la oferta de un bien o aumentar su precio sin que ello implique un detrimento en la demanda, entendiéndose que el poder de mercado se refiere a la habilidad de un operador económico de elevar los precios sobre el nivel competitivo en una manera lucrativa y ventajosa⁴⁷, en este sentido se infiere que existe poder de mercado cuando un operador es capaz de influenciar en los precios sin alterar sus niveles de producción ni distribución.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Según lo manifestado por Adam SMITH en su obra *Teoría de los Sentimiento Morales*, a pesar de ser defensor del sistema de mercado competitivo y consciente de sus imperfecciones manifiesta que: “[...] el interés de los traficantes [...] en cualquier rama del comercio o de la industria es siempre en cierto modo diferente, o incluso opuesto al interés público. El interés de los traficantes consiste siempre en ampliar el mercado y reducir la competencia [...]. Rara vez se reúnen los hombres que ejercitan el mismo tipo de tráfico, aún cuando sea para entretenimiento y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración en contra de sus competidores o en una plan para elevar precios [...], si bien la Ley no puede impedir que las gentes de un mismo oficio o profesión se congreguen ocasionalmente, no debe hacer nada que facilite esas asambleas, y mucho menos que las vuelva necesarias. Adam Smith. *Teoría de los sentimientos morales*. México: E. Fondo de Cultura Económica, 1978, p.69.

⁴⁶ Marcelo Resico. *Política de Defensa de la Competencia*. http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte2_5.pdf (acceso: 12/08/2012).

⁴⁷ MOTTA define al poder de mercado como “*the ability of a firm to rise price above some competitive level, - the benchmark price- in a profitable way*”. Massimo Motta. *Competition Policy Theory and Practice*. *Óp. cit.*, p. 64.

Externalidades: consisten en los beneficios (externalidad positiva) o los costos (externalidad negativa) que ocasionan las actuaciones de los operadores en otros operadores que no están dentro de su misma actividad⁴⁸, las externalidades se manifiestan cuando los operadores económicos no son afectados por las consecuencias de sus acciones en comparación con otros operadores en el mercado, existen externalidades negativas cuando los operadores no deben asumir el costo total derivado de sus acciones, mientras que existen externalidades positivas cuando los operadores no pueden obtener todos los beneficios que deberían implicar sus actuaciones⁴⁹.

Problemas de coordinación: se da cuando los mercados no funcionan eficientemente ante la existencia de dificultades de coordinación entre operadores, es decir cuando falta información en relación a la fijación de normas, al acceso a infraestructuras o facilidades esenciales⁵⁰.

Información imperfecta: la información con la que cuentan los operadores económicos es indispensable para la toma de decisiones comerciales, ya sea en el campo de producción o del consumo, y guarda estricta relación con las estrategias de producción y maximización de procesos productivos; en este sentido, se entiende que existe información imperfecta o asimétrica en caso de que los operadores realicen sus actividades en base a información distorsionada o deficiente, lo que puede generar un aumento en los costos de transacción, causando resultados ineficientes en el mercado⁵¹.

Una vez que hemos descrito las fallas del mercado, y los casos en los cuales los procesos competitivos no son capaces de conducir a una eficiencia económica, cabe mencionar que estas conductas pueden ser atendidas y remediadas mediante la intervención estatal destinada estrictamente a corregir las fallas de mercado, siempre y cuando dicha intervención sea mínima y “con la finalidad de garantizar la vigencia de los derechos de

⁴⁸ Informe Anual de Ayudas Públicas 2008 de la Comisión Nacional de Competencia de España, www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/.../Default.aspx. (acceso: 12/08/2012).

⁴⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. Documento de consulta. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:ES:PDF>(acceso: 12/08/2012).

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Alejandro Mungaray y Giovanna Valentini. *Políticas Públicas y Educación Superior*. *Óp. cit.*, p. 44.

propiedad y libertad”⁵², en relación a este tema varios autores consideran que la identificación de las fallas de mercado es el punto de partida para el otorgamiento de ayudas públicas⁵³, es decir cuando el Estado identifica una competencia imperfecta y detecta las fallas que la afectan, se presume que la intervención estatal mediante medidas públicas tendrá menores efectos negativos que las condiciones actuales y podría restaurar las condiciones del mercado.

Si bien es cierto que algunas fallas de mercado pueden ser corregidas a través de la intervención normativa y reguladora, existen otros casos que requieren mayor atención e intervención por parte del Estado debido consideraciones de mayor importancia como el interés general, el resguardo de condiciones de competencia en circunstancias de emergencia, o la ayuda a operadores económicos que atraviesan graves condiciones de desventaja en el mercado, ante estas circunstancias especiales los Estados pueden tomar varias medidas encaminadas a intervenir la economía de manera directa o indirecta, entre éstas puede optar por la implementación de ayudas públicas o estatales destinadas a reparar la eficiencia económica de los mercados.

De esta manera se entiende que la intervención estatal a través ayudas públicas surge en casos especiales que requieren mayor atención y cuidado, los cuales no se solucionarían eficientemente solamente mediante una intervención normativa sino que se requieren medidas más focalizadas para solucionar ciertas fallas de mercado; en consecuencia podemos señalar que las ayudas públicas constituyen una forma de intervención estatal directa de carácter especial, debido a que no se tratan de intervenciones normativas simples (intervención estatal indirecta), ni tampoco consisten en una forma intervención indirecta, en la cual el Estado actúa como productor; tienen el carácter de especial ya que van más allá de la simple regulación de los mercados y control de las conductas anticompetitivas pero no llega al punto de que el Estado pasa a ser un operador más dentro del mercado, en estos casos el Estado interviene otorgando recursos públicos a

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Nir Yamin. *Political Enforcement Of State Aid Restrictions Under The Ec-Treaty*. [http://www.emle.org/ data/Nir Yamin Political Enforcement of State Aid Restrictions under the EC-Treaty.pdf](http://www.emle.org/data/Nir_Yamin_Political_Enforcement_of_State_Aid_Restrictions_under_the_EC-Treaty.pdf) (acceso:10/10/2012).

operadores públicos o privados buscando atacar ciertas condiciones que no les permiten alcanzar sus principales objetivos dentro del proceso competitivo.

Las ayudas públicas son mecanismos enfocados en resolver determinados problemas que impiden la eficiencia de ciertos operadores, la Comisión de la Comunidad Europea ha señalado que “la ayuda estatal debe constituir el instrumento político adecuado y debe estar concebida de tal modo que resuelva realmente la deficiencia del mercado [...] [y] no debe falsear la competencia en una medida contraria al interés común⁵⁴”, de lo cual entendemos que las ayudas públicas constituyen instrumentos públicos que deben estar enfocados en resolver estrictamente las fallas que impiden la eficiencia económica, estos mecanismos sin embargo deberán materializarse en la medida en que no intervengan negativamente en las relaciones con otros operadores o en caso de interferencia se buscará que las consecuencias sean mínimas a fin de no generar deficiencias en el mercado; se busca adicionalmente que la intervención del Estado, mediante el otorgamiento de ayudas públicas, no genere problemas peores de los que se pretenden atacar con su implementación.

1.2. Consideraciones generales de las Ayudas Públicas

De conformidad con lo que hemos mencionado en los primeros párrafos de este capítulo, las políticas de competencia buscan garantizar una economía de mercado en la cual concurren libremente los operadores sin que existan conductas o actos que la falseen, distorsionen o restrinjan, lo que constituye una garantía para todos los operadores económicos eficientes e innovadores y para los consumidores⁵⁵, la protección busca primordialmente favorecer en la asignación efectiva de recursos, incentivar la producción y desarrollo⁵⁶; es precisamente en virtud de estos objetivos que la implementación de ventajas para algunos operadores mediante el otorgamiento de ayudas públicas podría ser entendida

⁵⁴ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. *Óp. cit.*

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Sullivan citado en Guillermo Cabanellas De Las Cuevas. *Derecho Anti Monopólico y de Defensa de la Competencia /I*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2005, p. 39.

como una contradicción a este sistema, los argumentos que saltan a la vista son dos principalmente: i) no es posible que el Derecho de la Competencia, en su afán de salvaguardar la competencia efectiva, permita la implementación de ventajas a favor de ciertos operadores, y ii) es contradictorio que aquellas ventajas anticompetitivas sean otorgadas por el mismo Estado que busca sancionar prácticas que impidan o restrinjan el proceso competitivo.

Ante lo cual podríamos concluir que las ayudas públicas tienen un efecto perjudicial en la competencia ya que van en contra de los objetivos de una economía de libre mercado⁵⁷, debido a las razones antes mencionadas y con el afán de guardar uniformidad de principios, las políticas de competencia estiman que las ayudas públicas son en principio incompatibles con el Derecho de la Competencia y que su implementación es posible únicamente en casos excepcionales cuando operen razones que justifiquen su implementación⁵⁸ y bajo estrictas consideraciones legales.

Confirmando lo que hemos señalado, el régimen de competencia de la Comunidad Europea indica que las ayudas otorgadas por los Estados son incompatibles con el mercado común⁵⁹, y que “una ayuda pública solo puede ser compatible con las leyes de competencia si es necesaria y proporcional con su finalidad”⁶⁰, la razón por la cual las ayudas públicas son en principio incompatibles y excepcionalmente aceptadas, se debe a que su existencia se contrapone, a fomentar y proteger la competencia en los mercados, esta finalidad primordial de las legislaciones de defensa de la competencia se la traduce en “controlar o

⁵⁷ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. (2010) Artículo 107.

⁵⁸ La definición de ayuda pública propuesta por la Comunidad Europea es la siguiente: *A company which receives government support obtains an advantage over its competitors. Therefore, the EC Treaty generally prohibits State aid unless it is justified by reasons of general economic development. To ensure that this prohibition is respected and exemptions are applied equally across the European Union, the European Commission is in charge of watching over the compliance of State aid with EU rules.* http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/what_is_state_aid.html (acceso:12/05/ 2012).

⁵⁹ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. *Óp. cit.*

⁶⁰ According to EU state aid rules, public compensation for the provision of universal services can only be compatible with the EC Treaty if it is both necessary and proportional to the objective. No universal service provider may earn excessive profits or use the compensation to cross-subsidise commercial activities. These rules are to ensure that consumers benefit from favourable prices for universal services, that the burden on the public budget is kept as low as possible while safeguarding universal service provision, and that companies competing in areas outside the universal service are not driven out of the market and remain able to compete to deliver the best services to businesses and consumers [...]. Comisión Europea. Competencia. Caso IP/07/1312. 12 de septiembre de 2007.

eliminar las prácticas o conductas, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico”⁶¹, consideramos que esto se debe a que si un Estado tuviera la libre potestad de otorgar subsidios, u otra forma de tratamiento favorable a determinados sectores u operadores económicos, existiría un riesgo inevitable de que los sectores o compañías favorecidas obtengan beneficios y ventajas injustas frente a sus competidores quienes no reciben la misma ayuda por parte del Estado⁶².

Una vez que entendemos el carácter de incompatibilidad que recubre a las ayudas públicas, es necesario aclarar que pueden existir suficientes razones por las cuales los Estados consideren necesario su otorgamiento a favor de ciertos sectores o actividades comerciales, con el fin en particular de asegurar que una determinada actividad comercial cumpla con los objetivos y finalidades deseadas, los cuales pueden ser una mayor y mejor provisión de un servicio o bien, con costos más asequibles o con estándares de calidad más altos⁶³.

Finalmente, los términos “ayuda pública”, “ayuda de Estado” o “ayuda estatal” han utilizados indistintamente por varios autores, cabe señalar que dentro del régimen comunitario europeo se entiende que el término *ayuda pública* tiene un alcance más amplio ya que comprende ayudas comunitarias regionales que podrían afectar los intercambios

⁶¹ El “Conjunto de Principios y Normas Sobre Competencia” de las Naciones Unidas señala que: “Los Estados, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, deberían asegurar a las empresas un trato que sea justo y equitativo, sobre la misma base para todas las empresas, y conforme a los procedimientos legales establecidos (...).Ley Tipo de Defensa de la Competencia elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD (2010).Artículo 1.

⁶² UK Department for Business, Innovation And Skills. *Guidance On How The State Aid Rules Impact Upon Funding For The Delivery Of Public Services Including Services Of General Economic Interest (SGEI) How The State Aid Rules Impact Upon Funding For The Delivery Of Public Services Including Services Of General Economic Interest*. <http://www.bis.gov.uk/files/file53292.pdf> (acceso 07/07/2012).

⁶³ El Departamento de Negocios del Reino Unido ha manifestado lo siguiente: There may be good reasons for the State to offer subsidy to an inherently commercial activity, to ensure that the commercial activity meets a public interest goal, by being provided more widely, more cheaply, or by being of a higher standard. There may also be good reasons to limit access to funding for public service economic activity to a single provider or to apply conditions to a procurement process which skew the award towards a single provider or small group of potential suppliers. However, in these cases, there is a risk of distortion of competition and the State aid rules will apply.” <http://www.bis.gov.uk/files/file53292.pdf>. (Acceso: 10/10/2012).

comerciales en todos los países que conforman la Unión Europea, mientras que el término *ayuda de Estado* tiene un sentido más estricto y se refiere a las ayudas otorgadas por cada país, para efectos de este trabajo vamos a hacer referencia únicamente a ayudas públicas ya que consideramos que es el término más utilizado para definir el tema que estamos tratando, además debido a que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, vigente en Ecuador y la cual utilizaremos para nuestro análisis, contempla únicamente la existencia de *ayudas públicas*, por lo que con el afán de no crear confusiones entendemos a las medidas otorgadas por el Estado como ayudas públicas.

1.2.1. Concepto de Ayuda Pública

No existe dentro de las legislaciones de competencia un concepto o definición para el término ayuda pública, las leyes en esta materia que han sido investigadas para este trabajo han señalado únicamente los casos en los cuales pueden otorgarse y bajo qué modalidades, sin embargo ninguna de ellas, ni tampoco el Tratado de la Comunidad Europea contienen un concepto claro. Las nociones que se tienen son las que se han ido desarrollando en base a jurisprudencia, de esta manera en el caso *Openbaar Ministerie of the Netherlands vs. Van Tiggele*, la Corte Europea de Justicia señaló lo siguiente:

[...]El concepto de "ayuda" debe interpretarse ampliamente de acuerdo con el objetivo contemplado en las correspondientes disposiciones y debe abarcar todas las ayudas que, independientemente de su forma, pretendan favorecer a ciertas empresas o determinadas producciones. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte,[...]el artículo 92 no establece ninguna distinción sobre la base de las causas o los objetivos de las medidas en cuestión, sino que las considera sólo en términos de sus consecuencias [...]⁶⁴.

La Comisión Europea ha considerado que las ayudas son beneficios que se derivan de recursos públicos los cuales se administran o están sujetos a aprobaciones de un órgano del Estado⁶⁵, ante lo cual podemos únicamente identificar ciertas características que hacen que una medida sea considerada como ayuda pública, de esta manera vemos que las Cortes han

⁶⁴ Corte Europea de Justicia. Caso 82/77 (24.1.1978). 24 de enero de 1978.

⁶⁵ Comisión Europea. Competencia. Caso 57/86 (7.8.1988). 12 de marzo de 1988.

analizado la existencia de una ayuda pública en base al origen de los recursos que se utilizan, a los objetivos que persiguen y a las consecuencias que estas medidas acarrearán, estimamos que la falta de definición pretende no limitar la actuación de las autoridades de control, debido a que la materia económica es una rama susceptible a constantes cambios por lo que las medidas a ser implementadas por los Estados pueden variar con el tiempo y adoptar distintas formas, de manera que una definición estricta de este término podría dejar fuera del alcance del control ciertos mecanismos que acarreen efectos perjudiciales en el mercado.

Debido a esto los legisladores han estimado conveniente señalar únicamente las características principales, los efectos que producen y los objetivos que deben perseguir las ayudas públicas. En este mismo sentido ADRIAN ARNAÍZ y CALOGNE aceptan que el término ayuda pública es muy amplio dentro del Tratado de la Unión Europea y manifiestan que “la fijación del concepto de ayuda pública se ha ido produciendo a lo largo de un proceso de decantación, por diversas vías y por diversos motivos, en el que se han ido acumulando decisiones, comunicaciones, sentencias, etc.⁶⁶”, sin embargo proponen una definición basada en una perspectiva económica, indican que una ayuda pública es “toda medida que suponga un beneficio económico para una empresa⁶⁷”, consideramos que si bien es correcto lo que señalan los citados autores la definición no es completa ya que no contempla otros factores como la posible afectación de la competencia, el incremento en la producción, los objetivos que debe perseguir la medida, entre otros; desde nuestro punto de vista constituye una definición muy ambigua que podría significar no únicamente ayuda pública sino cualquier medida de carácter económico que genere beneficios para un operador.

Dentro de la legislación internacional hace algunos años existió una definición del término ayuda pública, la cual se encontraba presente en la Ley de Competencia de España de 1989 (ya derogada), la cual en su artículo 19.2 establecía un concepto claro para el término ayuda pública, mismo que rezaba de la siguiente manera:

⁶⁶ Javier Adrian Arnaiz y Antonio Calogne. *Políticas Comunitarias*. Madrid: Editorial LexNova, 2002, p. 134.

⁶⁷ *Id.*, p.135.

Se entiende por ayuda pública **las aportaciones de recursos a operadores económicos y empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas** que suponga una reducción de las cargas a las que deberían hacer frente los operadores económicos y las empresas en condiciones de mercado o que no lleven implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores que distorsionen la libre competencia⁶⁸. (El resaltado es mío)

Este concepto a pesar de no encontrarse presente en la actual Ley de Defensa de la Competencia de España ha servido de base para las autoridades de control al momento de delimitar si una medida constituye o no ayuda pública, ya que detalla de manera no taxativa las formas mediante las cuales pueden otorgarse ayudas públicas y los efectos que implican la concesión de estas medidas tanto en el fuero interno y externo de los operadores económicos como en el mercado.

La principal duda que rodea la existencia de ayudas públicas surge a raíz de que las medidas implementadas por los Estados en ocasiones no son lo suficientemente claras, y además por tratarse de medidas de carácter indirecto no es posible determinar si consisten efectivamente en ayudas públicas o en medidas de desarrollo y fomento de carácter general. Resulta fácil identificar la presencia de una ayuda pública cuando la misma se materializa a través de un desembolso de recursos provenientes directamente del Estado, por ejemplo en el caso de inyección de fondos a empresas en riesgo, sin embargo no todos los casos son tan claros, ni se llevan a cabo a través de modalidades directas; al mismo tiempo existen otros mecanismos de ayudas públicas que pueden generar dudas sobre su existencia, como por ejemplo la compra de bienes a través de empresas públicas, el otorgamiento de facilidades de pago por parte de entidades públicas, la exoneración de tributos, las facilidades arancelarias, entre otros.

Con la finalidad de hallar una respuesta en relación a si una medida proviene efectivamente de recursos estatales es necesario analizar la jurisprudencia y el desarrollo que ha tenido el concepto de ayuda pública, de esta manera la Corte de Justicia de la Comunidad Europea ha emitido pronunciamientos un tanto confusos, según lo plantea HANCHER, al señalar que la Corte ha utilizado términos como “autoridad estatal”,

⁶⁸ Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (España). 17 de julio 1989.

“emisiones estatales” y “órganos estatales” para referirse a la entidad que ha implementado la medida pública en beneficio de operadores privados⁶⁹; de esta manera, en el caso *Foster vs. British Gas Corporation* se decidió que una compañía forma parte del Estado cuando se verifican las siguientes condiciones: i) provisión un servicio público, ii) ejecución de actividades de conformidad con una medida adoptada por el Estado, iii) ejecución de actividades bajo control estatal, iv) posesión de prerrogativas especiales que van más allá de las aplicables normalmente para actividades entre privados⁷⁰, de esta sentencia podemos entender que los recursos estatales tienen una definición amplia y no suponen únicamente la intervención directa del Estado, sino que abarcan a todas las entidades que puedan de alguna manera hacer uso de recursos estatales, lo que incluye a organismos del Estado, entidades públicas, empresas públicas, y cualquier otra entidad que funcione bajo control estatal.

Por otra parte, dentro del mismo caso antes citado *Openbar Holanda vs. Van Tiggele* la Corte de Justicia de la Comunidad Europea manifestó que para que una medida constituya ayuda pública deberá, necesariamente tener carga financiera estatal, ya sea a manera de gasto, contribución o condonación de ingresos fiscales⁷¹. La Comisión Europea asimismo ha señalado que también pueden tener consideración de ayudas públicas aquellas medidas que se derivan de recursos privados pero que son administradas por un órgano estatal, esta definición fue muy discutida en el caso *Poor French Farmers* (Comisión vs. Francia) en el que se analizó estrictamente la naturaleza de la medida adoptada en base al organismo que otorgó la medida. En este caso el gobierno francés sostenía que la ayuda financiera otorgada a granjeros de escasos recursos no constituía en sí una ayuda estatal, dado que los recursos utilizados para aquella medida provenían de los excedentes resultantes de la Caja Nacional de Crédito Agrícola (*Caisse Nationale de Credit Agricole*) misma que era financiada con fondos privados, argumentó también que la decisión de la distribución de estos excedentes era tomada por un panel con una minoría de representantes

⁶⁹ Leigh Hancher. *State Aids and Judicial Control in the European Community*. Londres: ECLR, 1994, p. 245.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Corte Europea de Justicia. Caso 82/77. 24 de enero de 1978.

estatales; sin embargo, y a pesar de todas las justificaciones presentadas por Francia, la autoridad consideró que las recomendaciones del panel obedecían a decisiones por parte de autoridades públicas y por lo tanto la medida constituía ayuda pública independientemente del hecho que el Estado no haya incurrido en ningún gasto (o al menos significativo) para la implementación de la ayuda⁷².

Esto nos demuestra que se ratifica la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que las ayudas públicas deben ser analizadas de manera amplia, la consideración de ayuda pública en el caso citado se debe a que la decisión en cuanto al otorgamiento de la medida fue decidida por órganos estatales lo cual ante los ojos de la Corte es una característica suficiente para considerar que una medida constituye ayuda pública.

Finalmente con el propósito de establecer una definición clara al término discutido, ESPINOSA plantea que las ayudas públicas son una forma de intervención pública en la economía, “que puede alterar el funcionamiento de los mercados introduciendo perjuicios al juego competitivo y a la eficiencia de los mismos”, adicionalmente señala que estas formas de intervención podrían resultar desproporcionadas e ir en contra de los objetivos perseguidos con su implementación⁷³, esto se debe a que si las ayudas no tienen objetivos claros y bien identificados es muy probable que los beneficios otorgados generen beneficios excesivos que pongan en riesgo la competencia y la eficiencia de los operadores con los que compite el beneficiario.

Para resumir y en vista de los argumentos expuestos consideramos que la definición propuesta por el distinguido jurista MEROLA, la cual ha sido desarrollada en base a jurisprudencia, es clara y completa, él manifiesta que el concepto de ayuda corresponde a “cualquier ventaja concedida por las autoridades públicas a una empresa, sin remuneración o con una remuneración que sólo refleja de manera mínima el importe en que puede evaluarse la ventaja en cuestión⁷⁴”, por lo tanto entendemos las ayudas públicas son aquellas medidas que: i) han sido otorgadas por entidades públicas, que se financien de

⁷² Comisión Europea. Competencia. Caso 67, 68 76/84 (1988). 8 de junio de 1988.

⁷³ Juan Espinosa y Juan Contreras Delgado De Cos. *Promoción de la Competencia y Ayudas Públicas: El Papel de la Autoridad Nacional de Competencia*. Barcelona: Fundación UAB, 2011, p. 68.

⁷⁴ Massimo Merola. *Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales*. Bruselas – Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997, p. 8.

manera obligatoria de recursos públicos los cuales pueden ser entregados directamente por le Estado o por cualquier entidad pública o privada; ii) implican un beneficio económico para el operador que las recibe, y que como consecuencia de lo anterior iii) puedan acarrear una posible distorsión a la competencia.

1.2.2. Características de las Ayudas Públicas

Ante la falta de una definición legal del término *ayuda pública*, la doctrina y jurisprudencia sugieren que se deben identificar cuatro elementos o características esenciales y reiteradas en el tratamiento de este concepto, las cuales son⁷⁵:

- a. La existencia de una ventaja o beneficio económico en sentido amplio;
- b. Que dicha ventaja provenga el Estado, bajo cualquier forma, incluye también ayudas otorgadas con fondos estatales sin perjuicio de la naturaleza de la entidad otorgante;
- c. Que se tenga como objetivo el favorecimiento selectivo de la empresa o sector productivo;
- d. Que dicha ventaja distorsione o amenace con distorsionar la competencia dentro de la Comunidad Europea.⁷⁶

Partiendo de estos elementos podría considerarse a las ayudas públicas como cualquier ventaja o beneficio económico otorgado o financiado por el Estado en cualquier forma, dirigido a empresas o producciones en concreto que tenga por efecto su favorecimiento económico, lo cual conlleva una posible afectación a la competencia”⁷⁷. A efectos de entender las implicaciones de las ayudas públicas es necesario explicar detalladamente en qué consisten los cuatro elementos esenciales estas medidas, como se indica a

⁷⁵ Antonio Adrián Arnáiz y Antonio Calonge Velázquez. *Políticas comunitarias: Bases Jurídicas. Óp. cit.*,p.29.

⁷⁶ Comisión Europea. Competencia. aso C-280/00, Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH. 27 de Julio de 2003.

⁷⁷ Antonio Adrián Arnáiz y Antonio Calonge Velázquez. *Políticas comunitarias...Óp. cit.*

continuación:

Que la ayuda represente una ventaja o beneficio económico se trata del hecho delimitador que recae sobre el objeto de la ayuda, es la configuración de un hecho que ubica a un operador económico en una situación competitiva superior en comparación a la situación anterior al momento de concesión de la ayuda. Las ventajas provenientes de ayudas públicas entrañan en sí mismas una protección, lo cual no puede implicar que sus efectos restrictivos vayan más allá de lo que es necesario para que la ayuda pueda alcanzar sus objetivos.⁷⁸ Una medida o ayuda pública se traduce en ventaja cuando mejora la situación de un operador de una manera que no la hubiera conseguido en condiciones normales de mercado⁷⁹.

Que la ayuda sea otorgada por el Estado o a través de fondos estatales esta característica hace referencia al sujeto que otorga la ayuda estatal, la doctrina sugiere que el otorgamiento puede instrumentarse de distintas formas, ya sea mediante ayudas otorgadas por el Estado con fondos públicos, ayudas otorgadas por el Estado de fondos no estatales, otorgamiento de ayudas que no sean entregadas directamente del Estado pero sí a través de fondos estatales⁸⁰. En general, el Estado debe entenderse como todos los poderes y autoridades públicas, en su sentido más amplio incluyendo incluso a entidades privadas designadas por el Estado para el otorgamiento y manejo de recursos estatales y ayudas públicas.⁸¹

Que la ayuda represente un favorecimiento selectivo de la empresa o sector productivo consiste en el objetivo o finalidad de la ayuda, y en concreto en el beneficiario de la protección otorgada por el Estado, es en otras palabras quien recibe un beneficio, y que derivado de ese hecho experimenta una posición de ventaja asociada estrictamente a la

⁷⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso Iannelli & Volpi SpA (74/76). 22 de marzo de 1977.

⁷⁹ A measure has an economic advantage if it improves the economic situation of a company in a way that this company would not have obtained under normal market conditions (...). Comunidad Europea. Competencia. Decisión SA.31261 (2011/N) 10 de mayo de 2011.

⁸⁰ Por ejemplo en el Caso Iannelli & Volpi SpA (74/76) la ayuda estatal provenía de fondos públicos a través del ENCC, un organismo italiano de Derecho público que tenía por función favorecer y regular, principalmente a través de subvenciones, la producción de celulosa y de papel. *Óp. cit.*

⁸¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso Steinike & Weinlig (78/76)- 22 de marzo de 1977.

existencia de dicha medida. Se lo llama favorecimiento selectivo ya que las ayudas públicas no recaen sobre todos los operadores económicos, existen razones específicas que hacen procedente el otorgamiento de las ventajas. La ayuda pública es permitida solamente bajo determinadas circunstancias, siempre y cuando se verifique la necesidad de alcanzar objetivos específicos⁸², ya que su otorgamiento podría ocasionar un incremento de posición de dominio en detrimento de otros operadores económicos que no son beneficiarios de las ayudas, y el resultado puede ser que estos operadores tengan que reducir su presencia en el mercado, o eventualmente dejar el mercado por completo, de igual manera, podría ser el caso que la ayuda estatal se la utilice para levantar barreras de entrada, generando un falseamiento de la competencia que termine afectando en primer lugar el mercado y en segundo lugar a los consumidores quienes tendrían que adquirir productos de precios altos, de menor calidad y menos innovadores⁸³.

Que la ayuda distorsione o amenace con distorsionar la competencia, esta característica se refiere a la posibilidad de que debido al otorgamiento de ventajas selectivas el proceso competitivo se vea afectado, lo cual como hemos explicado va en contra de los objetivos perseguidos por el derecho de la competencia, en este sentido FRIEDRISZICK considera que la distorsión en la competencia es una consecuencia inevitable derivada del otorgamiento de ventajas selectivas, dispone que “una medida puede ser selectiva en términos de favorecer a determinadas empresas, la producción de determinados productos o el desarrollo de una región específica”⁸⁴, por lo que la distorsión o posible distorsión generaría efectos inminentes en el mercado, lo cual puede significar una amenaza a la competencia.

⁸² Dentro del estudio del caso *Hoover v. Ronwin* - EE.UU., y partiendo sobre las disposiciones del *Sherman Act* se ha formulado un análisis sobre las exenciones derivadas de la “Acción de Estado” (*State Action*) el cual sostiene que la ayuda otorgada por el Estado debe cumplir dos estándares: i) la ayuda debe estar debidamente articulada y afirmativamente expresada como una política estatal; ii) la política estatal (ayuda estatal) debe ser vigilada activamente por el mismo Estado. La doctrina sugiere que el primer elemento puede ser respetado fácilmente, sin embargo, existen dudas sobre el segundo ya que no existen planes estatales de revisión. Donald Harrop. *Formulation of the Two Part Analysis for State Action Exemption – Hoover v. Ronwin*. EE.UU.: Campbell Law Review, 1984, p.32.

⁸³ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. Documento de consulta. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:ES:PDF> (acceso: 12/08/2012).

⁸⁴ Hans Friederiszick, *et al.* *European State Aid Control: an economic framework*. <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/esac.pdf> (acceso:10/10/2012).

1.2.3. Casos de Compatibilidad de las Ayudas Públicas

A pesar de que por regla general las ayudas públicas son incompatibles con el régimen de competencia debido a la distorsión o amenaza de distorsión de la competencia que pueden generar, existen ciertos casos en los cuales la intervención estatal puede ser considerada necesaria, ya que de todas las medidas estatales es probablemente la más eficiente al momento de atender las fallas de mercado debidamente identificadas⁸⁵, de esta manera el Tratado Constitutivo de la Unión Europea, detalla los casos en los cuales las ayudas públicas son compatibles con el mercado común, o que al menos pueden ser consideradas compatibles⁸⁶. De conformidad con lo señalado en el Tratado se establece que las ayudas públicas son compatibles con el mercado únicamente en los siguientes casos:

- Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- Las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división⁸⁷.

Por otra parte, las ayudas públicas que podrían ser consideradas compatibles con el

⁸⁵ Nir Yamin. Political Enforcement Of State Aid Restrictions Under The Ec-Treaty. *Óp. cit.*

⁸⁶ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. (2010). Artículo 107.

⁸⁷ Este apartado surgió por las condiciones de la época y las necesidades imperantes de Alemania, para el año de 1992 la parte final del artículo completo 87 señala que este literal debe ser modificado “*Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.*”. En el versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Unión Europea del año 2010, dentro de la Declaraciones No. 28 y 29 se señalan que términos como “tales medidas requeridas para compensar desventajas económicas causadas por la división de Alemania...” deberán ser interpretadas de conformidad con los casos existentes de la Corte de Justicia de la Unión Europea.

mercado son las siguientes:

- Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, habida cuenta de su situación estructural, económica y social⁸⁸;
- Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado;
- Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
- Las demás categorías de ayudas que se lleguen a determinar.

Estos son los casos que la Comunidad Europea ha previsto para la procedencia del otorgamiento de las ayudas públicas, adicionalmente la doctrina en general ha sostenido que las ayudas públicas pueden concederse en virtud de graves necesidades económicas del país, para mitigar los efectos causados en las industrias debido desastres naturales, para apoyar a grupos u operares económicos débiles, entre otras, dependiendo siempre de las políticas estatales de cada país⁸⁹. Para el caso ecuatoriano existen normas que regulan las ayudas públicas y su procedencia las cuales se encuentran contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su Reglamento mismas que se explicarán más adelante.

⁸⁸ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas concluyó que la excepción de “condiciones anormalmente bajas o graves “deben ser entendidas que son desfavorables en relación al conjunto de países de la Comunidad Europea. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso 248/84 (Alemania contra Comisión), 14 de octubre de 1987.

⁸⁹ Nir Yamin. Political Enforcement Of State Aid Restrictions Under The Ec-Treaty. *Óp. cit.*

1.2.4. Justificación del Otorgamiento de Ayudas Públicas

Existen varios lineamientos, legislación comparada y jurisprudencia que aclararan las circunstancias que justifican el otorgamiento de las ayudas públicas, obedeciendo a principios generales de interés común, cabe señalar que estas reglas van de la mano con el desarrollo y las necesidades económicas de cada país. La Comisión Europea con el propósito de aclarar las condiciones bajo las cuales podrían ser consideradas compatibles las ayudas públicas, en el año 2006 emitió un documento denominado “Plan de Acción de Ayudas Estatales” (PAAE)⁹⁰ en cuyo texto se menciona que una ayuda pública puede ser aceptada si se constatan principalmente las siguientes tres características:

- a. La ayuda pública debe tener un objetivo bien definido, y como tal debe ser un instrumento eficaz para alcanzar dicho objetivo;
- b. La ayuda pública debe crear los incentivos correctos, ser proporcional y no falsear la competencia o en su defecto puede falsear la competencia siempre en la menor medida posible (ser compatible con el mercado)⁹¹;
- c. El objetivo de la ayuda pública debe ser de interés común.

Vemos de esta manera que la justificación para el otorgamiento de las ayudas públicas tiene que ver con las circunstancias que motivan su concesión, por lo cual entendemos que la ayuda será justificada en la medida en que ésta ataque el motivo que ocasiona algún tipo de falla en el mercado, además la medida será justificada únicamente en la medida que permita atender dicha deficiencia, por lo tanto en caso de que ésta sea excesiva se considerará que la ayuda es ilegal; finalmente debemos aclarar que las ayudas públicas

⁹⁰ En el año 2005, la Comisión Europea introdujo el *Plan de Acción de Ayudas Estatales* (PAAE) y contiene una serie de reformas relativas a las Ayudas Públicas, en este documento se plantearon lineamientos y objetivos actualizados.

⁹¹ A fin de analizar la compatibilidad de la ayuda con el mercado, el PAAE señala que se debe sopesar la incidencia positiva de la ayuda y sus potenciales efectos secundarios negativos en cuanto al falseamiento de la competencia, y propone la “Prueba del sopesamiento” la cual se encuentra en el capítulo 1.2.6.2 más adelante.

obedecen a criterios de orden público que justifican la creación de posibles distorsiones a la competencia.

Es importante señalar que por regla general las ayudas públicas están destinadas a corregir las fallas del mercado con la finalidad de incrementar la competitividad en ciertos sectores⁹²; por lo tanto cabe señalar que a más de las fallas de mercado pueden existir otras razones que motivan a los Estados a implementar ayudas públicas, por ejemplo en casos enfocados en incrementar la cohesión social, para apoyar el desarrollo sostenible, para generar mayores fuentes de empleo, para contribuir con la diversidad cultural, fomentar el mantenimiento del medio ambiente, entre otras. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado varios casos en los cuales es pertinente el otorgamiento de ayudas públicas, consideramos que los principales escenarios son los descritos a continuación:

- *Servicios de interés general*, se tratan de servicios o actividades prioritarias para las autoridades públicas y por lo tanto objeto de ayuda específica. En este caso las autoridades públicas consideran que las fuerzas del mercado no proveen estos servicios de una manera satisfactoria y por lo tanto, en ocasiones, es necesaria su intervención⁹³.
- *Grave perturbación de la economía*, esta circunstancia se presenta cuando existen grandes dificultades financieras en el mercado que pueden acarrear problemas en todo el sistema económico, en general las ayudas concedidas bajo esta consideración toman la forma de intervenciones estatales a entidades financieras a

⁹² Por ejemplo las ayudas estatales de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Comunidad Europea tiene por objetivo el incremento de eficiencia económica para contribuir al desarrollo sostenible y empleo. Entendiéndose como *eficiencia* la medida en que se optimiza el bienestar total de un mercado concreto o la economía en general. En este caso en particular la ayuda pública contribuye a la eficiencia económica al dirigir la demanda del mercado hacia productos, procesos o servicios nuevos o mejorados, lo que equivale a una disminución del precio ajustado a la calidad de todos esos bienes, según lo señala el MARCO COMUNITARIO SOBRE AYUDAS ESTATALES DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO E INNOVACIÓN) (2006/C 323/01).

⁹³ Comisión Europea. *Communication from the Commission Services of general interest in Europe*, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2001/c_017/c_01720010119en00040023.pdf. (acceso: 12/09/2012).

fin de asegurar la estabilidad y viabilidad de intercambios comerciales⁹⁴. Las autoridades consideran que al dejar que una entidad financiera se debilite la consecuencia inminente sería la ruptura de todo el sistema financiero⁹⁵.

- *Promoción de la cultura.*- las ayudas públicas otorgadas bajo esta consideración buscan dar apoyo a personas naturales o jurídicas en proyectos culturales y de educación, quienes en condiciones normales no contarían con los recursos suficientes para poner en marcha determinadas actividades.⁹⁶
- *Protección ambiental.*-en vista de las corrientes actuales, los Estados se encuentran comprometidos con la protección del medio ambiente, en este sentido las autoridades en muchas ocasiones estiman conveniente otorgar ayudas a determinados sectores para promover mecanismos necesarios enfocados en reducir el impacto ambiental de los procesos productivos⁹⁷.

Otras consideraciones para el otorgamiento de ayudas han sido por ejemplo el empleo, la innovación, investigación y desarrollo, apoyo en la agricultura y ganadería, apoyo a pequeñas empresas, asistencia en caso de desastres naturales, conservación de lugares patrimoniales, entre otros.

⁹⁴ Un ejemplo de esta ayuda es la autorizada el 9 de febrero de 2012 por la Comisión Europea con el plan de avales a la banca por un valor de 100.000 millones de euros por considerarla una medida adecuada para corregir una "grave perturbación" en la economía española. *Vid.* <http://www.intereconomia.com/noticias-negocios/claves/bruselas-autoriza-espana-conceder-avales-100000-millones-banca-20120209>. (acceso: 12/08/2012).

⁹⁵ Comisión Europea. Caso N61/2009 State aid – Change of ownership of Anglo- Irish Bank. 29 de mayo de 2009.

⁹⁶ Comisión Europea. Caso N 257/2007 - España Programa de ayudas destinadas a la promoción de la producción teatral en el País Vasco. 21 de abril de 2007.

⁹⁷ Comisión Europea. Caso N261/2008– España Promoción de las energías renovables en España/A Coruña. 3 de noviembre de 2008.

1.2.5. Clasificación de las Ayudas Públicas

Cada Estado tiene la facultad de asignar sus recursos a diversos proyectos o sectores económicos en virtud de diversas razones, en base a objetivos específicos de conformidad con sus políticas económicas y de desarrollo. Tal como se ha explicado previamente las ayudas públicas constituyen beneficios que pueden ser instrumentados de distintas maneras y adoptar las formas que cada Estado considere pertinente y necesario, en base a sus condiciones económicas, política nacional, y demás factores que se deberán analizar previo al otorgamiento de ayudas públicas; en este sentido, la jurisprudencia ha señalado que “por regla general, la elección de la forma de una medida de ayuda depende del Estado o región de que se trate”⁹⁸, lo cual confirma que las ayudas públicas pueden ser implementadas de manera diferente dependiendo del lugar, de los operadores económicos y de las necesidades que motiven su implementación, ante esto podemos afirmar que las ayudas públicas pueden ser otorgadas bajo cualquier modalidad ya que no existen regulaciones expresas que obliguen a los Estados a adoptar una forma determinada de ayuda pública⁹⁹.

Adicionalmente, partiendo del hecho de que no existe un concepto claro y preciso del término ayuda pública, tampoco ha sido posible tener una clasificación clara y unificada de las ayudas públicas, varios autores han sugerido posibles clasificaciones, mismas que contribuyen al estudio de esta materia, de las cuales vamos a citar las que bajo nuestro punto de vista son las más completas, en este sentido MATTERA establece que las ayudas públicas tienen dos grandes clasificaciones que son: i) las ayudas manifiestas y corrientes, entre ellas las subvenciones¹⁰⁰, y; ii) las ayudas otorgadas mediante una forma de

⁹⁸ Decisión del Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Caso No 308/2000/COL. 30 de octubre de 2001.

⁹⁹ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. (2010). Art. 107.1 el cual señala que las ayudas pueden ser otorgadas por los Estados, mediante fondos estatales o *bajo cualquier forma*.

¹⁰⁰ A pesar de que el término *subvención* no sea utilizado frecuentemente, la jurisprudencia ha acuñado esta palabra como un término genérico para referirse a ayudas públicas, así consta en la Decisión de la Comisión Europea del 30 de julio de 1996, sobre las ayudas del Gobierno austríaco a la empresa *Head Tyrolia Mares* en forma de aportaciones de capital al respecto se señala que: “*las subvenciones de Austria Tabakwerke a Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital...*”. Comisión Europea. Caso (97/81/CE). 30 de julio de 1996.

intervención más sofisticada, como por ejemplo las tasas de descuento preferencial¹⁰¹.

El autor CARBAJO por su parte, ha señalado que sería un esfuerzo inútil tratar de enumerar todas las potenciales formas de ayuda¹⁰², a pesar de la evidente complejidad en establecer una clasificación la doctrina y jurisprudencia han establecido parámetros que permiten identificar las distintas clases de ayudas existentes obedeciendo a diferentes criterios, entre los cuales constan principalmente los siguientes:

1.2.5.1. Ayudas Públicas en función del objetivo que persiguen

Según los objetivos de las ayudas públicas, éstas se clasifican en ayudas horizontales que incluyen aquellas no son concebidas para ningún sector o actividad en concreto y se pueden aplicar indistintamente, “se trata de ayudas con objetivos que afectan al conjunto de los sectores económicos”¹⁰³, y las ayudas verticales que comprenden ayudas que por el contrario poseen objetivos pensados para sectores y actividades en concreto. Las ayudas horizontales a su vez se subdividen en:

- *Ayudas regionales.*- son como su nombre lo explica medidas implementadas a ciertas regiones o sectores geográficos, en relación a las ayudas regionales la doctrina ha señalado lo siguiente:

Las ayudas de Estado de finalidad regional consisten en ayudas a la inversión concedidas a grandes empresas o, bajo determinadas circunstancias, en ayudas de funcionamiento, en ambos casos destinadas a regiones específicas a fin de paliar disparidades regionales.¹⁰⁴¹⁰⁵

¹⁰¹ Alfonso Mattera. *El Mercado Único, sus reglas, su funcionamiento*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 90-92.

¹⁰² J. Carabajo. *Revue des affaires européennes. Les aides nationales dans la Communauté européenne*. Université de Tours: 1996, p. 272.

¹⁰³ Ficha técnica del Parlamento Europeo sobre las Ayudas de Estado del 20 de noviembre del 2000. http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_3_es.htm?textMode=on (acceso: 02/07/2012).

¹⁰⁴ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. (2010). Artículo 107.3 mismo que señala que podrán considerarse compatibles con el mercado interior las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

Entendemos que este tipo de ayudas buscan apoyar el desarrollo de regiones menos favorecidas, fomentando de esa manera la inversión y el empleo, beneficiando a compañías que ejercen actividades en aquellas regiones. Al atender las desventajas en regiones desfavorecidas se busca un mayor equilibrio económico y social, debido a que las ayudas estatales con finalidad regional contribuyen a la ampliación y diversificación de las actividades económicas, y a su vez fomentan el interés en otros operadores económicos para invertir en aquellas regiones.

La jurisprudencia ha señalado que este tipo de ayudas son eficaces si su aplicación es proporcional y moderada, los límites que deben tener van de la mano con la gravedad de las circunstancias que generaron su otorgamiento, es decir, la ayuda debe ser proporcional a las dificultades de desarrollo que tiene cada región; las ventajas que las ayudas ofrezcan de cara al desarrollo de una región desfavorecida deben compensar con creces el falseamiento de la competencia a que den lugar¹⁰⁶, lo cual quiere decir que las ventajas concedidas pueden variar dependiendo de cada caso particular, y que se podría aceptar un mayor falseamiento de la competencia en regiones más desfavorecidas¹⁰⁷.

- *Otras ayudas horizontales.*- dentro del régimen comunitario europeo se prevé la existencia de las ayudas públicas horizontales que incluyen un grupo de medidas que no se encuentran destinadas a ningún sector en particular y pueden consistir en ayudas a PYMES¹⁰⁸, ayudas destinadas a la investigación, innovación y desarrollo, a la protección del medio ambiente, ayudas de capital riesgo, ayudas de fomento de

¹⁰⁵ Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (Texto pertinente a efectos del EEE) Diario Oficial n° C 054 de 04/03/2006 p. 0013 – 0044.

¹⁰⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso 730/79 (Philip Morris contra Comisión). 17 de septiembre de 1980.

¹⁰⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso T-380/94, AIUFFASS y AKT, Rec.1996, p. II-2169, considerando 54. 5 de octubre de 1996.

¹⁰⁸ Se considerará PYME a toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán PYMES las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, así como las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular. Reglamento General de Exención por Categorías (CE) No 800/2008 DE LA COMISIÓN EUROPEA. (6 de agosto de 2008).

empleo, ayudas a la formación de nuevas empresas, ayudas de salvamento a empresas en crisis, entre otras. Dentro de este tipo de ayudas cabe explicar las modalidades más comunes:

- Ayudas Públicas de Capital Riesgo.- se trata de ayudas estatales destinadas a incentivar a inversores para aportar su capital a determinados proyectos, y comprende: el apoyo estatal en la constitución de fondos de inversión o “fondos de capital riesgo” en los que el Estado intervenga como es socio, inversor o partícipe¹⁰⁹; las subvenciones a fondos de capital riesgo con la finalidad de cubrir costos administrativos; otros instrumentos financieros a favor de inversores de capital riesgo para otorgar fondos adicionales para la inversión;
 - Garantías a inversores de capital riesgo que lleguen a cubrir una parte proporcional de la inversión en caso de pérdida, o garantías relacionadas a préstamos derivados del punto anterior;
 - Incentivos fiscales otorgados para llevar a cabo inversiones de capital riesgo.
- *Ayudas Públicas a pequeñas empresas de reciente creación*, se trata de ayudas otorgadas a pequeñas empresas recientemente creadas afrontando dificultades, este tipo de ayuda es adicional a la ayuda de inversión y pretende principalmente crear incentivos a la producción local¹¹⁰. Para que cumplan su objetivo, estas medidas deben limitarse en relación a la dificultades propias de cada actividad o región, con el efecto de salvaguardar la libre competencia y reducir el riesgo de desplazamiento de operadores económicos, además estas ayudas deben contener un importe limitado y comprenden entre otros los siguientes mecanismos:

¹⁰⁹ Decisión del Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). No. 308/2000/COL. 30 de octubre de 2001 señala que en la constitución de fondos de inversión el Estado puede intervenir “aunque sea en condiciones menos ventajosas que las de otros inversores”.

¹¹⁰ Este tipo de ayudas fueron implementadas en las Directrices Sobre Las Ayudas De Estado De Finalidad Regional Para El Período 2007-2013 de la Comisión Europea. www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Organismos./DAR_2007-2013.pdf (acceso: 07/07/2012).

- Subvenciones en gastos relacionados a la creación de las pequeñas empresas: incluyendo gastos jurídicos, de asesoría, consultoría y administración.
- Otras Subvenciones por tiempo limitado como por ejemplo las subvenciones sobre los intereses de financiación externa y dividendos sobre el capital propio invertido¹¹¹; las subvenciones sobre gastos de alquiler de instalaciones y equipos de producción, energía, agua, calefacción e impuestos; las subvenciones sobre amortizaciones, los gastos de alquiler y leasing de instalaciones y equipos de producción.

1.2.5.2. Ayudas Públicas en función del instrumento jurídico utilizado

Según la forma que tomen las ayudas públicas, es decir dependiendo del instrumento jurídico otorgado, éstas se clasificarán de la siguiente manera¹¹²:

- Exenciones o reducciones impositivas de las cargas tributarias, ya sea para un determinado sector o para un operador económico en concreto;
- Diversos tipos de garantías (préstamos, seguros, exportación);
- Préstamos o créditos con condiciones más favorables;
- Preferencia en la venta de propiedades públicas o a un precio menor del precio de mercado en condiciones normales;
- Prestación de servicios estatales gratuitos o a un menor valor que el del mercado o facilidades de pago¹¹³;

¹¹¹ La Comisión Europea recomienda que las subvenciones de tiempo limitado tengan una duración de 5 años a partir de la creación de la empresa. Directrices Sobre Las Ayudas De Estado De Finalidad Regional Para El Período 2007-2013 de la Comisión Europea. www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Organismos./DAR_2007-2013.pdf (acceso: 07/07/2012).

¹¹² Informe Anual de Ayudas Públicas 2008 de la Comisión Nacional de Competencia de España. *Óp. cit.*

¹¹³ En España el 29 de junio de 1999 dentro del caso *Déménagements-Manutention Transport SA*,

- Realización de trabajos de infraestructura que beneficien únicamente a ciertas empresas o sectores.

1.2.5.3. Ayudas Públicas en función de la obligatoriedad o no de notificación

Dependiendo de los mecanismos de control que aplique la autoridad de competencia podemos advertir dos tipos de ayudas, i) las que se deben notificar y ii) las que se encuentran exentas, de esta manera la legislación comparada plantea que siempre que una ayuda pública sea otorgada es necesario proceder a su evaluación con la finalidad de verificar si la misma es compatible con el mercado¹¹⁴.

Dentro de las medidas que se deben notificar muchos países imponen la obligación de realizar una notificación previa de la medida a ser implementada, el llamado control *ex ante*, mientras que otros países por el contrario optan por el análisis de las medidas de manera posterior a su implementación, tal es el caso del Ecuador que contempla el control *ex post* de las ayudas públicas.

El control *ex ante* implica la presentación de una notificación, que se trata de un procedimiento previo, y se materializa en una autorización que debe recibir la medida antes de ser implementada, quedando su ejecución suspendida hasta que sea permitida. Una vez que la notificación ha sido presentada la autoridad competente debe establecer si la ayuda es compatible con el mercado, y tras efectuar los exámenes preliminares que correspondan podrá llegar a la conclusión de que la medida es compatible, incompatible, o posiblemente compatible con el mercado bajo ciertas condiciones. El control *ex post*, implica la presentación de una notificación una vez que la medida ya ha sido otorgada e implementada.

Por otra parte, dentro de las ayudas exentas de notificación existen dos casos a) ayudas exentas en virtud de consideraciones especiales de interés público, y b) ayudas que

Rec. 1999, p. I-3913, la autoridad señaló que las facilidades de pago de cotizaciones a la Seguridad Social concedidas discrecionalmente a una empresa por el organismo competente para su recaudación constituyen una ayuda de Estado. Comisión Nacional de la Competencia. Caso C-256/97. 29 de junio de 1999.

¹¹⁴ El control de las ayudas públicas en el caso ecuatoriano se detalla más adelante dentro de este trabajo.

obedeciendo a criterios de eficiencia, se las ha estimado que en virtud de sus efectos, pueden ser potencialmente menos lesivas y por lo tanto no están obligadas a cumplir con la obligación de notificación, sin embargo siempre estarán sujetas al control de sus efectos por parte de las autoridades de competencia.

Se encuentran dentro de la categoría de ayudas exentas en virtud de consideraciones especiales de interés público aquellas medidas cuyos efectos son necesarios para apoyar el desarrollo económico y social de determinados sectores, y obedecen a consideraciones especiales propuestas por cada Estado.

La Comisión Europea ha emitido el Reglamento General de Exención por Categorías, en este documento se contemplan las ayudas compatibles con el mercado y por lo tanto permitidas y exentas de notificación. El Reglamento recoge veintiséis categorías de ayudas consideradas exentas bajo determinadas consideraciones y características entre ellas constan por ejemplo, las ayudas destinadas a la protección ambiental, al desarrollo de las PYMES, a las iniciativas empresariales realizadas por mujeres, ayudas para compensar los costes adicionales de contratación de trabajadores discapacitados, entre otras¹¹⁵.

Las medidas que son consideradas menos lesivas y por lo tanto exentas de notificación son las ayudas de menor importancia o de *mínimis*, en esta categoría se encuentran ayudas de bajo importe cuyos efectos no constituyen una amenaza real ni potencial a la competencia, el umbral para la exención depende de cada Estado¹¹⁶, las ayudas comprendidas dentro de ese ámbito no tienen la obligación de notificar la medida a ser implementada sin que ello signifique que la autoridad no ejerza ningún tipo de control a futuro¹¹⁷.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ El Reglamento General de Exención por Categorías de la Comisión Europea ha señalado que para el mercado comunitario europeo se consideran como ayudas exentas aquellas recibidas por una empresa determinada que no superen el importe de 200.000 euros en tres ejercicios fiscales. *Reglamento General de Exención por Categorías de la Comisión Europea.* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:214:0003:0047:es:PDF>. (acceso:12/09/2012).

¹¹⁷ Informe anual de ayudas públicas 2008 de la Comisión Nacional de Competencia de España. *Óp. cit.*

1.2.6. Mecanismos de evaluación de compatibilidad de las ventajas concedidas a través de las ayudas públicas

En general el impacto positivo o negativo que una ayuda pública ocasione en el mercado se analizará en relación i) a la precisión con la que se ha delimitado el objetivo (económico, social, cultural, ambiental, entre otros), ii) al mecanismo usado para implementar la ayuda, y si aquel constituye el elemento más adecuado para atender el problema en comparación con otros instrumentos jurídicos, y; iii) a los incentivos creados a través de la ayuda pública, y si éstos son proporcionales a la desventaja que se pretende atacar.¹¹⁸ Cabe mencionar que la distorsión o falseamiento de la competencia dependerá habitualmente de las características del mercado o sector al cual va dirigida la ayuda, de la selección de beneficiarios de la medida, y del instrumento jurídico utilizado. Estimamos que debido al cambio constante de los mercados, y de las condiciones y circunstancias que en un principio pueden motivar el otorgamiento de una determinada ayuda, se deben llevar a cabo controles permanentes por parte de la autoridad competente, analizando de manera continua los efectos e impactos que la ayuda está teniendo en el mercado con la finalidad de prevenir o detener actuaciones que generen peores consecuencias que las que se pretendían atacar mediante el otorgamiento de la ayuda. Las herramientas utilizadas para evaluar el impacto de las ayudas públicas son las que se describen a continuación:

1.2.6.1. El criterio del Inversor privado

Este criterio consiste en examinar si los fondos públicos entregados pueden tener la calificación de ayudas públicas por comprender una ventaja económica cuantiosa y significativa para el receptor, es decir busca evaluar si la ayuda pública, en términos económicos podría haber sido rentable también para un inversor privado. De conformidad con lo señalado en la jurisprudencia¹¹⁹, una ayuda pública es considerada como tal si

¹¹⁸ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales. Óp. cit.*

¹¹⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso T-358/94 (Francia vs. Comisión). 16 de mayo de 2002.

conlleva la implementación de medidas que proporcionan ventajas económicas a un operador, las cuales no hubieran sido obtenidas en condiciones normales de mercado.

La existencia de una ayuda pública analizada desde la perspectiva del inversor privado implica el proporcionar beneficios mediante aportaciones directas o indirectas sin que el otorgante, en este caso el Estado, reciba ninguna contraprestación o reciba contraprestaciones menores a los precios normales de mercado, es decir una situación de desventaja en la cual un socio o inversor privado no habría procedido a aportar capital¹²⁰. La jurisprudencia ha señalado que el principio del inversor privado es muy importante para determinar las ventajas concedidas por parte de las autoridades públicas, para entender mejor este concepto el principio del inversor privado puede ser aplicado desde dos ópticas, i) desde el punto de vista de quien recibe la ayuda, se trata de “quien se beneficia de una ventaja económica que no habría obtenido en condiciones normales de mercado”, mientras que ii) desde el punto de vista del inversor se trata de verificar si un inversor privado hubiera procedido de la misma manera que lo ha hecho el Estado bajo las mismas o similares condiciones. Si se logra verificar que el Estado ha procedido como lo hubiera hecho un inversor privado las medidas no estarán sujetas a un régimen de control, por no tener la consideración de ayuda pública¹²¹.

En consecuencia, se estima que las medidas públicas o beneficios otorgados por el Estado a través de fondos públicos no constituyen ayudas públicas en la medida en que un “inversor privado” bajo las mismas o similares condiciones de mercado hubiera tenido el mismo comportamiento que el Estado al invertir en una determinada transacción u operación¹²², a efectos de ejemplificar el principio del inversor privado cabe citar el caso *Polonia vs. Comisión*¹²³, relacionado a medidas implementadas por parte del Estado Polaco a través del otorgamiento de garantías mediante una agencia privada de créditos para

¹²⁰ Phedon Nicolaidis, *et al. State Aid Policy in the European Community: A Guide for Practitioners*. Holanda: Kluwer Law International, 2005, p. 19.

¹²¹ Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo. Caso Charleroi vs. Comisión. 17 de diciembre de 2008. Caso relacionado a un recurso planteado por la compañía Ryanair contra la Decisión de la Comisión 2004/393/CE de la Comisión Europea, de 12 de febrero de 2004 (Caso Charleroi vs. Comisión).

¹²² Michael Brüggemann. *The European Antitrust Review 2012 Section 2: EU Substantive Areas State Aid*. <http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/37/sections/130/chapters/1384/state-aid/> (acceso: 28/10/2012).

¹²³ Comisión Europea. Caso N105/2007 – Polonia. 18 de julio de 2007.

exportaciones, en este caso la Comisión estimó que la agencia de créditos actuaba como cualquier otro operador dentro de ese mercado, ya que antes de conceder sus garantías realizaba análisis de impactos de ventas y estudios de resultados, por lo cual concluyó que la medida no podría tener la consideración de una ayuda pública debido a que la agencia actuaba como un operador privado en el mercado, en este caso se muestra claramente que ciertas medidas quedan fuera del alcance del régimen de control de las ayudas públicas en la medida en que éstas han sido implementadas siguiendo las consideraciones que tendría un inversor privado en ese mismo mercado.

La prueba del inversor privado se efectúa únicamente para determinar si ciertas medidas se encuentran dentro del marco de regulatorio y de control previsto para las ayudas públicas, de esta manera SALVADOR ARMENDARIZ plantea que el principio del inversor privado en una economía de mercado es un instrumento lógico y necesario para la “aplicación del principio de paridad de trato y de sus consecuencias”, es decir la aplicación de las normas sobre ayudas públicas, además señala que este principio se caracteriza por su flexibilidad, lo cual es necesario ante la versátil realidad del mundo económico empresarial.¹²⁴ Por otra parte, RODRIGUEZ CURIEL ha manifestado sus críticas a la aplicación de este principio, señalando que la aplicación de este criterio solamente conlleva dificultades¹²⁵, el autor MUÑOZ MACHADO coincide con lo manifestado y añade que la aplicación de este criterio no solo es compleja sino que puede conllevar dificultades a la autoridad que lo aplica ya que en la apreciación de cada caso sobre lo que haría un inversor privado podría terminar reemplazándolos y pretendiendo que el Estado puede asumir actividades propias de los operadores privados en el mundo económico¹²⁶.

Consideramos que este mecanismo puede resultar complejo de aplicar, ya que para cada caso en particular la autoridad deberá analizar cuáles son las medidas que debería tomar en cuenta un inversor privado lo cual conlleva varios análisis económicos y comerciales que podrían tomar tiempo y esfuerzos, sin embargo a pesar de complejo este

¹²⁴ Amparo Salvador Armendáriz. *Banca pública y mercado: Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*. Madrid: Jacaryan S.A. 2000, p. 329.

¹²⁵ Rodríguez Curiel citado en Amparo Salvador Armendáriz. *Ibíd.*

¹²⁶ Muñoz Machado citado en Amparo Salvador Armendáriz. *Ibíd.*

principio resulta muy eficaz al momento de establecer si efectivamente el Estado está procediendo como benefactor o como un operador privado, lo cual para el régimen de ayudas públicas implica la procedencia o no de control de la medida implementada.

1.2.6.2. La prueba o el Test del Sopesamiento

Esta prueba busca evaluar la compatibilidad de las ayudas públicas y consiste fundamentalmente en sopesar los efectos negativos de la ayuda en relación a la competencia y en valorar sus efectos positivos desde el punto de vista del interés común.¹²⁷ La Comisión Europea, ha señalado que el impacto positivo de la ayuda depende en general de lo siguiente:

- a. El grado de precisión con que se ha identificado el objetivo reconocido de interés común (ya sea social, regional, económico o cultural);
- b. Si la ayuda estatal es el instrumento más apropiado para resolver el problema en comparación con otros instrumentos políticos, y;
- c. Si la ayuda crea los incentivos necesarios y es proporcional a los defectos que se pretenden atacar.

La doctrina sugiere que la prueba de sopesamiento sirve ya sea para la elaboración de normas referentes a ayudas públicas o para sistemas de evaluación de ayudas públicas¹²⁸. Cabe mencionar que el nivel de falseamiento de la competencia derivado de una ayuda pública dependerá a su vez de los mecanismos y procedimientos de selección de los beneficiarios y las condiciones vinculadas a la ayuda; las características del mercado y del beneficiario, el importe y el tipo de ayuda implementada. Por lo tanto, atendiendo a estas consideraciones el test del sopesamiento se lo realiza planteándose las siguientes preguntas¹²⁹:

¹²⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. *Óp. cit.*

¹²⁸ Marco Comunitario Sobre Ayudas Estatales De Investigación Y Desarrollo E Innovación). *Óp. cit.*

¹²⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. *Óp. cit.*

TEST DEL SOPESAMIENTO	
1.	¿Está la medida dirigida a un objetivo bien definido o de interés común?
2.	¿Este objetivo se lo puede conseguir mediante una ayuda pública?, de ser así:
	i) ¿Es esta medida la más adecuada?
	ii) ¿Tiene la medida efectos incentivadores, es decir, modifica el comportamiento de los otros operadores?
	iii) ¿Es proporcional la medida de ayuda, es decir, podría obtenerse el mismo cambio de comportamiento a través de ayudas de menor importe?
3.	¿Los efectos en la competencia y mercado son limitados?, ¿Se puede garantizar en efecto positivo?

A efectos de responder la primera pregunta planteada por el test de sopesamiento debemos señalar que para establecer el alcance de la ayuda o el objetivo definido o de interés común se debe conocer (i) cuál es la falla de mercado que la medida pretende solucionar, o (ii) cuál es el objetivo de interés común que se persigue con la ayuda.

Adicionalmente, en muchas ocasiones, a pesar de que no existe una grave falla de mercado que motive el otorgamiento de la ayuda, los Estados consideran que algunos objetivos de interés público son suficientes para justificar su intervención, con la finalidad de alcanzar resultados más equitativos en el mercado. La justificación de la necesidad de la ayuda se basa en un efecto “redistributivo”¹³⁰ como por ejemplo las ayudas de carácter social o para una región determinada. Par responder la segunda pregunta del test, relativa a si la ayuda es la mejor medida para mitigar los fallos de mercado y alcanzar el objetivo perseguido es preciso que la ayuda cumpla con lo siguiente: i) que sea un instrumento incentivador, es decir que motive el cambio de comportamiento de los operadores económicos que reciben las ayudas, ii) que la ayuda tomada constituya la mejor opción, es decir que sea la medida más apropiada para alcanzar el objetivo que se persigue;

¹³⁰ El “efecto redistributivo” consiste en la desigualdad antes de la transferencia menos la desigualdad después de la transferencia. Juan Rodríguez. *et al. Efectos Redistributivos de las Transferencias Monetarias en los Países de la Unión Europea*. Madrid: Universidad Complutense, Campus de Somosaguas, 2000, p.26.

y, iii) que el importe de la ayuda se mantenga en el mínimo posible, que con la mínima utilización de recursos públicos se logre alcanzar el objetivo planteado¹³¹.

La tercera pregunta del test del sopesamiento se responde atendiendo a los detrimentos que la ayuda puede generar sobre la competencia y la ponderación de sus beneficios con los resultados negativos, esta pregunta es la más determinante al momento de decidir sobre el otorgamiento de una ayuda pública, en este sentido es importante señalar que si el balance entre las distorsiones a la competencia derivadas de una ayuda pública y sus beneficios resulta negativos su otorgamiento resultaría injustificado¹³².

Los posibles daños competitivos derivados de una ayuda pública pueden ser los siguientes:

- Reducción de la competencia efectiva por incremento de poder de mercado permitiéndole al operador que detenta el poder de mercado aplicar precios supracompetitivos, e incluso estableciendo una barrera de entrada para terceros.
- Reducción de la competencia dinámica por el desincentivo que pueden tener los otros operadores de invertir en el desarrollo de nuevas tecnologías e innovación en los sistemas de producción ya que sus perspectivas de comercializarlas son bajas en relación a un competidor que cuenta con ayudas públicas para el desarrollo de innovaciones.
- Reducción de la competencia efectiva por el favorecimiento a la producción ineficiente, en el caso de ayudas concedidas para mantener en el mercado a ciertas empresas o sectores que han demostrado ser ineficientes.

¹³¹ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. Óp. cit.

¹³² *Ibid.*

1.2.6.3.El Estándar del Bienestar

El Estándar del Bienestar constituye el tercer mecanismo para conocer los impactos de las ayudas públicas en el mercado, y para su entendimiento cabe distinguir entre el bienestar total y bienestar del consumidor, el primero comprende la suma del excedente del consumidor (o bienestar) y el excedente del productor, el segundo, en cambio es un concepto económico basado no solamente en las operaciones eficientes de costo-ahorro, sino que también se dirige a los aspectos sociales del mercado, tales como la seguridad y la salud de los consumidores¹³³.

Para evaluar los efectos y condiciones de las ayudas públicas se utilizará el estándar del bienestar total, desde una perspectiva económica, el estándar de bienestar debe ser utilizado cuando exista un intercambio de efectos positivos y negativos derivados de una ayuda. Los autores BUENELS et al, señalan que el estándar de bienestar cambia dependiendo de los objetivos de la ayuda¹³⁴, este concepto va ligado al de eficiencia económica, de esta manera se podría decir que el estándar de bienestar analiza la medida en la que se optimiza la eficiencia total de un mercado concreto, por lo que a mayor eficiencia económica o bienestar, la demanda del mercado se dirigirá a productos finales mejorados lo que equivale a una disminución del precio y una mejor calidad de productos¹³⁵.

Cabe señalar que el estándar del bienestar se encuentra regido por la noción del óptimo de Pareto Potencial, el cual indica que una situación es óptima si al ocurrir un cambio no se puede mejorar la utilidad de un individuo sin que ello conlleve simultáneamente la reducción de la utilidad de otro¹³⁶, en este sentido MORALES y PARADA

¹³³ Kati Cseres. *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015292 (acceso: 05/07/2012).

¹³⁴ Christian Buenels, Gaelle Garnier, et al. *The economic analysis of State Aid: Some Open Questions*. Bruselas: EUROPEAN ECONOMY ECONOMIC PAPERS- European Commission. U.K. Office of Fair Trading, 2007, p.19.

¹³⁵ Marco Comunitario Sobre Ayudas Estatales De Investigación Y Desarrollo E Innovación. *Óp. cit*

¹³⁶ Philip Kitzberger. *Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto*. <http://www.saap.org.ar/esp/docs-revista/boletin/1999/ot-phillipdefi.pdf> (acceso:10/10/2012).

manifiestan que el óptimo de Pareto Potencial¹³⁷ conlleva lo siguiente:

Toda acción de política pública debe asegurar que el beneficio recibido por los agentes favorecidos por la acción [...] sea de tal magnitud que estos beneficiarios puedan primero compensar las pérdidas sufridas por los perjudicados por tal política y segundo mantener su condición de beneficiarios.

Entendemos que lo que este criterio pretender analizar es si una medida pública entendida desde el óptimo de Pareto Potencial podría causar un desequilibrio extremo a las condiciones en el mercado, además busca establecer si una política pública maximizará las diferencias positivas existentes entre los beneficios y los costos que conlleva el otorgamiento de ventajas a ciertos operadores económicos¹³⁸.

¹³⁷ MORALES y PARADA hacen referencia a la noción de Pareto Potencial de Kaldor y Hicks propuesta en el año 1940, el cual ha sido adoptado como criterio normativo de las políticas públicas. César Morales Morales y Soledad Parada. *Pobreza, Desertificación y Degradación de los Recursos Naturales*. Santiago de Chile: CEPAL, 2005, p. 73.

¹³⁸ *Ibíd.*

CAPITULO II

INTERVENCIÓN INDIRECTA ESTADO ECUATORIANO EN EL SECTOR ECONÓMICO Y AYUDAS PÚBLICAS

2.1. Intervención Normativa - Marco Legal Aplicable a la Política Económica

Según lo señalado en el capítulo anterior la doctrina ha distinguido entre dos tipos de intervenciones en la economía por parte del Estado, tenemos así la intervención directa o productiva, y la indirecta o normativa, dentro de este capítulo se examinarán las disposiciones legales en el marco jurídico ecuatoriano sobre el rol de la intervención estatal en la economía, y en especial en lo que se refiere a las medidas públicas destinadas a generar efectos sobre la producción y el desarrollo de determinados sectores.

2.1.2. Preceptos constitucionales aplicables a la intervención del Estado Ecuatoriano en la economía

El régimen económico ecuatoriano descrito en la Carta Magna aprobada en el año 2008 se basa en tres principios fundamentales que son i) el principio capitalista, ii) el principio intervencionista, iii) el principio de economía solidaria, definidos en virtud de las funciones que el Estado ecuatoriano ejerce sobre la economía¹³⁹.

El principio capitalista hace referencia a la protección estatal de las libertades individuales y en concreto a los genuinos principios liberales democráticos que son la libertad de empresa¹⁴⁰ y la propiedad privada¹⁴¹; sin embargo también se refiere al Estado como un operador dentro del mercado para la prestación de servicios públicos, dentro de

¹³⁹ Gilberto Gutiérrez. *Marco Económico Constitucional Ecuatoriano*. Derecho Ecuador. http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4841 (acceso:10/10/2012).

¹⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 numeral 15 Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 321. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

sectores estratégicos, y en general otras actividades económicas¹⁴².

El principio intervencionista hace referencia al control y regulación de las actividades económicas por parte del Estado, en este sentido la Carta Magna establece la implementación de un llamado “Régimen de Desarrollo” que consiste en el conjunto *sostenible y dinámico* de sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales¹⁴³, que integran el “Plan Nacional de Desarrollo”, instrumento base que guía la economía del país; consecuentemente es a este plan al que se deben sujetar todas las políticas, programas y proyectos de carácter público económico; el destino del presupuesto del Estado; la inversión y la asignación de los recursos públicos¹⁴⁴.

El principio de economía solidaria, hace referencia por otra parte, a una relación equilibrada entre Estado, sociedad y mercado, con la finalidad de garantizar la producción en condiciones que permitan alcanzar el *buen vivir*¹⁴⁵, entendido esto como una forma de desarrollo basada en la propiedad y la producción colectiva¹⁴⁶, la distribución del ingreso y la riqueza¹⁴⁷, desarrollo sustentable y ambientalmente responsable¹⁴⁸; se trata en definitiva de una producción más equitativa, un comercio más justo, un consumo crítico y responsable basado estrictamente en preceptos de visión social¹⁴⁹.

Dentro de este contexto observamos que el rol del Estado ecuatoriano en la economía tiene tres realidades, según la importancia de las implicaciones de los actos del Estado y las funciones encargadas por cada uno de sus roles, contamos entonces con un Estado

¹⁴² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 315. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁴³ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 275.

¹⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 280.

¹⁴⁵ TOROTOSA manifiesta que el término *buen vivir* tiene un marcado carácter económico, el cual se define como crecimiento económico medido por aumento del Producto Interno Bruto regido por el institucionalismo. José María Tortosa. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen Vivir*. <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombrespropios/Documents/NPTortosa0908.pdf> (acceso:10/10/2012).

¹⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 57 numeral 6.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.”

¹⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 384 numeral 1.

¹⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 259.

¹⁴⁹ Gilberto Gutiérrez. *Marco Económico Constitucional Ecuatoriano*. *Óp. cit.*

benefactor, un Estado gendarme y un Estado empresario, para efectos de este trabajo y enfocados en el análisis de las ayudas públicas que han sido implementadas en el país, consideramos que la intervención del Estado al momento de otorgar estas medidas conjuga sus tres realidades, en la medida en que no se trata de una intervención estatal limitada a la regulación sino que también incluye la entrega de recursos públicos a operadores por lo cual podríamos considerar que se trata de un Estado intervencionista capitalista, sin embargo esos roles deben ser asumidos tomando en consideración las políticas económicas y su cumplimiento, por lo cual nos encontramos también frente al rol del Estado guiado por el principio de economía popular y solidaria, por lo tanto consideramos que al momento de otorgar ayudas públicas el Estado ecuatoriano debe guiarse por sus tres realidades.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 85 de la Carta Magna entendemos que la formulación, el control y la evaluación de las políticas y servicios públicos deben buscar hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos constitucionales, los cuales se formulan a partir del principio de solidaridad, lo cual implica una distribución equitativa y solidaria del presupuesto del Estado, garantizándose siempre la prevalencia del interés general sobre el interés particular. En este sentido consideramos necesario señalar los principales objetivos de la política económica del Ecuador, mismos que incluyen los descritos a continuación¹⁵⁰:

- Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional;
- Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas;
- Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural;
- Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo;

¹⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 284.

- Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

Con el fin de alcanzar estos objetivos la Constitución de la República dispone que el Estado debe desarrollar políticas específicas para conseguir además la erradicación de la desigualdad y discriminación en el acceso a factores de producción; e impulsar y apoyar el desarrollo y la difusión de conocimientos y tecnologías orientados a mejorar los procesos de producción, y desarrollar políticas de fomento para la producción nacional en todos los sectores¹⁵¹.

Cabe indicar que las políticas antes mencionadas y la intervención del Estado bajo cualquiera de sus roles siempre deberá respetar los objetivos contenidos en el Régimen de Desarrollo, previsto en la Carta Magna a través de la inclusión de un “Sistema Nacional de Inclusión y Equidad”¹⁵² y el Plan Nacional de Desarrollo, los cuales se enfocan en ámbitos de educación, salud, seguridad social, cultura, comunicación, ciencia y tecnología, entre otros; es así que entendemos que es deber del Estado además de velar por el cumplimiento de los objetivos de la política económica, el asignar de manera prioritaria y equitativa, recursos suficientes, oportunos y permanentes para el perfecto funcionamiento y gestión de los sectores prioritarios antes contemplados en el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad¹⁵³.

Simultáneamente a la observancia de los objetivos del Régimen de Desarrollo, la intervención estatal, en todo programa financiado con recursos públicos deberá contemplar objetivos, metas y plazos determinados establecidos de conformidad con lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo¹⁵⁴, de manera que el régimen económico ecuatoriano deberá respetar siempre los lineamientos previstos en estos dos documentos: el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad y el Plan Nacional de Desarrollo.

¹⁵¹ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 334.

¹⁵² El Sistema Nacional de Inclusión y Equidad es el conjunto articulado y coordinado de sistemas, instituciones, políticas, normas, programas y servicios que aseguran el ejercicio, garantía y exigibilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y el cumplimiento de los objetivos del régimen de desarrollo. Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 340.

¹⁵³ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 342.

¹⁵⁴ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 297.

2.1.3. Plan Nacional de Desarrollo

El Plan Nacional de Desarrollo denominado Plan del Buen Vivir¹⁵⁵ (“Plan de Desarrollo”) la máxima guía de la economía ecuatoriana, dispone que en el país se busca establecer una infraestructura de desarrollo que implique altos costos en la inversión y mejora en la infraestructura, mano de obra calificada, y tecnología; en este sentido señala que la única forma de cambiar el patrón de especialización de la economía es mediante la intervención estatal a través de políticas económicas de incentivos y una fuerte inversión pública con la finalidad de que se vuelvan más rentables ciertos sectores generadores de valor. De esta manera entendemos que el Plan de Desarrollo dispone como finalidad primordial el mejorar el sistema productivo a través de incentivos económicos los cuales sirven para desarrollar condiciones necesarias para el incremento de la rentabilidad y producción principalmente de sectores secundarios y terciarios¹⁵⁶.

Adicionalmente a la finalidad primordial del Plan Nacional de Desarrollo, uno de sus objetivos principales es fomentar la producción nacional, con el efecto de reducir los niveles de importaciones para de esa manera limitar el desequilibrio en la balanza comercial, y ayudar a abrir espacios en el mercado interno a industrias nuevas¹⁵⁷, es decir, la intervención pública según lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo se debe enfocar en sectores secundarios y terciarios generadores de valor, en el desarrollo de infraestructura y capacidades estratégicas dentro de cada sector, y en el desarrollo de mano de obra calificada y de tecnologías.

¹⁵⁵ El Plan Nacional de Desarrollo fue elaborado por la SENPLADES en su calidad de Secretaría Técnica del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa, conforme al Decreto Ejecutivo 1577 de febrero de 2009, y presentado por el Presidente Rafael Correa para conocimiento y aprobación en el Consejo Nacional de Planificación. El Plan Nacional de Desarrollo, denominado para este período de Gobierno Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013 fue aprobado en sesión del Consejo Nacional de Participación de 05 de noviembre de 2009, mediante Resolución No. CNP-001-2009.

¹⁵⁶ Dentro de los sectores productivos de las actividades económicas los sectores secundarios se enfocan en la transformación de materia prima proveniente del sector primario, en este sector se encuentra la actividad artesanal e industrial; el sector terciario por otra parte hace referencia a aquellas actividades destinadas a la oferta de servicios a la sociedad. Gilberto Vásquez. *Aproximación a la Economía Política*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2003, p. 41.

¹⁵⁷ Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. *Óp. cit.*

Las disposiciones contenidas en el Plan de Desarrollo surgen con la finalidad de revertir a mediano y largo plazo el modelo extractivista con el que trabajó el Ecuador durante varios años¹⁵⁸. El proceso previsto en el Plan de Desarrollo al igual que dar apoyo a las nuevas producciones, prevé el apoyo a sectores industriales ya existentes a través de una serie de incentivos y políticas específicas para dichas industrias, de esta manera las políticas públicas y la intervención estatal mediante el otorgamiento de beneficios, siguiendo lo señalado por el Plan de Desarrollo, se deberán guiar y orientar en particular hacia lo siguiente¹⁵⁹:

- a. Sustitución selectiva de importaciones a fin fomentar la participaciones de los operadores locales en el mercado interno;
- b. Incremento de la productividad a través de la creación de enclaves productivos y complejos industriales con economías de escala de rendimientos crecientes;
- c. Impulso en el desarrollo territorial equilibrado con la finalidad de que se puedan desarrollar actividades en cada lugar en función de la calidad de vida, población local, e intereses estratégicos nacionales;
- d. Desarrollo de incentivos a la organización social y comunitaria para la conformación de unidades económicas solidarias y autosustentables;
- e. Incrementar la inversión e incentivos socioeconómicos en el sector rural para las pequeñas y medianas unidades económicas y organizaciones o asociaciones de la economía solidaria;;
- f. Apoyar a las organizaciones dedicadas a la producción de conocimiento científico e innovación tecnológica;
- g. Generar y estimular líneas de financiamiento específicas para el acceso de activos medios de producción por parte de las unidades económicas populares y solidarias.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

2.1.4. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (COPFP) se enfoca en organizar y normar el ejercicio de la política pública en todos los niveles del sector público, de conformidad con el régimen de desarrollo, el régimen del buen vivir, de las garantías y los derechos constitucionales; las disposiciones contenidas en el COPFP regulan las políticas públicas implementadas según lo previsto en el Plan Nacional de Desarrollo, los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, la programación presupuestaria, el Presupuesto General del Estado, y los demás presupuestos de las entidades públicas; y, en general la disposición de todos los recursos públicos¹⁶⁰.

El artículo 34 del COPFP, ratificando lo señalado por la Carta Magna dispone que el Plan de Desarrollo es la máxima directriz para el diseño y aplicación de la política pública, ya que es precisamente a través de las políticas públicas que se garantiza el desarrollo de los derechos, de conformidad con lo señalado en la Constitución de la República del Ecuador¹⁶¹, por lo tanto al ser el Plan de Desarrollo la política pública por excelencia, el COPFP señala que su observancia es obligatoria para todas las entidades del sector público lo que incluye todos los programas, proyectos y acciones públicas, así como las políticas de endeudamiento y la asignación de recursos de públicos. Las disposiciones contenidas en el Plan de Desarrollo alcanzan incluso a los gobiernos autónomos descentralizados y empresas públicas que cuentan con planes y políticas internas, los cuales sin embargo no se encuentran exentos de respetar las disposiciones contenidas en el Plan de Desarrollo¹⁶².

¹⁶⁰ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

¹⁶¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

¹⁶² Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 34.- El Plan Nacional de Desarrollo.- El Plan Nacional de Desarrollo es la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública y todos los instrumentos, dentro del ámbito definido en este código. Su observancia es obligatoria para el sector público e indicativa para los demás sectores. El Plan Nacional de Desarrollo articula la acción pública de corto y mediano plazo con una visión de largo plazo, en el marco del Régimen de

Asimismo el COPFP dispone que la formulación y definición de las políticas públicas le corresponden a la función ejecutiva, y dentro del ámbito de sus competencias a los ministerios, secretarías y consejos sectoriales, quienes serán los encargados de formular y ejecutar políticas y planes sujetos estrictamente a los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo¹⁶³. De esta manera entendemos que el COPFP regula la intervención del Estado mediante políticas públicas de carácter económico, mismas que deberán respetar lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo enfocándose en la construcción de un sistema económico social, solidario y sostenible, promoviendo la transformación de la estructura económica.

2.1.5. Principios Aplicables a la Intervención Estatal Directa en el Sector Económico

En conclusión, el régimen legal ecuatoriano en lo que se refiere a la intervención estatal en la economía, específicamente a través de políticas públicas, y asignación de recursos públicos debe guardar armonía con las normas que regulan su intervención y con los objetivos previstos en el Plan de Desarrollo, disposiciones que han sido descritas brevemente en párrafos anteriores. Ante lo cual podemos concluir que la intervención estatal en la política económica deberá observar los siguientes parámetros:

- Los recursos públicos entregados por cualquier entidad estatal y que sean destinados a proyectos de inversión y otros programas deberán sujetarse de manera obligatoria a lo señalado en el Plan Nacional de Desarrollo¹⁶⁴;

Desarrollo y del Régimen del Buen Vivir previstos en la Constitución de la República. Se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo las acciones, programas y proyectos públicos, el endeudamiento público, la cooperación internacional, la programación, formulación, aprobación y ejecución del Presupuesto General del Estado y los presupuestos de la banca pública, las empresas públicas de nivel nacional y la seguridad social. Los presupuestos de los gobiernos autónomos descentralizados y sus empresas públicas se sujetarán a sus propios planes, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo y sin menoscabo de sus competencias y autonomías. El Plan Nacional de Desarrollo articula el ejercicio de las competencias de cada nivel de gobierno.

¹⁶³ Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Artículo 15

¹⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, Artículo. 280.- El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia

- El Plan Nacional de Desarrollo establece un esquema de desarrollo que conlleva altos costos en la inversión y mejora de la infraestructura, mano de obra calificada, tecnología, capacidades humanas especializadas¹⁶⁵.
- La intervención estatal mediante políticas públicas deben enfocarse en cumplir con los objetivos constitucionales, mismos que consisten en¹⁶⁶:
 - o Incentivar los procesos de producción, y desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores;
 - o Incentivar la acumulación del conocimiento científico y tecnológico;
 - o Desarrollar la máxima eficiencia, dentro de ciertos límites;
 - o Erradicar la desigualdad y discriminación en el acceso a los factores de producción.

2.2. Marco Legal Aplicable a las Ayudas Públicas

Una vez que hemos descrito de manera general las normas pertinentes a las intervención estatal, es preciso señalar las normas que regulan específicamente el ámbito de las ayudas públicas, dentro del régimen legal ecuatoriano, encontramos de esta manera dos cuerpos legales relativamente nuevos que contienen disposiciones sobre las ayudas públicas, estos son la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su Reglamento y a la Decisión del Acuerdo de Cartagena No. 608.

será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

Art. 272.- La distribución de los recursos entre los gobiernos autónomos descentralizados será regulada por la ley, conforme a los siguientes criterios: [...] 3. Logros en el mejoramiento de los niveles de vida, esfuerzo fiscal y administrativo, y cumplimiento de metas del Plan Nacional de Desarrollo y del plan de desarrollo del gobierno autónomo descentralizado.

¹⁶⁵ Plan Nacional de Desarrollo. *Óp. cit.*, Objetivo No. 11 *Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible* según dispone la Constitución de la República el sistema económico ecuatoriano es social y solidario lo que significa que un etapa de transición del régimen capitalista hacia un Nuevo modelo de económico basado en el Buen Vivir para de esa manera superar las injusticias y desigualdades. Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. Construyendo un Estado plurinacional e intercultural.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

2.2.1. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su Reglamento

De conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM) y su Reglamento, la ley local ha señalado las características esenciales de las *ayudas públicas*, lo cual si bien no consiste una definición estricta es una guía para la identificación de estas medidas; como hemos analizado en líneas anteriores ha sido regla general que las normativas de competencia no establezcan un concepto estricto ni señalen las características más relevantes del término en cuestión, sino que mas bien se han enfocado en analizar los casos en los cuales proceden las ayudas públicas..

Complementando lo señalado en la ley, el Reglamento de la LORCPM define que las ayudas públicas son aquellas medidas otorgadas por el Estado o a través de la utilización de recursos públicos en beneficio de los consumidores o por razones de interés social o público, ante lo cual, y ratificando lo que ha señalado la doctrina, en Ecuador se entiende por ayuda pública al beneficio concedido por el Estado de manera directa o mediante la utilización de recursos públicos, los cuales otorguen o puedan otorgar una ventaja económica para uno o varios operadores, beneficios de carácter selectivo que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades¹⁶⁷. La LORCPM establece que en particular se podrán conceder las siguientes ayudas públicas¹⁶⁸:

¹⁶⁷ Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 34. - Definición.- A efectos de la aplicación del artículo 29 y siguientes de la Ley, se entenderá que constituye ayuda pública, la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que: (i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores. [...]Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

¹⁶⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 29.- Ayudas Públicas.- Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Procederá el otorgamiento de ayudas públicas en los siguientes casos:

- a) Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
- b) Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa.
- c) Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- d) Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen.
- e) Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel

- a. Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
- b. Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa¹⁶⁹.
- c. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- d. Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones del país, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen;
- e. Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
- f. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;

de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;

f) Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;

g) Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria a lo previsto en esta Ley o al interés común;

h) Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;

i) Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y, j) Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

¹⁶⁹ De conformidad con el artículo 11 de la Constitución de la República, el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, favoreciendo a los grupos de atención prioritaria, según lo señalado en el artículo 35 pertenecen a este grupo las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, Artículo 11.

- g. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
- h. Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;
- i. Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común.

La legislación local adicionalmente establece que las ayudas públicas pueden tomar las siguientes formas¹⁷⁰:

- *Mecanismos Directos*.- mediante el otorgamiento de subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita;
- *Mecanismos Indirectos*.- tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; exenciones o reducciones de impuestos a operadores económicos o categorías de operadores económicos; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte del Estado; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores.

La LORCPM dispone asimismo que las ayudas públicas tendrán el carácter de temporales y establece un mecanismo de control basado en un examen *ex post*, el cual

¹⁷⁰ Reglamento Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 34.- [...]Las ayudas pueden otorgarse mediante subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; exenciones o reducciones de impuestos a operadores económicos o categorías de operadores económicos; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte de la Administración; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores.

consiste en la presentación de una notificación a la autoridad de control una vez que la medida haya sido implementada a efectos de que la autoridad evalúe si cumple con los requisitos y condiciones legales requeridas¹⁷¹.

La autoridad de control ecuatoriana, es decir la Superintendencia de Control y Poder de Mercado está facultada para realizar evaluaciones permanentes a las medidas concedidas con el fin de establecer si cumplen con los fines que motivaron su implementación y para promover su supresión o modificación si se llega a determinar que la ayuda pública no cumple con las finalidades por las cuales se otorgó, o incluso en caso de que la ayuda sea aplicada de manera abusiva¹⁷².

Adicionalmente, dentro del control de ayudas públicas, la LORCPM establece una facultad que ha llamado nuestra atención, le ley dispone que en el ejercicio de evaluación permanente de las ayudas públicas, la autoridad de control podrá proponer las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios, excepto en actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, si bien esta facultad consta dentro de las atribuciones que posee la autoridad de control en el ejercicio de sus labores, al poder emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados¹⁷³, resulta extraño que esta facultad esté comprendida dentro del régimen de control de ayudas públicas; en otras legislaciones dentro del campo de las ayudas públicas, ha sido preocupación de las autoridades únicamente regular el otorgamiento y compatibilidad de las ayudas públicas buscando que la intervención estatal sea mínima y mejor focalizada, de esta manera vemos una marcada diferencia con leyes extranjeras, pues en el Ecuador la autoridad de control, dentro del ámbito de las ayudas públicas a más de tener que ejercer sus deberes propios de control y evaluación tendrá que a la par asumir el rol de planificador y proponer *medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia*.

Si bien como ya mencionamos, esta facultad es propia de la autoridad de control

¹⁷¹ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 30.

¹⁷² Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 31.

¹⁷³ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 38.11.

consideramos que la misma debió haber permanecido como una prerrogativa general de la autoridad y no mezclarla ni confundirla con el deber de control y evaluación de las ayudas públicas ya que ello podría ocasionar un retardo en las funciones, y una posible distorsión al momento de evaluar los impactos de las medidas.

Por otra parte, el artículo 34 de la LORCPM señala que las condiciones relativas a los tipos de ayudas y el procedimiento de evaluación y control *ex post* no será aplicable a las ayudas públicas inferiores a los montos establecidos por la Junta de Regulación¹⁷⁴, complementando esta disposición el Reglamento de la LORCPM dispone que la notificación *ex post* será obligatoria para las ayudas públicas que sobrepasen los US\$500.000 dólares. Cabe mencionar que la redacción de la LORCPM es imprecisa de lo que podría entenderse que todas las ayudas públicas deben ser notificadas sin obedecer a montos mínimos, de esta manera el artículo 34 señala lo siguiente:

Art. 34.- Regla de mínimos.- Las condiciones y procedimiento establecidos en los artículos 29 y 31 precedentes no se aplicarán a las ayudas públicas inferiores al monto que establezca la Junta de Regulación.

Los artículos 29 y 31 a los que hace referencia el artículo citado hablan de la procedencia de las ayudas públicas y de las evaluaciones permanentes sobre las ayudas ya concedidas e implementadas respectivamente, ninguno de estos dos artículos se refiere a la obligación de notificación, ante lo cual podríamos entender que la disposición contenida en el Reglamento de la LORCPM es errónea al señalar que hasta que se fije el porcentaje de mínimos *para notificación de ayudas públicas*, se notificarán las ayudas que superen los US \$ 500,000, ya que el artículo 34 no hace referencia a la obligación de notificación de lo cual se entiende que la obligación de notificación *ex post* es aplicable a todas las ayudas públicas sin consideración de su monto y que por el contrario la evaluación y control

¹⁷⁴ El artículo 35 establece que la Junta de Regulación estará integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado, o sus delegados, a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social, hasta la fecha de realización de esta investigación la Junta de Regulación no ha sido conformada y los montos para la aplicación de la regla *mínimis* no han sido establecidos, sin embargo la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento a la LORCPM señala que hasta que la Junta de Regulación fije el porcentaje de mínimos para notificación de ayudas públicas de conformidad con el artículo 34 de la LORCPM, se notificarán las ayudas que superen los US \$ 500,000. Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 35.

permanente si deberá guiarse según la regla del *mínimis*.

2.2.2. Decisión Acuerdo de Cartagena No. 608

Al ser Ecuador país miembro de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) está sujeto a lo previsto en la Decisión del Acuerdo de Cartagena No. 608 (Decisión 608) que contiene normas encaminadas a la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como la promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión. La Decisión 608 no contiene normas que hagan referencia expresa a las ayudas públicas otorgadas por los estados miembros, sin embargo el artículo 6 de este cuerpo legal menciona que es facultad de los países andinos someter a consideración de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones el establecimiento de exclusiones o excepciones a las prohibiciones contenidas en la Decisión 608, siempre que se traten de actividades económicas sensibles y necesarias para conseguir los objetivos de su política. Para que una actividad tenga el carácter de sensible deberá cumplir con las siguientes condiciones:

- Que conlleve beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico del país;
- Que favorezca al otorgamiento de ventajas o condiciones de preferencia a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- Que no conlleven a los operadores económicos beneficiarios, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate.

Las condiciones que deben cumplir las actividades para recibir el tratamiento de actividades sensibles se podrían asimilar a las condiciones establecidas en el Tratado de la Unión Europea en relación a las ayudas públicas, la diferencia sustancial radica en que en el derecho comunitario andino estas medidas reciben el nombre de exclusiones o excepciones

a la ley las cuales deben ser aprobadas modificadas o eliminadas por las autoridades locales de cada Estado luego de la recomendación por parte del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia.

Adicionalmente, vale la pena analizar si es posible que un Estado miembro de la CAN demande la improcedencia del otorgamiento de una ayuda pública y de ser posible ante qué autoridad se debería interponer tal demanda, en este sentido cabe señalar que con el fin de precautelar los intereses comunitarios y la libre competencia en los países miembros de la CAN es necesario el control y sanción de ciertas medidas de orden público que afecten o amenacen con afectar el normal desenvolvimiento de los operadores económicos y la libre competencia en la región, como hemos visto, en el caso de la Unión Europea se han implementado lineamientos y guías que permiten a la Comisión tener un rol activo en la regulación, control y sanción de los mecanismos implementados que conlleven una afectación a la competencia dentro del mercado comunitario¹⁷⁵.

Consideramos que el control que ejerza la autoridad de control comunitaria andina se debe enfocar en alcanzar los objetivos del derecho comunitario andino mismos que consisten en promover la integración regional para alcanzar la creación de un mercado común latinoamericano, con el fin de lograr el desarrollo equilibrado y armónico en condiciones de equidad, a través de la integración y la cooperación económica y social entre todos los Estados miembros, para con ello contribuir al crecimiento e integración andina¹⁷⁶; es así que cumpliendo con el proceso de integración regional, y tomando en

¹⁷⁵ Sobre el objetivo de precautelar el intercambio entre los países miembros de la Unión Europea la Comisión ha señalado lo siguiente: “[...] Reconociendo los efectos perniciosos [de las ayudas públicas], la Comisión, como el guardián de la competencia bajo el Tratado, siempre ha condenado estrictamente las ayudas a la exportación en el comercio intra comunitario [...] a pesar de que los Estados Miembros otorguen apoyo a sus exportaciones fuera de la Comunidad [aquello] también puede afectar la competencia dentro de la Comunidad.” Comunicación Comisión Europea a los Estados Miembros según el artículo 93 (1) del Tratado UE en aplicación de los Artículos 92 y 93 del Tratado sobre el seguro al crédito de exportación de corto plazo. Comisión Europea Caso C281/4. 17 de septiembre de 1997.

¹⁷⁶ Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997), denominado “Protocolo de Sucre”,. Artículo 1.- El presente Acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano. Asimismo, son objetivos de este Acuerdo propender a disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional; fortalecer la solidaridad subregional y reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros. Estos objetivos tienen la finalidad

consideración que debido a la globalización y apertura comercial se ha vuelto cada vez más importante el control de las actividades comerciales entre Estados, creemos pertinente que una autoridad comunitaria andina deba ejercer control sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros de la CAN, las cuales pudieran generar algún tipo de distorsión en el mercado común andino; considerando además el deber de la autoridad comunitaria andina que consiste en “crear eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”¹⁷⁷.

De acuerdo a lo señalado en la Decisión 608 los Estados miembros tienen la *facultad* de someter a consideración de la Comunidad Andina las actuaciones que violen o atenten las normas de protección a la competencia, que sean implementadas por cada país en casos de interés social y económico y que estén dirigidas a alcanzar los objetivos de su política estatal¹⁷⁸, observamos aquí una gran diferencia de lo que ocurre en la Comunidad Europea donde el control a las medidas implementadas por los Estados miembros es de carácter obligatorio y se aplica a todos los casos a no ser que existan exenciones expresas, por lo tanto a diferencia del derecho comunitario europeo, el control de ayudas públicas por parte de la autoridad andina es una opción que dependerá estrictamente de la decisión del Estado que ha otorgado la ayuda.

Ahora bien, en caso de que un Estado considere necesario someter a consideración de la Comunidad Andina las medidas que pretende implementar, será facultad del Comité Andino de la libre Competencia aprobar, modificar, o eliminar tales medidas¹⁷⁹ en virtud de

de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión.

¹⁷⁷ Decisión Acuerdo de Cartagena No. 608. (2005). Artículo 2.

¹⁷⁸ Decisión Acuerdo de Cartagena No. 608. (2005). Artículo 6.- Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico.
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminarla competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

los efectos que éstas puedan tener en el mercado regional.

Existe adicionalmente un mecanismo de control de ayudas públicas que lo podríamos denominar como *mecanismo indirecto* debido a dos consideraciones importantes: i) el control se realiza únicamente al operador que recibe los beneficios, y ii) el control no se realiza sobre los beneficios que genera la ayuda pública, sino sobre las conductas restrictivas a la competencia que pueda tener un operador por ser el beneficiario de tal ayuda, en este caso de control indirecto la Comisión tiene la facultad de iniciar investigaciones y continuar con el proceso sancionatorio basándose únicamente en la conducta que lleva a cabo un determinado operador, mas no en la causa de esa conducta, que podría ser el otorgamiento de una ayuda pública; en este sentido la Decisión 608 establece que un Estado miembro no puede solicitar la exclusión o excepción de alguna medida si la conducta ya está siendo objeto de investigación¹⁸⁰, de lo cual podemos inferir que las sanciones recaerán sobre un determinado operador económico y que la Comisión puede ordenar el cese, suspensión o remoción de una conducta anticompetitiva a través de las autoridades de competencia de cada Estado, pero la Comisión no está facultada para ordenar el cese, suspensión o remoción de una ayuda pública a diferencia de lo que sucede en la Comunidad Europea¹⁸¹.

Cabe concluir que la normativa comunitaria andina en relación al control de ayudas públicas es bastante débil ya que el rol de regulación y control de la Comisión Andina no es una facultad que esté siempre presente, debido a que puede ser fácilmente obviada pues queda a discreción de los Estados el someter las medidas públicas a consideración de la

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ El 7 de agosto de 1997 la Comisión Europea inició una investigación sobre los créditos fiscales otorgados por el gobierno español al sector siderúrgico, luego de que algunos de sus competidores dentro del mercado comunitario europeo alertaran a la Comisión sobre este particular relativo a los créditos fiscales previstos en el artículo 34 de la legislación fiscal de sociedades española adoptada en los mismos términos por la legislación fiscal de sociedades de las provincias autónomas de Vizcaya, Guipúzcoa y Alava. En su defensa el gobierno español argumentó que no se trataba de una ayuda pública pues beneficiaba a todo el sector siderúrgico, sin embargo la Comisión consideró que la ayuda beneficiaba a un grupo específico, ya que la ayuda apoyaba sólo a un grupo concreto de empresas: las que realizaban determinadas actividades de exportación. Excluyendo así a las empresas que no exportaban, lo que generó condiciones desiguales en comparación con sus competidores de otros estados miembros. Comisión Europea Caso IP/00/1246. 7 de agosto de 1997.

autoridad de control andina, de esta manera consideramos que sería necesaria la inclusión de una disposición que permita a la Comisión analizar los efectos de las ventajas concedidas a los operadores económicos que se benefician de las ayudas públicas, dado que de momento el único control efectivo que podría realizar la Comisión consiste en un mecanismo indirecto que si bien sanciona las conductas anticompetitivas no ataca la conducta que dio paso al inicio de aquel comportamiento que son las ayudas públicas.

CAPÍTULO III

INTERVENCIÓN DIRECTA DEL ESTADO ECUATORIANO EN EL SECTOR ECONÓMICO Y AYUDAS PÚBLICAS

3.1. Mecanismos de Intervención Directa del Estado Ecuatoriano

Una vez que hemos descrito la intervención directa o normativa del Estado Ecuatoriano a través de leyes que gobiernan la facultad de instauración de políticas públicas económicas y de ayudas públicas, lo cual constituye específicamente objeto de nuestro análisis y estudio, procederemos analizar tres mecanismos de intervención directa que han sido implementados en el Ecuador a partir del año 2011, los cuales son: i) Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva, ii) los Incentivos Sectoriales dentro del Reglamento de Desarrollo Productivo, y iii) el Programa de fomento y desarrollo empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas MYPIMES; los cuales serán estudiados con la finalidad de establecer si los mismos podrían estar dentro de la categoría de las ayudas públicas bajo preceptos del Derecho de la Competencia.

3.1.1. Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva

En el año 1991, Estados Unidos emitió la Ley de Preferencias Comerciales Andinas o *Andean Trade Preference Act* “ATPA” a partir de esa fecha Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú fueron beneficiarios de preferencias arancelarias concedidas por dicho país, con el fin de erradicar la producción y el tráfico de droga a través de incentivos económicos que pudieran fomentar la producción y el trabajo en los países beneficiarios.

El ATPA proporcionaba un trato favorable a las exportaciones provenientes de los cuatro países y favorecía principalmente a la exportación de productos primarios. El 6 de agosto del 2002 el ATPA fue renovado mediante la Ley de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de la Droga o *Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act* “ATPDEA” el cual incluía un tratamiento favorable para ciertos productos que habían

quedado excluidos bajo el anterior régimen ATPA. En esa fecha se acordó que el ATPDEA terminaría el 31 de diciembre del 2006, sin embargo, desde ese entonces se han concedido seis prórrogas, y la última de estas terminaría el 31 de Julio del 2013. Actualmente el único país que goza de los beneficios del ATPDEA es el Ecuador, dado que el 30 de junio del 2009 mediante un reporte enviado al Congreso de los Estados Unidos de América se determinó que Bolivia no satisfacía con los criterios de aplicación del ATPDEA, en consecuencia partir de esa fecha se retiraron los beneficios de exportaciones para dicho país. Por otra parte, a partir del 31 de diciembre del 2010 Perú cuenta con un tratado bilateral de comercio con Estados Unidos por lo que aplicación del ATPDEA resultó innecesaria, como resultado de esto para el año 2011 los únicos países que podían optar para la renovación del ATPDEA eran Colombia y Ecuador, de esta manera el 21 de octubre de 2011 Estados Unidos volvió a autorizar, con carácter retroactivo, la aplicación del ATPDEA a favor de Colombia y Ecuador, sin embargo y a pesar de la renovación del ATPDEA el 15 de mayo de 2012 Colombia suscribió un tratado bilateral de libre comercio con Estados Unidos, y al igual que Perú dejó de formar parte del ATPDEA, siendo Ecuador el único país que en la actualidad goza de los beneficios de este tratado.¹⁸² Es importante sin embargo recordar que en abril del año 2011 a raíz del conflicto diplomático surgido entre Ecuador y los Estados Unidos, el país se encontró ante una posible no renovación de las preferencias arancelarias contenidas en el ATPDEA; a efectos de mitigar los impactos negativos que esta medida podía acarrear para los sectores productivos en el Ecuador, el gobierno ecuatoriano desarrolló planes económicos con medidas que permitan subsanar las compensaciones que dejarían de recibir los sectores que se beneficiaban del ATPDEA, las herramientas a ser utilizadas eran las contenidas en la denominada Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva, misma que fue desarrollada por el Ministerio de Coordinación de la Producción Empleo y Competitividad al igual que el Reglamento al Desarrollo Productivo y la Inversión que fue emitido poco después.

¹⁸² Según información contenida en el Sexto Reporte al Congreso de los Estados Unidos de América sobre la Operación del ATPDEA, preparado por la Oficina de Comercio de Estados Unidos, emitida el 30 de junio del 2012.

3.1.2. Descripción de la Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva

La “Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva” (EAMC) aprobada el 8 de mayo de 2011 por el economista Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, constituyó un mecanismo de apoyo a los sectores afectados por la posible no renovación del ATPDEA, esta estrategia fue elaborada y diseñada por el Consejo de Comercio Exterior (COMEX) y el Ministerio de Coordinación de la Producción Empleo y Competitividad (MIPRO). La EAMC se basó en tres pilares fundamentales que son:

- *Mayor eficiencia en los procesos productivos.*- que se refiere al desarrollo de la competitividad en ciertos sectores a través de mejoras en la cadena logística, facilidad en los procedimientos de exportaciones e importaciones, implementación de herramientas para dar financiamiento, apoyo en promoción y publicidad en mercados priorizados, implementación de medidas destinadas a la innovación tecnológica para elevar la productividad y calidad.
- *Incremento de negociaciones comerciales.*- en este sentido el gobierno ecuatoriano inició conversaciones con los sectores afectados y a la par se retomaron las negociaciones para la renovación del ATPDEA que finalmente sucedió el 21 de octubre del año 2011.
- *Certificados de abono tributario*¹⁸³.-la EAMC contempló la emisión de Certificados

¹⁸³ Esta medida compensatoria se implementó el 9 de mayo de 2011 mediante la Reforma del Reglamento de la Ley de Certificados de Abono Tributario, de esta manera, el Reglamento vigente luego de la reforma establece lo siguiente:

Art. 4.- El Comité de Comercio Exterior, dentro del plazo establecido en el artículo 8 de la ley, en base a los estudios e informes presentados por la Secretaría Técnica del COMEX, mediante resolución de carácter general, aprobará los porcentajes o valores de abono tributario que deban concederse, por tipo de producto o por empresa, y el tiempo o etapas en las cuales se concederá este beneficio. Para efectos de adoptar esta resolución, el COMEX considerará el porcentaje de valor agregado nacional del respectivo producto, o las condiciones de competitividad de los productos exportados, que se hayan alterado por las modificaciones en los niveles de acceso a los mercados internacionales.

Cuando se trate de casos en que se haya alterado el nivel de acceso a los mercados internacionales, en la misma resolución, el COMEX podrá establecer el cumplimiento de parámetros especiales de diversificación de mercados o de productos, para efectos de conceder este beneficio a los exportadores. En todos los casos, el COMEX establecerá la documentación o requisitos que deban presentar los exportadores, a las entidades

de Abono Tributario que consistían en un crédito tributario desmaterializado para permitir a la empresa el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el Estado, al que tenían derecho cada una de las empresas de los sectores afectados por la no renovación del ATPDEA. La implementación de los certificados y la determinación de sus montos se llevaron a cabo con la siguiente fórmula de cuatro indicadores:

- a. Análisis de las condiciones de competitividad en relación con competidores directos en Estados Unidos, a partir del nivel arancelario de ingreso de productos. La EAMC destinó un 25% del mecanismo de compensación si la empresa había perdido competitividad relativa respecto a sus competidores en Estados Unidos.
- b. Determinación del nivel diversificación de mercados o de dependencia de la empresa al mercado estadounidense, a mayor dependencia, mayor porcentaje de compensación, la cual podía alcanzar hasta un 25% del mecanismo.
- c. Determinación del nivel de diversificación de productos, a fin de encontrar el nivel de dependencia con respecto al producto afectado; a más alta dependencia, mayor porcentaje de compensación; que podía llegar hasta el 25% del mecanismo.
- d. Análisis de la situación de la empresa, en relación al tamaño, liquidez, y rentabilidad, se aplicó la fórmula de a mayor rentabilidad, liquidez y tamaño, menor porcentaje de compensación, siendo el máximo el 25% del mecanismo¹⁸⁴.

Este mecanismo o plan de apoyo se lo instrumentó a través del otorgamiento de Certificados de Abono Tributario que se concretaron mediante Resoluciones del COMEX y

ejecutoras de este beneficio.

Art. 5.- Cuando el Comité de Comercio Exterior, COMEX de conformidad con el artículo 7 de la ley, comprobare que una rama industrial o que un producto no requiere del incentivo total o parcial para su exportación podrá reducir el porcentaje de Abono Tributario, en función de los parámetros técnicos que determine el Comité de Comercio Exterior, COMEX.

Art. 6.- El Banco Central del Ecuador emitirá los Certificados de Abono Tributario a fin de que el Servicio de Rentas Internas los canjee por Notas de Crédito y las entregue a aquellos exportadores que cumplan los parámetros que haya establecido el COMEX para el efecto. Reglamento a la Ley de Abono Tributario. Registro Oficial 257 del 16 de agosto de 2010.

¹⁸⁴ www.mcpec.gob.ec (acceso: 19/08/2012).

reformas a la Ley de Certificados de Abonos Tributarios y su Reglamento, tal como se detalla a continuación.

Mediante Informe Técnico MCPEC COMEX 008-2011 de mayo del 2011, se recomendó el establecimiento de procedimientos para la implementación y otorgamiento de certificados de abono tributario en virtud de las disposiciones contenidas en el EAMC. El Comité de Comercio Exterior, mediante Resolución No. 10 de fecha 17 de mayo de 2011¹⁸⁵ resolvió reconocer la implementación de un Certificado de Abono Tributario (CAT) de hasta 80% del valor pagado en aranceles, sin que exceda del 15% para productos agropecuarios y hasta el 25% para productos manufacturados, artesanales y pesqueros del valor FOB declarado en la respectiva liquidación aduanera del país de destino, en aplicación de lo establecido en el artículo No. 7 de la Ley de Abono tributario.

Según lo previsto en las Resoluciones del COMEX y las reformas a la Ley de Abono Tributario el mecanismo de implementación era bastante sencillo, consistía en la presentación de formularios mediante los cuales se verificaba el cumplimiento de ciertos requisitos y concluía en exenciones fiscales. Para acogerse al beneficio de la EAMC el exportador debía presentar la solicitud en un formulario proporcionado por el COMEX, el cual debía ser entregado mensualmente junto con el documento de nacionalización de la mercadería; esta documentación debía ser presentada ante el COMEX por parte de los exportadores a fin de que se inicien los procedimientos de control.

Una vez recibida la información el COMEX debía remitir al SRI la documentación entregada por el exportador, a efectos de que valide el valor de la factura, con el valor declarado en los documentos de exportación, así como con el valor incluido en la declaración de importación en el país de destino. Cuando el SRI recibía dicha información debía calcular el valor del CAT para cada exportador y remitir esa información al Banco Central del Ecuador (BCE). El BCE posteriormente remitía al SRI las Declaraciones Aduaneras Únicas (DAU) y las subpartidas aprobadas con la respectiva autorización de

¹⁸⁵ Anexo 1.

emisión de los Certificados de Abono Tributario a fin de que el SRI los canjee por notas de crédito y las entregue a aquellos exportadores que cumplieran con los parámetros señalados por el COMEX.

El otorgamiento de los Certificados de Abono Tributario, en un inicio tenía una vigencia de una año a partir de la fecha de emisión de la Resolución No. 10, sin embargo a raíz de la renovación del ATPDEA estas disposiciones fueron derogadas mediante Resolución No. 34 emitida por el COMEX el 31 de octubre del 2011¹⁸⁶, debido a que la medida ya no era necesaria, y así lo manifestó el informe técnico MCPEC-COMEX-28-2011 lo cual quiere decir que los beneficios contenidos en la EAMC por la posible no renovación del ATPDEA estuvo vigente en el país alrededor de seis meses.

3.1.2. Intervención Directa del Estado Ecuatoriano mediante el Reglamento de Desarrollo Productivo

Ante la posible no renovación del ATPDEA y conjuntamente con los incentivos previstos en la EAMC, el día 6 de mayo de 2011 se emitió el Decreto Ejecutivo No. 757, publicado en el Registro Oficial Suplemento 450 del 17 de mayo del mismo año que contenía el “Reglamento a la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la Inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo, establecidos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones” (Reglamento de Desarrollo Productivo) mismo que fue elaborado por el Ministerio de Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad (MCPEC) y que contiene reglas sobre mecanismos de apoyo al desarrollo de la producción y a la inversión nacional y extranjera.

El Reglamento de Desarrollo Productivo fue emitido para cumplir con los objetivos de la política económica nacional¹⁸⁷, entre los cuales constan el incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional, teniendo presente que las inversiones se deben orientar con criterios de

¹⁸⁶ Anexo 2.

¹⁸⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 284.

diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales¹⁸⁸.

Este cuerpo legal dispone que es necesario el fortalecimiento de las capacidades institucionales de las entidades públicas competentes para que actúen como promotores nacionales e internacionales de la inversión, en adecuada interrelación y coordinación y como facilitadoras de los procesos de inversión, en las gestiones necesarias para la consecución de dichos objetivos. En este sentido, se entiende que el Reglamento no contempla únicamente mecanismos destinados a la promoción de la inversión privada ya sea nacional o extranjera, sino que también considera necesaria la intervención de entidades públicas para que sirvan de promotores del desarrollo y producción de ciertos sectores.

El Reglamento de Desarrollo Productivo contiene ciertos mecanismos que desde el punto de vista doctrinario podrían considerarse como ayudas públicas, entre ellos constan principalmente: i) los incentivos sectoriales, ii) los programas de fomento y desarrollo empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas MYPIMES, y iii) las inversiones de los gobiernos autónomos descentralizados; los cuales serán analizados y detallados más adelante.

3.2. Determinación de los mecanismos de intervención directa como figuras de ayudas públicas

Tras haber descrito los tres mecanismos de intervención estatal directa contenidos en la EAMC y el Reglamento de Desarrollo Productivo, los cuales debido a ciertas características podrían considerarse como ayudas públicas es preciso analizar si estos mecanismos implican la existencia real de ayudas públicas bajo el Derecho de la Competencia, estimamos que este análisis es necesario ya que algunas de estas medidas descritas se encuentran vigentes en la actualidad y creemos que es pertinente que cualquier tipo de intervención estatal que pueda acarrear consecuencias en el ámbito del derecho de la competencia guarde estricta relación con lo dispuesto en las leyes en esta materia. Los

¹⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 339.

mecanismos de intervención directa serán analizados bajo preceptos doctrinarios, legales y jurisprudenciales.

El tratadista MINOWA manifiesta que la intervención estatal apunta en algunos casos a proteger y promover una determinada industria en su conjunto y en otros a prestar únicamente ayuda a un subsector concreto de una industria¹⁸⁹ para el caso local nos vamos a enfocar en la intervención estatal en el ámbito de las ayudas públicas, según descrito en el capítulo primero de este trabajo, la Comisión Europea ha señalado que una medida constituye ayuda pública cuando se verifican cuatro elementos principales¹⁹⁰, además la legislación local establece ciertos criterios que deben cumplir las ayudas públicas para que puedan estar dentro de esa categoría, mismas que con fines explicativos denominaremos las “Cinco Condiciones de la Ayuda Pública” y cuales consisten en lo siguiente:

- i) Evaluación si la medida supone o puede suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades¹⁹¹;
- ii) Evaluación del carácter selectivo de la medida (determinados operadores económicos o sectores)¹⁹²;
- iii) Determinación si el otorgamiento de la ventaja de naturaleza económica favorece la producción de ciertos productos¹⁹³;
- iv) Determinación si la ventaja es otorgada por el Estado o mediante recursos estatales.¹⁹⁴
- v) Evaluación si dicha ventaja distorsiona, o amenaza con distorsionar la

¹⁸⁹ Shigeo Minowa. *Una estrategia puramente liberal: las intervenciones públicas y privadas en las industrias culturales japonesas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982, p.61.

¹⁹⁰ Comisión Europea. Caso E 6/2005, NN 26/2005, E 11/2005 and NN 35/2005 Malta, Comisión 16 de marzo de 2006.

¹⁹¹ Reglamento Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 34.

¹⁹² Reglamento Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 34.

¹⁹³ Existe una cuarta condición y consiste en que la medida implementada distorsione o amenace con distorsionar el comercio entre estados miembros, la cual no es aplicable en el análisis en cuestión ya que no se está analizando la medida en un contexto comunitario. Comisión Europea. Caso E 6/2005, NN 26/2005, E 11/2005 and NN 35/2005 Malta, Comisión 16 de marzo de 2006.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

competencia.¹⁹⁵

3.2.1. Análisis y Determinación de la Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva

En primer lugar procederemos a analizar si la Estrategia de Apoyo a la Mejora Competitiva (EAMC) constituyó una ayuda pública de conformidad con las Cinco Condiciones de la Ayuda Pública.

i) ¿El otorgamiento de incentivos de carácter económico contenidos en la EAMC implicó una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades?

De conformidad con lo señalado en la descripción de la medida analizada se entiende que la EAMC se implementó y materializó a través de certificados de abono tributario que podían ser solicitados exclusivamente por los sectores o compañías que se podían ver afectadas por la no renovación del ATPDEA, lo cual implica que la condición determinante para otorgar esta medida fue que un sector u operador económico reporte graves pérdidas debido a una reducción importante de sus exportaciones.

Los certificados de abono tributario constituyen una medida económica de excepción, es decir que no se encuentra siempre disponible en el ejercicio normal de las actividades de los productores que se vieron beneficiados por esta medida, de manera que al permitir que solamente algunos operadores se beneficien de exenciones fiscales que normalmente hubieran tenido que asumir les otorga indiscutiblemente una ventaja, así lo ha señalado la Comisión Europea en un caso en el cual el gobierno irlandés concedió exoneraciones fiscales a favor de los agricultores, en este sentido la Comisión concluyó lo siguiente:

[...] la ayuda adopta la forma de exoneración de obligaciones fiscales (impuestos de timbre), es decir, los impuestos aplicados [...] a la venta de terrenos. El impuesto de timbre recae sobre las transacciones y es impuesta al comprador. Al aliviar a los

¹⁹⁵ *Ibíd.*

agricultores irlandeses del coste que normalmente tendrían que soportar se les concede una ventaja económica¹⁹⁶.

Resulta evidente que los beneficios de índole fiscal implican el otorgamiento de una ventaja económica a favor de quien los recibe, en este caso fue una ventaja para aquellos operadores que cumplieron con el procedimiento de solicitud y concesión de los certificados de abono tributario.

ii) ¿Tuvo carácter selectivo el otorgamiento incentivos de carácter económico contenidos en el EAMC? (Dirigido a determinados operadores económicos o sectores)

Las ventajas concedidas mediante los certificados de abono tributario fueron aplicadas dependiendo de las condiciones particulares de los operadores económicos, tal como se detallan en los criterios de aplicación de los beneficios, los cuales dependían del grado de dependencia del producto y el nivel de exportaciones a EE.UU., información que debía ser presentada ante el COMEX para su análisis y aprobación, las condiciones que debían probar los operadores para optar por el beneficio del certificado de abono tributario fueron las siguientes:

- Análisis de las condiciones de competitividad en relación con competidores directos en Estados Unidos;
- Determinación del nivel diversificación de mercados o de dependencia de la empresa al mercado estadounidense.;
- Análisis de la situación de la empresa (tamaño, liquidez, y rentabilidad)

Si bien es cierto que la medida estuvo disponible para cualquier operador que la solicitara es necesario considerar que el otorgamiento de la medida dependía del cumplimiento de los criterios de selección, por tal razón estimamos que es preciso analizar los efectos de las medidas y la no la forma que aparentemente tenga, se podría argumentar que la medida otorgada es de carácter general ya que favorece a un determinado sector, sin embargo vemos que eso no ocurrió así ya que resulta evidente la selectividad de la ayuda en

¹⁹⁶ Comisión Europea. Caso C(2008) 5711 Ayuda No. NN 67/2007 Irlanda. 3 de octubre de 2008.

la medida en que no todos los operadores que se podían ver afectados por la no renovación del ATPDEA y por lo tanto no eran candidatos para recibir los certificados de abono tributario, y aún así siendo candidato para recibir los certificados el monto era variable dependiendo de las condiciones antes mencionadas, en consecuencia nos encontramos frente a dos niveles de selectividad, la primera que podríamos llamar selectividad general (la cual solo incluía a los operadores afectados por la no renovación del ATPDEA) y la segunda que se podría denominar selectividad específica la cual dentro del grupo de operadores afectados por la no renovación del ATPDEA optaba por aquellos que tenían más dependencia con el mercado estadounidense.

Adicionalmente, en relación al análisis de selectividad vale señalar lo mencionado por el Tribunal de Justicia Europeo dentro del caso C-148/04, al sostener que “una ayuda puede tener carácter selectivo incluso cuando afecte a todo un sector económico”, dentro de este caso se analizaban las reducciones impositivas que beneficiaban al sector bancario en Bélgica y dentro de éstas además incluían beneficios específicos para empresas que realicen determinadas transacciones. La conclusión del Tribunal de Justicia podría ser aplicable precisamente en el caso de los beneficios de la EAMC, de esta manera el Tribunal concluyó lo siguiente:

Por tanto, debe considerarse que esta medida es selectiva en relación con otros sectores económicos e incluso dentro del propio sector bancario, sin que sea necesario examinar si, adicionalmente, la reducción impositiva es más ventajosa para las empresas grandes [...] **Puesto que no se aplica a todos los operadores económicos, no puede ser considerada como una medida general de política fiscal o económica.** En realidad, la citada reducción supone una excepción al régimen fiscal ordinario. Las empresas beneficiarias disfrutaban de una desgravación fiscal a la que no tendrían derecho en el marco de la aplicación normal de dicho régimen y a la que no pueden aspirar las empresas de otros sectores que realicen operaciones análogas o aquellas del sector bancario que no realicen las operaciones señaladas¹⁹⁷. (El resaltado es mío)

Lo manifestado en esta sentencia es lo sucedido en el caso ecuatoriano con los beneficios de la EAMC los cuales se encontraban disponibles únicamente para el sector exportador que se beneficiaba del ATPDEA, sin embargo no aplicó a todos los sectores

¹⁹⁷ Tribunal de Justicia Comunidad Europea. Caso C-148/01 (Unicredito Italiano). 15 de diciembre de 2005.

económicos y por tanto no se trata de una política fiscal o económica de carácter general, la selectividad de la medida se manifiesta en el hecho de que otros operadores que no se vieron afectados por la no renovación del ATPDEA no tenían el derecho de acceder a tales beneficios.

iii) ¿El otorgamiento de incentivos de carácter económico contenidos en la EAMC favoreció la producción de ciertos productos?

Según ya hemos explicado la ventaja de naturaleza económica contenida en la EAMC consistió en el otorgamiento de certificados de abono tributario, los cuales, según indica la jurisprudencia colocan a las empresas beneficiadas en condiciones más favorables con respecto a sus competidoras dentro del mercado nacional.

Los beneficios otorgados mediante exenciones tributarias consisten en una reducción de costos que normalmente debería asumir un operador, lo cual contribuye con su continuidad en el mercado y probablemente con la mejora en sus procesos de producción, la jurisprudencia europea ha señalado que las actuaciones discrecionales de las autoridades en relación a incentivos tributarios que se alejan de la aplicación generalizada de las normales fiscales tienen la finalidad de favorecer a ciertos operadores en su producción, lo cual en principio puede guiar a la presunción de la existencia de una ayuda pública¹⁹⁸. Adicionalmente la Comisión Europea ha señalado que en la medida en que los incentivos tributarios favorezcan a la producción de ciertos productos se puede considerar indudablemente que se trata de una ayuda pública¹⁹⁹.

De esta manera, según lo señalado en la leyes aplicables²⁰⁰, los certificados de abono tributario se implementaron según el tipo de producto o por empresa, dependiendo de las facultades que ésta estaba atravesando, de manera que respondiendo a la pregunta de si el otorgamiento de esta ventaja favoreció la producción en las empresas a las cuales fue

¹⁹⁸ Comisión Europea. Caso C-241/94 Francia vs. Comisión Europea (Kimberly Clark Sopalin). 12 de octubre de 1996.

¹⁹⁹ Comunicación emitida por la Comisión Europea en relación a la Aplicación de las reglas de ayudas estatales en relación a incentivos tributarios directos. (98/C 384/03).

²⁰⁰ Reglamento Ley de Certificados de Abono Tributario. *Óp. cit.*

dirigida la respuesta es afirmativa en virtud de que según la jurisprudencia el concepto y las implicaciones de ayuda pública se refieren no solo a beneficios directos que estas implican, sino que también hace referencia los beneficios indirectos que de alguna manera contribuyen a que un operador elimine costos a los cuales estaría normalmente obligado aumentado de esa manera su presupuesto lo cual muy probablemente destinará a la mejora de la producción²⁰¹.

iv) ¿El otorgamiento incentivos de carácter económico contenidos en la EAMC distorsionó, o amenazó con distorsionar la competencia?

En relación a la distorsión de la competencia en virtud de la concesión de ayudas públicas, dentro del caso *Irlanda vs. Comisión*, la Comisión Europea ha manifestado lo siguiente:

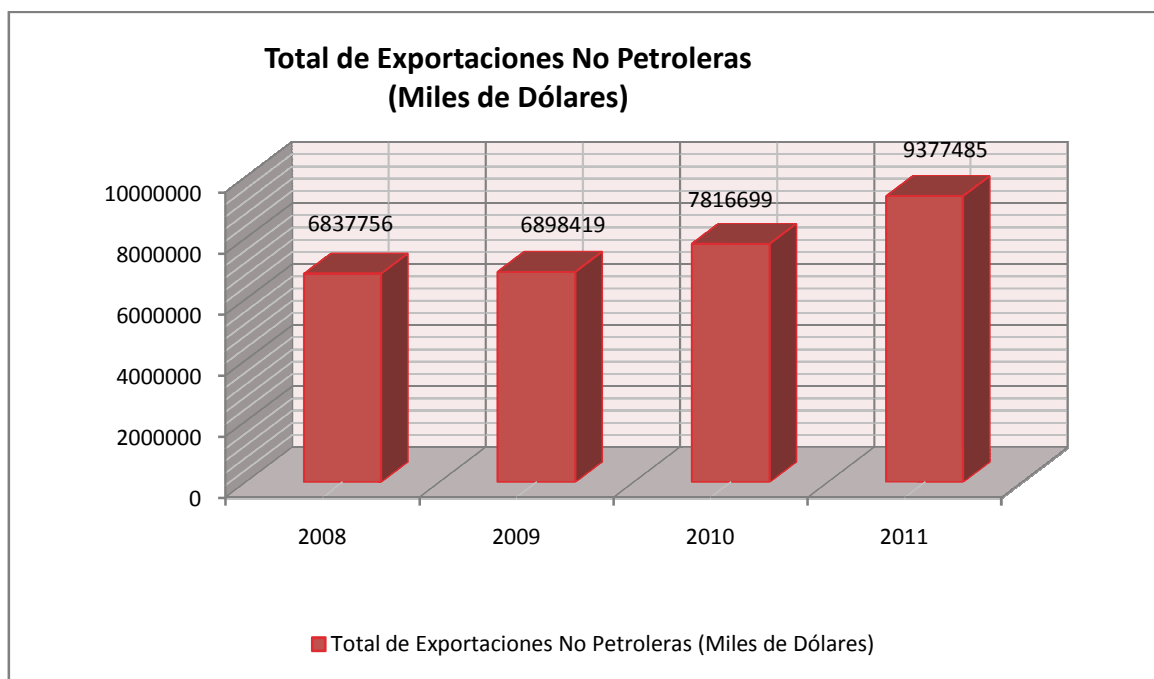
El mero hecho de que la posición competitiva de una empresa se vea reforzada en comparación con otras empresas competidoras, dándole un beneficio económico que de otro modo no habrían obtenido en el curso normal de su actividad, apunta a una posible distorsión de la competencia. La medida por lo tanto podría falsear la competencia y afectar al comercio entre los Estados miembros y, por consiguiente, constituye una ayuda con arreglo al artículo 87 (1) del Tratado UE.²⁰²

Por consiguiente la evaluación de la medida consiste en determinar si el beneficio económico causado por el otorgamiento de los certificados de abonos tributarios tuvo un impacto positivo en la exportación y la producción, lo cual según criterio de la Comisión Europea es condición suficiente para distorsionar la competencia²⁰³. De esta manera, según lo señalado en el Reporte ATPDEA de enero a septiembre de 2011 elaborado por el MCPEC las exportaciones no petroleras ecuatorianas en el año 2011 registraron un incremento del 20.48% con respecto a las importaciones no petroleras durante el mismo período en el año 2010.

²⁰¹ Comisión Europea. Caso C 26/2010 (ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)) – Italia. 10 de octubre de 2010.

²⁰² Comisión Europea. Caso C(2008) 5711 No. NN 67/2007 – Irlanda. 3 de octubre de 2008.

²⁰³ Comisión Europea. Caso SA.21233 C/2011(ex NN/2011, ex CP137/2006) C(2011) 4494 final-España. 24 de junio del 2011



Fuente: Banco Central del Ecuador, MCPEC

Elaboración: Propia

De conformidad con lo expresado en el gráfico podemos constatar que las exportaciones no petroleras a EE.UU., durante el año 2011 se incrementaron significativamente en comparación con lo sucedido los años anteriores, de lo cual se evidencia que los incentivos otorgados fomentaron la producción de ciertos sectores exportadores, y ratifica lo que ha señalado la Comisión Europea al considerar que las ayudas públicas concedidas mediante regímenes fiscales tienen un efecto incentivador ya que fomentan un mayor gasto e inversión²⁰⁴,

Si adoptamos el criterio repetido en varias ocasiones por la Comisión Europea podemos concluir que el incremento de las exportaciones, señala una distorsión a la competencia²⁰⁵, y en consecuencia una amenaza a sus competidores locales, quienes se veían en una

²⁰⁴ Marco Comunitario sobre ayudas estatales de investigación, y desarrollo e innovación. Comisión de la Comunidad Europea. *Óp. cit.*

²⁰⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso 730/79 (Philip Morris contra Comisión). 17 de septiembre de 1980.

posición de desventaja frente a los operadores que podían acceder a los beneficios tributarios contenidos en la EAMC.

v) ¿Los incentivos de carácter económico contenidos en el EAMC fueron otorgados por el Estado o con recursos estatales?

En términos generales los certificados de abono tributario constituyen ayudas de carácter tributario, y como tal son consideradas como ventajas de índole fiscal, los abonos tributarios son entendidos como “otra forma de apoyo de fiscal”²⁰⁶, adicionalmente se considera que una ventaja es estatal cuando proviene directamente del Estado o de fondos públicos²⁰⁷, de esta manera la normativa ecuatoriana señala que los certificados de abono tributario son emitidos y entregados por el Banco Central del Ecuador en favor de las personas naturales o jurídicas que efectúen exportaciones²⁰⁸, lo cual quiere decir que al ser entregados y administrados por entidades públicas como el BCE y el SRI son eminentemente recursos públicos, sin embargo vale hacer una precisión que ha sido mencionada en la jurisprudencia de la Comunidad Europea, las exenciones fiscales no consisten en entrega directa de fondos sino que se trata de un otorgamiento indirecto de recursos públicos, los cuales por regla general pasarían a formar parte de las cuentas del Estado pero en virtud de las exenciones permanecen con el sujeto obligado.

Ratificando lo mencionado en líneas anteriores la jurisprudencia ha señalado que las ventajas fiscales se considerarán ayudas públicas en la medida en que los recursos provenientes del presupuesto estatal sean administrados o transferidos por autoridades públicas, a pesar de que la decisión de otorgamiento sea atribuible a la autoridad de cada región, aquellos se reputan como recursos del Estado²⁰⁹. Asimismo, en relación a los beneficios de índole fiscal, la Comisión Europea ha manifestado lo siguiente:

[...] la pérdida de un ingreso fiscal es equivalente al uso de recursos estatales en la

²⁰⁶ Comisión Europea. Caso N 675/2008 – (Crédito tributario para nuevas inversiones en Sicilia) Italia. Comisión Europea, 20 abril de 2008.

²⁰⁷ Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. (2010). Artículo 107.1.

²⁰⁸ Ley de Abono Tributario. *Óp. cit.*

²⁰⁹ Comisión Europea. Caso N 675/2008 – (Crédito tributario para nuevas inversiones en Sicilia) Italia. Comisión Europea, 15 de mayo de 2008.

forma de gasto de fiscal. Permitiendo a las entidades, que pueden ser clasificados como operadores, reducir su imposición fiscal mediante exenciones fiscales, las autoridades italianas están otorgando ventajas a las cuales no tendrían derecho en ausencia de la exención fiscal²¹⁰.

Ante lo cual podemos concluir que los beneficios contenidos en la EAMC se tratan de recursos estatales, de manera que se ha verificado otra condición para la existencia de ayudas públicas.

Luego de haber analizado la EAMC según las cinco condiciones de las ayudas públicas podemos concluir lo siguiente:

- i) Los certificados de abono tributario se imprimieron bajo criterios de selectividad y favorecieron a operadores económicos específicos.
- ii) Los certificados de abono tributario por ser incentivos fiscales fomentaron las actividades de producción y exportación.
- iii) La EAMC constituyó una potencial medida de falseamiento de la competencia ya que como se demostró el otorgamiento de beneficios fiscales motivó la producción, el gasto e inversión en aquellos operadores que se beneficiaron de las medidas, mientras que otros operadores actuando bajo condiciones normales de mercado no pudieron acceder a tales beneficios lo cual implica una posible distorsión a la competencia.
- iv) La ventaja concedida constituye ayuda pública ya que se materializa a través de certificados de abono tributario lo que conlleva el otorgamiento de beneficios fiscales asumidos con fondos estatales.

En virtud de que la EAMC cumple con los cinco presupuestos de ayudas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia, la conclusión es que esta medida si constituyó una ayuda pública, si bien podría pensarse que una estrategia de apoyo constituye una medida de carácter general y que por lo tanto no debería recibir el tratamiento de ayuda pública, es preciso analizar los mecanismos y los efectos de su implementación, tal como se ha hecho en líneas anteriores; de esta manera la medida

²¹⁰ Comisión Europea. Caso C 26/2010 (ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)) – Italia. 10 de octubre de 2010.

implementada no fue general ya que favoreció únicamente a los operadores que eran capaces de demostrar los perjuicios causados por la no renovación del ATPDEA, los cuales eran a su vez eran analizados según las cantidades frecuentes de exportación, el tamaño y liquidez de la compañía exportadora, y la diversificación de los mercados, es decir la medida no fue general, hubiera sido distinto el caso por ejemplo en el cual se hubiera otorgado el beneficio a todos los productores y exportadores de brócoli, lo que sucedió fue al contrario del ejemplo, la medida estuvo destinada compañías productoras y exportadoras en particular, adicionalmente en el caso de que la medida si hubiera sido otorgada por igual a todos los productores de brócoli que exportaban hacia EE.UU., aún así la medida constituía una ayuda pública porque dentro del sector productor de brócoli se benefició única y exclusivamente a los operadores que exportaban.

Un caso similar ocurrió dentro del sector siderúrgico español en el año 1997, en este caso la Comisión Europea tras haber sido alertada por algunos competidores de las empresas españolas del sector siderúrgico, decidió iniciar un procedimiento de investigación oficial relativo a créditos fiscales otorgados por España, el argumento de ese país fue que la medida implementada no constituía una ayuda pública ya que era de carácter general, sin embargo la Comisión consideró que se trataba de una medida específica ya que la disposición apoyó sólo a un grupo concreto de empresas, siendo éstas las que realizaban actividades de exportación, lo que excluía a las empresas que no llevaban a cabo las actividades de exportación no incluidas en la disposición.²¹¹

Si podríamos asimilar este caso a las medidas implementadas en el Ecuador a través de la EAMC podríamos concluir el caso ocurrido en España y las medidas implementadas con la EAMC tiene el mismo efecto, el cual consiste en beneficiar únicamente al sector exportador dentro de un mercado. Lo cual a todas luces refleja la aplicación de criterios de selectividad, por lo tanto se trata de una condición que nos lleva a concluir que la medida fue efectivamente una ayuda pública.

²¹¹ Comisión Europea. Caso IP/00/1246. 31 de octubre de 1997.

3.2.2. Análisis y Determinación de los incentivos sectoriales contenidos en el Reglamento de Desarrollo Productivo

Es preciso analizar si las disposiciones contenidas en el Reglamento de Desarrollo Productivo se encuentran dentro de la definición de ayudas públicas, en este sentido es importante responder a las cinco condiciones de las ayudas públicas para determinar si los incentivos sectoriales se tratan efectivamente de estímulos de orden tributario que fomentan el desarrollo regional equitativo que se encuentren dentro del ámbito de control y regulación de la autoridad de competencia ecuatoriana.

i) ¿Los incentivos sectoriales suponen una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades?

Los incentivos sectoriales tal como han sido concebidos en el Reglamento de Desarrollo Productivo implican el otorgamiento de condiciones más beneficiosas a operadores económicos que forman parte o integran un determinado sector. En este punto el análisis no se va a centrar en determinar si los operadores hubieran o no recibido las ventajas económicas en el ejercicio normal de sus actividades, sino que mas bien se va enfocar en el alcance y significado de las medidas económicas generales las cuales constituyen medidas de fomento mas no ayudas públicas, consideramos que esta determinación es importante antes de dar paso al análisis de los efectos de la medida.

La Comisión Europea ha señalado las medidas generales no se consideran ayudas públicas, ya que no son selectivas y se aplican a todas las empresas independientemente de su tamaño, ubicación o sector²¹², además ha señalado dado que su aplicación es general a todos los operadores no se consideran ayudas públicas las medidas que persigan objetivos de la política económica general relacionados por ejemplo al incremento de la producción, empleo y protección del medio ambiente²¹³.

²¹² Definición de ayudas públicas por la Comisión Europea. http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/what_is_state_aid.html (10/10/2012).

²¹³ Diario Oficial de Comunidad Europea C484/4. 10 de diciembre de 1998.

Los incentivos sectoriales a implementarse en el Ecuador consisten en incentivos de orden tributario para el desarrollo productivo de determinados sectores. Entre los sectores favorecidos con los incentivos sectoriales para el desarrollo regional equitativo se encuentran contemplados los siguientes²¹⁴:

- Alimentos frescos, industrializados y congelados;
- Cadena agroforestal y productos elaborados;
- Metalmecánica;
- Petroquímica;
- Farmacéutica;
- Turismo;
- Energías renovables, incluida la bioenergía o la energía a partir de biomasa;
- Servicios logísticos de comercio exterior;
- Biotecnología y software aplicado

En base a lo señalado por la Comisión Europea podríamos inferir que los beneficios otorgados a través de los incentivos sectoriales no se aplican a todas las empresas independientemente de su ubicación y sector, dado que en primer lugar las medidas se van dirigidas únicamente a favor de inversiones nuevas y productivas realizadas fuera de las jurisdicciones urbanas del Cantón Quito o del Cantón Guayaquil²¹⁵, por lo tanto existe un criterio de selectividad al realizar dos exclusiones, y en segundo lugar se establece que los beneficios que implican los incentivos sectoriales podrán ser otorgados únicamente a los nueve sectores económicos considerados como prioritarios para el Estado, de esta manera podemos concluir que las ventajas provenientes de esta medida no consisten en medidas generales ya que no se aplican a todos los operadores independientemente de su ubicación y sector.

Consideramos que en el caso ecuatoriano la aplicación del criterio relacionado a la

²¹⁴ Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Artículo 17. Registro Oficial Suplemento 450 de 17 de mayo de 2011.

²¹⁵ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Disposición Reformatoria Segunda 2.2. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

existencia de medidas de carácter general puede acarrear muchos inconvenientes, ya que analizando estas medidas desde la óptica de la Comisión Europea casi ninguna medida de “carácter general” en Ecuador podría considerarse como tal, dado que por el hecho de obedecer a disposiciones constitucionales, o por cumplir los preceptos establecidos en el Plan Nacional de Desarrollo, que como ya hemos visto constituye la herramienta base de la intervención económica en el país, siempre existirán sectores priorizados que recibirán beneficios específicos. Bajo consideraciones generales estos beneficios podrían ser considerados como políticas generales de fomento, sin embargo al realizar un análisis estricto, apegado a disposiciones legales internacionales, nos hemos dado cuenta que los mismos no constituyen medidas de carácter general, y que, al contrario se tratan de ayudas públicas.

Una vez que hemos concluido que los incentivos sectoriales, de manera estricta, no consisten en medidas generales de fomento, vamos a proceder a responder la pregunta de si los mismos suponen una ventaja económica para uno o varios operadores, ventaja que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades. El Reglamento de Desarrollo Productivo señala que los incentivos al desarrollo en la producción son primordialmente de carácter fiscal, de manera que procede analizar si los beneficios fiscales suponen una ventaja económica.

En el caso *Comisión vs. Gibraltar* la Comisión concluyó que una medida de carácter fiscal entraña en sí misma una ventaja económica por el simple hecho de que los demás operadores sí deben soportar las cargas fiscales de las que quedan excluidos los beneficiarios, de esta manera señaló que “la determinación [de ventajas] tiene una especial importancia en el caso de las medidas fiscales, ya que la existencia de una ventaja existe simplemente al verificarse una *imposición fiscal normal* para el resto de operadores²¹⁶”, en virtud de lo cual podríamos concluir que la coexistencia de beneficios fiscales junto medidas de imposición fiscal “normales” implica en sí misma una ventaja de carácter económico para aquel que se beneficia de la medida.

²¹⁶ Comisión Europea. Caso T-211/04 and T-215/04 *Government of Gibraltar v. Commission*. 15 de marzo de 2008.

ii) *¿Implica un carácter selectivo el otorgamiento de incentivos de incentivos sectoriales? (Dirigido a determinados operadores económicos o sectores)*

Este punto ya fue analizado a propósito de la determinación de medida general de los incentivos sectoriales, sin embargo es preciso analizar más a fondo el alcance de selectividad de esta medida, ya que este criterio constituye el punto determinante de la existencia de una ayuda pública. En este sentido la Comisión Europea dentro del caso *Comisión vs. Hungría* ha señalado lo siguiente:

En lo que respecta a la evaluación de la condición de selectividad, que es un factor constitutivo del concepto de las ayudas públicas, el artículo 107 (1) TFUE requiere la evaluación de si, en un régimen jurídico concreto, una medida estatal **es aquella que favorece a determinadas empresas o la producción de determinados bienes en comparación con otras empresas que se encuentren en una situación fáctica y jurídica similar**, según el objetivo que es perseguido por la medida en cuestión²¹⁷. (El resaltado es mío).

Ante lo cual entendemos que el carácter de selectividad se lo puede identificar al verificarse las siguientes condiciones: i) que la medida favorezca a determinadas empresas o sectores, y ii) que la medida beneficie únicamente a un grupo de operadores y excluya a otros de condiciones similares.

En el caso analizado el criterio de selectividad se aplicó en la medida en que i) los incentivos sectoriales benefician exclusivamente a las nuevas compañías que desarrollen actividades en zonas rurales fuera de las jurisdicciones de Quito y Guayaquil, bajo esta condición la medida excluye a las compañías que se hayan constituido con anterioridad a la emisión del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones a pesar de estar localizadas en zonas fuera de Quito y Guayaquil, de igual manera excluye del ámbito de su aplicación a las compañías localizadas dentro de las dos ciudades antes mencionadas. Los incentivos sectoriales implican asimismo una selectividad *de facto* al separar y restringir la posibilidad de su otorgamiento únicamente a nueve sectores, los cuales han sido denominados como sectores económicos priorizados.

Entendemos que estas condiciones han sido establecidas obedeciendo a principios

²¹⁷Comisión Europea. Caso (2010)3553. Hungría vs. Comisión. 9 de junio de 2010.

constitucionales de desarrollo especialmente dirigidos a zonas con graves desventajas económicas, cabe señalar sin embargo nuestro análisis no se enfoca en determinar la legalidad de estas medidas, ya que entendemos que esa será la tarea de la autoridad de control, nuestro estudio va dirigido a la explicación y determinación de la existencia de figuras jurídicas nuevas para el derecho de competencia local, en este sentido vale precisar que si bien algunas medidas pueden ir acorde a las demás disposiciones legales vigentes en el país, aquello no implica su licitud bajo el derecho de la competencia, así lo ha manifestado la Comisión Europea al señalar que “el hecho de que una medida sea compatible con la ley local, no implica su compatibilidad con reglas aplicables a las ayudas públicas”, nuestra finalidad con este análisis es establecer el carácter de ayuda pública de ciertas medidas públicas implementadas por el Estado.

iii) ¿Los incentivos sectoriales favorecen la producción de ciertos productos?

Al haber determinado la existencia de una ventaja de índole económica podemos inferir la existencia de condiciones que favorecen a incrementar la producción de los sectores beneficiados, En términos generales los incentivos sectoriales buscan favorecer la producción de ciertos productos (de los nueve sectores priorizados), y se enfocan principalmente en atender las fallas o condiciones económicas negativas de los sectores a los cuales están dirigidas.

En el caso ecuatoriano el otorgamiento de los incentivos sectoriales va encaminado a favorecer las condiciones de ciertos sectores en el mercado, a efectos de definir si esta medida favorece o no a la producción de productos de uno o varios operadores determinados, es preciso señalar en los mercados en los cuales compiten los operadores beneficiados existen también otros operadores que deben asumir cargas fiscales “comunes”, de manera que existe una ventaja, la Comisión Europea ha considerado que las “ayudas estatales fortalecen la posición del beneficiario comparado con otros operadores en el mercado²¹⁸” por lo cual en vista de que los incentivos sectoriales no son medidas general no se podría considerar que la posición de los beneficiarios se fortalece vis-à-vis con la

²¹⁸ *Ibíd.*

posición de sus competidores; finalmente cabe señalar que el fortalecimiento de un determinado operador implica el favorecimiento en sus actividades y por ende en la producción.

A efectos de explicar de mejor manera la incidencia de esta medida es preciso señalar un caso concreto, por ejemplo puede existir el caso de una compañía productora de papel y cartón localizada en Quito la cual debe asumir todas las cargas fiscales previstas en la ley, que deberá competir directamente con una compañía productora de papel y cartón localizada en Zaruma, misma que se beneficiaría de los incentivos sectoriales por razón de estar localizada en una zona rural, nos encontramos de esta manera frente a un caso de favorecimiento selectivo en el cual la posición de la compañía de Zaruma se vería fortalecida, generando como resultado un incremento en la producción o una mejora en los productos al contar con recursos adicionales que no nacen de por su propia eficiencia sino de la exención de cargas fiscales.

iv) ¿El otorgamiento incentivos de las medidas sectoriales distorsionan o amenazan con distorsionar la competencia?

Según explicamos anteriormente podemos considerar que los incentivos sectoriales otorgados a las nuevas inversiones y operadores que ingresen en los mercados atendidos por estos incentivos pueden constituir ventajas que implique una posición mas beneficiosa frente a sus competidores. A continuación se detallan los beneficios a los cuales accederían los beneficiarios de los incentivos sectoriales, en comparación con las condiciones de los operadores que no están localizados en zonas rurales y que por lo tanto no podrían acceder a dichos beneficios.

	INCENTIVOS PARA NUEVOS OPERADORES ECONOMICOS EN LOS SECTORES BENEFICIADOS CON LOS INCENTIVOS SECTORIALES	CONDICIONES EXISTENTES PARA LOS OPERADORES ECONOMICOS NO BENEFICIADOS
INCENTIVOS GENERALES	<ul style="list-style-type: none"> - Reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta; - Incentivos de ZEDES; - Deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta, como mecanismos para incentivar la mejora de productividad, innovación y para la producción eco-eficiente; - Beneficios en la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores; - Facilidades de pago en tributos al comercio exterior; - Deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación adicional para el pago del salario digno; - Exoneración del impuesto a la salida de divisas para las operaciones de financiamiento externo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Los operadores económicos deben pagar el impuesto a la renta que les corresponda sin derecho a reducciones. - El monto por compensación económica para alcanzar el salario digno se considera como gasto deducible para efectos del cálculo de impuesto a la renta.²¹⁹ - El impuesto a la salida de divisas debe ser pagado obligatoriamente por cualquier operador económico que transfiera, traslade, o envíe divisas al exterior, o cuando se realicen retiros de divisas desde el exterior con cargo a cuentas nacionales, con o sin la intervención de las instituciones que integran el sistema financiero.²²⁰

²¹⁹ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 10.9. Registro Oficial Suplemento 463 de 27 de noviembre de 2004.

²²⁰ Reglamento para la aplicación del impuesto a la salida de divisas. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento 336 de 14 de mayo de 2008.

INCENTIVOS PARA EL DESARROLLO REGIONAL	<ul style="list-style-type: none"> - Exoneración total del impuesto a la renta por el lapso de cinco años en caso de inversiones fuera de las jurisdicciones de Quito y Guayaquil²²¹. 	
INCENTIVOS PARA ZONAS DEPRIMIDAS	<ul style="list-style-type: none"> - A más de las anteriores existe se menciona el beneficio fiscal de la deducción del 100% del costo de la contratación de nuevos trabajadores por un lapso de cinco años. 	<ul style="list-style-type: none"> - Este beneficio aplica únicamente para el incremento neto de empleos que será deducible únicamente durante el primer año.²²²

Según consta en el cuadro de las diferencias existentes, resulta evidente que los operadores de los sectores que se benefician de los incentivos sectoriales gozarían de prerrogativas no propias ni inherentes a sus actividades, se podría considerar entonces que estas medidas consisten ayudas públicas por fortalecer la posición de los operadores que las reciben y que como tales conllevan implícita la posibilidad de falsear o distorsionar la competencia, según ha manifestado la Comisión Europea la distorsión en la competencia surge en la medida en que un operador que se beneficie de una ayuda compita otros

²²¹ Este beneficio aplica ya que los sectores beneficiados son considerados como prioritarios para el Estado. Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno. Artículo 9.1.

²²² Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno. Artículo 10.9

operadores que no se benefician de la misma ventaja²²³, lo cual según consideraciones de la Comisión, es hecho suficiente para que exista una posible distorsión a la competencia, al igual que la Comisión consideramos que la existencia de ventajas generadas por lo incentivos sectoriales las cuales favorecen únicamente a determinados operadores denota una posible distorsión en la competencia, adicionalmente dentro del caso Comisión vs. Grecia la autoridad ha manifestado que se respeta plenamente el derecho de los Estados de regular las actividades dentro de su territorio, sin embargo aquello no puede conllevar efectos de distorsión en la competencia²²⁴, ante lo cual podemos concluir que el otorgamiento de ventajas que benefician únicamente a ciertos operadores implica necesariamente la posibilidad de causar afectaciones a la competencia.

v) ¿Los incentivos sectoriales se otorgan a través de recursos del Estado?

De conformidad con lo señalado en el Código de la Producción y el Reglamento de Desarrollo Productivo los incentivos al desarrollo en la producción son primordialmente de carácter fiscal, y se dividen en tres clases.

i. *Incentivos Generales* que comprenden:

- Reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta;
- Incentivos para zonas económicas de desarrollo especial;
- Deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta, como mecanismos para incentivar la mejora de productividad, innovación y para la producción eco-eficiente;
- Beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores;
- Facilidades de pago en tributos al comercio exterior;

²²³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso (2010)3553. Hungría vs. Comisión. 9 de junio de 2010.

²²⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C 16/2010. Grecia vs. Comisión. 6 de julio de 2010.

- Deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación adicional para el pago del salario digno;
- Exoneración del impuesto a la salida de divisas para operaciones de financiamiento externo.

ii. Incentivos sectoriales para el desarrollo regional.- a fin de que ciertos sectores contribuyan al desarrollo de todo el país, principalmente al desarrollo rural se les reconoce la exoneración total del impuesto a la renta por el lapso de cinco años cuando se desarrollen inversiones nuevas en determinados lugares.

iii. Incentivos para zonas deprimidas.- a más de los descritos anteriormente, los incentivos para inversiones en zonas deprimidas gozarán además del beneficio fiscal de la deducción del 100% del costo de la contratación de nuevos trabajadores por un lapso de cinco años.

De esta manera entendemos que los incentivos sectoriales se basan fundamentalmente en la reducción de cargas fiscales a favor de las empresas que forman parte de los sectores favorecidos con los incentivos. Vale señalar que el otorgamiento de incentivos fiscales cualquiera sea la forma debe ser entendido como el uso y disposición de recursos estatales, por tanto se considera que las exenciones y otros beneficios fiscales se financian por el Estado y sus recursos, debido a que es el Estado quien en última instancia asume la carga negativa de los tributos que debían ser pagados que en virtud de las exenciones concedidas no ingresan a sus cuentas, en el caso concreto se elimina el ingreso proveniente del pago del impuesto a la renta, mismo que de no ser por la ventaja concedida hubiera pasado a formar parte del presupuesto general del Estado²²⁵.

Adicionalmente, dentro del caso *Groepsrentebox* referente a ayudas en forma de exenciones fiscales concedidas por el gobierno Neerlandés a distintas entidades financieras, la Comisión estimó que la intervención estatal en forma de exenciones fiscales implica

²²⁵ Comisión Europea. Caso N 58/07 – The Netherlands “Exenciones en biocombustibles”. 8 de mayo de 2007.

necesariamente el uso de recursos públicos²²⁶, en consecuencia dentro del escenario ecuatoriano materia de nuestro análisis podemos concluir que los incentivos sectoriales al tratarse estrictamente de beneficios fiscales estarían utilizando recursos públicos, y como tal cumpliría con una de las condiciones de la existencia de las ayudas públicas.

Finalmente, una vez que hemos contestado a las cinco preguntas sobre las ayudas públicas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- i) Las medidas propuestas mediante los incentivos sectoriales constituyen beneficios selectivos que como tales rompen el equilibrio que se desearía exista entre competidores.
- ii) La selectividad es el elemento fundamental que diferencia a las ayudas públicas de las llamadas medidas de carácter general, es decir, medidas indistintamente aplicables con carácter general a todas las empresas de todos los sectores de la economía de un Estado. Un sistema se considera selectivo, si las autoridades que lo administran gozan de cierto poder discrecional, además el criterio de selectividad también se cumple si el régimen se aplica sólo a una parte del territorio a un determinado sector²²⁷. Las medidas estatales son selectivas o generales, por lo tanto al verificarse que los beneficios van dirigidos únicamente a un grupo específico o a un determinado territorio, como sucede en el presente caso²²⁸, estaríamos hablando de medidas con efectos específicos, por lo tanto los incentivos sectoriales previstos en el Reglamento de Desarrollo Productivo no pueden ser vistos como medidas económicas generales.
- iii) Los incentivos sectoriales implican el uso de recursos estatales al materializarse a través de exenciones tributarias, mismas que como ya se ha visto son recursos públicos que dejan de ser recibidos por el Estado.

²²⁶ Comisión Europea. Caso C 4/2007. 7 de enero de 2007.

²²⁸ http://www.dfpni.gov.uk/index/finance/eag/eag-appraising-assistance-to-sectors/eag_stateaid.htm 21 de octubre de 2012.

3.2.3. Análisis y Determinación del Programa de fomento y desarrollo empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas MYPIMES

Continuando con el análisis de las medidas contenidas en el Decreto 757 es preciso analizar si las disposiciones detalladas en el programa de fomento y desarrollo empresarial de las micro, pequeñas y medianas empresas MYPIMES constituye una ayuda pública analizadas de conformidad con las cinco condiciones de las ayudas públicas.

Debe señalar que el papel de las MYPIMES es muy importante hoy en día debido a que contribuyen a la generación de fuentes de trabajo y explotan nuevas formas de desarrollo, como bien señala GÓMEZ las MIPYMEs “han tenido un papel preponderante en el desarrollo de las naciones, a pesar de los acelerados cambios tecnológicos, la globalización y las desventajas que enfrentan con respecto a las grandes compañías²²⁹”, y es precisamente en virtud de aquellas desventajas que los Estados promueven políticas generales de fomento para incentivar su desarrollo y crecimiento.

Para el caso ecuatoriano la corriente de economía popular y solidaria fomenta la creación de normas y políticas públicas encaminadas a “reconocer, potenciar y desarrollar formas de producción, distribución, circulación y consumo” lo cual se aplica las empresas que ponen en ejecución planes y proyectos nuevos enfocados en la mejora de la mano de obra e incremento de la producción²³⁰, sin embargo a pesar de todas estas consideraciones debemos recordar lo que mencionamos en líneas anteriores, a pesar de que las medidas vayan de conformidad con los intereses y las políticas estatales, lo que se debe analizar son los efectos de los beneficios únicamente a efectos de determinar si se tratan de ayuda públicas o medidas generales de desarrollo. Con esa finalidad vamos a proceder a responder las cinco preguntas de las ayudas públicas de la siguiente manera:

²²⁹ Alicia Gómez, *et al.* *Restricciones a la financiación de la PYME en México: una aproximación empírica*. México: Universidad Autónoma Metropolitana – Azcapotzalco, 2009, pp 217-38.

²³⁰ Coraggio citado en María Granja. *Factores determinantes de acceso y racionamiento del crédito en las MIPYMEs ecuatorianas*. http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/2012_Factores_determinantes_de_acceso_y_racionamiento_del_credito_en_las_MIPYMEs_ecuatorianas.pdf (acceso: 20/09/2012).

i) ¿El programa de fomento y desarrollo de MYPIMES supone o puede suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades?

A efectos de establecer si la medida analizada implica una ventaja de carácter económico es necesario conocer en qué consiste el programa de fomento y desarrollo, de esta manera el acápite segundo del Reglamento de Desarrollo Productivo señala las políticas de fomento productivo a ser implementadas por parte de entidades públicas hacia el sector privado en particular, consisten principalmente en recursos destinados a las micro, medianas y pequeñas empresas (MYPIMES)²³¹, los programas de fomento a su vez se complementan con la oferta de servicios de desarrollo empresarial, programas de apoyo a cada sector, contactos empresariales, generación de oportunidades de nuevos mercados y apoyo en el desarrollo tecnológico.

El Reglamento de Desarrollo Productivo señala que estos programas son de libre acceso y por un tiempo limitado, adicionalmente dispone que deben contar con un reglamento que detalle los mecanismos de cofinanciamiento, decisión y ejecución, guías de gestión y resultados, para acceder a los beneficios se dispone que las empresas interesadas deben registrarse en un Registro Único de MYPIMES (RUM) creado con la finalidad de generar un sistema de información que permita contar datos de cada sector para delimitar las políticas necesarias de asistencia y asesoramiento adecuado. Las medidas a favor de las MYPIMES se otorgan de manera sectorial y descentralizada con la participación de gobiernos autónomos descentralizados y actores productivos locales²³², para lo cual se

²³¹ De conformidad con lo señalado en el Reglamento de Desarrollo Productivo las MYPIMES son las siguientes:

- a.- Micro empresa: Es aquella unidad productiva que tiene entre 1 a 9 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales iguales o menores de cien mil (US \$ 100.000,00) dólares;
- b.- Pequeña empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 10 a 49 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre cien mil uno (US \$ 100.001,00) y un millón (US \$ 1000.000,00) de dólares y,
- c.- Mediana empresa: Es aquella unidad de producción que tiene de 50 a 199 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno (USD 1.000.001,00) y cinco millones (USD 5000.000,00) de dólares.

²³² Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Artículo 112. Registro Oficial Suplemento 450 de 17 de mayo de 2011.

deben definir las políticas y los mecanismos para calificar y seleccionar operadores, así como los principios y criterios generales para la selección de beneficiarios, ejecución en general, monitoreo y evaluación.

Los beneficios concedidos pueden ser mecanismos de financiamiento, y demás programas de desarrollo y fomento productivo, los cuales deben ser entregados únicamente a través de “operadores calificados”, los operadores calificados son agencias operadoras de programas de desarrollo, que pueden ser personas jurídicas de derecho privado, organizaciones civiles y organismos públicos creados para tales efectos por parte de las instituciones públicas que realizan la transferencia de recursos a operadores privados. A efectos de determinar si las medidas antes descritas implican una ventaja económica consideramos que será necesario evaluar cada caso en particular dependiendo de los beneficios otorgados dentro de cada *programa de desarrollo y fomento productivo*, en términos generales la jurisprudencia ha determinado que los tipos de ayudas dirigidos a las PYMES consisten en i) ayudas a las inversiones, ii) ayudas a la investigación, iii) ayudas para la asesoría y difusión de conocimientos, y iv) ayudas a la formación de los trabajadores que se conceden en forma de subvenciones o bonificaciones de intereses²³³, como hemos visto en el primer capítulo de este trabajo la intervención estatal puede tomar varias formas, siendo las más importantes las siguientes²³⁴:

- Compensaciones previstas en el Presupuesto General del Estado;
- Exenciones fiscales;
- Inyecciones de capital o financiamiento;
- Garantías estatales;
- Asunción de obligaciones económicas;
- Transferencia de bienes estatales con facilidades de pago;

Cada una de estas implica el otorgamiento de ventajas de índole económico, por lo tanto sin conocer cuáles son específicamente los mecanismos que van a implementarse,

²³³ Comisión Europea. Caso: N 13/2000 Aragón - España Ayudas a las PYMES. 10 de abril de 2010.

²³⁴ Comisión Europea. Caso C 20/2009. (Caso La Poste Bélgica). 13 de julio de 2009.

solo podemos adelantar que si el beneficio se lleva a cabo con cualquiera de las modalidades descritas anteriormente nos encontraríamos frente a una medida que supone una ventaja. En este sentido, en el caso de ayudas a las PYMES de Aragón- España la Comisión concluyó que las ayudas públicas a las MYPIMES representan beneficios económicos al señalar lo siguiente:

Las ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas ofrecen una ventaja a los beneficiarios y pueden afectar a los intercambios comerciales intracomunitarios dado que muchas PYMES exportan parte de su producción a otros Estados miembros y que, en la mayoría de los sectores, el reforzamiento de la posición de las PYMES en su mercado nacional o local dificulta a los otros productores de la Comunidad su penetración en él. Estas ayudas por tanto están sometidas a la prohibición de las ayudas estatales prevista en el artículo 87 apartado primero del Tratado CE²³⁵.

En este sentido podemos concluir que las medidas otorgadas a favor de las PYMES o MYPIMES en Ecuador implican ventajas ya que contribuyen con el reforzamiento de la posición de cada empresa beneficiaria en el mercado.

A pesar de la ambigüedad de la norma el Reglamento de Desarrollo Productivo dispone que uno de los mecanismos de apoyo a implementarse puede ocurrir mediante financiamiento a las MYPIMES, por lo tanto nos vamos a centrar en el análisis de ese mecanismo; en el caso *La Poste* la Comisión estimó que en la medida en que el financiamiento se lo haga en condiciones normales de mercado, como lo haría un inversor privado, éste no estará sometido al control referente a las ayudas públicas, sin embargo en caso de que el financiamiento o la inyección de capital sean efectuados a manera de compensaciones se estaría hablando de ayudas públicas²³⁶ cuya compatibilidad debe ser analizada por la autoridad de control, ante lo cual podemos inferir que en el caso ecuatoriano se deberá analizar si el financiamiento otorgado a las MYPIMES por parte del Estado se lo ha efectuado en condiciones normales de mercado como lo haría un inversor privado, para partiendo de eso analizar si una medida implica o no ventajas de índole económico.

²³⁵ Comisión Europea. Caso SG(2000) D/103010 Ayuda de Estado N 13/2000 Aragón – España. 10 de abril del 2000.

²³⁶ Comisión Europea. Caso C 20/2009. (Caso La Poste Bélgica). 13 de julio de 2009.

ii) *¿El programa de desarrollo y fomento de las MYPIMES es de carácter selectivo? (determinados operadores económicos o sectores)*

A partir de la descripción de las medidas a favor de las MYPIMES creemos necesario analizar si las mismas tienen el carácter de general o selectivas, dentro del régimen legal ecuatoriano las medidas otorgadas a favor de las micro, medianas y pequeñas empresas comprenden el otorgamiento de recursos en la forma de mecanismos de financiamiento, subsidios, y demás programas de desarrollo y fomento productivo, sin señalar ninguna forma ni mecanismo de selectividad o discrecionalidad de la autoridad, es decir las medidas otorgadas son concedidas a todas las MYPIMES.

Se considera que una política pública es selectiva si las autoridades que las conceden gozan de un poder discrecional para su otorgamiento, según se señalado la jurisprudencia la discrecionalidad surge cuando alguna autoridad posee el poder de ajustar su apoyo bajo un número de consideraciones tales como la elección de los beneficiarios, el monto de la asistencia financiera, y las condiciones de cómo y cuándo la medida debe ser concedida²³⁷, de esta forma, las medidas generales que se aplican uniformemente a todos los operadores que tienen similares condiciones legales y económicas, y sin hacer ninguna distinción no pueden ser consideradas como ayudas públicas, el hecho de que la ayuda sea más beneficiosa en términos económicos para un operador es un factor irrelevante al momento de determinar si la medida consiste una ayuda pública²³⁸, en este sentido los beneficios concedidos a las MYPIMES no son selectivos analizados desde el punto de vista del operador que obtiene las ventajas, sino que el criterio de selectividad debe ser aplicado desde la óptica de a quién van dirigidos tales beneficios.

Por lo cual consideramos que el programa de fomento para las MYPIMES no constituye una medida creada con la finalidad de fomentar la producción de ciertos operadores económicos, y por tanto constituye una medida general que se encuentra siempre disponible a todas las micro, medianas y pequeñas industrias sin discriminación

²³⁷ Comisión Europea. Caso C-241/94 Ayuda Pública- Francia. 7 de mayo de 1994.

²³⁸ Nir YAMIN. Political Enforcement Of State Aid Restrictions Under The Ec-Treaty. *Óp. cit.* p. 34.

alguna²³⁹, por lo cual en este caso estaríamos hablando de una política general de fomento, ya que los incentivos previstos a favor de estas empresas no constituyen una ventaja económica para uno o varios operadores determinados sino que van dirigidas a todo el grupo de MYPIMES.

iii) ¿El programa de fomento y desarrollo de las MYPIMES es una ventaja que distorsiona, o amenaza con distorsionar la competencia?

Consideramos que la posibilidad de distorsionar o no la competencia parte de la condición de que la medida sea selectiva, es decir que vaya dirigida a un operador o varios operadores específicos, en el presente caso el hecho de que un operador obtenga mayores beneficios que otro y que ello conlleve una amenaza a la competencia no implica que la medida constituya una ayuda pública, ya que como se ha explicado el programa de fomento y desarrollo a favor de las MYPIMES es una medida de carácter general.

iv) ¿El programa de fomento y desarrollo de las MYPIMES es una ventaja que distorsiona, o amenaza con distorsionar la competencia?

Para responder esta pregunta es preciso señalar que la selectividad de la medida y sus ventajas se deben analizar dentro de un régimen jurídico concreto, es decir si una medida puede favorecer a determinadas empresas en comparación con otras que se encuentren en una situación similar o comparable²⁴⁰, de esta debemos recordar que las medidas del programa de fomento son de carácter general y no selectivo, ya que se encuentra disponibles para todos los operadores que forman parte del sector, por lo cual podemos concluir que el programa de fomento y desarrollo de las MYPIMES no constituye un medio que pueda suponer la generación de un ventaja exclusiva para ciertos operadores, al

²³⁹ *Ibíd.*

²⁴⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C-88/03 Portugal vs. Comisión. 6 de septiembre de 2006.

contrario, esta medida al ser puesta a disposición de todos los operadores dentro del sector MYPIMES, puede beneficiar a todos los operadores que accedan a las ventajas.

Ante lo cual consideramos que esta medida en sí misma no amenaza con distorsionar la competencia, valga recalcar que el mero hecho que un operador obtenga mayores beneficios frente a los otros no es un factor determinante, lo que marca la diferencia es la oportunidad y posibilidad de acceder a las ventajas.

v) *¿El programa de fomento y desarrollo de las MYPIMES es otorgado con recursos estatales?*

El Reglamento de Desarrollo Productivo indica que las políticas de fomento productivo para las MYPIMES serán implementadas por parte de entidades públicas para lo cual las empresas deben cumplir con el requisito de estar registradas en el Registro Único de MYPIMES (RUM), de igual manera dispone que los beneficios serán entregados a través de “operadores calificados”, los cuales pueden ser personas jurídicas de derecho privado, organizaciones civiles y organismos públicos creados para tales efectos por parte de las instituciones públicas que realizan la transferencia de recursos públicos.

Ante lo cual podemos distinguir dos niveles dentro de este tipo de medidas otorgadas a las MYPIMES, en el primer nivel estarían los “operadores calificados” que son las organizaciones que recibirían los recursos directamente del Estado o de las municipalidades, los cuales están facultados para proveer los servicios de asesoría de manera directa; en un segundo nivel estarían las compañías que se beneficiarían de los servicios ofrecidos por los operadores calificados, y estaría formado por todas las MYPIMES debidamente registradas en el RUM. Se estima por lo tanto que los operadores económicos localizados en el segundo nivel van a aprovechar de los recursos entregados sin tener que asumir costos adicionales.

Este esquema de medidas a favor de las PYMES fue puesto en marcha en Dinamarca en el año 2005, con la particularidad de que los operadores calificados eran empresas

privadas ya constituidas que se dedicaban a la prestación de servicios de consultoría²⁴¹, mecanismo que según el criterio de la Comisión tuvo la consideración de ayudas públicas indirectas al estar dirigidas a las PYMES de una determinada región mediante aplicando la concesión de beneficios en dos niveles,

Bajo este esquema en el Ecuador los recursos públicos pasarían a través de los operadores calificados del primer nivel, para luego ser distribuidos entre las empresas inscritas en el RUM, al ser los operadores calificados simples medios para la ubicación de los fondos, la naturaleza de ser recurso público no se pierde, por lo cual los beneficios otorgados a las MYPIMES provendrían de recursos económicos estatales. Resulta evidente que este mecanismo es el mismo mecanismo que se aplicó en Dinamarca, en el caso ecuatoriano sin embargo no estaríamos hablando de ayudas públicas, ya que como se ha dejado claro las ventajas concedidas a las MYPIMES son medidas de carácter general.

Finalmente, una vez que hemos contestado a las cinco preguntas sobre las ayudas públicas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- i) Las medidas propuestas en *el programa de fomento y desarrollo de las MYPIMES* constituyen beneficios generales, por lo tanto no cumplen con la condición fundamental de las ayudas públicas, sus beneficios van dirigidos de manera global sin aplicar distinciones el momento de su concesión.
- ii) Si bien se ha logrado establecer que las medidas son otorgadas mediante recursos públicos, no es posible identificar ventajas selectivas, favorecimiento en la producción de determinados productos ni falseamiento de la competencia que tenga como punto de partida el otorgamiento de esos beneficios ya que los mismos nacen de medidas generales de fomento y desarrollo.
- iii) Estas medidas no pueden ser consideradas como ayudas públicas desde la perspectiva del derecho de la competencia.

²⁴¹ Comisión Europea. Caso N 214/2005 – Denmark “State Aid for promoting SMEs’ use of IT and e-business”. 15 de Julio de 2005.

3.3. Temporalidad de los Mecanismos de Intervención Directa

En países donde es obligatoria la notificación *ex ante* y la autorización de ayudas públicas, es prioritario que los informes describan el tipo de ayuda a implementarse y detallen el monto total de la medida en términos numéricos, así como la duración que la ayuda tendrá una vez que sea implementada²⁴². En relación al tiempo de duración de las medidas la doctrina sugiere que el hecho de que las ayudas públicas tengan un carácter temporal y limitado contribuye al efecto incentivador de la ayuda ya que se entiende que los operadores mejorarán su actividad teniendo acceso a recursos o ventajas ocasionales que en términos normales no estarían disponibles²⁴³, podríamos entonces señalar que con la finalidad de que las ayudas públicas cumplan con sus objetivos es necesario que las mismas tengan un límite, es decir que estén disponibles por un tiempo definido.

Dentro de los tres esquemas analizados, se logró determinar que dos de ellos constituyen ayudas públicas que han sido implementados en el Ecuador desde el año 2011, según hemos señalado la legislación internacional dispone que es un requisito fundamental el hecho que las ayudas públicas tengan un carácter temporal, sin embargo eso no se ha cumplido en las ayudas públicas vigentes en el Ecuador, únicamente los incentivos sectoriales señalan un margen de duración de las ventajas otorgadas, tal es el caso de la exoneración total de pago de impuesto a la renta y el monto total de contratación de nuevos empleados se establece que dicha medida estará vigente por el lapso de cinco años; sin embargo esta referencia a la duración de la medida tampoco es completa ni satisfactoria ya que la misma hace referencia a la duración de la medida específica una vez sea implementada, en este sentido la Comisión Europea ha señalado que “la Comisión no considera a ninguno de los elementos de la ayuda de forma aislada [...] la Comisión considera a toda la secuencia de acciones del Estado como "la medida ", y evalúa el efecto del toda la ayuda pública”, este criterio aplica también para el análisis de la duración de la medida, la cual como se ha dicho no puede estar vigente por tiempo indefinido. En el caso ecuatoriano, las ayudas públicas descritas, analizadas como conjunto no señalaron un

²⁴² *Ibíd.*

²⁴³ Marco Comunitario sobre Ayudas Estatales de Investigación y Desarrollo e Innovación. *Óp. cit.*

plazo de duración lo cual implicaría una duración por tiempo indefinido

CAPÍTULO IV
COMPARACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS AYUDAS
PÚBLICAS
COMUNIDAD EUROPEA – ECUADOR

4.1. Control *Ex Ante* aplicado en la Comunidad Europea

Dentro del marco regulatorio de la Comunidad Europea el artículo 108 del Tratado UE señala que los países que vayan a implementar ayudas públicas nuevas o para modificar las ya existentes deberán informar a la Comisión Europea con suficiente antelación para que ésta pueda presentar sus observaciones antes de decidir negarla o no presentar objeción para su implementación por considerarla compatible con el mercado. Este mecanismo de control de Comunidad Europea faculta a la vez a la Comisión Europea a examinar permanentemente los regímenes de ayudas existentes, y en caso de que se llegase a comprobar que una ayuda estatal esa dejado de ser compatible con el mercado, o que la ayuda permitida se aplica de manera abusiva la Comisión podrá decidir que la medida se modifique o se suprima dentro del plazo que disponga para el efecto.

El Reglamento 659 de 22 de marzo de 1999 de la Comunidad Europea detalla el procedimiento a aplicarse para el control *ex ante* de ayudas públicas, basado en la presentación de una notificación antes de llevar a cabo cualquier medida, procedimiento que se detalla a continuación:

PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE AYUDAS PÚBLICAS COMUNIDAD EUROPEA		
1	Notificación²⁴⁴	Cualquier Estado miembro interesado en implementar algún tipo de ayuda deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda. La notificación deberá ser completa y contener toda la información necesaria para que la Comisión pueda emitir su pronunciamiento.
1.1	Efecto suspensivo²⁴⁵	Mientras la Comisión no haya emitido su pronunciamiento en relación a la autorización de la ayuda, el mecanismo no podrá llevarse a cabo.
2	Examen previo de la notificación²⁴⁶	<p>i) La Comisión llevará a cabo un examen previo una vez la notificación sea recibida, y si llegara a comprobar que la medida notificada no constituye ayuda lo establecerá mediante una decisión.</p> <p>ii) Por otra parte si del examen previo se comprueba que la medida notificada es ayuda pero no se discute su compatibilidad con el mercado la Comisión emitirá una Decisión de no formular objeciones especificando bajo qué excepción la medida es compatible.</p> <p>iii) Si después del examen previo se comprueba que la medida podría ser incompatible con el mercado la Comisión decidirá el inicio del procedimiento de investigación formal.</p> <p>La Comisión tiene dos meses contados desde la recepción de la notificación para tomar cualquiera de las tres decisiones, de no hacerlo en el plazo señalado se entenderá que la ayuda ha sido autorizada.</p>
3	Procedimiento de investigación formal²⁴⁷	En la Decisión de iniciar el procedimiento formal de investigación la Comisión deberá detallar las razones de hecho y de derecho que motivan las dudas sobre la incompatibilidad de la ayuda propuesta con el mercado, y se solicitará al Estado a presentar sus observaciones.
4	Decisión de concluir con el procedimiento de investigación formal²⁴⁸	<p>i) Si el Estado ha modificado la ayuda y la Comisión comprueba que la medida no constituye ayuda estatal lo declarará a través de una Decisión.</p> <p>ii) Si el Estado ha modificado la ayuda y la Comisión comprueba que la medida es compatible con el mercado lo</p>

²⁴⁴ Reglamento (CE) No 659/1999 Comisión Europea (1999). Artículo 1.

²⁴⁵ Reglamento (CE) No 659/1999 Comisión Europea (1999). Artículo 3.

²⁴⁶ Reglamento (CE) No 659/1999 Comisión Europea (1999). Artículo 4.

²⁴⁷ Reglamento (CE) No 659/1999 Comisión Europea (1999). Artículo 6.

²⁴⁸ Reglamento (CE) No 659/1999 Comisión Europea (1999). Artículo 7.

		declarará a través de una Decisión. iii) Si la Comisión comprueba que la medida no es compatible con el mercado decidirá que no se ejecute la ayuda a través de una Decisión Negativa.
--	--	---

Existen sin embargo dos casos en los cuales las ayudas públicas no deben ser notificadas, se trata de la exclusión de algunas ayudas que no sobrepasen ciertos umbrales, la llamada regla del *mínimis*, y las exenciones por grupos, que se tratan de ayudas que debido a implicaciones interés social y regional han sido excluidas de la obligación de notificación.

La regla del *mínimis* consiste en el establecimiento de parámetros o umbrales en base a los cuales se determinará si una medida debe o no cumplir con el requisito de notificación ante la autoridad de control a efectos de que la medida sea autorizada en algunos casos, o para la verificación de su compatibilidad y validez en otros. MARCOS considera que el fundamento para la aplicación de la norma del *mínimis* recae en la consideración de que el monto de tales medidas es demasiado reducido como para afectar al comercio de manera significativa, otro fundamento para la exención del *mínimis* consiste en el establecimiento de un criterio selectivo a efectos de no recargar de procedimientos a la autoridad de control con la finalidad de que sean analizados los casos de mayor interés e importancia.

MARCOS asimismo señala que la aplicación de las reglas del *mínimis* en el caso de ayuda públicas debe ser restringida en vista de que la conducta prohibida procede del Estado y por lo tanto requiere un control más estricto²⁴⁹, no compartimos este criterio ya que al momento de otorgar una ayuda pública mediante recursos estatales la entidad encargada de establecer la medida debe realizar un análisis exhaustivo de las condiciones que motivan su otorgamiento de lo cual se entiende que ya se ha llevado a cabo un control previo, por lo cual someter a consideración y revisión de la autoridad todos los procedimientos de ayudas públicas ocasionaría una recarga ineficiente de trabajo además se debe tomar en consideración que no todas las medidas implican grandes montos esto quiere

²⁴⁹ María Marcos Martín. *Problemas Procesales En El Control de Las Ayudas de Estado en Derecho Comunitario*. Madrid: Editorial DYKINSON S.L., 2006, p.38.

decir que existen medidas que debido a su pequeño importe no significan una amenaza real ni potencial a la competencia.

En ese sentido dentro del régimen comunitario europeo el Reglamento 1998/2006 detalla la aplicación de las reglas del *mínimis* para las ayudas públicas, y establece que debido a la experiencia en el campo de ayudas públicas, las medidas que no exceden de un límite máximo de 200 000 euros, que hayan sido concedidas durante un período de tres años no afectan al comercio y/o no falsean o amenazan con falsear la competencia y, por consiguiente, no son sujetos de notificación obligatoria.

Otra excepción a la obligación de notificación obligatoria es la contenida en las exenciones por categorías, entre ellas constan las ayudas públicas a la formación²⁵⁰ y ayudas a las pequeñas y medianas empresas²⁵¹, de esta manera quedan exentas de la obligación de notificación las ayudas destinadas a la inversión de activos materiales e inmateriales que cumplan con ciertas condiciones de intensidad (montos máximos de ayudas) y también las ayudas para consultoría u otras actividades relacionadas a la empresa siempre y cuando no sobrepasen ciertos umbrales.

4.2. Control *Ex Post* aplicado en Ecuador

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que con la finalidad de control y evaluación de las ayudas públicas, éstas deben ser notificadas ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a más tardar después de quince días de haber sido otorgadas o establecidas²⁵², este procedimiento se trata de un control *ex post* de las ayudas públicas es decir que su control se lo realiza una vez que las medidas ya han sido implementadas por la autoridad pública encargada de su otorgamiento, sin embargo cabe señalar que no todas las medidas deben ser notificadas, la legislación local contempla la

²⁵⁰ Reglamento (CE) 68/2001 (2001) relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación.

²⁵¹ Reglamento (CE) 70/2001 Comisión Europea (2001) relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas.

²⁵² Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 30.

existencia de la regla del *mínimis* lo cual quiere decir que ciertas ayudas que no sobrepasen ciertos umbrales están exentas de notificación²⁵³, esta prerrogativa ha sido implementada partiendo del análisis de que ciertas medidas en virtud de su bajo importe no conllevan efectos negativos en el mercado, por lo cual poner en marcha todo el procedimiento de notificación y control implica un gasto innecesario para la administración, es decir el tiempo y recursos utilizados para el análisis sería superior al importe de la ayuda concedida. La ley local establece que el umbral para las notificaciones de las ayudas públicas es aquel establecido por la Junta de Regulación, el cual según señala el Reglamento de la LORCPM es de \$500000²⁵⁴, es decir, las ayudas que no sobrepasen ese monto no deberán ser notificadas ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

El procedimiento de notificación y control de las ayudas públicas en el Ecuador implica i) que la medida debe ser notificada hasta quince días después de haber sido implementada dentro de los umbrales señalados por la regla del *mínimis*, ii) en caso de que llegare a faltar la notificación obligatoria la ayuda tendría el carácter de ilegal²⁵⁵, el hecho de que la medida entre en vigencia tras haber sido implementada conlleva que el acto administrativo mediante el cual se otorga la ayuda pública se presumirá legítimo y ejecutable²⁵⁶ para cuando éste sea notificado ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, asumiendo que la ayuda pública implementada no presenta objeciones por parte de la autoridad de competencia el control de la misma no tendría ninguna consecuencia, sin embargo en caso de que la medida presente objeciones la autoridad de control se va a enfrentar a un proceso bastante complejo y demorado que conlleva la ilegalidad del acto administrativo por el cual se concedió la ayuda pública, en este

²⁵³ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 34.

²⁵⁴ Reglamento Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Disposición Transitoria Segunda.

²⁵⁵ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 30.- Notificación de Ayudas Públicas.- Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo precedente serán notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a más tardar después de quince días de haber sido otorgadas o establecidas.

²⁵⁶ Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. ERJAFE. Artículo 68.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto. Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. ERJAFE. Artículo 68. Registro Oficial 536 de 18 de marzo del 2002.

escenario la autoridad deberá en primer lugar declara la ilegalidad de la ayuda concedida, en segundo lugar deberá impugnar el acto administrativo siguiendo el procedimiento legal vigente, y en tercer lugar impedir que la ayuda pública se siga implementando es decir deberá suspender el acto administrativo que se impugna, según lo previsto en la ley ecuatoriana los actos administrativos deben cumplirse desde el momento que se dictan.

En este caso existirían dos actos normativos contradictorios, uno que establezca la implementación de una ayuda pública y otro que señale la ilegalidad de la ayuda concedida, pensaríamos que lo más conveniente hubiera sido que el legislador ecuatoriano adopte el mecanismo de control que ha utilizado la Comunidad Europea, el control *ex ante* de las ayudas públicas, para evitar de esa manera los procesos largos, complejos y burocráticos que va a implicar la remoción de una ayuda pública en el Ecuador, sin embargo contamos con un control de ayudas *ex post*, que puede resultar bastante ineficiente para cumplir con la finalidad que implica la remoción de las ayudas públicas, que consiste en impedir la distorsión de la competencia.

Otro posible efecto del control *ex post* de las ayudas públicas se evidencia en relación a los derecho adquiridos que implica el otorgamiento de una ayuda mediante un acto administrativo, entendido como la manifestación de la voluntad del Estado, en este caso nos preguntamos qué ocurriría en caso de que tras efectuarse el control *ex post* de la ayuda se verifique que la misma no es compatible o que ha sido otorgada en exceso, cuando la autoridad emita su dictamen solicitando la remoción, o la rebaja de la ayuda, podrían los beneficiarios de la medida argumentar que se trata de un derecho adquirido y que se está atentando contra el principio de la confianza legítima²⁵⁷, en estos casos la jurisprudencia de la Comunidad Europea ha señalado que el principio de la confianza legítima se debe basar en el análisis que lo debe llevar a cabo todo agente económico diligente al cerciorarse que el beneficio que está recibiendo ha seguido todo el procedimiento que manda la ley para el otorgamiento de las ayudas públicas, en este sentido el Tribunal de Justicia UE señaló que las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, , depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se haya concedido observando el debido procedimiento

²⁵⁷ El principio de la confianza legítima se ha analizado en la Comisión Europea dentro de la procedencia de la recuperación de las ayudas públicas.

ya que todo agente económico diligente debe comprobar si la ayuda que va a recibir ha sido otorgada de conformidad con el procedimiento legal²⁵⁸, consideramos que este argumento es válido dentro del ámbito de control de la Unión Europea donde se aplica un control *ex ante* y el procedimiento legal que debe respetar incluye una notificación antes de que la medida sea implementada.

Sin embargo en el caso ecuatoriano la autoridad no podría argumentar que el beneficiario de la ayuda no ha sido diligente al no verificar que el procedimiento legal de la ayuda se ha cumplido a cabalidad antes de su otorgamiento, ya que no existe procedimiento legal previo, como hemos visto en el escenario ecuatoriano las ayudas se implementan y posteriormente se notifican, consideramos que este sistema podría acarrear a más de problemas burocráticos en cuanto a la remoción de los actos administrativos, también problemas de índole constitucionales en virtud de posibles violaciones a derechos previstos en la Carta Magna.

4.3. Evaluación Permanente de las Ayudas Públicas

Dentro del régimen de control de las ayudas públicas de la Comunidad Europea adicionalmente a la obligación de notificación por parte del Estado, la Comisión de la Comunidad Europea tiene la facultad de realizar un control permanente de las ayudas concedidas e investigar las denominadas ayudas ilegales las cuales son medidas que se han implementado contraviniendo o desatendiendo el procedimiento de notificación previa, en caso de que la Comisión considere que la ayuda es ilegal e incompatible con el mercado puede solicitar su suspensión o recuperación en las siguientes circunstancias:

- Cuando de conformidad con la práctica comercial establecida no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida de que se trate;
- Cuando exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor;

²⁵⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C-169/95. 14 de enero de 1997.

- Cuando sea urgente la intervención de la Comisión.

La recuperación de la ayuda consiste en recibir los montos entregados por concepto de ayuda pública la cual deberá ser recuperada de conformidad con lo establecido en la resolución que ordene la recuperación junto con los intereses devengados desde la fecha en que la medida estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación. Adicionalmente la jurisprudencia ha establecido que los Estados pueden implementar mecanismos de control internos con la finalidad de evitar la acumulación de ayudas públicas, de esta manera el beneficiario de la ayuda no puede optar al mismo tiempo de otros programas de desarrollo u otras formas de ayuda que se financien del presupuesto nacional que sean entregadas o puestas en marcha bajo esquemas locales o nacionales que cubran los mismo costos que pretende cubrir la cual la ayuda recibida²⁵⁹.

En el caso ecuatoriano también se ha previsto la facultad de control permanente de las ayudas públicas concedidas, de esta manera la LORCPM señala que la Superintendencia de Control tiene la facultad de realizar una evaluación y control permanente de las ayudas concedidas y en caso de que la Superintendencia llegare a comprobar que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley, mediante informe motivado promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine²⁶⁰.

Por regla general las autoridades de control están facultadas para controlar y revisar permanentemente las ayudas otorgadas, teniendo la facultad de suspender, remover, o modificar las ayudas que lleguen a considerarse ilegales. A efectos de decidir sobre la validez y compatibilidad de la medida las autoridades de control deben tomar en cuenta lo siguiente:

- Para determinar la validez de la ayuda, en el caso europeo, la medida debe ser notificada con anterioridad a ser implementada dentro de los parámetros ordenados por

²⁵⁹ Comisión Europea. Caso SA.33157 (2011/N) Ayuda estatal en la inversión de empresas agrícolas bajo la forma de exenciones fiscales. 6 de septiembre de 2011.

²⁶⁰ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 34.

la regla del mínimis. En el caso ecuatoriano la medida debe ser notificada hasta quince días después de ser implementada dentro de los umbrales señalados por la regla del mínimis en caso de que llegare a faltar la notificación obligatoria la ayuda tendría el carácter de ilegal.

- Para determinar la compatibilidad, no se han establecido parámetros legales, simplemente se dice, en el caso europeo, que la medida no sea incompatible con el mercado, y en el caso ecuatoriano que la medida no vaya en contra del bienestar del consumidor ni afecte los objetivos de la LORCPM, de esta manera podríamos entender que las ayudas públicas en el Ecuador son compatibles en la medida en que éstas busquen la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, enfocados en el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible²⁶¹ que implica el reconocimiento y fomento de nuevas formas de producción como un mecanismo enfocado en lograr primordialmente el desarrollo humano, en virtud de que el sistema económico ecuatoriano reconoce a la persona como sujeto y fin de sus políticas públicas.

Adicionalmente, existen algunos lineamientos establecidos por la Comunidad Europea, que podrían servir de guía a la autoridad de control ecuatoriana al momento de efectuar el análisis de compatibilidad de las ayudas públicas, los cuales disponen que la autoridad de control deberá analizar en particular lo siguiente::

- Si la medida es otorgada a un operador económico atravesando dificultades económicas, las autoridades deben evaluar por ejemplo en casos de préstamos que para los operadores en dificultades económicas existirá un margen más alto de incumplimiento en comparación al margen esperado de otros operadores en condiciones normales tal como ocurrió en España en el año 2009 en este caso la medida implementada por España consistió en la inyección de capital a una caja de ahorros llamada CajaSur, a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

²⁶¹ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 1

(FROB), según lo dispuesto en el Decreto Real 9/2009 relativo a la “Reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios de las entidades de crédito”. La Comisión consideró que la medida propuesta para la recapitalización no era algo que haría un inversor privado quien en condiciones normales del mercado espera recibir beneficios económicos de sus inversiones, estimó que en este caso un inversor privado no destinaría una gran cantidad de fondos a una empresa que está atravesando pérdidas la cual no sería capaz de repartir utilidades debido a su baja liquidez, sin embargo señaló que las autoridades españolas en vista de la grave situación de CajaSur y a fin de evitar un desequilibrio en los mercados financieros consideraron que esa medida era adecuada, la Comisión señaló que España conocía con certeza que CajaSur no cumplirá con las obligaciones de pago de la línea de crédito, por lo que concluyó que las medidas tomadas por España otorgaban un ventaja selectiva a favor de CajaSur, sin embargo en virtud de las graves perturbaciones económicas que estaba atravesando España la Comisión resolvió declarar que la ayuda era compatible y no presentó objeciones²⁶²,

- Si el alcance de la medida ha sido proporcionalmente medido al momento de su otorgamiento, se considera que la medida es proporcional solo cuando no puede lograrse el mismo resultado con una medida menos falseadora de la competencia por lo que la intensidad de la ayuda deberá limitarse al mínimo necesario para que la actividad se lleve a cabo. Para llevar a cabo la medición del monto de la ayuda la medida debe estar conectada a una transacción económica específica por un monto máximo y con límite de tiempo ya que se considera que las medidas otorgadas ilimitadamente son incompatibles con el régimen de libre competencia²⁶³.

- Si la medida ha inducido o va a inducir un cambio de comportamiento por parte del beneficiario y que como consecuencia de aquello se mejore su actividad económica,

²⁶² Comisión Europea. Caso N 202/2010 (Ayudas para recapitalización de CajaSur, 23 de junio de 2010).

²⁶³ Comisión Europea. Comunicación en relación a la Aplicación de las reglas de ayudas estatales en relación a las garantías. Caso (2008/C 155/02).

de conformidad con lo señalado por la Comisión el comportamiento de un operador cambia dado que una ayuda permite que sus actividades aumenten en volumen, ámbito, cuantías invertidas o rapidez de producción y ventas, por ejemplo lo sucedido en España con el caso MAGEFESA, en el año 1989 la Comisión Europea adoptó una decisión negativa en relación a las ayudas concedidas al grupo MAGEFESA productor de artículos de menaje, la Comisión estimó que las ayudas otorgadas por el gobierno español ante la inminente quiebra de este grupo empresarial fueron excesivas, que consistían en avales crediticios, préstamos, y subvenciones no reintegrables, la Comisión concluyó que el otorgamiento de esas ayudas contribuían al falseamiento del mercado ya que las compañías del grupo a pesar de estar en quiebra continuaban comercializando dentro del mercado a precios sensiblemente inferiores a los mercado.²⁶⁴, lo que evidenció un cambio en el comportamiento lo cual perjudicó a otros operadores.

- Si la medida se refiere a un proyecto determinado, o va dirigida a un sector con objetivos bien delimitados y sustanciales que guarden relación con los objetivos nacionales.

Adicionalmente la legislación española en materia de ayudas públicas sostiene que el análisis de la concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados versará sobre aspectos tanto jurídicos como económicos del instrumento utilizado y los resume en tres aspectos a analizarse²⁶⁵:

- El *plan estratégico* en que se basa el régimen de ayudas, incluyendo su instrumento de planificación, de políticas públicas, los objetivos y las fallas de mercado;

²⁶⁴ Comisión Europea. Caso NN78/97. Diario de las Comunidades Europeas. 1 de noviembre de 1997.

²⁶⁵ Reglamento Ley de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero 2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia). Artículo 7.3

- Las *bases reguladoras* si se trata de una línea de ayuda o su fundamento jurídico si se trata de una ayuda individual;
- La *prueba del sopesamiento* de la ayuda, que analizará los aspectos positivos y negativos de su concesión, entre ellos la adecuación del instrumento utilizado, su efecto incentivador o la necesidad y proporcionalidad de la misma.

4.3.1. Principios Generales para la Evaluación Permanente de Ayudas Públicas en el Ecuador

En virtud de la reciente incorporación en el régimen jurídico ecuatoriano de temas de protección a la competencia y ayudas públicas, consideramos que es necesaria la creación de mecanismos y procedimientos de notificación y evaluación de ayudas públicas, a los cuales se deberían someter las medidas vigentes en la actualidad y las venideras; si bien existen lineamientos generales establecidos en la LORCPM en cuanto a la procedencia de determinadas ayudas públicas y el control *ex post* que realiza la autoridad competente, es importante contar con un modelo o régimen general sobre los principios y el análisis de las ayudas públicas implementadas por el Estado a favor de ciertos operadores económicos, en este sentido luego de haber revisado doctrina y jurisprudencia internacional sobre la procedencia de las ayudas públicas, consideramos que los principios generales que debería observar el Régimen General de Ayudas Públicas Ecuatoriano (RGAP) son los siguientes:

1. *Cohesión*: La política de ayudas públicas debe unificar y tomar en cuenta los cambios económicos y sociales así como también los objetivos económicos y de desarrollo previstos en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo, mismos que deberán ser observados al momento de establecer los parámetros relativos a los montos máximos de concesión de la ayudas públicas y los umbrales para la notificación y el control por parte de la autoridad.
2. *Priorización*: Se deben establecer ciertas áreas de mayor interés teniendo en cuenta el bienestar general, esto con la finalidad de contar con un grupo de ayudas a las

cuales se les aplique montos máximos más elevados en comparación con el resto de ayudas, el RGAP deberá dar prioridad a las ayudas destinadas al desarrollo de los sectores priorizados de conformidad con los lineamientos de la política económica nacional.

Cabe señalar que en el Ecuador no se podría aplicar una exención por categorías para la notificación dado que nuestro régimen legal prevé un control *ex post* es decir la ayuda primero entra en efecto y luego es evaluada, el propósito de la notificación se confunde con las finalidades del control evaluación permanente de las ayudas por parte de la autoridad la cual tiene por objeto verificar i) que la ayuda cumpla con los fines para los cuales fue concedida, y constatar ii) que la ayuda no se aplique de manera abusiva, por lo que el objetivo de la notificación es de igual manera analizar los posibles efectos de las ayudas una vez que ya han sido implementadas. En la Comunidad Europea por otra parte la finalidad de la notificación y del control permanente de las ayudas públicas se diferencian sustancialmente la finalidad de la notificación es analizar la implementación de la ayuda, mientras que la finalidad del control permanente de las ayudas es verificar que las mismas cumplan con los fines para los cuales fueron autorizadas.

3. *Preservación*: es importante que el Estado se enfoque en brindar ayudas en casos de necesidad o para favorecer a la economía en ciertos sectores, la LORCPM²⁶⁶ señala que los casos en los cuales proceden las ayudas públicas son los siguientes: Ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
 - a. Ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa.

²⁶⁶ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 29.

- b. Ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
- c. Ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen;
- d. Ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
- e. Ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;
- f. Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios comerciales o atenten al interés común;
- g. Ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;
- h. Ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y,
- i. Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.

Adicionalmente a estas ayudas consideramos que el RGAP deberá también tomar en cuenta a empresas grandes ya existentes, y fomentar el otorgamiento de ayudas a “mínimas” con el objetivo de preservar sus condiciones en el mercado, y la competitividad a largo plazo²⁶⁷.

4. *Compromiso Ambiental:* el RGAP deberá procurar establecer medidas destinadas a la protección del medio ambiente, ofreciendo mayores ayudas para el desarrollo de tecnologías que promuevan un bajo impacto ambiental, o umbrales más permisivos a las ayudas que tengan objetivos ambientales bien definidos con la finalidad de fomentar el desarrollo sostenible.
5. *Simplificación:* los procedimientos más eficientes y simplificados contribuirán a un mejor control por parte de la autoridad, es por esta razón que el RGAP deberá contar con un modelo de solicitud de información detallada y concreta sobre cada medida a efectos de reducir la carga administrativa de trabajo y analizar la compatibilidad de la ayuda con mayor rapidez, la simplificación también es ventajosa ya que mientras más tiempo tome a la autoridad en establecer que cierta medida no cumple con los fines que motivaron su implementación habrán mayores afectaciones a los competidores y más consecuencias negativas en el mercado.
6. *Corrección:* Si bien es cierto que la recuperación de las ayudas públicas ilegales todavía no logra ser implementada eficientemente en Europa, el RGAP debería incluir la obligación de recuperación de ayudas ilegales que no cumplan con los fines que motivaron su implementación, al igual como existen medidas correctivas para las demás infracciones de la ley, las ayudas públicas ilegales deberían ser devueltas a la entidad que las otorgó con la finalidad de restablecer las condiciones del mercado anteriores a la entrada en vigencia de la ayuda, el RGPA deberá

²⁶⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. *Plan de Acción de Ayudas Estatales*. Documento de consulta. *Óp. cit.*

procurar incluir los mecanismos más eficientes que permitan una recuperación adecuada y oportuna de las ayudas.

7. *Proyección:* El RGAP debe tomar en cuenta que el otorgamiento de ayudas públicas no busca solamente un bienestar momentáneo, se busca también que el operador que recibe la ayuda pueda desarrollarse y continuar en el mercado por lo cual se deberán señalar lineamientos que fomenten la investigación y desarrollo de proyectos innovadores que permitan crear más empleos y fomenten la producción a largo plazo, mediante el otorgamiento de ayudas directas a emprendedores, esta ayuda tomaría el nombre de un anticipo reembolsable el cual consiste en el otorgamiento de fondos en condiciones en las cuales un operador privado no invertiría, el reembolso de esta ayuda variaría dependiendo del éxito del proyecto dentro de un plazo establecido, es importante notar que el desembolso de este tipo de ayudas sería inmediato pero el plazo para la determinación de recuperación de la ayuda debería ser más amplio.

4.3.2 Criterios Aplicables para el Control Permanente de las Ayudas Públicas en el Ecuador

Luego de haber analizado varias disposiciones legales, doctrina y jurisprudencia consideramos que la Superintendencia de Regulación y Control de Poder de Mercado deberá evaluar las ayudas, en primer lugar atendiendo a las condiciones previstas en el artículo 29 de la LORCPM que dispone los casos en los cuales es procedente el otorgamiento de una ayuda pública y también en atención a los objetivos de la Ley.

En segundo lugar deberá realizar una evaluación más elaborada de conformidad los parámetros de compatibilidad²⁶⁸ y los efectos incentivadores de la ayuda; a fin de estimar si una medida puede considerarse compatible se deberán analizar los efectos que tiene la medida, el objetivo que se pretenden alcanzar y los efectos negativos que la ayuda podría

²⁶⁸ Basados en la Prueba del Sopesamiento descrita en el Capítulo I.

ocasionar respondiendo a las siguientes preguntas:

- i) ¿Está la medida dirigida a un objetivo bien definido o de interés social o público?
- ii) ¿Este objetivo se lo puede conseguir mediante una ayuda pública?, si es así:
 - ¿Es la medida implementada el instrumento más adecuado para la consecución de los fines deseados?
 - ¿La medida implementada tiene un efecto incentivador?
 - ¿Es proporcional la medida implementada?
- iii) ¿Son los efectos negativos y el falseamiento a la competencia inferiores a los beneficios obtenidos de la medida?

Si las respuestas no llevan a una conclusión en general positiva, la autoridad se encontraría ante la existencia de una ayuda contraria a la Ley, en virtud de lo cual estaría facultada para tomar cualquiera de las medidas que la ley le faculta. Los indicadores que ayudan a demostrar el efecto incentivador de la medida son los siguientes:

- i) Identificación del cambio que se quiere lograr en el operador beneficiario por medio de la ayuda pública otorgada
- ii) Identificación del grado de rentabilidad que tiene la actividad del beneficiario, a fin de establecer que la ayuda ha contribuido o no con su rentabilidad se podría utilizar los métodos comúnmente usados dependiendo de cada sector al que va dirigida la ayuda
- iii) La reducción del importe de la ayuda, la autoridad considerará que la medida ha sido positiva si se pueden alcanzar los objetivos fijados con la menor cantidad de recursos.

4.3.3. Características esenciales de las Ayudas Públicas en el Ecuador

Según se indicó en el Capítulo II de este trabajo, las ayudas públicas deben ir de la mano con los objetivos económicos y de desarrollo previstos en la Constitución de la República, en el Plan Nacional de Desarrollo, así como las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado, siendo los principales los siguientes:

- a. Garantizar el interés social y público,
- b. Precautelar el interés de los consumidores
- c. Garantizar los derechos de los grupos de atención prioritaria
- d. Reparar graves perjuicios causados por fenómenos naturales u otros de carácter excepcional
- e. Brindar un favorecimiento económico de las regiones más desfavorecidas
- f. Fomentar los mecanismos para solucionar una grave perturbación en la economía
- g. Impulsar la producción de alimentos en las pequeñas y medianas unidades económicas
- h. Promover la cultura, investigación, conocimiento científico y conservación del patrimonio
- i. Erradicar la desigualdad y discriminación en el acceso a factores de producción por parte de grupos minoritarios

Adicionalmente vale señalar que en el Ecuador las entidades encargadas de otorgar ayudas públicas son las siguientes:

- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado;
- Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado;
- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos;
- Empresas mixtas en las que el Estado tenga capacidad accionaria;
- Cualquier otra forma de organización que haga uso de recursos estatales

4.4. Dictámenes Administrativos sobre las Ayudas Públicas

Una vez que las autoridades de control han realizado su análisis sobre la compatibilidad y validez de la medida adoptada bajo la figura de ayuda pública los resultados pueden ser

positivos es decir la ayuda puede ser declarada compatible con el mercado, o negativos cuando la ayuda causa grave perjuicio al mercado y las razones alegadas no justifican su implementación, dentro de los efectos negativos la ayuda puede ser suspendida y condicionada para que sea compatible con el ordenamiento jurídico.

En el caso de las decisiones negativas sobre una determinada medida si se trata de un control *ex ante* la resolución simplemente no autorizará su implementación, por otra parte si se trata de un control *ex post*, la resolución podría suspender o solicitar la recuperación de la medida otorgada.

La Comunidad Europea ha señalado que con la finalidad de mejorar la eficacia, transparencia y credibilidad del régimen de ayudas públicas los Estados deben procurar reducir sus niveles globales de ayuda mediante un control más estricto hacia los tipos de ayuda que más distorsionan la competencia, en especial hacia las ayudas ilegales e incompatibles²⁶⁹.

En términos generales los regímenes de libre competencia plantean que una conducta que perjudique, falsee, o altere la competencia puede ser suspendida, lo mismo sucede en el campo de las ayudas públicas, sin embargo existe una consideración especial, por el hecho que tal alteración es ocasionada con recursos estatales perjudicando a otros operadores económicos, las medidas otorgadas que tengan el carácter de ilegal pueden ser removidas o canceladas después de su suspensión e incluso recuperadas es decir, se podría exigir la devolución de esos recursos al Estado.

Fue sido la Comisión Europea el organismo que introdujo la figura de la “*recuperación*” de las ayudas públicas, debido a que se han puesto de manifiesto los efectos perjudiciales reales que han ocasionado las ayudas públicas en el mercado, sin embargo es preciso señalar que las decisiones de recuperación no se ejecutan de manera inmediata, en este sentido la Comisión ha señalado que el 45% de las decisiones de recuperación tomadas en el año 2001 no han sido recuperadas en su totalidad²⁷⁰ esto se debe principalmente a la lentitud de los procesos burocráticos.

²⁶⁹ Comunicación de la Comisión Europea. “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles”. (2007/C 272/05).

²⁷⁰ *Ibíd.*

El concepto de repetición o recuperación de las ayudas públicas surgió con la sentencia *Kohlegesetz* (Alemania vs. Comisión) del año 1973 mediante la cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas decidió por primera vez que la autoridad de control tenía la facultad de disponer y ordenar la recuperación de las ayudas concedidas que sean ilegales e incompatibles, de esta manera el Tribunal concluyó que si la Comisión era competente para decidir que un Estado debe modificar o anular una ayuda también debería tener derecho a exigir la devolución de ésta. En base a esta sentencia y otras posteriores, en el año 1983 la Comisión Europea emitió un informe para la aplicación de las medidas de control de y autorización de ayudas públicas incluyendo el requisito de que los Estados miembros recuperen del beneficiario las ayudas incompatibles concedidas ilegalmente, partiendo de este informe, durante los años 80 y 90 la Comisión ordenó la recuperación de medidas de manera más recurrente.

Con el fin de hacer más viable la recuperación de las ayudas públicas ilegales las autoridades europeas han empezado a aplicar un sistema previsto en la sentencia *Deggendorf*²⁷¹, el cual consiste en la suspensión del pago de una nueva ayuda a un determinado operador hasta que esa empresa no haya devuelto el monto recibido por concepto de una ayuda ilegal anterior. El objetivo de la recuperación de las ayudas públicas ilegales es restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda²⁷², para de esa manera garantizar el no falseamiento de la competencia, la recuperación en estricto sentido no puede ser vista como una sanción sino como una consecuencia de la ilegalidad de la medida. La recuperación se trata entonces de quitar una ventaja ilegal otorgada al beneficiario para que las condiciones en el mercado vuelvan a ser las mismas antes al otorgamiento de la medida. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado asimismo que con el efecto de anular todas las ventajas de carácter financiero es importante también recuperar de manera inmediata y sin demora a más de la ayuda ilegal todos los intereses sobre los rubros ilegalmente concedidos²⁷³, la Comisión ha

²⁷¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C-188/92, T WD Textilwerke Deggendorf GmbH contra Alemania («Deggendorf») REC [1994], I-00833.19 de junio de 1992.

²⁷² Comunicación de la Comisión Europea “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión. *Óp. cit.*

²⁷³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso T-459/93, Siemens contra la Comisión REC II-

señalado igualmente que tales intereses deben ser equivalentes a las ventajas financieras resultantes de la entrega gratuita de los fondos en cuestión, durante un determinado período²⁷⁴.

Cabe señalar que la Comisión Europea ha establecido límites a la recuperación de la ayuda ilegal, los cuales son los siguientes:

- No procede la recuperación de una ayuda cuando ésta va en contra de un principio general de Derecho Comunitario, es decir cuando la recuperación de la ayuda acarrea un perjuicio mayor en relación a los causados por la medida, este principio se basa principalmente en la defensa de la confianza legítima y de la seguridad jurídica²⁷⁵.
- No procede asimismo cuando la facultad de recuperación ha prescrito, esto es diez años desde que se declaró la ilegalidad de la medida²⁷⁶.

No existe ningún procedimiento debidamente establecido que describa en detalle cómo se debe efectuar la recuperación, varios estudios señalan que los procedimientos de recuperación dependerán de la naturaleza de la medida a recuperar sin embargo la Comisión Europea llegado a la conclusión que los procedimientos administrativos son mucho más eficaces que los civiles²⁷⁷.

En el caso ecuatoriano una vez realizado el control y evaluación correspondiente la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en caso de haber llegado a la conclusión de que la medida otorgada es ilegal por no cumplir con las finalidades que ocasionaron su otorgamiento, tiene la facultad de proponer lo siguiente²⁷⁸:

- i) La modificación de la ayuda pública otorgada;

1675. 25 de mayo de 1995.

²⁷⁴ Comunicación de la Comisión Europea “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión. *Óp. cit.*

²⁷⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Casos C-24/95, Alcan [1997] REC I-1591, párrafo 25, el Asunto C-5/89, BUG-Alutechnik [1990] REC I-3437, párrafos 13 y 14. Asunto C-223/85, RSV [1987] REC 4617. Caso T-115/94, Opel Austria GmbH contra Consejo [1997] REC II-00039 y el Caso C-372/97, Italia contra Comisión [2004] REC I-3679, párrafos 116 a 118.

²⁷⁶ Artículo 15 Reglamento 659, *Óp. cit.*

²⁷⁷ Comunicación de la Comisión Europea (2007/C 272/05) “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión. *Óp. cit.*,”

²⁷⁸ Reglamento Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 37.

- ii) El establecimiento de condiciones a la ayuda existente;
- iii) La eliminación y remoción de la ayuda otorgada;
- iv) Las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia; dentro de este numeral la autoridad podría proponer medidas correctivas, tales como la recuperación o repetición de la ayuda ilegal concedida, con el fin de restablecer la competencia a las condiciones anteriores al otorgamiento de la medida.

4.5. Procedimiento de Notificación para las Ayudas Públicas en Ecuador

Toda vez que conocemos que las ayudas públicas deberán notificarse ante la Superintendencia de Control y Poder de Mercado en un plazo no mayor a quince días partir del cual la ayuda fue efectivamente concedida o establecida, tratándose ayudas que impliquen desembolsos secuenciales y programados se considerará que la ayuda fue efectivamente otorgada el día del primer desembolso. Hemos considerado conveniente elaborar un modelo de notificación en base al utilizado en la Comunidad Europea, el cual estimamos contiene todos los puntos que debe requerir la Superintendencia de Control y Poder de Mercado para el análisis completo de cada ayuda notificada.

MODELO GENERAL PARA LA NOTIFICACION DE AYUDAS PÚBLICAS

I. INFORMACIÓN GENERAL

1.1 Nombre de la entidad que otorga la ayuda pública y justificación de su intervención

Establecer la entidad que se encargará de otorgar la ayuda pública y la justificación de su intervención

1.2. Beneficiario/s de la ayuda pública

Establecer el o los operadores que van a recibir la ayuda incluyendo antecedentes de su existencia legal, ubicación regional, descripción de sus actividades, posición que ostenta en el mercado.

1.3. Análisis de la oferta y la demanda del mercado donde se ha implementado la ayuda

II. INFORMACIÓN SOBRE LA MEDIDA

2.1. Presupuesto asignado para el otorgamiento de la ayuda pública

2.2. Forma de la ayuda pública

Descripción de la medida a implementarse, y de los medios necesarios para su ejecución

2.3. Monto total de la ayuda pública

Detalle del monto total que será destinado al /los beneficiario/s

2.4. Plazo de otorgamiento de la medida

Señalar por cuantos meses/días la medida estará vigente (por ejemplo en el caso de exenciones tributarias) o de ser el caso indicar si el otorgamiento de la medida solo sucede una vez (por ejemplo en el caso de compra de terrenos, acciones, etc.)

2.5. Cobertura de la ayuda

Descripción del alcance económico y geográfico que tendrá la ayuda

III. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

3.1 Identificación del problema que motiva el otorgamiento de la ayuda pública

Señalar la situación actual o existente del operador beneficiario de la ayuda, las condiciones negativas o deficientes que afectan al operador y que requieren la intervención estatal, se debe dejar claro el problema específico que requiere atención

3.2. Descripción del objetivo general de la ayuda

La ayuda pública se debe otorgar en virtud de los objetivos de las ayudas públicas previstos en el numeral 1 de esta normativa

3.3. Descripción de los objetivos específicos de la ayuda

Una vez que ya se ha definido el problema que requiere intervención y el objetivo general que motiva el otorgamiento de la ayuda, es preciso indicar los objetivos específicos que contribuyan a la solución del problema, los objetivos específicos se establecerán señalando cómo y en qué medida se va a contribuir a mejorar la

situación actual.

3.4. Justificación del otorgamiento

Señalar la imposibilidad de atender el problema mediante el uso de otras medidas, se debe establecer con claridad la proporcionalidad de la medida e identificar los posibles falseamientos que implicará el otorgamiento de la medida.

IV. MONITOREO Y EVALUACIÓN

4.1. Entidad encargada del monitoreo

Se deberá indicar la entidad que va a estar encargada del monitoreo permanente de que la ayuda se utilice para los fines otorgados.

4.2. Elaboración de informes técnicos

Se deberá especificar la entidad encargada de la elaboración de informes técnicos relativos a la ayuda para ser entregados a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a fin de que realice controles permanentes para verificar que la ayuda cumpla con las condiciones que motivaron su otorgamiento.

4.6. Jurisprudencia internacional

Es importante conocer cuáles han sido las medidas adoptadas por la Comunidad Europea dentro del análisis de ayudas públicas, así como las consideraciones analizadas por las autoridades para decidir sobre la autorización, suspensión, remoción o recuperación de una ayuda, al igual que los mecanismos que se han establecido para cumplir con los objetivos de recuperación de los montos entregados como ayudas públicas:

4.6.1. Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea

Caso Mc Carrenand Co.Ltd. vs. PBC (Pigs and Bacon Commission):

En el año 1975 el gobierno irlandés creó una organización de mercado gestionada por un organismo público denominado la *Pigs and Bacon Commission* (PBC) el cual estaba compuesto por representantes del gobierno y representantes de las profesiones interesadas en el campo de la producción y comercialización de carne de porcino en especial de panceta, este organismo estaba investido con amplias facultades para controlar el sector de la comercialización de estos productos. Para efectos de apoyar su financiamiento al PBC se le concedió el derecho a percibir una exacción sobre los canales de producción de carne de cerdo y panceta, esta exacción servía para financiar las operaciones de la PBC destinadas a mejorar la producción y comercialización, y también para entregar una ayuda a favor de los exportadores de panceta de alta calidad al Reino Unido entendiéndose que esta ventaja estaba reservada solamente a aquellos productores que realizaban sus exportaciones a través de la PBC en calidad de organismo central de comercialización. El problema consistía en que todos los productores de panceta usaban los mismos canales de producción, por lo tanto todos los productores estaba obligados a pagar la exacción sin embargo no todos se beneficiaban de la ayuda o bono para la exportación entregado por la PBC ya que de esta ayuda disfrutaban únicamente los exportadores que utilizaban al PBC como intermediario para las exportaciones.

La compañía *McCarrenCo. Ltd.* (McCarren) al analizar que podía exportar de manera más ventajosa sin acudir al PBC se negó a pagar la exacción y dejó de disfrutar de la ayuda a la exportación lo cual generó un conflicto con las autoridades irlandesas quienes interpusieron una acción en contra de *McCarren* reclamando el pago de las exacciones a las cuales alegaban tener derecho por ley. McCarren formuló una reconvencción alegando la restitución de las exacciones que había pagado desde el 1 de febrero de 1973 hasta el momento en que puso fin a su relación con la PBC. McCarren alegó la incompatibilidad de las operaciones de la PBC con el Tratado UE en relación al cobro de la exacción sobre los canales de producción de panceta y la afectación generada del pago de una ayuda reservada exclusivamente a productores que exportaban por medio de la PBC.

El Tribunal de Justicia consideró que el sistema de comercialización caracterizado por la percepción de una exacción con cargo a todos los productores de panceta y el pago de una ayuda a favor únicamente de los exportadores que utilicen los servicios de la PBC

como organismo central de comercialización implicaba un perjuicio económico para los exportadores que no recurrían a los servicios dicha entidad, en este sentido resolvió que el pago de una subvención a la comercialización de panceta o de otros productos o a la exportación, tal como lo prevé el sistema practicado en Irlanda bajo la dirección de la PBC, es en sí mismo incompatible con las normas del mercado común, y las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, además señaló que el sistema practicado por la PBC es incompatible por la diferencia de trato que establece entre productores según que éstos se sirvan o no de la mediación de la PBC.

El Tribunal de Justicia concluyó que un mecanismo fiscal, que consiste en permitir a un organismo central de comercialización recaudar una exacción con cargo a todos los productores de panceta y reservar el beneficio de una ayuda a la comercialización de determinadas calidades de este producto únicamente a los productores que consientan efectuar sus ventas por mediación del mismo organismo, constituye un atentado a la libertad deben beneficiarse directamente, sin sufrir por ello un perjuicio económico, de las facilidades de producción, de importación y de exportación garantizadas por una organización pública, las cuales les están garantizadas a cualquier operador económico en el mercado común.

La transgresión se llevaba a cabo fundamentalmente en el sentido de que la concesión de la ayuda al ser dirigida únicamente a un grupo de exportadores representaba una penalización a los operadores que preferían comercializar directamente su producción, sin recurrir a un intermediario privilegiado por la Ley. Con respecto a la reconvencción el Tribunal de Justicia resolvió que cualquier operador económico obligado al pago de la exacción tiene derecho a reclamar la devolución de la parte de la misma que haya sido utilizada para fines incompatibles con el Derecho comunitario y declaró que corresponde al órgano jurisdiccional irlandés analizar, en cada caso particular si la ayuda concedida puede recuperarse, y en qué medida. (Sentencia del Tribunal de Justicia del 26 de junio de 1979 dentro del caso 177/78.)

Caso Francia vs. Comisión Europea:

El 22 de mayo de 1984 el Gobierno francés dictó un decreto que otorgaba beneficios al Comité de desarrollo y de promoción del sector textil y confección denominado DEFI, a través de la recepción del importe de la recaudación de las exacciones parafiscales que gravaban las entregas de productos textiles. El DEFI tenía entre sus objetivos el promover la investigación, la innovación, la renovación estructural en el sector de la industria textil y la repartición de sus recursos mediante ayudas a las empresas, a actividades colectivas de promoción y a centros técnicos especializados. La Comisión declaró que tal ayuda era incompatible con el mercado común y por lo tanto no debía ser implementada basándose en consideraciones de que la industria del sector textil y confecciones es objeto de grandes intercambios entre los Estados miembros y que la competencia en ese sector es muy intensa, de esa manera la Comisión indicó que la industria textil francesa para el año 1984 producía alrededor del 20% del total del sector textil y confecciones dentro de la Comunidad Europea y que exportaba cerca del 30 % de su producción a otros Estados miembros. En vista de todo ello la Comisión concluyó que las ayudas propuestas podían afectar a los intercambios intracomunitarios y falsear o amenazar con falsear la competencia al reforzar la posición de ciertas empresas en relación con otras de otros estados que no recibirían la misma ayuda. (Sentencia del Tribunal de Justicia del 11 de noviembre de 1987 en el caso 259/85.)

Caso Reino de España vs. Comisión de las Comunidades Europeas:

Dentro de un régimen autorizado de ayudas regionales solicitado por el gobierno español el 30 de enero de 1987, en la provincia de Monreal del Campo se llevó a cabo un programa de inversiones que favorecían a la compañía Piezas y Rodajes, S. A. (denominada PYRSA) por un importe total de 2.788.300.000 pesetas para la construcción de una fábrica de fundición destinada a la producción de ruedas dentadas (engranajes arrastrados por cadenas utilizados principalmente en la industria minera) y de equipos GET (piezas

utilizadas para el movimiento de tierras y la excavación). Este programa obtuvo las siguientes ayudas públicas:

- i) Una subvención de 975.905.000 pesetas por parte del Gobierno español, que no fue cuestionada ya que había sido autorizada por la Comisión;
- ii) Una subvención a fondo perdido de 182.000.000 de pesetas por parte de la Comunidad Autónoma de Aragón;
- iii) Una donación del Ayuntamiento de Monreal del Campo, en forma de terrenos cuyo valor ascendía a 2.300.000 pesetas;
- iv) Una garantía relativa a un préstamo de 490.000.000 de pesetas, concedida por la Comunidad Autónoma de Aragón.
- v) Una bonificación de intereses relativa al préstamo antes mencionado.

El 14 de enero de 1991 la compañía inglesa *William Cook Plc.* (Cook) fabricante de piezas de acero y equipos GET presentó una denuncia ante la Comisión impugnando la compatibilidad con el mercado común de dichas ayudas. La Comisión respondió que la ayuda correspondiente a la subvención de 975.905.000 pesetas había sido autorizada como un medida de ayuda regional basándose principalmente en que el subsector de las ruedas dentadas y los equipos GET existían problemas de exceso de capacidad, sin embargo señaló que las otras medidas no habían sido notificadas y mucho menos autorizadas por lo que se procedieron a realizar las investigaciones correspondientes.

El Tribunal manifestó que las ayudas regionales no deben producir excesos de capacidad sectoriales en el ámbito comunitario, que una ayuda debe ir encaminada a promover un desarrollo duradero y equilibrado de la actividad económica y no debe llevar a la creación de un problema sectorial más grave que el problema regional original, ya que si se llegara a admitir esas ayudas se permitiría favorecer la realización de iniciativas económicamente precarias que agravarían los desequilibrios que sufren los mercados afectados.

En conclusión el Tribunal resolvió que las ayudas controvertidas afectan a la competencia en el sector de las fundiciones de acero, y que se concedieron sin haber sido

notificadas previamente por lo cual eran ayudas ilegales, y que más aun contribuían al empeoramiento de la situación de exceso de capacidad que caracterizaba al sector de las fundiciones de acero por lo que el Tribunal impuso también la obligación de recuperar las ayudas concedidas junto con los intereses correspondientes. Ante esta decisión el Reino de España planteó una impugnación al considerar que la obligación de devolución de las ayudas y la forma de calcular los intereses reclamados constituían medidas desproporcionadas y contrarias al principio de confianza legítima, argumentó también que las circunstancias en las que se concedieron las ayudas controvertidas habían originado en PYARSA una confianza susceptible de protección jurisdiccional. En respuesta a esta impugnación el Tribunal manifestó que la supresión de una ayuda ilegal por vía de recuperación es la consecuencia lógica de la comprobación de su ilegalidad; en consecuencia la recuperación de una ayuda de Estado ilegalmente concedida, no puede, en principio, considerarse una medida desproporcionada en relación con los objetivos de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado ya que esa obligación tienen la finalidad de restablecer la situación del mercado a las condiciones anteriores.

El Tribunal señaló también que un Estado que ha concedido una ayuda infringiendo las normas no puede invocar la confianza legítima de la empresa beneficiaria para eludir la obligación de adoptar las medidas necesarias al ejecutar una orden de recuperación de la ayuda, ya que al admitir esa posibilidad, todas las autoridades nacionales podrían de esa manera basarse en su propio comportamiento ilegal para desvirtuar la eficacia de las decisiones adoptadas por la Comisión²⁷⁹. Manifestó asimismo que las empresas beneficiarias de una ayuda sólo pueden, en principio, depositar una confianza legítima en la validez de la ayuda cuando ésta se haya concedido observando el debido procedimiento y que en circunstancias normales, todo agente económico diligente debe comprobar si la ayuda que va a recibir ha sido otorgada observando el procedimiento legal. (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de enero de 1997. Asunto C-169/95.)

²⁷⁹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso Comisión/Alemania, Caso-5/89. 20 de septiembre de 1990.

4.6.2. Decisiones de Comisión de la Comunidad Europea

Caso Componenta:

La compañía finlandesa denominada Componenta productora de acero y distribuidora principalmente para Finlandia, Holanda, y Suecia, para el año 2004 logró alcanzar ventas que llegaban a los 316 millones de euros, además esta compañía era fuente de empleo de más de dos mil personas. Para el año 2003 se suscribió un contrato entre Componenta y la municipalidad de Karkilan acordando que la municipalidad adquiriría el 50% de su participación accionaria en la compañía mixta Karkilan Co., por un monto total de 276.50 millones de euros. La compañía mixta Karkilan Co., era dueña de algunos bienes inmuebles localizados en la ciudad de Karkilan, la cual pertenecía el 50% a la compañía Componenta y el otro 50% a la municipalidad de Karkilan.

La transacción acordada entre Componenta y la municipalidad consistía en dos partes: i) Componenta recibiría 713,092.50 euros como pago del 50% de sus acciones en Karkilan Co.; ii) Karkilan Co., devolvería a Componenta 1'670,184 euros por concepto de un préstamo de accionista hecho por esa compañía a la empresa en el año 1996, para llevar a cabo esta segunda parte de la transacción, la municipalidad otorgó a favor de Karkilan Co. un préstamo libre de intereses.

En suma, los valores puestos a disposición de Componenta por parte de la municipalidad de Karkilan (indirectamente) alcanzaron un monto total de 2'383,276.5 euros. Una vez que se culminó la transferencia de acciones y la devolución del préstamo a Componenta la municipalidad de Karkkila decidió liquidar la compañía y transferir sus activos a la ciudad como forma de pago del reciente préstamo, los activos alcanzaban un valor de 4'905,618 euros.

La Comisión de las Comunidades Europeas determinó que los productos de Componenta era comercializados agresivamente por los Estados miembros, y que los recursos utilizados para la transacción por ser recursos de la municipalidad constituían recursos estatales, en tal sentido dio inicio a una investigación para determinar si la transacción fue financiada enteramente por recursos públicos constituyendo aquello el otorgamiento de una ayuda pública, beneficios que Componenta no hubiera recibido en

condiciones normales de mercado, adicionalmente se llevó a cabo la evaluación para establecer en qué medida aquello había afectado el comercio entre Estados miembros único que sería una medida incompatible con el mercado común.

La Comisión se centró en el análisis de si la municipalidad pagó un precio excesivo sobre las acciones de Karkkila Co., para beneficiar a Componenta, tras el análisis respectivo la Comisión concluyó que el valor pagado por la municipalidad por la adquisición del 50% de las acciones no excedía el precio del mercado y que por lo tanto no constituía una ayuda pública, en relación al préstamo la Comisión estimó que no constituía una ayuda pública ya que la compañía adeudaba ese valor a su accionista y aquella transacción debía ser tratada como una relación entre privados. La Comisión concluyó que la transacción en general no constituyó una ayuda pública y basó su análisis en el principio del inversor privado. (Decisión de la Comisión de la Comunidad Europea Caso (2011) 2559 Bruselas, 24 de abril de 2011.)

Caso Cámaras de Comercio Trieste-Gorizia:

En el año 2003 las municipalidades italianas de Friuli- Venezia Giulia emitieron la Ley No. 14 la cual autorizaba a las autoridades regionales la entrega de fondos para el financiamiento de la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura de Trieste por un valor total de 170 000 euros, y la entrega de 80 000 euros para la Cámara de Comercio, Industria y Agricultura de Gorizia a fin de solucionar sus necesidades excepcionales derivadas de la sequía que afectó aquellas regiones a inicios del año 2003 causando reducciones considerables en la producción para la comercialización, y la carencia en la producción de alimento para animales.

Las Cámaras de Comercio de Trieste y Gorizia empezaron a entregar fondos directamente a los ganaderos para que puedan comprar alimento para el ganado, la ayuda era pagada con la presentación de las facturas de compra de alimento comprendidos entre 1 de mayo y el 20 de noviembre de 2003 y pretendía cubrir las necesidades nutricionales de los animales de las regiones afectadas, el mecanismo de cálculo para distribuir las ayudas fue diseñado por las respectivas Cámaras y el máximo a ser reembolsado eran 1500 kg. de

alimento por cada unidad de ganado el cual fue distribuido entre los ganaderos que habían presentado su solicitud para ser beneficiarios de esta ayuda.

La Comisión consideró que el método utilizado para calcular la distribución de la ayuda no había sido elaborado de conformidad con los lineamientos utilizados en la Comunidad Europea, ya que estaba basado simplemente en el precio y la cantidad de alimento sin especificar que las compras debían limitarse a ciertos montos, no se basaba en las cantidades efectivamente perdidas a causa de la sequía.

La Comisión concluyó que la ayuda otorgada a través de la Ley No. 14 constituía una ayuda pública en el medida que fue otorgada por un autoridad pública a favor de la producción de ciertos bienes (alimentar al ganado constituye favorecer a la producción) y que dicha ayuda podía distorsionar la competencia ya que para esa fecha Italia poseía el 13% del mercado de la producción de carne de porcino en toda la Comunidad Europea. La Comisión consideró que las ayudas destinadas a superar pérdidas deben examinarse siguiendo parámetros más estrictos enfocados únicamente en atender dicha pérdida, por ejemplo sugirió que las Cámaras de Comercio debían atender el 20% de las pérdidas en producciones que tengan un desarrollo normal y el 30% de las pérdidas en otras áreas menos favorecidas, por lo que el cálculo debía hacerse para cada caso y según las condiciones de cada mercado. En consecuencia la Comisión no aceptó que las ayudas otorgadas hayan sido calculadas de una manera válida y el resultado fue que algunos operadores recibieron *sobre compensaciones* a las pérdidas efectivamente sufridas por lo que la Comisión ordenó a las respectivas Cámaras de Comercio evaluar los montos entregados y determinar el exceso de los mismos, y declaró que los montos entregados que hayan excedido el valor que debía entregarse de conformidad con el cálculo efectivo de las pérdidas, debía ser recuperado por las Cámaras de Comercio ya que esa ayuda consistía una ayuda ilegal.- Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas Caso (2009) 187), (2009/382/EC).

Caso Incendio de La Gomera:

El 1 de abril del 2009, el Reino de España notificó a la Comisión de las Comunidades

Europeas sobre un régimen de ayudas dirigido a reparar los daños causados en las explotaciones agrícolas, sus infraestructuras y sus producciones debido a un incendio sucedido el 26 de abril de 2008 en la isla de La Gomera. España señaló en la notificación que la ayuda sería entregada de una sola vez, y que el presupuesto ascendía a 460 000 euros, indicó asimismo que los beneficiarios serían los titulares de explotaciones agrícolas y ganaderas que sufrieron daños en su producción y en sus estructuras productivas como consecuencia de los incendios (entre 501 y 1 000 beneficiarios). Los objetivos de esta ayuda eran reparar los daños causados por los incendios en las explotaciones agrícolas de la Isla La Gomera; y remediar las producciones agrícolas y las estructuras más incluyendo las instalaciones de riego (conducciones generales, acequias y sus cercas), los caminos de acceso y las máquinas de las explotaciones agrícolas.

España especificó que los costes a subvencionarse comprendían únicamente los siguientes:

1. Para las explotaciones ganaderas: las pérdidas ocasionadas por los daños causados, siempre que los animales de estas explotaciones estuvieran asegurados con una de las líneas de seguro previstas en los seguros agrarios;
2. Para los daños registrados en las producciones agrícolas y ganaderas que, en la fecha del siniestro, ya contaban con un seguro cuyo período de cobertura no se había iniciado aún.

A efectos de determinar la compensación de las producciones agrícolas, España realizó el cálculo de la producción perdida caso por caso, analizando las pruebas individuales presentadas y las compensaciones que ya habían abonado los regímenes de seguro mencionados. De igual manera, la Comisión estableció un mecanismo de cálculo que consistía en que la ayuda para los medios de producción debía ser establecida considerando el costo de adquisición de los mismos, o los costos de mantenimiento, para el caso de las infraestructuras y comercialización se debía subvencionar de conformidad con los precios del mercado.

La Comisión consideró que esta ayuda constituía una ayuda pública directa que podía alcanzar un 100% de los daños efectivamente causados, sin embargo señaló que dicha ayuda no podía de ninguna manera superar la diferencia entre el valor de los daños sufridos a

causa del incendio y el importe de otras ayudas o compensaciones compatibles o complementarias que pudieran otorgar otras administraciones, organismos públicos, nacionales o internacionales, o cualquier organismo financiado por fondos públicos o privados, o cualquier seguro.

La Comisión concluyó que el régimen planteado por España constituía una ayuda estatal en la medida en que la misma era proporcionada por el Estado e implicaba una ventaja selectiva para los beneficiarios lo cual afecta a la competencia y el comercio entre Estados miembros, señaló asimismo que el mero hecho de que la ayuda consolide la posición de una empresa frente a otras empresas competidoras en el comercio intracomunitario permite considerar que éstas resultarán afectadas. Concluyó que la ayuda era compatible en virtud de que las medidas eran destinadas a compensar pérdidas de un incendio, de conformidad con el artículo 87, apartado 2, punto b) del Tratado, el cual establece que son compatibles las ayudas destinadas a remediar los daños causados por los desastres naturales o por otros acontecimientos extraordinarios, en este sentido la Comisión consideró que los incendios pueden considerarse acontecimientos de carácter excepcional que justifican la concesión de una compensación cuando provocan pérdidas generalizadas. Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas Caso N 195/2009 (Ayudas para reparar los daños en producciones e infraestructuras en el sector agrario, 5 de Agosto de 2009).

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La política de competencia se basa en el presupuesto de proteger y eliminar los actos, conductas y demás que limiten o puedan limitar el acceso de los operadores a los mercados, o que restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico, sin embargo existen casos en los cuales se justifica el otorgamiento de ventajas a un determinado operador o sector por parte del Estado, estas medidas constituyen las ayudas públicas.
- Los casos en que se justifica el otorgamiento de ayudas públicas son situaciones de interés general en las cuales ciertos operadores no logran alcanzar la eficiencia económica necesaria, razón por la cual se hace indispensable la intervención estatal para corregir aquella deficiencia siempre y cuando no existan otras medidas que puedan atacar ese problema.
- Los objetivos de las ayudas públicas son consideraciones de orden público y de interés general y se enfocan principalmente en el desarrollo productivo, apoyo a las pequeñas y medianas empresas, apoyo a regiones desfavorecidas, ayuda a la investigación y desarrollo científico, fomento al trabajo, ayudas a operadores en situaciones de grave perturbación económica, y ayudas ante situaciones emergentes e imprevistas como desastres naturales.
- A efectos de determinar la procedencia de la ayuda, la doctrina sugiere la realización de la prueba del sopesamiento, lo cual ayuda a evidenciar si la ayuda otorgada es eficiente, proporcional, y adecuada en relación a los objetivos que persigue, dicho mecanismo deberá ser puesto en marcha por parte de la autoridad de control en el Ecuador debido a la certeza que ofrece este criterio para la

determinación de la compatibilidad de las ayudas.

- En el Ecuador se han implementado varias modalidades de ayudas públicas que han recibido el nombre de “estrategias,” “planes de mejora”, “incentivos”, entre otros, del análisis y estudio realizado se llegó a la conclusión de que algunas de esas medidas constituyen ayudas públicas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, ya que implican la asignación de recursos públicos, el otorgamiento de ventajas selectivas que favorecen a la producción de determinados productos, la creación de ventajas que podrían distorsionar o amenazar con distorsionar la competencia.
- El control ex post, que ejerce la autoridad de control en el Ecuador evalúa las ayudas públicas una vez que éstas han entrado en vigencia, ante lo cual en caso de considerarlas excesivas puede solicitar su modificación o eliminación, en la práctica este control posterior podría conllevar retardos procedimentales excesivos que no logren detener las afectaciones a la competencia y al mercado.
- Se recomienda que el control de las ayudas públicas radique en el análisis de la intensidad de la ayuda otorgada en comparación con la necesidad y los objetivos que motivan la implementación de la misma, de manera que la autoridad pueda a su vez programar la duración de la ayuda con la finalidad de ocasionar la menor afectación posible al mercado.
- Se recomienda desarrollar lineamientos complementarios a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado que promuevan la implementación de ayudas públicas como instrumentos oportunos, proporcionales, con objetivos bien definidos, con límites de tiempo, y eficientes a fin de que puedan alcanzar los objetivos deseados, a efectos de que no causen una grave distorsión de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VASQUEZ, M. *El Derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997.
- ADRIAN ARNAIZ, A. y CALOGNE, A. *Políticas Comunitarias*. Madrid: Editorial LexNova, 2002.
- BETANCUR, B. *Aproximaciones al Derecho de la Competencia- Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.
- BORK, R. *The Antitrust paradox: a policy in war with itself*. USA: The Free Press, 1993.
- BROSETA PRONT, Citado en VICIANO, J. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos Restrictivos de la Competencia de Orden Legal)*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1995.
- BRÜGGEMANN, M. *The European Antitrust Review 2012 Section 2: EU Substantive Areas* *State Aid*
<http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/37/sections/130/chapters/1384/state-aid/> (acceso: 28/10/2012)
- BUENELS, C. y GARNIER, G., *et al. The economic analysis of State Aid: Some Open Questions*. Bruselas: European Economy Economic Papers- European Commission. U.K. Office of Fair Trading, 2007.
- CARBAJO, J. *Revue des affaires européennes. Les aides nationales dans la Communauté européenne*. Université de Tours: 1996.
- CSERES, K. J. *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015292 (acceso: 05/07/2012)
- DILorenzo citado en MIRANDA LONDOÑO, A. *Fundamentos económicos del derecho de la competencia: los beneficios del monopolio vs. Los beneficios de la competencia*.
http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_colecc/documents/8Fundamentos.pdf
 (acceso: 17/09/2012)
- ESPINOSA, J. CONTRERAS DELGADO DE COS, J. *Promoción de la Competencia y Ayudas Públicas: El Papel de la Autoridad Nacional de Competencia*. Barcelona: Fundación UAB, 2011.
- FLINT, P. *Tratado de Defensa de la Libre Competencia Estudio Exegético del D.L. 701*. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú Fondo Editorial, 2002.
- FRIEDERISZICK, H. *et al. European State Aid Control: an economic framework*.
<http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/esac.pdf> (acceso: 10/10/2012)

- GOMEZ LEYVA, D. *Las Prácticas Restrictivas de la Competencia – Acuerdos y Prácticas Concertadas. Derecho de la Competencia.* . Bogotá: El Navegante Editores, 1998.
- GÓMEZ.M, *et al. Restricciones a la financiación de la PYME en México: una aproximación empírica.* México: Universidad Autónoma Metropolitana – Azcapotzalco, 2009.
- GRANJA, M. *Factores determinantes de acceso y racionamiento del crédito en las MIPYMES ecuatorianas* http://www.industrias.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/2012_Factores_determinantes_de_acceso_y_racionamiento_del_credito_en_las_MIPYMES_ecuatorianas.pdf (acceso: 20/09/2012)
- GUTIERREZ, G. *Marco Económico Constitucional Ecuatoriano.* Derecho Ecuador. http://www.derechoecuador.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=4841 (acceso:10/10/2012)
- HANCHER, L. *State Aids and Judicial Control in the European Community.* Londres: ECLR , 1994.
- HARROP, D. *Formulation of the Two Part Analysis for State Action Exemption – Hoover v. Ronwin.* EE.UU.: Campbell Law Review, 1984.
- KARL, E., CASE R, *et al. Principios de Microeconomía.* México D.F.: Prentice Hall Hispanoamericana S.A, 1997.
- KITZBERGER, P. *Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto.* <http://www.saap.org.ar/esp/docs-revista/boletin/1999/ot-phillipdefi.pdf> (acceso:10/10/2012)
- LINDE PANIAGUA, E., *et al. Derecho Administrativo Económico.* Madrid: Editorial UNED, 1985.
- LLORENTE, R. *Prosperidad narcotizada e intervención del Estado- Derecho de la Competencia.* Bogotá: Navegante Editores, 1998.
- MARCOS MARTÍN, M. *Problemas Procesales En El Control de Las Ayudas de Estado en Derecho Comunitario* Madrid: Editorial DYKINSON S.L., 2006.
- MATTERA, A. *El Mercado Único, sus reglas, su funcionamiento.* Madrid: Civitas, 1991.
- MEROLA, M. *Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales.* Bruselas – Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997.
- MINOWA, S. *Una estrategia puramente liberal: las intervenciones públicas y privadas en las industrias culturales japonesas.* México: Fondo de Cultura Económica, 1982.

- MORALES, C. y PARADA, S. *Pobreza, Desertificación y Degradación de los Recursos Naturales*. Santiago de Chile: CEPAL, 2005.
- MOTTA, M. *Competition Policy Theory and Practice*. EE.UU: Cambridge University Press, 2004.
- MUNGARAY, A. y VALENTINI, G. *Políticas Públicas y Educación Superior*. México D.F.: ANUIES, 1997.
- NICOLAIDES, P, *et al. State Aid Policy in the European Community: A Guide for Practitioners*. Holanda: Kluwer Law International, 2005.
- OLAECHEA, J. *El seguimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas*. Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. EE.UU.: Aspen Publishers , 2003.
- RESICO, M. F. *Política de Defensa de la Competencia*. http://www.kas.de/upload/dokumente/2011/10/SOPLA_Einfuehrung_SoMa/parte2_5.pdf (acceso: 12/08/2012)
- RODRÍGUEZ, J. *et al. Efectos Redistributivos de las Transferencias Monetarias en los Países de la Unión Europea*. Madrid: Universidad Complutense, Campus de Somosaguas, 2000.
- ROLL, E. *Historia de las doctrinas económicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- ROMERO, P. y CHANG, F. *Hacia una política fiscal sostenible: 1830-2002*. Tesis de grado. ESPOL. Guayaquil, 2003.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, A. *Banca pública y mercado: Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*. Madrid: Jacaryan S.A. 2000.
- SMITH, A. *Teoría de los sentimientos morales*. México: E. Fondo de Cultura Económica, 1978.
- STOBER, R. *Derecho Administrativo Económico*. Madrid: Editorial MAP, 1992.
- SULLIVAN. *Antitrust*. Saint Paul, 1977, citado en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. *Derecho Anti Monopólico y de Defensa de la Competencia /I*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 2005.
- TORTOSA, J. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Buen Vivir*. Alicante: Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/nombrespropios/Documents/NPTortosa0908.pdf> (acceso:10/10/2012)
- VÁSQUEZ, G. *Aproximación a la Economía Política*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2003.

VICIANO, J. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos Restrictivos de la Competencia de Orden Legal)*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1995.

WITKER, J, y VARELA A. *El Derecho de la Competencia Económica*. México D.F.: Instituto De Investigaciones Jurídicas Serie Doctrina Jurídica, 2003.

YAMIN, N. 'POLITICAL' ENFORCEMENT OF STATE AID RESTRICTIONS UNDER THE EC-TREATY. http://www.emle.org/_data/Nir_Yamin_-_Political_Enforcement_of_State_Aid_Restrictions_under_the_EC-Treaty.pdf (acceso: 10/10/2012)

ZULUAGA, M. *La perspectiva colombiana de la protección a la Competencia - Derecho de la Competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso Steinike & Weinlig (78/76)- 22 de marzo de 1977.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso Iannelli & Volpi SpA (74/76). 22 de marzo de 1977.

Corte Europea de Justicia. Caso 82/77 (24.1.1978). 24 de enero de 1978.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso 730/79 (Philip Morris contra Comisión). 17 de septiembre de 1980.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso 248/84 (Alemania contra Comisión), Rec. 1987. 14 de octubre de 1987.

Comisión Europea. Competencia. Caso 57/86 (7.8.1988). 12 de marzo de 1988.

Comisión Europea. Competencia. Caso 67, 68 76/84 (1988). 8 de junio de 1988.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso Comisión/Alemania, Caso-5/89. 20 de septiembre de 1990.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C-188/92, T WD Textilwerke Deggendorf GmbH contra Alemania («Deggendorf») REC [1994], I-00833.19 de junio de 1992.

Comisión Europea. Competencia. Caso C-241/94 Ayuda Pública- Francia. 7 de mayo de 1994.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso T-459/93, Siemens contra la Comisión [1995] REC II-1675. 25 de mayo de 1995.

Comisión Europea. Competencia. Caso (97/81/CE). 30 de julio de 1996.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso T-380/94, AIUFFASS y AKT, Rec.1996, p. II-2169, considerando 54. 5 de octubre de 1996.

Comisión Europea. Competencia. Caso C-241/94 Francia vs. Comisión Europea (Kimberly Clark Sopalin). 12 de octubre de 1996.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C-169/95. 14 de enero de 1997.

Comisión Europea. Competencia. Caso IP/00/1246. 7 de agosto de 1997.

Comisión Europea. Competencia. Caso C281/4. 17 de septiembre de 1997.

Comisión Europea. Competencia. Caso IP/00/1246. 31 de octubre de 1997.

Comisión Europea. Competencia. Caso NN78/97. Diario de las Comunidades Europeas. 1 de noviembre de 1997.

Comisión Nacional de la Competencia. Caso C-256/97. 29 de junio de 1999.

Comisión Europea. Competencia. Caso SG(2000) D/103010 Ayuda de Estado N 13/2000 Aragón – España. 10 de abril del 2000.

Decisión del Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Caso No 308/2000/COL. 30 de octubre de 2001.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso T-358/94 (Francia vs. Comisión). 16 de mayo de 2002.

Comisión Europea. Competencia. Caso C-280/00, *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*. 27 de Julio de 2003.

Comisión Europea. Competencia. Caso N 214/2005 – Denmark “State Aid for promoting SMEs’ use of IT and e-business”. 15 de Julio de 2005.

Tribunal de Justicia Comunidad Europea. Caso C-148/01 (Unicredito Italiano). 15 de diciembre de 2005.

Comisión Europea. Competencia. Caso E 6/2005, NN 26/2005, E 11/2005 and NN 35/2005 Malta, Comisión 16 de marzo de 2006.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C-88/03 Portugal vs. Comisión. 6 de septiembre de 2006.

Comisión Europea. Competencia. Caso C 4/2007. 7 de enero de 2007.

Comisión Europea. Competencia. Caso N 257/2007 - España Programa de ayudas destinadas a la promoción de la producción teatral en el País Vasco. 21 de abril de 2007.

Comisión Europea. Competencia. Caso N 58/07 – The Netherlands “Exenciones en biocombustibles”. 8 de mayo de 2007

Comisión Europea. Caso N105/2007 – Polonia. 18 de julio de 2007.

Comisión Europea. Competencia. Caso IP/07/1312. 12 de septiembre de 2007.

Comisión Europea. Competencia. Caso N 675/2008 – (Crédito tributario para nuevas inversiones en Sicilia) Italia. Comisión Europea, 20 abril de 2008.

Comisión Europea. Competencia. Caso T-211/04 and T-215/04 Government of Gibraltar v. Commission. 15 de marzo de 2008.

Comisión Europea. Competencia. Caso N 675/2008 – (Crédito tributario para nuevas inversiones en Sicilia) Italia. Comisión Europea, 15 de mayo de 2008.

Comisión Europea. Competencia. Caso C(2008) 5711 Ayuda No. NN 67/2007 Irlanda. 3 de octubre de 2008.

Comisión Europea. Competencia. Caso N261/2008– España Promoción de las energías renovables en España/A Coruña. 3 de noviembre de 2008.

Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo. Caso Charleroi vs. Comisión. 17 de diciembre de 2008.

Comisión Europea. Competencia. Comunicación en relación a la Aplicación de las reglas de ayudas estatales en relación a las garantías. Caso (2008/C 155/02)

Comisión Europea. Competencia. Caso N61/2009 State aid – Change of ownership of Anglo- Irish Bank. 29 de mayo de 2009.

Comisión Europea. Competencia. Caso C 20/2009. (Caso La Poste Bélgica). 13 de julio de 2009.

Comisión Europea. Competencia. Caso: N 13/2000 Aragón - España Ayudas a las PYMES. 10 de abril de 2010

Comisión Europea. Competencia. Caso (2010)3553. Hungría vs. Comisión. 9 de junio de 2010.

Comisión Europea. Competencia. Caso N 202/2010 (Ayudas para recapitalización de CajaSur, 23 de junio de 2010.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Caso C 16/2010. Grecia vs. Comisión. 6 de julio de 2010.

Comisión Europea. Competencia. Caso C 26/2010 (ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)) – Italia. 10 de octubre de 2010.

Comisión Europea. Competencia. Decisión SA.31261 (2011/N) 10 de mayo de 2011.

Comisión Europea. Competencia. Caso SA.21233 C/2011(ex NN/2011, ex CP137/2006) C(2011) 4494 final- España. 24 de junio del 2011.

Comisión Europea. Competencia. Caso SA.33157 (2011/N) Ayuda estatal en la inversión de empresas agrícolas bajo la forma de exenciones fiscales. 6 de septiembre de 2011.

PLEXO NORMATIVO

Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. ERJAFE. Artículo 68. Registro Oficial 536 de 18 de marzo del 2002.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento 463 de 27 de noviembre de 2004.

Reglamento para la aplicación del impuesto a la salida de divisas. Artículo 6. Registro Oficial Suplemento 336 de 14 de mayo de 2008.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013. Resolución No. CNP-001-2009

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Disposición Reformatoria Segunda 2.2. Registro Oficial Suplemento 351 de 29 de diciembre de 2010.

Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.

Reglamento a la Ley de Abono Tributario. Registro Oficial 257 del 16 de agosto de 2010.

Reglamento a la Estructura de Desarrollo Productivo de Inversión. Registro Oficial Suplemento 450 de 17 de mayo de 2011.

Ley 15/2007 (España). 3 de julio de 2007.

Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (España). 17 de julio 1989.

Ley Tipo de Defensa de la Competencia elaborado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD (2010).

Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena de 1997)

Decisión Acuerdo de Cartagena No. 608. (2005).

Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias OMC, (1994)

Versión Consolidada del Tratado de la Unión Europea. (2010)

Reglamento (CE) No 659/1999 Comisión Europea (1999)

Reglamento (CE) 68/2001 (2001) relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación.

Reglamento (CE) 70/2001 Comisión Europea (2001) relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas.

Informe Anual de Ayudas Públicas 2008 de la Comisión Nacional de Competencia de España. www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/.../Default.aspx. (acceso: 12/08/2012)

Comisión de las Comunidades Europeas. “Plan de Acción de Ayudas Estatales”. Documento de consulta. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:ES:PDF> (acceso: 12/08/2012)

Guidance On How The State Aid Rules Impact Upon Funding For The Delivery Of Public Services Including Services Of General Economic Interest (SGEI) How the State Aid rules impact upon funding for the delivery of Public Services including Services of General Economic Interest. UK Department for business, innovation and skills. <http://www.bis.gov.uk/files/file53292.pdf> (acceso 07/07/2012)

Marco Comunitario Sobre Ayudas Estatales De Investigación Y Desarrollo E Innovación (2006/C 323/01)

Communication from the Commission Services of general interest in Europe, Documento de Consulta. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2001/c_017/c_01720010119en00040023.pdf. (acceso: 12/09/2012)

Ficha técnica del Parlamento Europeo sobre las Ayudas de Estado. (20 de noviembre del 2000) . http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_3_3_es.htm?textMode=on (acceso: 02/07/2012)

Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (Texto pertinente a efectos del EEE) Diario Oficial n° C 054 de 04/03/2006 p. 0013 – 0044

Reglamento General de Exención por Categorías (CE) No 800/2008 de la Comisión Europea. (6 de agosto de 2008)

Directrices Sobre Las Ayudas De Estado De Finalidad Regional Para El Período 2007-2013 de la Comisión Europea. www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Organismos./DAR_2007-2013.pdf (acceso: 07/07/2012)

Reglamento General de Exención por Categorías de la Comisión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:214:0003:0047:es:PDF>. (acceso:12/09/2012)

Reglamento Ley de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero 2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia).

Comunicación de la Comisión Europea. “Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles”. (2007/C 272/05).

ANEXOS

Anexo 1



RESOLUCIÓN No. 10

COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR (COMEX)

Considerando:

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 284, numeral 2, establece que el Estado incentivará la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional;

Que a través de Decreto Supremo No. 3605-B, publicado en el Registro Oficial No. 883 de 27 de Julio de 1979, se promulgó la Ley de Abono Tributario que regula la concesión de los Certificados de Abono Tributario, a favor de los sectores productivos que fomenten la exportación de bienes nacionales;

Que por Decreto Ejecutivo No. 2114, publicado en el suplemento del Registro Oficial No. 498 de 12 de agosto de 1986, se suspendió la vigencia de la Ley de Abono Tributario;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 265, publicado en el Registro Oficial No. 149 de 12 marzo del 2010 se reformó el Decreto Ejecutivo N° 2114, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 498 de 12 de agosto de 1986, se reactivó la concesión de los Certificados de Abono Tributario exclusivamente a los productos exportados que se afecten en su comercialización por sanciones impuestas por organismos internacionales;

Que con Decreto Ejecutivo No. 444, del 30 de julio de 2010, se expidió el Reglamento a la Ley de Abono Tributario, considerando únicamente los parámetros establecidos en el Decreto Ejecutivo No. 265;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 742 de 23 de abril de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 443 de 9 de mayo de 2011, se reformó el Decreto Ejecutivo No. 444;

Que el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, establece en su artículo 72 literal a) que entre las competencias del Comité de Comercio Exterior –COMEX–, está la siguiente: "Formular y aprobar las políticas y estrategias generales y sectoriales, en materia de comercio exterior, fomento y promoción de las exportaciones, así como designar los organismos ejecutores.", de igual manera derogó la Ley Orgánica de Aduanas, que fue reemplazada por el libro V "De la competitividad sistemática y de la facilitación aduanera";

Que el Comité de Comercio Exterior, en sesión celebrada el día 17 de mayo de 2011 conoció y aprobó el Informe Técnico MCPEC-COMEX-008-2011, mediante el cual recomienda establecer los procedimientos para la implementación y otorgamiento de los certificados de Abono Tributario;





En ejercicio de las facultades que el artículo 72 y 73 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones,

RESUELVE:

Artículo 1: Reconocer un Certificado de Abono Tributario (CAT) de hasta 80% del valor pagado en aranceles, sin que exceda del 15% para productos agropecuarios y hasta el 25% para productos manufacturados, artesanales y pesqueros del valor FOB declarado en la respectiva liquidación aduanera del país de destino, en aplicación de lo establecido en el artículo No. 7 de la Ley de Abono tributario.

Este beneficio se reconocerá solamente a las exportaciones amparadas en las subpartidas del país de destino que hayan empeorado el nivel de acceso.

Para casos especiales, se analizarán mediante evaluación del valor agregado nacional tal como lo establece la Ley de Abono Tributario, respetando lo dispuesto en el primer párrafo de la presente resolución.

Artículo 2: Para acogerse al beneficio el exportador presentará la solicitud en el formulario que proporcionará el COMEX, cumpliendo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley y entregará de manera mensual el documento de nacionalización de la mercadería de la autoridad de aduanas del país de destino, que incluya un detalle de la(s) factura(s) comercial(es) autorizada(s) por el Servicio de Rentas Internas (SRI), la(s) subpartida(s) arancelaria(s) del país de destino, el valor en dólares de Norte América, la tasa arancelaria aplicada en el país, el peso en kilos o número de unidades y el valor pagado en aranceles.

Los exportadores o productores, entregarán en medio electrónico (Excel), un detalle de la(s) factura(s) en la(s) que conste el RUC, el número de la factura, la cantidad y el valor total de la exportación, cuyo total debe ser igual a la información detallada en el documento aduanero en el país de destino. De lo contrario no podrá ser tramitado.

La documentación anteriormente referida deberá ser entregada al COMEX por parte de los exportadores mediante instrumento físico y/o electrónico, a fin de que se inicien los procedimientos internos, en coordinación con las otras instituciones involucradas en el proceso, de acuerdo a sus normativas internas y conforme a lo establecido por la Ley y el Reglamento respectivo.

Artículo 3: El COMEX remitirá al SRI la documentación entregada por el exportador, para que valide el valor de la factura autorizada por el SRI, con el valor declarado en los documentos de exportación, así como con el valor incluido en la declaración de importación en el país de destino.

Una vez que el SRI haya validado dicha información, en base a la presente Resolución, calculará el valor del CAT para cada exportador y remitirá esta información al Banco Central del Ecuador (BCE) para que cada Declaración Aduanera Única (DAU) y subpartida sea validada con la documentación o información que disponga dicha entidad.

Anexo 2



RESOLUCIÓN No. 32 COMITÉ DE COMERCIO EXTERIOR COMEX CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 284, numeral 2, establece que el Estado incentivará la producción nacional, la productividad y la competitividad sistemática, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional;

Que a través de Decreto Supremo No. 3605-B, publicado en el Registro Oficial No. 883 de 27 de julio de 1979, se promulgó la Ley de Abono Tributario que regula la concesión de los Certificados de Abono Tributario, a favor de los sectores productivos que fomenten la exportación de bienes nacionales;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 265, publicado en el Registro Oficial No. 149 de 12 de marzo de 2010, se reactivó la concesión de los certificado de abono tributario para los productos exportados cuya comercialización se vea afectada por sanciones impuestas por organismos internacionales;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 444, publicado en el Registro Oficial No. 257 de 16 de agosto de 2010, se expidió el Reglamento a la Ley de Abono Tributario, considerando los parámetros establecidos en el Decreto Ejecutivo No. 265;

Que mediante Suplemento al Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010, se publicó el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), el cual creó al Comité de Comercio Exterior COMEX como organismo rector de la política comercial;

Que en el artículo 72 del COPCI se estableció como una de las competencias del COMEX formular y aprobar las políticas y estrategias generales y sectoriales, en materia de comercio exterior, fomento y promoción de las exportaciones, así como designar a los organismos ejecutores;

Que el Gobierno Nacional mediante Decreto Ejecutivo No. 742 de 23 de abril de 2011, publicado en el R.O No. 443, el 9 de mayo de 2011, se reforma el Decreto Ejecutivo No. 265 y se reconoce el beneficio del Certificado de Abono Tributario (CAT) como mecanismo de apoyo a los exportadores que sufrieron un drástico cambio en las condiciones de acceso a mercados;

Que mediante Resolución No. 10 del COMEX, publicada en el Registro Oficial No. 468 del 13 de junio de 2011, se implementó el procedimiento de entrega de los Certificados de Abono Tributario para las exportaciones amparadas en las subpartidas del país de destino que hayan empeorado el nivel de acceso a los mercados internacionales;

Que el artículo 5 del Reglamento a la Ley de Abono Tributario, establece que cuando el Comité de Comercio Exterior COMEX comprobare que una rama industrial o que un producto no requiere del incentivo total o parcial para su exportación podrá reducir el porcentaje de Abono Tributario, en función de los parámetros técnicos que determine el Comité de Comercio Exterior;

Que desde la publicación de la Resolución No. 10 del COMEX, las condiciones de acceso de los productos ecuatorianos a los mercados internacionales han mejorado y en consecuencia la emisión de los certificados de abono tributario aprobada en la referida resolución del COMEX, como apoyo para los exportadores ecuatorianos, ya no es necesaria;

Que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 99 establece que: "Los actos normativos podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo cuando así se lo considere conveniente";

Que mediante Memorando No. MCPEC-0209-2011, de 31 de octubre de 2011, se delegó al ingeniero Mauricio Peña la presidencia del Comité del Comercio Exterior COMEX para la sesión del 31 de octubre de 2011;

Que el Comité de Comercio Exterior, en sesión llevada a cabo el 31 de octubre de 2011, conoció y aprobó el informe técnico MCPEC-COMEX-28-2011, que recomienda derogar la Resolución No 10 del COMEX, mediante el cual se implementó el procedimiento de entrega de los Certificados de Abono Tributario;

En ejercicio de las facultades que le confiere la ley,

RESUELVE:

Artículo 1.- Derogar la Resolución No. 10 del Comité de Comercio Exterior, publicada en el Registro Oficial No. 468 del 13 de junio de 2011.

Artículo 2.- En virtud de lo establecido en el artículo 1, se dispone que la Secretaría Técnica del COMEX comunique al Servicio de Rentas Internas (SRI) suspender la tramitación de las solicitudes de otorgamiento de crédito de abono tributario que tengan como base lo dispuesto en la Resolución No. 10 del COMEX y procedan a la devolución de las mismas a los solicitantes.

Artículo 3. – Delegar a la Secretaría Técnica del COMEX, que en un plazo de 60 días, elabore y presente un informe sobre la evaluación de esta medida.

La presente resolución fue adoptada por el Comité de Comercio Exterior COMEX, en sesión llevada a cabo el 31 de octubre de 2011 y entrará en vigencia a partir de la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.



Ing. Mauricio Peña
PRESIDENTE (E)



Lic. Diego Caicedo
SECRETARIO AD-HOC