



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LA LORCPM Y SU SITUACIÓN SUI GÉNERIS
EN LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA.**

Autor

Juan Domingo Cárdenas Román

**Año
2017**



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LA LORCPM Y SU SITUACIÓN SUI GÉNERIS
EN LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía

Mgs. Patricia Alvear Peña

Autor

Juan Domingo Cárdenas Román

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Sara Patricia Alvear Peña

Magister en Derecho mención Derecho Internacional Económico

C.C.: 0102664042

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los trabajos de titulación.

Roberto Santiago Lara Narváez

Doctor en Jurisprudencia

C.C.: 1715957799

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Juan Domingo Cárdenas Román

C.C.: 172140405-9

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi padre por brindarme todas las herramientas necesarias para el desarrollo de mis estudios.

A la doctora Patricia Alvear, por su tiempo, dedicación y por enriquecerme de manera desinteresada con sus conocimientos.

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado a mi madre María de Lourdes Román, mi padre Mario Antonio Cárdenas y a mi hermana María Paula Cárdenas, por ser los pilares fundamentales de mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo analiza a la figura de la ayuda pública como herramienta jurídica de integración y control del sistema comunitario de competencia. A lo largo del trabajo, se examinarán los aspectos correspondientes al modelo europeo de competencia, un modelo de carácter supranacional, donde la norma comunitaria prima por sobre la nacional. De igual manera se hará una aproximación al modelo de carácter supranacional de competencia de la Comunidad Andina y será sujeto de análisis, las diferencias con relación a los modelos de competencia que ha usado cada uno de sus países miembros. Por último, evaluaremos a las Ayudas Públicas dentro de la legislación ecuatoriana, las mismas que, dentro del sistema de competencia ecuatoriano, son ineficientes e ineficaces.

ABSTRACT

This work analyzes state aid as a legal tool for the integration and control of the antitrust community system. Throughout this work, the relevant aspects of the European antitrust model will be examined, a supranational model where the community rules prevail over national rules. Likewise, the supranational antitrust model of the Andean Community of Nations will be reviewed, and the differences amongst the antitrust models used by each of the member nations will be analyzed. Finally, the state aids established by the Ecuadorian legislation will be assessed, as these are inefficient and ineffective under the Ecuadorian antitrust system.

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Las ayudas públicas en la Unión Europea	2
2.1 ¿Qué son las ayudas públicas?	2
2.2 Objetivo de las ayudas públicas	8
2.3 Regulación de las Ayudas Públicas en la Unión Europea	9
2.3.1. La evolución de la Unión Europea	9
2.3.2. El derecho comunitario Europeo	13
2.3.3. El derecho de competencia en la Unión Europea	16
2.3.4. Ayudas Minimis	18
3. El derecho de competencia en la Comunidad Andina (CAN)	20
3.1 ¿Qué es el Derecho de Competencia según la Norma Andina?	20
3.2 ¿Cómo se regula la competencia en los países miembros de la CAN?	26
3.3 Regulación de las barreras burocráticas –caso Perú-	30
4. Las ayudas públicas en Ecuador	32
4.1 Las ayudas públicas en Ecuador	32
4.2 El objetivo de las ayudas públicas en Ecuador	37
4.3 Regulación de las ayudas públicas en Ecuador	38
5. Conclusiones	42
Referencias	44

1. Introducción

El ensayo aborda el problema jurídico que conlleva la regulación sobre ayudas públicas en la legislación ecuatoriana y sus particularidades. Plantea el problema de la ausencia de un sistema de competencia comunitario que pueda tener correlación con la ayuda pública planteada en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En este sentido, la norma ecuatoriana no mantiene correlación con lo expresado en la norma comunitaria, por cuanto en esta, no existen las ayudas públicas.

El presente trabajo de investigación, tiene como objetivo general demostrar que las ayudas públicas, dentro de la normativa ecuatoriana, no tienen una regulación eficiente a la luz del Análisis Económico del Derecho.

Para poder cumplir con el objetivo principal, se han planteado varios objetivos específicos. Al respecto, se pretenderá demostrar que la Unión Europea, se encuentra regulada por un organismo comunitario supranacional y no como en Ecuador, que el derecho de competencia se encuentra regulado únicamente por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En el segundo capítulo procederemos a demostrar que en la mayoría de ordenamientos jurídicos de los países miembros de la Comunidad Andina, la Ayuda Pública no está regulada, sino que en su contrario, se regulan las barreras burocráticas impuestas por el Estado para fomentar la competencia y no las ayudas públicas como tal. Para el desarrollo de este capítulo se usará la investigación documental como pilar fundamental.

Por último, el tercer capítulo, procurará determinar que las ayudas públicas están reguladas deficientemente en nuestro ordenamiento jurídico de competencia, y no son eficientes a la luz del análisis económico del derecho. A fin de respaldar el objetivo principal, este objetivo específico se basa en la investigación documental. Al respecto, este objetivo se encuentra estrechamente ligado a la posición personal planteada para el desarrollo del presente ensayo académico, el mismo que se cuestiona si: ¿están las ayudas

públicas reguladas de manera correcta en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado?

Para el desarrollo del presente ensayo académico se han usado los métodos lógico deductivo, así como también el método histórico.

Sin perjuicio de lo anterior, también se abordarán temas relacionados al sistema de competencia comunitario europeo, así como también al sistema de competencia comunitario andino con especial énfasis en las ayudas públicas, para así poder cumplir con los objetivos antes descritos.

2. Las ayudas públicas en la Unión Europea

2.1 ¿Qué son las ayudas públicas?

Partiendo del precepto que el Estado es el responsable por la economía del país, es lógico mencionar que este pueda intervenir en la economía del mismo, creando situaciones que favorezcan o no a ciertos sectores de la economía, pudiendo generar ventajas injustificadas dentro del mercado de competencia (Velandia, 2011, p. 292). Tales situaciones que favorecen o desfavorecen a las empresas, las encontramos recogidas dentro de la norma y la doctrina con el nombre de Ayudas Públicas. Cabe mencionar que las ayudas públicas, operan dentro del desarrollo del mercado y de la competencia, ya que condicionan su normal desarrollo (Fernández, 2012, p. 549). De esta manera, las ayudas públicas son un mecanismo por medio del cual, el Estado interviene dentro de la economía del país.

Varios son los factores para que el Estado pueda intervenir dentro de la economía del Estado, ya sea para reactivarla, promoverla o incentivarla. Por lo que, en épocas de crisis, se han permitido la corrección de graves perturbaciones en la economía (Ginebra, 2011, p. 192). La crisis constituye un fundamento para que se pueda justificar cualquier tipo de intervención pública (Malaret, 2011, p. 69). Al respecto, la ayuda pública es un acto legítimo del Estado, sin embargo, esta ayuda debe ser regulada, corregida y sancionada

cuando afecta a la libre competencia en un mercado como el mercado de integración regional.

La ayuda pública es la ayuda brindada por el Estado a ciertos sectores de la economía en cumplimiento de determinados fines y políticas públicas. De esta manera, es preciso remitirnos a la fuente que ha fomentado las ayudas públicas, esto es, la crisis (Ginebra, 2011, p. 190). En este sentido, los Estados que atravesaban una crisis económica en su afán por reactivar su economía, optaron por medidas que impulsen la economía del mismo.

Es necesario sacar a relucir que las ayudas públicas, nacieron y son parte fundamental del sistema de competencia del derecho Comunitario europeo, por esto, es preciso que nos remitamos a la doctrina para poder encontrar su definición. Al respecto, Belda nos establece que:

La noción de ayuda de Estado alude a cualquier ventaja económica selectiva derivada para una o varias empresas o sectores de cualquier forma de intervención pública financiada – directa o indirectamente- con fondos públicos. Dichos fondos pueden proceder de cualquier ente territorial u organismo público, incluidas las empresas estatales. (2010, p. 78).

Como lo podemos ver, el concepto de ayuda pública finca su fundamento en cualquier ventaja otorgada a un operador económico en detrimento de otro, que compitiendo dentro del mismo mercado, no tiene las mismas oportunidades para poder desarrollarse.

En el Derecho Comunitario europeo, la ayuda pública aparece como un mecanismo de corrección económica. Sin embargo, es necesario establecer lo que es el derecho comunitario. De esta manera, vamos a hacer referencia a lo expuesto por Feldstein de Cárdenas y Rodríguez, que nos dicen que:

Por derecho comunitario debemos entender el derecho vigente en una comunidad jurídica, que posee características y principios rectores que le son propios, de naturaleza singular. Podríamos decir que existe entre ellos una relación de género a especie. No todo derecho de integración

posee las características del derecho comunitario en tanto que éste es un tipo de aquel. (2010, p. 148).

En este sentido, el derecho comunitario es un derecho que se aplica a una comunidad y difiere del derecho de integración ya que el derecho comunitario es la especie y el derecho de integración es el género. Teniendo presente la distinción existente entre derecho de integración y derecho comunitario, cabe mencionar que los procesos de integración, pueden ser de dos clases, supranacionales o intergubernamentales.

Por una parte, el proceso de integración intergubernamental se refiere a que existen órganos de cooperación con competencia supranacional, sin embargo, estos se encuentran limitados a la autorización de cada uno de los países. Por su parte, el proceso de integración supranacional constituye un proceso que:

La primera, tiene instituciones de integración autónomas y sus decisiones son vinculantes y obligatorias para los estados miembros; nacen de un proceso comunitario de naturaleza supranacional, que trascienden las fronteras de los estados miembros, los que ejercen su soberanía distanciándose del criterio de soberanía clásica y nacionalista. (Alvear, 2014, p. 171).

Partiendo de su definición, es posible establecer que en un proceso de integración supranacional, el derecho comunitario está por encima del nacional, es decir, las decisiones comunitarias primarán por sobre las nacionales.

Al hablar acerca de un proceso de integración con carácter supranacional, es posible identificar a la Unión Europea, dentro de la cual, las potestades de los Estados pertenecientes a la comunidad han sido traspasadas, limitando así sus derechos soberanos; por ende, podemos decir que la supranacionalidad limita a los Estados, dentro de los cuales no será posible que prevalezca un acto unilateral que se oponga a lo dictado por la comunidad (Feldstein de Cádenas y Rodríguez, 2010, p.153). De esta manera, es preciso sacar a relucir que un proceso de integración, tendrá que primar el derecho comunitario por sobre el

nacional, las decisiones adoptadas tendrán efecto directo y su incorporación al derecho será automática.

Dentro del derecho comunitario europeo, se encuentran reguladas las ayudas públicas y hay que mencionar que el común denominador de los autores, definen a las ayudas públicas de forma parecida, sin embargo, es necesario remitirnos a lo expresado por Velandia, que nos establece:

La ayuda estatal es un supuesto fáctico restrictivo que aparece contenido dentro de la legislación europea, según el cual se prohíben los comportamientos de un estado miembro que, en virtud de la potestad interventora, emita leyes o actos que otorguen un privilegio injustificado a una empresa en particular, desfavoreciendo a otros, por medio de un comportamiento bien activo o pasivo. (2011, p. 292).

Al respecto, es posible notar que el autor resalta la facultad del Estado de intervenir en la economía del país, ya sea para ayudar a ciertos operadores y desfavorecer a otros.

En el campo del derecho de competencia, las ayudas públicas son cualquier ventaja competitiva que se la otorgue a un operador económico en detrimento de otro que no ha recibido la antes mencionada mejora y se vea en una condición diferente con relación al mercado consumidor (Belda, 2010, p. 78). Por esta razón, esta herramienta jurídica perjudica el correcto desarrollo de la competencia y priva a los operadores económicos a competir en un mercado justo y eficiente.

Las ventajas en favor de ciertos operadores económicos pueden otorgarse de varias formas. En este sentido, cabe puntualizar que el concepto de ayuda pública, es más amplio que el de subvención y constituye una herramienta por medio de la cual, los poderes públicos intervienen en la economía del país, esta intervención comprende varias figuras como el de subvención, anticipo, beneficios fiscales, etc. (Fernández, 2012, p. 549). Por esta razón, el concepto mencionado no se limita simplemente al de subvención ya que la ayuda puede entregarse de varias formas y no solo en dinero.

Por su condición, la ayuda pública no se restringe simplemente a la transferencia de los fondos en favor de una empresa sino que su concepto hace referencia a cualquier ventaja otorgada en favor de un operador económico, la misma que aminore las cargas a las que normalmente debería estar sujeto dicho operador económico en virtud de su actividad económica (Belda, 2010, p. 78). Por este motivo, es necesario tener presente que la ayuda pública puede realizarse de varias formas, las mismas que afectan la competencia y no permiten un desarrollo justo para aquellos operadores económicos que operan en el mercado.

Para que se configure una ayuda pública, según Velandia, ésta deberá cumplir con cuatro características en específico, al respecto, nos dice que:

Para que una ayuda estatal sea considerada incompatible (restrictiva) con el mercado, debe cumplir con cuatro características:

- Debe ser otorgada por el Estado o mediante fondos estatales.
- Debe favorecer determinadas empresas o producciones.
- Debe falsear o amenazar falsear la competencia.
- Debe afectar el intercambio entre estados miembros. (2011, p. 293).

Partiendo de esta premisa, es preciso sacar a relucir que hay excepciones a las reglas mencionadas, ya que en ciertos casos las ayudas públicas ayudan en general a la economía, permitiendo el desarrollo de los pueblos o comunidades.

Otro punto a tener en cuenta es que las ayudas del estado se diferencian de aquellas medidas de carácter general. En estas medidas, las empresas de todos los sectores económicos son las que se benefician de las decisiones tomadas por el Estado y no como en las ayudas públicas, que son medidas otorgadas en favor de una empresa en específico (Belda, 2010, p. 78). Por lo tanto, la diferencia entre ambas radica en que la primera se caracteriza por una ayuda otorgada a un cierto operador mientras que la otra, ayuda a todas las empresas.

A fin de que se puedan otorgar ayudas públicas, es preciso que se cumplan con dos supuestos. El primero de ellos nos establece que dicha ayuda esté destinada a favorecer el desarrollo económico de una provincia, pueblo o en general población que no cumpla con los niveles de vida o que el desempleo sea considerablemente bajo y el segundo es que la ayuda pública se dirija al desarrollo de ciertas actividades y determinadas regiones económicas que no alteren el interés común (Velandia, 2011, p. 293). De esta manera, la ayuda brindada por el Estado se encarga de poder impulsar la economía y no limitarla otorgando beneficios a ciertos operadores.

De acuerdo a la concepción adoptada por la Unión Europea, la ayuda pública a nivel regional debe ser regulada, razón por la que procederemos a definir lo que se entiende por ayuda pública regional la misma que consiste en:

Consisten en ayudas de inversión o de funcionamiento dirigidas a grandes empresas, o aumentos de ayuda a la inversión para pequeñas y medianas empresas destinadas a regiones determinadas que se considera que se encuentran en una posición menos favorecida que el resto (Loma de Osorio, 2013, p. 521).

Si bien es cierto las ayudas públicas están prohibidas, existen excepciones y una de ellas son las ayudas regionales, las mismas que se enfocan en la ayuda para que las regiones menos favorecidas puedan desarrollarse y crecer económicamente.

Las ayudas públicas regionales constituyen un beneficio para ciertos operadores que no pueden desenvolverse dentro del mercado relevante. En este sentido, favorecen a todos los sectores económicos de una región, sin afectar el correcto desarrollo de la competencia (Belda, 2010, p. 78). Por esta razón, las ayudas públicas regionales no son un impedimento para la aplicación del derecho de competencia, sino por el contrario, representan un bien para el país en general.

Las ayudas públicas regionales pretenden desarrollar la economía de una cierta región. Este progreso está determinado por una mayor cohesión

económica y social, consolidando sus bases en la promoción del empleo y el incremento de la inversión (Loma de Osorio, 2013, p. 521). En fin, podemos establecer que la finalidad de las ayudas regionales es la consolidación de una economía más fuerte a través de la promoción del empleo y el incremento de la inversión.

Por lo tanto, resulta indispensable establecer que la ayuda pública responde a cualquier tipo de ventaja, es decir, fiscal, económica, política, etc., otorgada por el Estado en favor de una empresa o ciertos sectores e detrimento de otros que no perciben estos beneficios. En este sentido, es necesario delimitar y exponer el objetivo de las ayudas públicas.

2.2 Objetivo de las ayudas públicas

En contraposición con lo expresado por la corriente comunitaria, el objetivo de la competencia del derecho antitrust estadounidense nos dice que:

En una palabra, el objetivo (del Derecho antitrust) es la máxima eficiencia económica que nos lleve al mayor nivel de riqueza posible. La distribución de dicha riqueza o la consecución de objetivos de índole no económica son objeto de otras leyes y están fuera del ámbito de los jueces que deciden casos de antitrust. (Estella, 2003, p.8).

En este sentido, podemos ver que el derecho antitrust justifica cualquier distorsión de la competencia y la justifica estableciendo que la competencia es la máxima eficiencia que uno puede alcanzar. Pese a que el presente trabajo se enfoca únicamente en la corriente comunitaria europea, es pertinente demostrar el objetivo del mencionado derecho, ya que se va en contra de lo estipulado por la norma comunitaria.

En este sentido, las ayudas públicas tienen un objetivo en específico, el mismo que hace referencia a la búsqueda del bien común a través de un mejoramiento económico en favor de la mayoría de operadores económicos (Velandia, 2011, p. 296). Sin embargo, es preciso notar que cuando un país se encuentra en crisis, el objetivo de las ayudas públicas puede variar, teniendo como común

denominador a la revitalización de los mercados de capital, es decir, los mercados financieros que puedan reactivar la economía del país (Ginebra, 2011, p. 196). También la ayuda permite apoyar a pequeños emprendimientos que puedan ser vulnerados ante grandes operadores económicos en cumplimiento de políticas públicas.

Por lo tanto, es fundamental establecer que el objetivo principal de las ayudas públicas es poder buscar el mayor beneficio para los operadores económicos, los mismos que no se vean perjudicados por ciertos apoyos, ya sean económicos, fiscales o tributarios en favor de determinados agentes que participan dentro del mismo mercado.

2.3 Regulación de las Ayudas Públicas en la Unión Europea

2.3.1. La evolución de la Unión Europea

La historia mundial se ha visto caracterizada por varios episodios a lo largo de los tiempos, sin embargo, uno de los que más repercusiones ha tenido fue la Segunda Guerra Mundial. Esta guerra destruyó al continente europeo y condicionó su desarrollo en vista de que sus habitantes perdieron la esperanza por ver crecer a su nación y los costos para reconstruir las naciones eran muy altos. Pese a ser considerablemente altos los valores para reconstruir Europa, los Estados Unidos de América fueron un pilar fundamental para la reconstrucción del Viejo Continente.

La necesidad de restaurar y recuperar a Europa era inminente, por eso, surgieron ciertos planes que pretendían levantar a este gigante. El primer intento fue fallido en vista de que el 27 de junio de 1947, la URSS, rechazó la ayuda americana a nombre Francia y Reino Unido; ante la negativa de la URSS, Francia y Reino Unido convocaron a los países de Europa Occidental una conferencia en París, la misma que permitió la creación del Comité Europeo de Cooperación Económico, OEEC (González, 2012, p. 129). Como podemos ver, el primer intento fracasó, sin embargo, permitió que se cree un comité que permita la unión económica para poder sobresalir de la crisis.

El 22 de septiembre de 1947, el Comité Europeo de Cooperación Económico, envió un informe al Congreso de los Estados Unidos de América en el que se describía la importancia de la importación del dólar. Ante la noticia, el presidente Estadounidense, el 3 de abril de 1948, firmó una ley denominada Ley de Asistencia al Extranjero, la misma que propendía la reconstrucción de Europa. De esta manera nació el Plan Marshall, el mismo que duró hasta el 30 de septiembre de 1951 (González, 2012, p. 129). Finalmente, se pudo instaurar el plan Marshall, el mismo que pretendía el desarrollo de Europa a través de su reparación económica.

La incorporación de los países a un proceso de integración fue lento. En un comienzo fueron nada más que seis, sin embargo, con el paso del tiempo, la mayoría de países se integraron y crearon lo que hoy conocemos como Unión Europea (Velasco, 2010, p.21). Los países, ganaron confianza y se unieron a una estructura que les podía ayudar a reactivar sus economías, las mismas que después de una época de guerra, se encontraban debilitadas.

El Plan Marshall ha sido de vital importancia en el ámbito de la cooperación Europea, en este sentido podemos ver que González nos dice que:

Una de las facetas más importantes del Plan fue la de su incidencia en la cooperación intraeuropea. En este sentido, el convenio constitutivo de la OECE era algo más que un acuerdo para distribuir la ayuda Marshall. Y aunque las actividades de la OECE durante sus primeros dieciocho meses de vida se polarizaron en esa función, ya durante la primera fase no faltaron declaraciones y presiones de EEUU en favor de una auténtica cooperación económica intraeuropea. (2012, p. 130).

Una vez que se pudo empezar con la reconstrucción de Europa, las comunidades Europeas se plantearon como objetivo el de integrar económicamente a los países de la región a fin de lograr un mejor desarrollo económico y social de sus países miembros.

En este ámbito se desarrolló la idea de un proceso de integración que pueda agrupar a varios países y conseguir objetivos en común. El objetivo inicial de la

Unión Europea se limitaba a uno, el de crear un mercado común que permitiera a las naciones desarrollarse en cuatro libertades de circulación: de mercancías, personas, servicios y capitales (Velasco, 2010, p. 21). De esta manera, los objetivos se ampliaron y permitieron un crecimiento a nivel nacional y también comunitario.

Es posible establecer que el Plan Marshall es el antecedente para que los países europeos se integren y así formar lo que hoy conocemos como Unión Europea. Para el efecto, es preciso ubicarnos en la línea del tiempo para poder constatar la evolución de la Unión Europea.

Tabla 1.

Tabla sobre la evolución de la Unión Europea.

Evolución de la U.E.	
-	1952 ---- Tratado de París---- Constitutivo de la C.E.C.A.
-	1957 ---- Tratado de Roma --- Constitutivos de la C.E.E. y Euratom
-	1986 ---- Acta Única Europea
-	1992 ---- Tratado de Maastricht
-	1997 ---- Tratado de Amsterdam
-	2001 ---- Tratado de Niza
-	29/10/2004 ---- Tratado de Roma ---- Establece una Constitución para Europa
-	Mayo- junio de 2005 ---- Francia y los países Bajos rechazan el tratado en referéndum.
-	13/12/2007 ----- Firma del Tratado de Lisboa por los 27 Estados miembros. 26 Estados miembros ratifican el Tratado de Lisboa por vía parlamentaria.
-	12/06/2009 ----- El referéndum en Irlanda no permite la ratificación.
-	19/06/2009 ----- Los Jefes de Estado y de Gobierno acuerdan garantías jurídicas vinculantes respecto a determinadas cuestiones específicas indicadas por las autoridades irlandesas en materia de fiscalidad, derecho a la vida, a la educación y a la familia, y la

tradicional política irlandesa de neutralidad militar, garantías que se incorporarán como protocolo en los Tratados UE una vez que el Tratado de Lisboa entre en vigor. Se adopta una declaración solemne sobre la importancia de los derechos de los trabajadores y los servicios públicos.

- **02/10/2009** ----- Segundo referéndum en Irlanda.
- **01/12/2009** ----- Entra en vigor el Tratado de Lisboa.

Adaptada de Feldstein de Cárdenas y Rodríguez, 2010, p.100

Considerando que la Unión Europea es una potencia comercial y un gran donante de ayudas para los países en desarrollo surgió la necesidad de que se conformen varios órganos de poder de este sistema comunitario, se crearon el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión y el Tribunal de Justicia y Tribunal de Primera instancia (Feldstein de Cárdenas y Rodríguez, 2010, p. 105). Con la creación de estos, se pretende regular y mantener, haciendo prevalecer el carácter supranacional que tiene este proceso de integración.

Es preciso anotar que cada uno de los órganos de poder de la Unión Europea están conformados por representantes de cada uno de los países miembros. Al respecto, cabe mencionar que estos órganos, se crearon para garantizar el desarrollo de este mercado común, con un marco de competencia no falseado, razón por la que se agregaron tratados de circulación a fin de defender la libre competencia (Velasco, 2010, p. 21). La protección del sistema de competencia es sin lugar a duda un gran avance en vista de que permite que la economía comunitaria se desarrolle, crezca y pueda ser un modelo ejemplar para muchos países.

Con el desarrollo del derecho europeo de competencia, podemos hablar acerca de las ayudas públicas, las mismas que por su parte, constituyen un eje fundamental dentro del derecho de la competencia europeo al igual que los otros ilícitos anticompetitivos tales como las concentraciones y el abuso de posición dominante (Malaret, 2011, p. 75). En este sentido, resulta pertinente manifestar que las ayudas públicas nacen y se encuentran enmarcados dentro del derecho comunitario europeo.

Por lo tanto, podemos decir que la Unión Europea es y ha sido un proceso de integración supranacional que tiene como fin, la protección de la economía comunitaria, creando un mercado común que permita el desarrollo económico y social, el mismo que se encuentra regulado por un órgano superior donde las normas se aplican a todos sus países miembros.

2.3.2. El derecho comunitario Europeo

A fin de poder establecer la forma de funcionamiento del derecho de competencia en la Unión Europea, es preciso sacar a relucir que esta pertenece a un proceso de integración supranacional. Es un ordenamiento jurídico propio, que se encuentra integrado al del resto de los Estados miembros donde los países miembros ceden soberanía en favor de una organización supranacional (Pampillo, 2012a, p. 74). Por esta razón, a través de este proceso de integración de carácter supranacional, se ha conformado un derecho común de las naciones que lo conforman.

Varios autores mantienen concordancia al expresar que la Unión Europea es un ordenamiento jurídico supranacional. Ante esto, es preciso remitirnos a lo expresado por Pampillo, que nos establece:

Consecuentemente el derecho comunitario europeo es un ordenamiento jurídico supranacional, integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros, de naturaleza supranacional y colaborativa, que se ha conformado como un derecho común, incorporado dentro de la dinámica jurídica de los derechos propios de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos. (2012b, p. 95).

Por lo tanto, el carácter supranacional de la Unión Europea, permite que este proceso de integración funcione como un sistema dinámico, dentro del que todos los países miembros se encuentren regulados ante un mismo ordenamiento jurídico.

Resulta interesante establecer que el derecho comunitario europeo se ha conformado como un derecho común. En este sentido, por encontrarse envuelta en un nuevo ordenamiento jurídico, los estados se han convertido no solo en sus miembros sino también sus nacionales (Pampillo, 2012a, p. 74). Por esta razón, se puede establecer que este proceso de integración propende la unión de los países que lo conforman.

Podemos resaltar que la Unión Europea es un ordenamiento jurídico supranacional donde la Asamblea y el Tribunal de Justicia, juegan un papel fundamental. De acuerdo al Tratado de la Unión Europea, estos dos órganos están por encima de la normativa interna de los estados miembros y su aplicación es obligatoria para los mismos (Alvear, 2014, p. 178). Es decir, la regla nos establece que la norma comunitaria primará sobre la normativa interna de los estados.

Considerando que la norma comunitaria prima por sobre la nacional, cabe introducir a las fuentes del derecho comunitario, las cuales se dividen en fuentes de derecho originario o primario y derecho derivado o secundario. Por derecho originario podemos entender que es aquel que nace a partir de los actos jurídicos del derecho internacional público, es decir, de los tratados constitutivos (Moya, 2006, p. 144). En segundo lugar tenemos al derecho secundario, que es aquel establecido por las instituciones que han sido creadas por los tratados constitutivos (Pampillo, 2012a, p. 75). Es preciso señalar que el derecho derivado siempre va a estar subordinado al derecho originario. En este sentido, podemos encontrar que los actos y normas a los que se hace referencia son los reglamentos, directivas y decisiones.

Si bien es cierto que ambas fuentes del derecho comunitario son de suma importancia, es necesario establecer que tienen grandes diferencias. Una de ellas hace referencia a que la fuente primaria hace referencia a aquellos tratados constitutivos, dentro de los cuales encontramos a los tratados fundacionales de revisión, de consolidación estructural y los acuerdos de ampliación (Pampillo, 2012b, p. 95). Mientras que las fuentes de derecho derivado, son aquellas que tienen su origen en los órganos encargados de

dictar las decisiones de las comunidades, las mismas que por el carácter supranacional, se imponen a los Estados miembros (Moya, 2006, p. 149). Por este motivo, las fuentes del derecho comunitario tienen sus diferencias, las mismas que radican en los tratados de constitución como los originarios y los derivados sobre las decisiones de los órganos comunitarios.

En orden jerárquico siempre vamos a encontrar que la norma comunitaria tiene primacía sobre la nacional. Esto lo podemos ratificar, con el aporte de Feldstein de Cárdenas y Rodríguez, las mismas que hacen referencia al artículo 189 del Tratado de Maastricht de 1992 de la Unión Europea, que nos dice:

Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (2010, p. 153).

Al respecto, podemos notar que el artículo destaca que el reglamento tendrá un alcance general, es decir, que regirá y se aplicará para cada uno de los 27 Estados que forman parte de la Unión Europea.

Partiendo de la premisa que establece que el derecho comunitario está por encima del nacional, es posible decir que su aplicación es directa, inmediata. En este sentido, la norma comunitaria tiene la potestad para poder desplegar los efectos por sí misma (Pampillo, 2012b, p.97). De esta manera, las decisiones no están dirigidos a ciertas personas o a determinados países sino que se dirigen a la toda la Comunidad (Moya, 2006, p. 157). Por esta razón, en el derecho comunitario, no es necesario que se aprueben las decisiones por los países miembros, sino que estas se aplicarán de manera inmediata.

Por lo tanto, es preciso mencionar que la Unión Europea constituye el proceso de integración con carácter supranacional más reconocido de todos, por esta razón, el derecho comunitario prima por sobre el nacional, aplicándose

siempre. En materia de competencia no es diferente y al respecto, es necesario explicar el funcionamiento del derecho de competencia en la Unión Europea.

2.3.3. El derecho de competencia en la Unión Europea

Al hablar del derecho de competencia, es indispensable remitirnos a dos corrientes, la una es la comunitaria y la otra hace referencia al derecho antitrust estadounidense. Dentro de la corriente occidental, la competencia se entiende de la siguiente manera:

La competencia ha de entenderse como la maximización del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, eficiencia económica. Ello exige un análisis económico porque los tribunales han de juzgar sobre el posible conflicto cuando éste aparece entre las pérdidas de eficiencia derivadas de la asignación de recursos y las ganancias derivadas de un uso eficiente de dichos recursos. (Estella, 2003, p.8).

Como podemos observar, dentro de la concepción occidental, a la competencia se la entiende como eficiencia económica, es decir, no regula los comportamientos del Estado o de los operadores con relación al resto de competidores.

Esta doctrina se contrapone totalmente a la doctrina comunitaria europea, sin embargo, es pertinente establecer la diferencia a partir de que el presente trabajo, se enfoca únicamente en el análisis de la corriente europea.

Con el crecimiento de la economía, los problemas de competencia han aumentado, lo que ha permitido la creación del derecho europeo de competencia. Este derecho se encuentra reflejado tanto en las normas de derecho originario, como lo expuesto en el Tratado de Fundación de la Unión Europea y también en el derecho derivado a través de directivas, decisiones y reglamentos del Consejo y de la Comisión (Velasco, 2010, p. 26-27). En este sentido, podríamos decir erróneamente que el derecho europeo de competencia está enfocado únicamente con relación a la restricción de la competencia por parte de las empresas, sin embargo, el derecho de

competencia también abarca a las ayudas públicas, las mismas que pueden llegar a perturbar la competencia.

En este sentido, el derecho europeo de la competencia se ha venido regulando a través de la Comisión Europea y las autoridades nacionales. Un papel fundamental también lo desempeña el Tribunal de justicia, ahora Tribunal General, el mismo que resuelve cualquier tipo de recurso interpuesto por la Comisión. A través de sus sentencias, el Tribunal General ha aportado con importante doctrina en materia de competencia (Velasco, 2010, p. 26). Como podemos ver, este derecho se encuentra regulado tanto por la entidad comunitaria como por la nacional, sin embargo, es pertinente aclarar que siempre primará la aplicación de la norma comunitaria por sobre la nacional.

Considerando que la norma comunitaria prima por sobre la nacional, es imprescindible determinar el objetivo del derecho comunitario de competencia. En este sentido, este derecho pretende que se eliminen todas las prácticas que interfieran con la integración de los mercados (Estella, 2003, p.7). Por lo tanto, a través del derecho comunitario se pretende integrar la economía a través del impulso a la competencia y no a las restricciones.

Con relación a las ayudas públicas, éstas se encuentran reguladas por el Tratado de Fundación de la Unión Europeo, de ahora en adelante TFUE. Este tratado dispone varios procedimientos con relación al control de las ayudas públicas por parte de la Comisión, sin embargo, cabe distinguir las diferentes categorías de ayudas, las mismas que se dividen en ayudas existentes, nuevas ayudas y las ayudas ilegales (Belda, 2010, p. 80). Esta distinción es fundamental para el análisis pertinente ya que con la clasificación se puede observar cuáles de ellas han sido otorgadas por el Estado, cuáles no y cuáles operan fuera del marco de la ley.

A fin de velar por una libre competencia, en la cual los operadores económicos estén en igualdad de condiciones para competir, la Comisión Europea destaca tres tipos de conductas que van en contra de la competencia, los mismos que hacen referencia a los acuerdos restrictivos, el abuso de posición dominante y la concentración de empresas (Velasco, 2010, p. 28). Teniendo en

consideración que la Comisión Europea busca el desarrollo de una competencia justa, es necesario mencionar a las ayudas públicas, es decir, las ayudas otorgadas por los Estados que puedan llegar a distorsionar la competencia y que dentro del sistema de competencia europeo están prohibidas.

2.3.4. Ayudas Minimis

La regla general de las ayudas públicas, nos establece que no se pueden otorgar ayudas que afecten las relaciones comerciales. En este sentido, el TFUE, en su artículo 107.1, nos establece que:

Serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea citado en Loma de Osorio, 2013, p. 476).

Como podemos ver la regla es clara, estableciendo que las ayudas públicas no son compatibles con el mercado interno, es decir, que esta herramienta jurídica se encuentra prohibida dentro de la normativa de la Comunidad Europea.

Por otra parte, es fundamental resaltar que el Tratado de Funcionamiento también establece ciertas excepciones a la regla de la incompatibilidad, al respecto, el párrafo segundo del artículo 107.1 nos dice que:

Serán compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
- b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) 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 división. 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. (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea citado en Loma de Osorio, 2013, p. 477).

De esta manera, podemos observar que la excepción a la regla planteada son las ayudas minimis, es decir, aquellas ayudas que no interfieren en el correcto desarrollo de la competencia.

Las ayudas minimis se caracterizan por no influir en el desarrollo de la competencia. En este sentido, el 15 de diciembre de 2006, se creó el Tratado a las ayudas de minimis (Belda, 2010, p. 79). Al respecto, vale la pena mencionar, que se permiten las ayudas que estén por debajo del límite establecido para que se considere que esta tenga repercusiones en el comercio de los Estados y no falseen la competencia (Loma de Osorio, 2013, p. 515). Por lo tanto, se permite cualquier beneficio que se encuentre comprendido dentro de los parámetros establecidos por la ley.

Con relación al límite establecido, el reglamento nos establece que las ayudas otorgadas en favor de una empresa, serán permitidas siempre que no excedan de cierto valor. Sin importar el valor, no se considera dentro de este régimen de a aquellas relacionadas con las exportaciones que estén direccionadas al uso de bienes nacionales o que se dediquen al sector agrícola (Belda, 2010, p. 79). El valor considerado para el efecto es de un límite máximo de 200 000 euros durante el período de tres ejercicios fiscales (Loma de Osorio, 2013, p. 514). De esta manera, se ha fijado un monto máximo para poder establecer cuáles aportes estatales son considerados como ayuda pública.

Por lo tanto, queda claro que las ayudas de minimis son la excepción a la regla de las ayudas públicas, las mismas que se encuentran respaldadas en el Tratado que las regula.

En síntesis, la Unión Europea responde a un proceso de integración supranacional, donde la norma comunitaria primará por sobre la nacional. Esta tiene la potestad para regular el derecho de competencia comunitario, dentro del cual se encuentran enmarcadas las ayudas públicas, que hacen referencia a cualquier beneficio otorgado por el Estado a ciertos operadores económicos en detrimento de otros que no reciben tales ayudas.

3. El derecho de competencia en la Comunidad Andina (CAN)

3.1 ¿Qué es el Derecho de Competencia según la Norma Andina?

Varios son los procesos de integración que se han dado a lo largo de la historia, sin embargo, uno clave para el desarrollo del presente trabajo es el de la Comunidad Andina, de ahora en adelante CAN. Al igual que la Unión Europea, la CAN constituye un proceso de integración supranacional, donde la norma comunitaria prima por sobre la norma nacional.

Por su parte, cabe puntualizar los países que conforman la CAN son Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador mientras que Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay son países asociados. México y Panamá por su parte, tienen calidad de países observadores (Mollard, 2013, p.141). Es decir, la CAN tiene solamente cuatro miembros.

Con relación a la supranacionalidad, es posible establecer que es un proceso de integración, donde se cede soberanía por parte de un país en favor de una organización o comunidad. Al respecto, Alonso García, citado por Vigil, nos dice que:

En esencia la supranacionalidad es un fenómeno tras el que subyace el fenómeno de la cesión de soberanía en favor de una organización (con la siguiente conexión directa entre ésta y el ciudadano) y que gira en torno a cuatro cuestiones: 1) quien decide (la estructura política de la propia organización); 2) cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual, y por tanto soberano de los Estados Miembros de la organización; 3) control sobre lo decidido

(en manos de una estructura jurisdiccional también propia de la organización); y 4) efectos de lo decidido (vinculantes para los Estados Miembros y sus ciudadanos en términos de eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización. (2011, p.45).

En este sentido, dentro de un proceso de integración supranacional, los países miembros ceden soberanía en favor de un ente que regule a todos y cada uno de ellos, permitiendo que se planteen objetivos comunes y reglas claras para su correcta ejecución.

Teniendo claro que la CAN forma parte de un proceso de integración con carácter supranacional, es preciso remitirnos a sus comienzos. Con el fin de crear un mercado común que permitiera el desarrollo de Latinoamérica, los países de América del Sur suscriben el 26 de mayo de 1969 en Santa Fe de Bogotá, Colombia, el Acuerdo de Cartagena, donde se creó la Comunidad Andina (Mollard, 2013, pp.141-142). Es claro observar que este primer paso marcó el comienzo de un nuevo sistema supranacional, en el que primaría el desarrollo económico de sus miembros.

Teniendo en cuenta su carácter supranacional, este proceso se contrapone con los intragubernamentales. Estos se basan únicamente en la cooperación interestatal, en donde los países miembros no ceden soberanía a otro ente que agrupe a los países que voluntariamente han querido asociarse para crear una nueva comunidad de derecho (Vigil, 2011, p.44). Por lo tanto, dentro de un proceso intragubernamental, no se cede soberanía en favor de ningún órgano superior sino que solamente responden a un sistema de cooperación internacional.

Teniendo claros sus principios, la CAN adopta el modelo supranacional y empieza a tomar fuerza. El instrumento que permitió su nacimiento fue el Acuerdo de Cartagena, el mismo que se planteó objetivos que pretendían la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la CAN (Mollard, 2013, p.146). En este sentido, su finalidad inicial era mejorar la calidad de vida de todos aquellos que formaban parte de un sistema comunitario de competencia.

Al igual que todo proceso de integración, los objetivos tenían que estar claros. En este sentido, la CAN se planteó promover el desarrollo de los países miembros, acelerar su crecimiento y generación de ocupación, facilitar su participación en el proceso de integración regional, disminuir la vulnerabilidad externa, fortalecer la solidaridad y reducir la brecha de desarrollo existente entre países (Mollard, 2013, p.146). Por lo tanto, podemos observar que en conjunto, el común denominador de estos objetivos es el beneficio de los habitantes, es decir, el mejoramiento del nivel de vida de las personas que habitan dentro de la Comunidad.

La CAN se diferencia del resto de procesos de integración en América Latina debido a que se encuentra orientado hacia una integración basada en la supranacionalidad. Por su parte, el MERCOSUR, la ALADI y la UNASUR tienen su base en la intergubernamentalidad, es decir, solamente en la cooperación de los Estados miembros (Vigil, 2011, p. 55). En consecuencia, se puede notar que los efectos jurídicos en cada proceso de integración difieren unos de otros, siendo la CAN el único proceso supranacional.

En este sentido, es preciso hacer énfasis en la diferencia principal entre la supranacionalidad y la intragubernamentalidad. Por una parte, los procesos intragubernamentales responden independientemente a la normativa interna de cada país mientras que en los procesos supranacionales, la normativa comunitaria primará por sobre la nacional.

En un proceso de integración, que tiene por objeto desarrollar la economía de los países miembros a través de la circulación de bienes y servicios, la supranacionalidad es clave. Al respecto, Diez- Canseco Núñez nos dice que:

La supranacionalidad es, a mi juicio, indispensable para perfeccionar cualquier proceso de integración, pero es uno de los temas más controvertidos en éstas latitudes dado que la delegación de soberanía constituye para muchos un tema que se prefiere marginar debido a los posibles costos políticos para quienes la impulsen. La supranacionalidad, adicionalmente, es la mejor forma a través de la cual

se podrá implementar una verdadera política de competencia. (2000, p. 59).

De lo anterior podemos observar que el mayor problema de la supranacionalidad es su implementación, la misma que puede traer problemas políticos para quien la impulse, sin embargo, es un factor clave para el buen desarrollo de un proceso de integración.

Hay que tener en cuenta que el hecho de que un país pase a formar parte de un proceso de integración supranacional, quiere decir que las normas de este, tendrán necesariamente que estar de acuerdo con las normas comunitarias. En este sentido, es preciso enunciar que a fin de poder resolver las controversias que se puedan suscitar, deberá instaurarse un mecanismo que a nivel supranacional, solucione las controversias.

A nivel comunitario, la norma encargada de regular la libre competencia dentro de la CAN es la Decisión 608. De esta manera, es preciso remitirnos a lo expuesto por la norma:

Art. 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia. (Decisión 608, 2008, art. 36).

Como podemos ver, la norma promueve la competencia, es decir, no se permite que los países distorsionen ni entorpezcan la misma sino que permitan el mejor desarrollo de un sistema de competencia libre, el mismo que permita un crecimiento de los operadores económicos.

Por otra parte, es posible observar que la Decisión 608 regula las conductas o actuaciones incorrectas por parte de los operadores económicos. Sin embargo, no regula la calificación ni las concentraciones económicas a nivel regional ni sanciona tampoco a aquellas prácticas indebidas que pretenden falsear la libre

competencia (Alvear y Gómez de la Torre, 2012, p. 40). Teniendo en cuenta el vacío legal de la norma, los países miembros de la CAN se encuentran facultados para poder crear su propia normativa en materia de competencia.

En el mismo sentido, la norma nos establece que:

Art. 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia. (Decisión 608, 2008, art. 37).

En este sentido, es posible resaltar que la norma permite a los países miembros para que creasen mecanismos competentes para el control de la libre competencia. De esta manera, cada uno de los países miembros ha creado sus normas respectivas de defensa de la libre competencia.

Es preciso sacar a relucir que a nivel comunitario y con el fin de poder regular la competencia, se ha creado el Comité Andino de defensa de la libre competencia. Al respecto, la decisión 608 nos dice que:

Art. 38.- Se crea el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el cual estará integrado por un representante de la autoridad nacional competente en materia de libre competencia de cada uno de los Países Miembros. (Decisión 608, 2008, art. 38).

Si bien es cierto que a través de la Decisión 608 se ha podido avanzar notoriamente en el desarrollo de la legislación comunitaria, es preciso establecer que dicha legislación es incompleta.

No considera la regulación y calificación de las concertaciones económicas, la creación de un organismo administrativo comunitario e interno que las controle tal como la Unión Europea. Tampoco establece una sanción por las indebidas concentraciones económicas, ni regula las ayudas como se hace en la Unión Europea (Alvear y Gómez de la Torre, 2012, p. 41). Es por esto que la CAN se

diferencia de la Unión Europea ya que no existe dicha concordancia entre las normas comunitarias y las nacionales; cuando lo correcto debería ser que se apliquen las normas nacionales de acuerdo a lo establecido por la comunitaria.

Por una parte, la doctrina, al igual que la norma comunitaria europea, nos establecen que existen cuatro ilícitos anticompetitivos, es decir, concentraciones económicas, prácticas colusorias prohibidas, abuso de posición de dominio y ayudas públicas. Por el contrario, la Decisión 608 solamente comprende al abuso de posición dominante y las prácticas restrictivas de la competencia o colusorias prohibidas.

En este sentido, el hecho de que la norma comunitaria de la CAN no comprenda a los cuatro ilícitos, repercute en el correcto desarrollo de la libre competencia en vista de que hay ciertas prácticas que no se regulan y dan espacio a que los operadores económicos operen de la manera que ellos consideren conveniente. Por lo tanto, los países miembros han tenido que implementar dentro de sus ordenamientos jurídicos, un sistema de competencia a fin de que no se vulneren los derechos de ciertos operadores que se ven en desventaja frente a otros.

El hecho de que no exista una norma comunitaria que regule los cuatro ilícitos anticompetitivos constituye un perjuicio para el desarrollo económico de la CAN. En este sentido podemos ver que:

No se concibe un mercado integrado, común o único, ni se facilita la libre circulación ni el desarrollo económico, si las empresas deciden segmentar el mercado, fijar precios o llevar a cabo el conjunto de prácticas que se prohíben, por ejemplo, en los preceptos respectivos de la Comunidad Andina y MERCOSUR. (Diez- Canseco, 2000, p. 60).

El problema como en sí, reside en la falta de una regulación comunitaria. De esta manera, los países miembros de la CAN se encuentran limitados y no pueden intentar conseguir un fin común, es decir, la competencia se encuentra restringida a nivel de la comunidad.

Si bien es cierto que la creación de la Decisión 608 es un gran avance dentro del proceso de integración de la CAN, hay que hacer énfasis en que la ley es incompleta y deja vacíos que los propios Estados tienen que revestir con normativa propia. Por otra parte, no existe un organismo que a nivel comunitario regule y controle el derecho de competencia de la CAN (Alvear y Gómez de la Torre, 2012, p. 41). En este sentido, es necesario decir que dentro del proceso de integración de la CAN, no se cumplen con los preceptos del derecho comunitario ya que no existe una normativa clara ni tampoco un organismo regulador como el de la Comunidad Europea.

Con respecto al tema de ayudas públicas, éstas deberían también estar reguladas dentro de la norma comunitaria. Regular las ayudas públicas dentro de la normativa comunitaria sería un gran avance en el desarrollo del proceso de integración en vista de que se evitaría el proteccionismo otorgado por el estado, el mismo que desde una primera perspectiva ayuda a los productores nacionales pero que no permiten un desarrollo armónico dentro del mercado social relevante (Diez- Canseco, 2000, p. 61). En este sentido, es importante resaltar que la norma comunitaria tiene que primar por sobre la nacional, de esta manera, se permitiría que la economía comunitaria crezca y dejen de existir los proteccionismos que tanto daño hacen a la economía de los países miembros.

Por lo tanto, es posible establecer que la Comunidad Andina hace referencia a un proceso de integración supranacional, donde su derecho de competencia se encuentra limitado a la aplicación particular de cada uno de los países miembros y no a la aplicación comunitaria tal como se debería trabajar. En este sentido, cada uno de los países que forman parte de este proceso, tienen su propia normativa de competencia.

3.2 ¿Cómo se regula la competencia en los países miembros de la CAN?

A partir de que la norma comunitaria lo permite, cada uno de los países miembros de la CAN, han implementado un sistema de competencia dentro de sus ordenamientos jurídicos. Al respecto, los cuatro países miembros, han

proclamado en sus respectivas constituciones la defensa de la libre competencia.

Con relación a los temas de competencia, Colombia, expone en su Constitución que:

Artículo 88: La ley regulará las acciones populares para la protección de derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se refieren a ella. (Constitución de Colombia, 1992, art. 88)

En este sentido, podemos ver que la Constitución colombiana proclama a la libre competencia como un derecho fundamental. Una de sus características es que constituye un derecho fundamental de carácter colectivo (Gómez y Merino, 2016, p. 294). De esta manera, el derecho colectivo pretende que la comunidad, es decir, los ciudadanos se puedan ver beneficiados con la aplicación de un derecho que fomente la libre competencia.

En este sentido, que el objetivo principal del gobierno colombiano con relación a su política de competencia es fomentar una competencia libre, la misma que siempre esté en pro del mejoramiento del aparato productivo de la nación, es decir, que las empresas puedan competir y desarrollarse en un mercado que no se encuentre falseado.

Colombia no tiene una regulación sobre las ayudas públicas y se enfoca solamente en tres ilícitos anticompetitivos, concentraciones económicas, prácticas colusorias prohibidas, abuso de posición de dominio.

En Bolivia por su parte, también se regula la competencia. Dentro de la Constitución Boliviana, podemos encontrar que:

Art. 314. Se prohíbe el monopolio, el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios. (Constitución Política del Estado, 2009, art. 314).

En este sentido, podemos encontrar que la Carta Magna Boliviana nos dice que no se permite que ninguna persona ya sea boliviana, extranjera, natural o jurídica, acapare el control y la exclusividad en la producción de bienes y servicios. Razón por la que podemos establecer que las prácticas monopólicas dentro del país Boliviano no están prohibidas (Gómez y Merino, 2016, p. 297). Por lo tanto, dentro del país Boliviano, no se prohíbe el monopolio que surja a partir de la eficiencia económica sino que se enfoca en las prácticas monopólicas que puedan afectar a la competencia.

Bolivia, al igual que Colombia, no establece dentro de su ordenamiento jurídico de competencia a las ayudas públicas. Por su parte, el país boliviano, solo establece los ilícitos anticompetitivos enmarcados en la Decisión 608, es decir, abuso de posición de dominio y prácticas colusorias prohibidas.

De la misma manera que en Colombia y Bolivia, la Constitución del Ecuador, nos habla acerca de las políticas comerciales. En este sentido, el artículo 304, numeral 6 nos dice que:

La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

(...)

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 304).

Esta disposición constitucional no es clara al hablar de las prácticas monopólicas, ya que hay ciertos monopolios que nacen a causa de la eficiencia económica. Por esta razón, debería establecerse en la Constitución ecuatoriana que estarán prohibidos los monopolios que no surjan de la eficiencia económica, es decir, que falseen la competencia y no permitan un justo desarrollo de la misma.

Analizando el artículo 30 de la Constitución del Ecuador, numeral 6, es necesario tomar en consideración que se enfoca en el sector privado y no toma casi en consideración al sector público, el mismo que tendría que también estar

enmarcado dentro del ordenamiento en ya que las empresas públicas también intervienen en la economía del país.

Podemos encontrar la similitud entre la Constitución ecuatoriana y la boliviana con relación a las prácticas monopólicas u oligopólicas.

En este sentido, es necesario mencionar que Ecuador regula cuatro ilícitos anticompetitivos dentro de su ordenamiento jurídico de competencia. Estos ilícitos son las concentraciones económicas, prácticas colusorias prohibidas, abuso de posición de dominio y las ayudas públicas.

Por lo tanto, cabe acotar que Ecuador es el único miembro de la CAN que regula dentro de su ordenamiento jurídico a las ayudas públicas. Desde ya se aclara que si bien regula estos ilícitos anticompetitivos, tiene deficiencias con otros sistemas de protección de competencia del resto de países de la CAN; e incluso con el modelo Español.

En último lugar encontramos al cuarto miembro de la CAN, Perú. Por su parte, Perú, en su constitución, es el país que más defiende a la libre competencia de los miembros de la CAN. De esta manera, podemos apreciar que el artículo 61 de la Constitución peruana nos establece que:

Art. 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (Constitución Política de Perú, 1993, art. 61).

El artículo citado nos expone que el Estado será el que esté a cargo de vigilar y facilitar la libre competencia. De esta manera, la Constitución Peruana establece que se encuentra prohibida toda práctica que limite la competencia. Sin embargo, cabe mencionar que dicho ordenamiento jurídico no prohíbe los monopolios, ni la posición dominante, ni el oligopolio sino que prohíbe las prácticas monopólicas y el abuso de posición de dominio (Gómez y Merino, 2016, p. 293). A diferencia del resto de países de la CAN, la legislación de competencia peruana establece dentro de su ordenamiento, la eliminación de barreras burocráticas que limiten la competencia dentro del país.

3.3 Regulación de las barreras burocráticas –caso Perú-

El Estado, al tener la potestad de intervenir en la economía del país, también es el encargado de regular que la competencia se desarrolle de una manera justa, fomentando el crecimiento económico y permitiendo que los operadores económicos se desenvuelvan en un mercado en el que todos tengan las mismas oportunidades para competir.

En este contexto, es necesario mencionar que uno de los principales problemas que encontramos en el desarrollo de la libre competencia es la burocracia. Carlos Ochoa, citando al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, establece que burocracia es la “administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas” (2013, p.421). Es decir, que la burocracia detiene el desarrollo y crecimiento de un país ya que no permite la agilidad dentro de los procesos, sino que los demora.

La burocracia se encuentra presente dentro de la gran mayoría de países. Por esta razón, en Perú, se pretende limitar la actividad estatal, a fin de que esta, no repercuta en la actividad y crecimiento económico del país (Bullard, 2010, pp. 944-945). El hecho de limitar la actividad estatal permite que exista menos burocracia, la misma que afecta y causa considerables perjuicios al desarrollo del país.

De esta manera, a la burocracia se la podría identificar como una organización, la misma que tiene según Ochoa:

(...) que esta organización tiene un carácter racional determinado por normas, medios, fines y situaciones de hecho. Así, la burocratización es un término con una connotación positiva basada en la posibilidad óptima de poner en práctica el principio de especialización de las funciones administrativas conforme a regulaciones estrictamente objetivas. (Ochoa, 2013, p.422).

La burocracia es un limitante dentro de un sistema de competencia ya que no permite que el estado sea eficiente con relación a la aplicación de sus funciones, por esta razón, Perú ha decidido controlar las barreras burocráticas.

Teniendo en cuenta que la burocracia es un limitante a la libre competencia, cabe mencionar que dentro de la CAN, a excepción de Perú, ninguno de los países miembros habla acerca de las barreras burocráticas. Por barreras burocráticas podemos entender que son:

El segundo es el de barreras burocráticas, entendiendo por ellas la actividad estatal que limita los costos de entrada y salida del mercado o que eleva los costos de permanencia de las empresas sin que exista una justificación válida para ello. (Bullard, 2010, p.944).

En este sentido, las barreras burocráticas limitan la libre competencia a partir de que pueden elevar o bajar los costos según su conveniencia, es decir, sin una razón para intervenir dentro de la economía del Estado.

Por su parte, es preciso identificar al significado de burocracia dentro del derecho. Desde la óptica jurídica, podemos ver que este concepto es una amenaza para el desarrollo de la competencia ya que la afecta de manera arbitraria y desproporcionada (Ochoa, 2013, p.423). En este sentido, cualquier tipo de función administrativa que debilite un proceso de justa competencia constituye un enemigo de la eficiencia dentro del mercado relevante.

Teniendo presente lo proclamado en la Constitución Peruana con respecto a la no discriminación, en la que encontramos que:

Art. 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (Constitución Política de Perú, 1993, art.61).

Al respecto, podemos encontrar que parte de esa discriminación comprende al sector económico, dentro del cual, varios operadores económicos se ven afectados y compiten en condiciones de desigualdad.

Este principio de no discriminación se lo ve vulnerado por las ayudas estatales otorgadas a ciertos operadores económicos en detrimento de otros que no reciben ventaja alguna. Por lo mencionado, el Estado Peruano en 1992, crea el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. Esta institución es aquella que se encarga de promover el mercado y proteger al consumidor.

Retomando el tema de las barreras burocráticas, es preciso enunciar que éstas fueron eliminadas por una Comisión del INDECOPI denominada como Comisión de acceso al Mercado. La mencionada Comisión, es competente para actuar contra entidades de todo nivel, ya sean estas del Gobierno Central, Regional o Municipal y se encuentra facultada para determinar la ilegalidad del acto o en su defecto, la irracionalidad del mismo (Bullard, 2010, p. 953). En este sentido, esta Comisión tiene la potestad para encontrar cualquier tipo de actuación que pueda poner en peligro el desarrollo de la libre competencia.

De lo mencionado, podemos ver con claridad que dentro de la normativa peruana de competencia, no existen las ayudas públicas sino que se eliminan las barreras burocráticas a fin de permitir un mejor desarrollo de la libre competencia, en donde los operadores económicos puedan competir con otros en igualdad de condiciones.

Por lo tanto, es indispensable manifestar que la Comunidad Andina, responde a un proceso de integración supranacional, es decir, las normas comunitarias están por encima de las nacionales, sin embargo, en materia de competencia, la Decisión 608 no regula a la herramienta jurídica de las ayudas públicas.

4. Las ayudas públicas en Ecuador

4.1 Las ayudas públicas en Ecuador

En Ecuador, las ayudas públicas constituyen parte del sistema de competencia interno; cuando la doctrina nos expone que debería ser parte de un sistema de competencia comunitario. Al respecto, surge el problema entre la aplicación de las normas comunitarias de competencia o por su parte, la aplicación de los

derechos nacionales (Sáenz de Cortabarría y Morales, 1998, p. 145). Cabe mencionar que dentro de un proceso de integración con carácter supranacional, la norma comunitaria siempre primará por sobre la nacional.

Teniendo presente el conflicto existente con relación a la aplicación de las normas, es preciso esclarecer que las ayudas públicas en Ecuador no se asemejan a las implementadas en el sistema de competencia europeo. En Ecuador, se consideran lícitas las ayudas estatales aún en el caso de restricción de la competencia, cuando cumplen los requisitos de excepción y legales establecidos en los artículos 28 y 29 de la LORCPM (Alvear, 2016, p. 33). A diferencia de la norma ecuatoriana, en Europa, estas herramientas jurídicas se encuentran reguladas y no son lícitas cuando falseen la competencia.

Identificada la diferencia entre el ordenamiento jurídico de competencia comunitario europeo y ecuatoriano, es necesario hacer mención a las dos teorías que nos hablan acerca de la aplicación de las normas, ya sean comunitarias o nacionales. La primera de ellas es la teoría de la exclusión recíproca y nos establece que las normas comunitarias de competencia, excluyen a las normas nacionales, es decir, no permiten la aplicación del derecho nacional (Sáenz de Cortabarría y Morales, 1998, p. 147). En este sentido, se mantiene la premisa en la que el derecho comunitario prima por sobre el nacional, es decir, las normas nacionales tendrán necesariamente que estar en los mismos términos de las comunitarias.

Por otro lado, encontramos a la teoría de la aplicación acumulativa. A diferencia de la teoría de la exclusión recíproca, la misma que niega la aplicación del derecho nacional cuando exista normativa comunitaria, la teoría de la aplicación acumulativa nos establece que:

La teoría de la aplicación acumulativa (o doble barrera), sin negar la primacía del Derecho comunitario, intentaba limitar su alcance al subrayar los diferentes objetivos perseguidos por el Derecho comunitario y los Derechos nacionales de la competencia. Según los partidarios de esta teoría, una aplicación acumulativa de las dos reglamentaciones no

daría lugar a ninguna incompatibilidad. (Sáenz de Cortabarría y Morales, 1998, p. 148).

Al respecto, podemos ver con claridad que esta teoría también acepta que el derecho comunitario primará por sobre el nacional, sin embargo, pretende limitar su alcance siempre y cuando sean favorables para los fines que tenga la comunidad.

En esta sentido, es posible observar que de acuerdo con la doctrina, las ayudas públicas forman parte de un sistema de competencia comunitario, pero en Ecuador, forman parte del derecho interno.

De esta manera, es necesario establecer que las ayudas públicas se encuentran contenidas dentro de la LORCPM. En tal virtud, cabe mencionar que las ayudas públicas junto con las conductas colusorias, el abuso de posición de dominio y las operaciones de concentración, constituyen uno de los cuatro ilícitos anticompetitivos regulados por ley (Alvear, 2016, p. 334). Por lo tanto, es sustancial decir que el Ecuador es el único miembro de la CAN que se encarga de regular estos cuatro ilícitos anticompetitivos.

Al respecto, es preciso enfocarnos en la definición de las ayudas públicas. Estas ayudas estatales hacen alusión a cualquier tipo de beneficio o ventaja concedida por el Estado en detrimento de otros operadores económicos (Sáenz de Cortabarría y Morales, 1998, p. 442). Por lo tanto, es necesario decir que esta herramienta jurídica permite que se puedan llevar a cabo ciertos actos que pongan en peligro el desarrollo de la libre competencia.

Por su parte, cabe mencionar que dentro del sistema de competencia europeo, España utiliza un modelo que no se limita únicamente a regular las restricciones de la competencia que su puedan suscitar a partir de las empresas, sino que se encarga también de las intervenciones estatales que puedan falsear la competencia (Velasco, 2010, p. 27).

De acuerdo a lo expresado en capítulos anteriores, podemos ver que estas intervenciones públicas, es decir, las ayudas públicas no están permitidas y se encuentran prohibidas dentro del ordenamiento jurídico de competencia

español, cuando falsean y limitan la libre competencia entre los diferentes operadores económicos. Sin embargo, las ayudas públicas no son juzgadas, conocidas ni solucionadas por la autoridad nacional de competencia, las que informan de las mismas a la autoridad comunitaria de competencia Europea, la misma que conoce y juzga.

Por ejemplo, encontramos el caso de las ayudas públicas a los equipos de fútbol español, siendo el más claro el del Real Madrid CF. En este, el equipo madrileño, tras 10 años de una situación económica delicada, a finales de la década de los noventa decidió emprender en un proceso para poder recuperarse de aquellos años de dificultad, el mismo que estaba orientado al desarrollo de planes inmobiliarios en las zonas aledañas a su ciudad deportiva, la misma que había dejado de ser una zona periférica a una zona urbana y empresarial (Soto, 2016, p. 26). En este sentido, la intención del club de fútbol fue emprender en otros proyectos, ajenos a su actividad principal e incursar en el negocio inmobiliario.

El querer incursar en un nuevo negocio no tiene ningún problema. Sin embargo, la Comisión de Competencia Europea empezó a investigar un convenio firmado el 29 de julio de 2011 entre el Ayuntamiento de Madrid y el club de fútbol madrileño por el que resuelve una cuestión y una permuta de bienes inmobiliarios objeto de convenios anteriores entre las partes (López, 2015, p.19). Por lo tanto, el motivo de investigación fue la permuta de los bienes inmobiliarios del proyecto que el Real Madrid tenía pensado desarrollar.

En este sentido, en 1998 el club de fútbol, celebró una permuta de terrenos con el Consistorio madrileño. La permuta consistía en la cesión de una parte de la ciudad deportiva del Real Madrid CF a cambio de ciertos terrenos en el distrito de San Blas, tasados en 13 millones de euros, 0.50 millones menos que los terrenos de la ciudad deportiva, razón por la cual también se entregó una parcela en el barrio las Tablas, que estaba valorada en 595.000 euros (Soto, 2016, p. 26). En este sentido, podemos ver que el millonario club de fútbol tuvo que ceder los terrenos de su ciudad deportiva y a cambio, el Ayuntamiento de Madrid, les entregó otros.

En primer plano, el hecho de que el Consistorio haya celebrado la permuta y que se hayan entregado los terrenos al club madrileño no tenía mayor relevancia. Sin embargo, trece años después de la cesión, el Ayuntamiento de Madrid ha valorado una operación para liquidar deudas con el equipo madrileño en más de 22 millones de euros por el terreno ubicado en el barrio Las Tablas, que anteriormente se lo valoraba en 488.000 euros (López, 2015, pp.19-20). Por lo tanto, podemos ver que el problema radica en que sorpresivamente, el terreno valorado en 488.000 euros, el valor de la parcela ascendió a 22 millones de euros, generándole al Real Madrid un rédito económico gigantesco.

Teniendo en cuenta que el Ayuntamiento de Madrid tenía una deuda pendiente por el concepto de la parcela del barrio Las Tablas, se liquidó nuevamente los valores y al respecto se pudo establecer que:

Delimitadas las cifras esenciales de la operación, las partes procedieron a desarrollar las condiciones del acuerdo, suscribiéndolo el día 29 de Julio del año 2011 (Ayuntamiento de Madrid, 2011, pp. 1-23). Así, el Real Madrid CF traspasó al Ayuntamiento la plena propiedad del terreno de las Tablas (22,7 millones de €) a cambio de: (i) la liquidación del convenio de 1991 incumplido por el club blanco (2,8 millones de €), (ii) una parcela de naturaleza residencial ubicada en el barrio madrileño de Carabanchel (4,3 millones de €), (iii) un solar cercano a la actual ciudad deportiva del Real Madrid CF en Valdebebas (8,6 millones de €), y (iv) una parcela irregular que rodea una parte del estadio Santiago Bernabéu en el Paseo de la Castellana de Madrid (6,9 millones de €)⁹⁰. (Soto, 2016, p.27).

Al respecto, podemos ver que el Club recibió grandes beneficios económicos y sacó el máximo provecho de la operación, fichó a los mejores jugadores en detrimento de otros clubes ya sean nacionales o internacionales, en vista de que el Club compite internacionalmente que no compiten en las mismas condiciones económicas.

Teniendo en cuenta la millonaria cifra del terreno de las tasas, surgen varias críticas al respecto. La principal de ellas la realiza la misma Comisión atacando

al Ayuntamiento de Madrid por haber valorado en 22 millones de euros la parcela y sin haber recabado una tasación del valor de los terrenos por un perito independiente (López, 2015, p.20). En este sentido, el ayuntamiento madrileño ha infringido la ley y ha dejado de seguir los procedimientos previstos para realizar una venta de terrenos, otorgándole así, al Real Madrid CF., una ventaja injustificada.

De esta manera, la autoridad comunitaria tuvo que emitir una resolución al respecto. Determinó que los beneficios otorgados en favor del Real Madrid, no significan una compensación a causa del incumplimiento del contrato, sino constituyen una ayuda estatal, en vista de que el ayuntamiento de Madrid operó de manera en la que el Club era el único beneficiado. (Soto, 2016, p. 31). Por esta razón, es pertinente establecer que el Ayuntamiento estaba causando ventajas injustificadas en favor del Real Madrid.

Tal como lo hemos podido ver, el objetivo de la Ayuda Pública en el sistema comunitario europeo es el control de la ayuda pública a nivel regional, mientras que, esta herramienta jurídica en Ecuador se distancia de la estructura mencionada tal como se analizará a continuación.

4.2 El objetivo de las ayudas públicas en Ecuador

La LORCPM, nos establece la definición de acción pública en su artículo 28. Esta hace referencia a que por razones de interés público, el Estado podrá establecer restricciones a la competencia siempre y cuando estos generen beneficios comunes para un determinado grupo de personas (LORCPM, 2011, art. 28). En este sentido, podemos observar que el Estado permite restricciones a la competencia siempre y cuando lo crea conveniente, generando así un perjuicio para el resto de operadores económicos del mercado.

De la misma manera, la ley nos habla acerca de las Ayudas Públicas. Esta herramienta jurídica es aquella otorgada por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores (LORCPM, 2011, art. 29). De esta manera, cuando concurren

estas excepciones, las ayudas públicas serán lícitas aun cuando éstas puedan falsear la competencia (Alvear, 2016, p. 338). Por lo tanto, estos beneficios estatales, pueden generar perjuicios al sistema de competencia nacional, privando a ciertos operadores de desarrollarse en igualdad de condiciones con el resto de ellos.

De esta manera, podemos ver que el Ecuador, adopta una regulación de ayudas públicas diferente a la regulada en el sistema español y Comunitario Europeo; basado en el autocontrol de las ayudas públicas internas.

En este sentido, se diferencia también de las legislaciones de competencia de otros países de la CAN tales como Colombia, Perú y Bolivia, las mismas que no conciben a la idea de la ayuda pública dentro de sus ordenamientos.

4.3 Regulación de las ayudas públicas en Ecuador

Como se mencionó anteriormente, las ayudas públicas se encuentran reguladas por la LORCPM en su capítulo tercero. Sin embargo, dentro de la normativa enunciada, cabe mencionar que se permite el establecimiento de restricciones a la competencia, es decir, como excepción a la regla cuando debe velarse por el interés general y el bien mayor.

En este sentido, se observa que un Estado no puede controlarse a sí mismo y por ello se distancia del sentido de esta herramienta jurídica que en el derecho comunitario europeo busca la libre competencia. Al respecto, la doctrina nos establece que:

Sin perjuicio del derecho de los Estados a proteger a sus empresas en situaciones desfavorecidas o incentivar determinadas actividades, las ayudas estatales conllevan un falseamiento de las condiciones de competencia en la Unión Europea y dificultan la competitividad internacional de sus empresas. (Belda, 2011, p. 77).

Como podemos ver, a la luz del derecho comparado, esta herramienta es ineficiente e ineficaz dentro del sistema ecuatoriano para los fines que debe

promulgarse. Es decir, tiene el mismo nombre de Ayuda Pública pero con un contenido conceptual diferente al de la doctrina internacional.

La definición de ayuda pública la encontramos recogida en el artículo 34 del Reglamento de la LORCPM, el mismo que nos dice:

Art. 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.

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; 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. (Reglamento LORCPM, 2012, art. 34).

De esta manera, es posible identificar que el Reglamento de la LORCPM al igual que la LORCPM, hacen referencia a la posibilidad de que se otorguen beneficios a los sectores públicos, como regla de excepción y solo en protección del bien común de los derechos de los consumidores.

Por último, es necesario referirnos al procedimiento. De acuerdo con lo dispuesto en la LORCPM, se tendrá que notificar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Al respecto, la normativa nos dice que:

Art. 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. (LORCPM, 2011, art. 30).

En este sentido, la LORCPM nos establece que las ayudas públicas se notificarán a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la misma que evaluará dichas ayudas y adoptará una decisión.

En contraposición con la normativa comunitaria europea, en donde la notificación se tendrá que hacer a un ente superior comunitario, es decir, a la Comisión Europea, la misma que dictará una resolución al respecto; en Ecuador, la notificación se la realizará a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Por esta razón, es necesario remitirnos a lo expresado por la doctrina, que nos establece que:

Por otro lado, el ejercicio sistemático por la Comisión de su facultad de obligar a los Estados a exigir la devolución de las ayudas concedidas ilegalmente ha hecho a las empresas más conscientes de la necesidad de velar para que se respete la obligación de notificación previa de los proyectos de ayudas, lo cual no puede sino contribuir a una mejor aplicación de las disposiciones del Tratado. (Sáenz Cortabarría y Morales, 1998, p. 1308).

Al respecto, podemos tomar en consideración que la notificación de las ayudas públicas a la Comisión ha permitido una mejor aplicación de la libre competencia, sin embargo, la distinción que encontramos entre ambas normativas es que en la norma comunitaria, la notificación se la hace a un ente comunitario supranacional mientras que en Ecuador, la hace a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Si bien es cierto, las ayudas públicas son una herramienta jurídica necesaria para el desarrollo de la economía del país, sin embargo, a diferencia del sistema de competencia europeo, en Ecuador, estos beneficios no se encuentran regulados para poder beneficiar y fomentar la competencia, sino

que se encuentran permitidas aun así causen perjuicio a otros operadores económicos.

5. Conclusiones

A partir de lo analizado, es fundamental tomar en consideración que según la doctrina y la experiencia internacional, la Ayuda Pública es una herramienta de integración y control del sistema comunitario de competencia.

La Unión Europea es el principal proceso de integración supranacional que ha existido, permitiendo así que la norma comunitaria prime por sobre la nacional. De esta manera, tiene la potestad para regular el derecho de competencia comunitario, dentro del cual se encuentran enmarcadas las ayudas públicas, las mismas que hacen alusión a cualquier beneficio otorgado por el Estado a ciertos operadores económicos en detrimento de otros.

La CAN hace referencia a un proceso de integración supranacional, es decir, las normas comunitarias están por encima de las nacionales, sin embargo, en materia de competencia, la Decisión 608 no regula la ayuda pública como un mecanismo de corrección de la libre competencia en el mercado andino, pues regula solamente dos ilícitos anticompetitivos y no las Ayudas Públicas.

Los cuatro países miembros de la CAN, han determinado diferentes ilícitos anticompetitivos. Al respecto, Ecuador es el único país miembro que regula las ayudas públicas.

Las ayudas públicas en Ecuador no se regulan conforme corresponde a esta herramienta jurídica en el sistema de derecho comunitario, sino en forma especial, razón por la que no se toma en cuenta que a diferencia del sistema de competencia europeo, en Ecuador, estos beneficios no se encuentran regulados para poder beneficiar y fomentar la competencia, sino que se encuentran permitidas aun así causen perjuicio a otros operadores económicos.

A la luz del derecho comparado, esta herramienta es ineficiente e ineficaz (en el sistema ecuatoriano) para los fines que debe promulgarse. Es decir, tiene el mismo nombre de Ayuda Pública pero con un contenido conceptual diferente al de la doctrina internacional.

En consecuencia del estudio realizado, se ha podido demostrar que las ayudas públicas, dentro de la normativa ecuatoriana, no tienen una regulación eficiente a la luz del Análisis Económico del Derecho, razón por la que es ineficiente e ineficaz, contraviniendo lo establecido por la doctrina internacional. De esta manera, se ha cumplido con el objetivo general del presente ensayo académico.

Referencias

- Alvear, P. (2014). Sobre el tipo supranacional y el tipo intergubernamental en materia de integración regional. *Revista Electrónica Cátedra Jean Monnet*. Año II(1), 170-187 Recuperado el 25 de marzo de 2017 de <http://www.derecho.uba.ar/internacionales/catedra-jean-monnet/revistas/revista-Catedra-Jean-Monnet-N0001-A0002.pdf>
- Alvear, P. (2016). Competencia desleal y competencia en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM. En C. Ramírez (Coord.), *Jornadas internacionales de derecho empresarial. La empresa moderna y el derecho empresarial en Latinoamérica*. (pp. 329-360). Quito: Serie encuentros académicos.
- Alvear, P. y Gómez de la Torre, B. (2012). *Derecho de corrección económica, defensa de la competencia y competencia desleal*. Quito: Universidad Internacional SEK.
- Belda, R. (2010). Control de concentraciones, ayudas públicas y falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal. En A. Ureba (Coord.), *Cuadernos de derecho para ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Intelectual y comercial*. (pp. 69-89). Madrid: La ley.
- Bullard, A. (2010). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra editores.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial. Suplemento de 13 de julio de 2011.
- Constitución Política de Colombia*. (1991). Recuperada el 20 de marzo de 2017 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Recuperada el 20 de marzo de 2017 de https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf

Constitución Política del Perú. (1993). Recuperado el 20 de marzo de 2017 de <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>

Decisión 608. Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. (2008). Registro Oficial 18 de 25 de febrero de 2008. Recuperada el 20 de marzo de 2017 de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=ANDINO-NORMAS_DE_PROMOCION_Y_PROTECCION_DE_LA_LIBRE_COMPETENCIA_ANDINA&query=decision%20608#I_DXDataRow0

Diez-Canseco, L. (2000). Competencia e integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados. En C. Correa (Dir.), *Temas de derecho industrial y de la competencia*. (pp. 49-62). Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Estella, F. (2003). Los objetivos del derecho antitrust. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 224.

Feldstein de Cárdenas, S. y Rodríguez, M. (2010). *Programa desarrollado de la materia integración*. Buenos Aires: Estudio.

Fernández, G. (2012). De las ayudas públicas. En J. Massaguer, J. Sala, J. Folguera y A. Gutiérrez. (Dirs.). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. (pp. 547-560). (3.^a ed.). Pamplona: Thomson Reuters.

Ginebra, X. (2011). *El derecho de la competencia en tiempos de crisis*. México DF: Purrúa SA de CV.

Gómez, H. y Merino, M. (2016). Semejanzas y diferencias de la tutela de la libre competencia en Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En C. Ramírez (Coord.), *Jornadas internacionales de derecho empresarial*.

La empresa moderna y el derecho empresarial en Latinoamérica. (pp. 289-327). Quito: Serie encuentros académicos.

González, B. (2012). Cooperación económica: del Plan Marshall al G-20 (1944-2012). *Mediterráneo económico*, 22, 113-123 Recuperado el 20 de abril de 2017 de <http://www.publicacionescajamar.es/pdf/publicaciones-periodicas/mediterraneo-economico/22/22-341.pdf>

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (2011). Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011.

Loma de Osorio, D. (Coord.). (2013). *Tratado de derecho de la competencia.* Pamplona: Thomson Reuters.

López, J. (2015). Crónica de una regulación anunciada: deporte, fútbol y ayudas de estado Recuperado el 24 de junio de 2017 de https://catedracervello.ie.edu/wp-content/uploads/sites/124/2013/11/IXPremio_Jose_Maria_Cervello.pdf

Malaret, E. (2011). Intervención de los Estados miembros y derecho europeo de las ayudas públicas: Estado y mercado en la crisis económica. *Rodríguez de Santiago, José María y Velasco Caballero, Francisco (ed.): Estado y Mercado en situación de crisis, Madrid, Universidad Autónoma y Boletín Oficial del Estado*, 65-86 Recuperado el 11 de abril de 2017 de <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/14/intervencion%20de%20los%20estados%20miembros%20elisenda%20malret.pdf>

Mollard, M. (2013). La Comunidad Andina de Naciones. En S. Negro (Dir.), *Derecho de la Integración manual.* (pp. 141-188). (2ª. Ed.). Buenos Aires: B de f.

Moya, M. (2006). *Derecho de la integración. Mercosur: instituciones y fuentes. Unión Europea y Comunidad Andina: estudio comparado.* Buenos Aires: Ediar.

- Ochoa, C. (2013). El control de barreras burocráticas por el Indecopi y la tutela de derechos fundamentales económicos. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (71), 413-442 Recuperado el 24 de abril de 2017 de file:///C:/Users/M.Paula/Downloads/Dialnet-EIControlDeBarrerasBurocraticasPorElIndecopiYLaTut-4906550%20(3).pdf
- Pampillo, J. (2012a). *Hacia un nuevo Ius Commune Americano. Reflexiones y propuestas para la integración jurídica*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.
- Pampillo, J. (2012b). *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global. Reflexiones y propuestas filosóficas, históricas y jurídicas para un nuevo derecho común Americano*. México DF: Porrúa SA de CV.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. (2012). Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012.
- Sáenz Cortabarría, I. y Morales, M. (1998). *Derecho europeo de la competencia Tomo I*. Barcelona: Bosch, casa editorial S.A.
- Sáenz Cortabarría, I. y Morales, M. (1998). *Derecho europeo de la competencia Tomo II*. Barcelona: Bosch, casa editorial S.A.
- Soto Pineda, J. A. (2016). El Control de Ayudas Públicas en la UE Sobre los Clubes del Fútbol Español (State Aid Control in the EU on Spanish Football Clubs) Recuperado el 25 de 10 de mayo de 2017 <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=599110006119023016098096027103107117063092005021001065087073073018066028125127098005050023002057007036006022109029110092119075037018087036085024126085015083123067075027005032002083115021112005109116119000117085064091121099127125074068000104075093066073&EXT=pdf>
- Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. (2.a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Velasco, L. (2010). El derecho europeo de la competencia. En A. Ureba (Coord.), *Cuadernos de derecho para ingenieros. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial, Intelectual y comercial*. (pp. 19-35). Madrid: La ley.
- Vigil, R. (2011). *La estructura jurídica y el futuro de la comunidad andina*. Pamplona: Thomson Reuters.

