



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Trabajo de Titulación Examen Complexivo para la obtención del grado de
Magíster en Propiedad Intelectual**

**Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su
afectación al Derecho de Competencia.**

Abg. Danilo Enrique Icaza Ortiz

12/06/2017



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Abg. Danilo Enrique Icaza Ortiz

DECLARO QUE:

El examen complejo **Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al Derecho de Competencia** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Propiedad Intelectual**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 12 días del mes de junio del año 2017

EL AUTOR

Abg. Danilo Enrique Icaza Ortiz



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Abg. Danilo Enrique Icaza Ortiz

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del examen complejo **Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al Derecho de Competencia** cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 12 días del mes de junio del año 2017

EL AUTOR:

Abg. Danilo Enrique Icaza Ortiz

DEDICATORIA

A mi esposa Ilana, en agradecimiento a su amor, paciencia y apoyo para culminar esta Maestría, y por permitirme brindar momentos dedicados a nuestra vida familiar, para el estudio y ejercicio del Derecho.

Deo omnis gloria.

ÍNDICE

Contenido	página
CAPÍTULO I	
INTRODUCCIÓN	1
EL PROBLEMA	1
OBJETIVOS	1
Objetivo general	1
Objetivos específicos	2
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	2
CAPÍTULO II	
DESARROLLO	4
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
Antecedentes	4
DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN	5
PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACIÓN	5
PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN	6
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	8
Antecedentes de Estudio	8
Bases teóricas	9
INCENTIVO Y FOMENTO POR PARTE DEL ESTADO	9
Antecedentes históricos	9
Fomento y ventajas económicas	10
AYUDAS PÚBLICAS	11
Definición y clasificación	11
Características de las ayudas públicas	14
Ayudas estatales mediante empresas públicas	17
Ayudas públicas, competencia y regulación de mercados	19
SUBVENCIONES	21
Definición de subvención	21
Naturaleza jurídica, principios y requisitos de las subvenciones	24
La instrumentación jurídica, efectos y control de la subvención	28
Subvención y medidas compensatorias	32

AYUDAS PÚBLICAS EN EL SECTOR AGROALIMENTARIO	33
Ayudas públicas y subsidios en la producción y agricultura	33
Subsidios a la agricultura en la Organización Mundial de Comercio	41
EL SECTOR AGRÍCOLA Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA	44
Regulación de competencia en el sector agropecuario en Estados Unidos	46
Regulación de competencia en el sector agropecuario en la Unión Europea	48
Regulación de las ayudas públicas en sector agroalimentario en el Ecuador	50
METODOLOGÍA	56
Modalidad	56
Población y Muestra	57
Métodos de investigación	57
Procedimiento	57
CAPÍTULO III	
CONCLUSIONES	59
RESPUESTAS	59
Base de Datos	59
Análisis de los Resultados	65
CONCLUSIONES	66
RECOMENDACIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	71
ANEXOS	
Anexo 1: Formato de cuestionario de entrevista a abogados expertos	
Anexo 2: Ficha de registro de trabajo de graduación	
Anexo 3: Declaración y autorización	

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

El otorgamiento de subsidios dentro del marco económico y político ha tenido un largo recorrido en la historia del Ecuador, independientemente del tipo de modelo económico contemplado en la Constitución de nuestro país. Desde el año 1966 se pueden observar normas relacionadas con los subsidios, como por ejemplo el Reglamento General a la Ley Orgánica de Cooperativas que dispone que el Consejo Cooperativo Nacional dispondrá como parte de los recursos para el cumplimiento de sus finalidades las subvenciones y subsidios que fueren otorgados a su favor por instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

Así mismo, en el marco normativo internacional los subsidios y subvenciones se han desarrollado en distintos sectores de la economía, pero en especial en la agricultura, sector en que se ha generalizado los subsidios y subvenciones por parte de los distintos estados para mantener su competitividad en el mercado. Paralelamente se han desarrollado normas de defensa de la libre competencia, en cuya mayoría de legislaciones establecen la viabilidad de ayudas públicas en ciertos sectores determinados por los estados. Sin embargo, es importante determinar hasta qué punto la emisión de ayudas públicas podría afectar a la libre competencia de los agentes económicos que no acceden a dichos beneficios.

OBJETIVOS

Objetivo general

- Establecer los alcances jurídicos de los subsidios y subvenciones en el sector agroalimentario de Ecuador y su afectación al Derecho de la Competencia.

Objetivos específicos

- Fundamentar los principios constitucionales en materia económica relacionados con las ayudas públicas en el Derecho de Competencia.
- Determinar la utilidad práctica de las ayudas públicas para la regulación del mercado agroalimentario.
- Comparar la normativa aplicable a los subsidios y subvenciones en materia agroalimentaria, con la del resto de sectores de la producción.
- Relacionar los subsidios y subvenciones en el comercio interno con el comercio exterior en materia agroalimentaria.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

El fomento dentro del Derecho Público, es entendido como la modalidad de la acción administrativa por la que se otorgan ayudas directamente destinadas a ampliar la esfera de derechos de los sujetos a quienes se dirigen. Presutti citado por Cuesta R. (2012) clasifica la acción administrativa en: Policía, fomento y servicio público. Dicha clasificación sería divulgada en España por Jordana de Pozas. Es este último autor quien nos define el Fomento como “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos”. Garrido & Entrena citado por Cuesta (2012), aun aceptando dicho concepto, levemente lo corrigieron al estimar que la actividad fomentada no ha de ser exclusivamente de los particulares o privada, sino que puede ser también actividad de otros entes públicos.

Por otra parte, el objetivo general de las normas de defensa de la competencia es evitar las conductas anticompetitivas. Estas pueden darse a través de acuerdos colusorios, abuso de posición de dominio o concentraciones económicas. Sin embargo además de estos 3 campos de conductas, hay un cuarto ámbito restrictivo de la competencia, las conocidas como: ayudas públicas o ayudas del Estado, que según el tratadista VELASCO L., citado por OJEDA T.

(2013), están dirigidas sobre todo a los poderes públicos, que trata de evitar los efectos de distorsión que pueden derivar de una intervención pública discriminatoria desarrollada a través de diversos mecanismos de favorecimiento. La competencia puede verse afectada a través de la intervención directa, preferente o por medio de empresas públicas, sea a través de instrumentos de fomento, particularmente ayudas, subvenciones u otros medios, susceptibles de generar ventaja o favorecimiento para ciertas empresas y en definitiva, desigualdad y discriminación entre ellas (p. 460).

Nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece en su Art. 29 que:

Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores, entre otros casos, orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria. No obstante, es necesario analizar si este tipo de ayudas públicas podría generar una afectación al derecho de libre competencia a otros agentes económicos que intervienen en el mercado.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes

En la última década del siglo XX se puede colegir que en algunas constituciones de países de América Latina se estableció el modelo de Economía Social de Mercado, cuyo régimen económico contemplaba el establecimiento y emisión de subsidios. A partir del año 2000, buena parte de América Latina, influenciada por la ideología política del socialismo del siglo XXI, y entre ellas nuestro país, optó por un modelo constitucional económico social y solidario, donde reconoce al ser humano como sujeto y fin, propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza, y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. Este nuevo marco económico, enfatizó la posibilidad de establecimiento de subsidios y ayudas estatales.

Así, el numeral 2 del artículo 285 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, dispone entre otros, que la política fiscal tendrá como uno de sus objetivos la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados. Este precepto constitucional sirvió como antecedente para la inclusión de normas de subsidios dentro de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, y en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 555 de 13 octubre de 2011, y su Reglamento de Aplicación en el Registro Oficial 697 de 7 de mayo de 2012. Con estas dos normas se regulan las ayudas públicas estatales en materia de Derecho de Competencia.

DESCRIPCIÓN DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN

El objeto de la presente investigación tiene como foco de estudio el Derecho de Competencia, y dentro de esta rama jurídica las ayudas públicas estatales y específicamente las subvenciones. Se restringe el estudio de las subvenciones al ámbito del sector agroalimentario en la República del Ecuador. La fuente del objeto de estudio lo constituye la explicación del hecho de que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, recién expedida en el año 2011 ha contemplado la posibilidad de generación de ayudas públicas estatales siempre que se reúnan los requisitos ahí establecidos. Estas ayudas públicas guardan relación con la materia de Derecho de Competencia que es parte de la Propiedad Intelectual, materia jurídica de la maestría para lo cual se realiza el presente trabajo de investigación.

La comprensión del objeto de la presente investigación incluye las subvenciones agrícolas como el conjunto a estudiarse dentro del universo de las ayudas públicas. El estudio de las ayudas públicas estatales en sus distintas manifestaciones, ayudará al desarrollo y aplicación adecuada de los subsidios para que se obtenga un impacto positivo en la economía del país y en las finanzas públicas, procurando alcanzar las metas trazadas en el Plan Nacional del Buen Vivir. La falta de profundización en esta materia podría llegar a generar conflictos con normas de comercio internacional, evitando el crecimiento económico y competitivo del país, afectando a la libre competencia en los mercados nacionales e internacionales.

PREGUNTA PRINCIPAL DE INVESTIGACIÓN

¿En qué condiciones el otorgamiento de subvenciones puede afectar al Derecho de libre competencia en el sector agroalimentario?

Variable independiente:

Otorgamiento de subvenciones.

Indicadores:

El aumento de presupuesto público destinado a subvenciones.

El mantenimiento de la política fiscal destinada al fomento.

Variable dependiente:

La afectación a la libre competencia en sector agroalimentario.

Indicadores:

La disminución de las ventas de las empresas en el mercado agroalimentario.

El aumento de precios de productos e insumos en el sector agroalimentario.

PREGUNTAS COMPLEMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

1.- ¿Cuáles son los principios constitucionales en materia económica relacionados con las ayudas públicas en el Derecho de Competencia?

Variable única:

Principios constitucionales relacionados con las ayudas públicas.

Indicadores:

La implementación de políticas públicas destinadas al fomento.

La emisión de políticas fiscales destinadas a la redistribución de la riqueza.

2.- ¿Hasta qué punto las ayudas públicas influyen en la regulación del mercado agroalimentario?

Variable independiente:

Las ayudas públicas

Indicadores:

El aumento de presupuesto público destinado a ayudas públicas.

El mantenimiento de la política fiscal destinada al fomento.

Variable dependiente:

Regulación del mercado agroalimentario.

Indicadores:

La disminución de los costos de producción en sector agroalimentario.

El aumento de ingresos de los pequeños y medianos productores en el sector agroalimentario.

3.- ¿Cuáles son las principales diferencias entre la normativa aplicable a las subvenciones en materia agroalimentaria, con la del resto de sector productivo?

Variable única:

Diferencias entre subvenciones agroalimentarias con la del resto del sector productivo.

Indicadores:

La emisión de políticas fiscales destinadas a la redistribución de la riqueza.

El mantenimiento de presupuesto financiero público destinado a subvenciones.

El aumento de la cantidad de beneficiarios de subvenciones.

4.- ¿Hasta qué punto se relacionan los subsidios y subvenciones en el comercio interno con el comercio exterior en materia agroalimentaria?

Variable independiente:

Los subsidios y subvenciones en el comercio interno.

Indicadores:

La cantidad de operaciones comerciales en el sector agropecuario con un componente de subvención.

La cantidad de beneficiarios de subsidios y subvenciones en el sector agroalimentario.

Variable dependiente:

Los subsidios y subvenciones en el comercio exterior.

Indicadores:

La disminución de los precios internacionales de los productos agropecuarios.

El aumento de salvaguardias en el comercio exterior de productos agroalimentarios.

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**Antecedentes de Estudio**

El tema de las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al Derecho de la Competencia ha sido estudiado y desarrollado de forma dispersa, sobre todo por juristas españoles. Así tenemos algunos trabajos que guardan relación con esta materia, como “Las ayudas del Estado y el Derecho Comunitario” de Rosa Cárdenas Ortiz, realizada en el Instituto de Estudios Fiscales de Madrid; “Política Agrícola Común y Derecho de la Competencia” de Javier Guillem Carrau, publicado en la Revista de Derecho de la Unión Europea Nro. 26; “La Reforma del Régimen de ayudas del Estado en la Unión Europea” de Patricia Vidal Martínez, publicada en la Revista Actualidad Jurídica Nro. 34-2013 del Estudio Uría Menéndez; “III Informe Anual sobre ayudas públicas en España” de la Comisión Nacional de la Competencia publicado en octubre de 2011.

En Latinoamérica tenemos el ensayo titulado “El régimen de competencia económica y el sector agrícola: una perspectiva internacional”, de Alejandro

García de Brigard y Carlos Ignacio Arboleda, publicada en la obra “Derecho de la Competencia Económica”, del Centro de Investigación e Informática Jurídica de México. Finalmente, en nuestro país encontramos la tesis titulada “Estrategia de Apoyo de Competitividad y otros Mecanismos de Intervención Directa del Estado Ecuatoriano. ¿Son ayudas públicas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia?”, desarrollada por Daisy Carolina Ramírez Ruiz, en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, publicada en noviembre de 2012.

Bases teóricas

INCENTIVO Y FOMENTO POR PARTE DEL ESTADO

En vez de monopolizar y reservarse el sector público el protagonismo exclusivo en la satisfacción del interés general, los gobernantes asumen que debe reconocerse a la iniciativa privada un papel fundamental, creando para ellos los incentivos precisos para seleccionar las iniciativas privadas que contribuyen a la recta satisfacción del interés general. El uso por la Administración Pública de medios económicos, honoríficos y jurídicos para incentivar, estimular o fomentar la actividad de los ciudadanos actualmente es una práctica habitual del Estado, pero también tiene su historia.

Antecedentes históricos

Como lo indicó Blanquer D. (2010):

En la Edad Media el rey utilizó la atribución de títulos nobiliarios, como herramienta para fomentar la recuperación de territorios. Lo mismo siguió utilizándose en el Renacimiento para promocionar el descubrimiento de las nuevas rutas comerciales que condujeron al descubrimiento de América. Un ejemplo ilustrativo son las capitulaciones de Santa Fe de 17 de abril de 1492, por la que los Reyes Católicos confieren a Cristóbal Colón las prerrogativas que resultan de ser Virrey de todos los territorios que descubra, honores y beneficios económicos. En la época del despotismo ilustrado (siglos XVII y XVIII), los Borbones potenciaron la llamada

actividad de fomento, que se centró en la promoción de actividades económicas o industriales; por ejemplo, mediante la creación de las Reales Fábricas como las de tapices y cristal en La Granja, o la Fábrica de cerámica de Alcora (Castellón), fundada por el Conde de Aranda” (p. 979-980).

Parada R. (2014) nos señaló que:

Los Borbones iniciaron los planes de promoción industrial por sectores preferentes, como el de Fernando VI en las fábricas de seda, vidrio, loza, entre otras; y Carlos III advertirá de la necesidad de respetar en esta actividad incentivadora el principio de igualdad a fin de impedir situaciones de competencia desleal, ya que manifestaba que es conveniente que las gracias y exenciones se concedan generalmente a todas las fábricas de una clase para que el beneficio de una no resulte en perjuicio de otras. No hay que olvidar que con la política de subvenciones llegó también la corrupción y el falseamiento de la libre competencia empresarial. De aquí la reacción de los liberales que protagonizaron la Revolución de 1868 en España que descalificaron al fomento económico como germen inagotable de inmoralidad, y desde el punto de vista económico por todo extremo inadmisibles, lo que llevaba a evitar para el porvenir consorcios funestos entre el Estado y las empresas, problemas difícilísimos, irritantes reclamaciones de indemnización y tantos conflictos. (p. 316).

Fomento y ventajas económicas

Existen 3 grandes grupos de técnicas jurídicas a las que acude la Administración Pública para el cumplimiento de los cometidos cuya tutela le ha sido confiada, estas son la policía, el servicio público y el fomento. Como lo enseñó Cuesta R. (2012):

Con el propósito de dotar de coherencia al multiforme mundo de la actividad de fomento, fue el propio Jordana de Pozas quien ensayó una clasificación de los medios empleados en este campo de la actividad administrativa, diferenciándolos en tres grandes grupos según el tipo de ventajas que otorgan: medios honoríficos, jurídicos y económicos. En la trilogía del autor español los medios de fomento económicos comprenden todas aquellas medidas que suponen una ventaja patrimonial a favor del

beneficiario, ya sea que ésta se instrumente a través de prestaciones económicas directas o mediante la liberación de obligaciones patrimoniales con el Fisco. Comparten este grupo junto a la subvención y las primas, las exenciones, bonificaciones o desgravaciones tributarias, los anticipos, las facilidades para el acceso al crédito oficial o privado, los vales gratuitos y los regímenes aduaneros especiales como las admisiones temporales con fines promocionales” (p. 18-19).

Para orientar la actividad de los particulares al logro de fines de interés general, la Administración Pública puede concederles algunas ventajas que les estimulen a perseguir determinados objetivos. La ventaja o beneficio conferido por el Estado a un tercero puede tener los siguientes contenidos: a) jurídico (privilegios y prerrogativas); b) honorífico (premios, o condecoraciones civiles y militares); y c) económico (exenciones y desgravaciones fiscales, becas, ayudas y subvenciones).

AYUDAS PÚBLICAS

Definición y clasificación

El concepto amplio de ayuda, como lo explicó Blanquer D. (2010):

Abarca todas las medidas de promoción que implican otorgar una ventaja o beneficio económico, aunque no comporten la entrega de una cantidad de dinero. Son ayudas públicas desde las desgravaciones fiscales, hasta las prestaciones materiales o auxilios en especie, pasando por las ventajas financieras. La organización de ferias es una actividad promocional en la que la Administración Pública asume un papel protagonista que sirve de ayuda a las empresas privadas. A través de la publicidad institucional la Administración también promociona algunas actividades en los medios de comunicación social; pues bien, de esa publicidad se benefician los empresarios locales que no contribuyen de forma directa a la financiación de ese gasto en promoción turística, o en fomento de algunos productos agrícolas” (p. 992).

El concepto estricto de ayuda como continuó explicando el mismo autor español, se refiere a la subvención, que es una donación dineraria de carácter modal otorgada para promover fines o actividades de interés

público (es una donación, pero no es un regalo cambio de nada). Los rasgos distintivos de la subvención son los siguientes: i) es una donación o atribución patrimonial gratuita otorgada sin compensación y a fondo perdido (no es un préstamo a devolver); ii) es una donación que consiste en la entrega de una cantidad de dinero (a diferencia de otras ventajas materiales o beneficios en especie); iii) no es un regalo, sino una “donación modal”, porque obliga al beneficiario al cumplimiento de un objetivo o al desarrollo de una actividad (carga que de ser incumplida, justifica el reintegro de lo percibido para evitar el enriquecimiento injusto); y iv) es una donación finalista pues se orienta al fomento de una actividad de utilidad pública o interés social (p. 993).

Respecto al concepto de ayuda pública y su planteamiento general, la autora Fernández I. (2013) decía que:

La doctrina ha entendido que la ausencia de una noción del concepto permite no sólo abarcar una multitud de supuestos, sino que la Comisión Europea ejerza un control sobre todos aquellos comportamientos que puedan falsear la competencia. Se trata, por tanto, de un concepto amplio que va más allá de una mera subvención y que comprende cualquier tipo de asistencia o intervención que produzca los mismos efectos (o similares) que los subsidios (p. 445).

Por ello la jurisprudencia europea en el caso Banco Exterior de España v. Ayuntamiento de Valencia (STJUE de 15 de marzo de 1994), en su apartado 13 dice:

El concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos.

Como lo indicaban López, R., Zabala, J., Fernández, R. & Maza, M. (2013): Cabe deducir que la ayuda de Estado es una medida otorgada por el Estado o con fondos estatales, que favorezca a determinadas empresas o

sectores o amenace con falsear la competencia y afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros (p. 477). Siguiendo esta misma línea, Cuesta R. (2012), nos indicaba que:

Con el propósito de intervenir en el curso de la libre iniciativa que nutre a las relaciones humanas a fin de realizar aquellos cometidos públicos, el Estado dispone de medios de coacción, provee directamente – o a través de terceros bajo su control – bienes y servicios, y dota de recompensas o estímulos a los particulares a fin que los destinen al ejercicio de determinadas actividades que se estiman de interés general. Las ayudas públicas incluyen todas aquellas formas de la actividad administrativa que se expresan a través del otorgamiento –directo o indirecto– de bienes o derechos a determinados administrados, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aun por desarrollarse, a las que dicha entrega queda afectada (p. 129).

El derecho comunitario europeo no aporta con una definición de ayuda pública, sino que su concreción está sujeta a la evolución de la jurisprudencia comunitaria. Así dispone el Art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE- en relación a las ayudas del Estado:

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa 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.

Según se desprende de la jurisprudencia europea (citada por Ortiz, L. González-Orús, J., Ibáñez. P., & Lamadrid, A., 2008) se establece:

Una suma divisio entre dos formas de intervención en la economía susceptibles de ser consideradas como ayudas estatales: la intervención del Estado o mediante fondos estatales. Mientras que el término “intervención del Estado” captura las intervenciones directas por parte de las autoridades estatales, la referencia a los “fondos estatales” se refiere a intervenciones más sutiles por parte de estas, y en particular aquellas situaciones en las que los Estados recurren a empresas públicas, a agencias ad hoc o incluso a empresas privadas para lograr los mismos fines. (p. 376).

Tampoco es relevante a efectos de su calificación como ayuda de Estado, la forma que adopte la medida, por lo tanto se consideran dentro de este grupo a las subvenciones directas, exoneraciones de impuestos y de gravámenes, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones especialmente favorables, adquisición gratuita de terrenos o edificios o en términos especialmente favorables, suministro de bienes o prestación de servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas o cualquier otra medida de efecto equivalente.

Así lo define el artículo 34 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que dispone que:

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.

Características de las ayudas públicas

El primer aspecto a analizar respecto a ayudas públicas es la imputabilidad a una entidad pública, es decir actuaciones o intervenciones del Estado, que de acuerdo al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en la sentencia dictada en el asunto 248/84 República Federal Alemana versus Comisión, lo determinante es la financiación con cargo a fondos, tratándose de una Administración, será indiferente la naturaleza territorial o institucional de la misma. El segundo aspecto son las actuaciones o intervenciones financiadas con fondos estatales, cuyo problema es determinar el criterio en virtud del cual la actuación llevada a cabo

por una entidad de derecho privado puede ser imputable a la Administración de la que depende.

El criterio que inicialmente aparece como inmediato es el criterio orgánico, esto es el de las sociedades mercantiles estatales, entendiendo por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que integran el sector público estatal, sea superior al 50%. Este concepto dentro de la normativa ecuatoriana se podría encajar dentro de la definición de Administración Pública establecida en el Art. 225 de la Constitución, así como en la definición de recursos públicos del Art. 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Los conceptos que delimitaban la ayuda pública, según López, R. et al. (2013) son los siguientes:

- a) Debe generar un beneficio económico al perceptor, esto es, una ventaja frente a sus competidores que no habría obtenido en condiciones de mercado.
- b) Debe ser otorgada con cargo a los presupuestos de cualquier administración pública.
- c) Debe ser selectiva, lo que implica que debe alterar el equilibrio que existe entre la empresa perceptora y sus competidores en el mercado. De este modo, ha de situar a la empresa en una ventaja competitiva de la que no disfrutarían sus competidoras de no mediar la concesión de la ayuda.
- d) La ayuda debe afectar a los intercambios comerciales entre Estados miembros. Para determinar la adecuación de la actuación a este requisito bastaría con demostrar que la empresa beneficiada desempeña una actividad económica en un mercado en el que existen intercambios comerciales entre Estados Miembros, y además, que la ayuda tiene una entidad suficiente como para afectar al comercio intercomunitario (p. 476).

Cuando una sola empresa es la beneficiaria de una ventaja, la medida será evidentemente considerada como selectiva. Cuando un solo sector de la economía se beneficia de la ventaja, ya sea porque la medida estatal así lo dispone expresamente, ya sea porque dicha medida, pese a presentar un campo de aplicación en apariencia universal, favorece de facto y de manera evidente un sector concreto de la economía, se debe concluir también que dicha medida es selectiva. Por ejemplo, cuando hay un impuesto al sector manufacturero, o reducción de cargas sociales para la contratación de mujeres.

Como indicó López, R. et al. (2013):

El último inciso del artículo 107.1 TFUE hace referencia a que las ayudas favorezcan a determinadas empresas o producciones. Esta característica se denomina selectividad. Lo contrario a la selectividad son las disposiciones de carácter general. Una disposición de esta naturaleza no será constitutiva de ayuda de Estado. Puede hablarse de tres modalidades de selectividad: i) selectividad individual, cuando la medida favorece a una o varias empresas determinadas; ii) selectividad sectorial, cuando la medida favorece a un determinado sector productivo; iii) selectividad territorial, cuando la medida favorece a entidades situadas en un determinado territorio (pp. 496).

Respecto al carácter selectivo y afectación al comercio entre los Estados, Signes de Mesa, J. (2013), era del criterio que:

En cuanto al factor determinante de la incompatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la intervención pública debe tener como consecuencia la afectación al comercio entre los Estados miembros y provocar una distorsión en la competencia. El falseamiento de la competencia se produce automáticamente cuando la ayuda favorece a determinadas empresas en detrimento de otras, salvo en los casos de minimis o de menor importancia. Por su parte, la afectación a los intercambios comerciales se produce siempre que el objeto del examen sea un mercado abierto a la competencia, y empresas que ejercen actividades meramente locales y sin trascendencia comunitaria. Los tribunales europeos son estrictos en la interpretación de estos criterios: la mínima distorsión en este sentido hace aplicable el artículo 107 TFUE. (p. 46-47).

El propio Tratado, pese a partir de este principio general de lesividad de la ayuda con el correcto funcionamiento del mercado común, establece a continuación determinadas excepciones que obedecen a tres motivos esenciales: a) Ayudas que, por su escasa cuantía económica, se presume o considera que no afectan a la competencia en la Unión Europea. b) Ayuda a sectores o actividades estratégicos cuyo correcto funcionamiento es necesario para el desarrollo económica de la Unión o en atención a principios o valores cuya salvaguarda justifica una ponderación con el carácter lesivo que una ayuda tiene con el mercado común. c) La salvaguarda del principio de eficiencia en la comprobación,

de modo que se autoriza ex ante la ayuda liberando costes y cargas administrativos precisos para la verificación de la compatibilidad de la ayuda con el Tratado. En este sentido, nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 28, también establece razones de interés público para restringir la competencia.

Según Navarro E. & García E. (2010):

El Código de Buenas Prácticas tiene como objetivo unos procedimientos más eficaces, simples y previsibles en el ámbito de las ayudas estatales, en línea con lo anunciado en el Plan de Acción de ayudas Estatales 2005-2009. Sin embargo, mientras que la Comunicación se refiere exclusivamente al procedimiento simplificado, el Código de Buenas Prácticas se aplicaría también al procedimiento ordinario de control de ayudas, complementando las regulaciones que rigen ambos procedimientos. El Código se refiere a varias etapas del procedimiento, desde la fase de pre-notificación hasta la adopción de la decisión final, proporcionando medidas tendentes a acelerar el procedimiento de análisis de ayudas (p. 190).

Cabe señalar que no cualquier medida estatal destinada a favorecer determinadas empresas es susceptible de ser considerada una ayuda, sino que tiene que implicar de una manera u otra una transferencia de fondos estatales. Por ejemplo, en la sentencia *Preussen Elektra*, asunto C-379/98 (citada por Ortiz Blanco, L. et al. 2008), cuando se dispuso a los distribuidores de energía recurrir a productores de energía verde, o cuando el Estado fija precios, o cuando mejora el avalúo de un terreno por la construcción de una obra pública, esta no constituye una ayuda estatal.

Ayudas estatales mediante empresas públicas

Como lo reveló ARPIO J. (2014):

El Tribunal ha indicado que las estrechas relaciones existentes entre el Estado y las empresas públicas, existe un peligro real de que se utilicen a estas empresas para conceder ayudas de Estado con poca transparencia y sin respetar el régimen de ayudas de Estado. Precisamente por lo privilegiado de esas relaciones, resultaría muy difícil para un tercero

demostrar que unas medidas de ayuda adoptadas por una empresa pública en un caso concreto responden a instrucciones precisas de las autoridades públicas. De ahí que el tribunal de Justicia considere que no cabe exigir una demostración, basada en instrucciones concretas, de que las autoridades públicas incitaran a la empresa pública a otorgar la ayuda (p. 471-472).

No obstante, la inmediatez y automatismo del criterio de ayudas estatales, el mismo no resulta admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En la sentencia recaída en el asunto C 482/99, República Francesa v. Comisión de las Comunidades Europeas, el Tribunal sienta una doctrina contraria a este criterio, así indicó lo siguiente:

En efecto, aunque el Estado pueda contralar a una empresa pública y ejercer una influencia dominante sobre sus operaciones no es posible dar por supuesto automáticamente el ejercicio efectivo de dicho control en un caso concreto. Una empresa pública puede actuar con mayor o menor independencia, en función del grado de autonomía que le reconozca el Estado. Así podrá ocurrir en el caso de empresas públicas como Atlus y SBT. Por lo tanto, el mero hecho de que una empresa pública esté sometida al control estatal no basta para imputar al Estado medidas adoptadas por ella, como las medidas de apoyo financiero que se discuten. Resulta necesario analizar además si resulta procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dichas medidas.

Un ejemplo diferente se dio en el caso de la sentencia Stardust Marine, asunto C-482/99 (citada por Ortiz et al. 2008), en el que se estimó que los recursos de las empresas públicas, como los de Crédit Lyonnais y sus filiales, estaban sometidos al control del Estado y se encontraban por tanto a disposición del mismo. En efecto, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de éstas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas.

Respecto a la cobertura de pérdidas de una empresa pública, como lo decía ARPIO J. (2014), en el asunto INMA (Industrie Navali Mechaniche Affini):

Italia decidió cubrir las pérdidas de un astillero de titularidad pública a través de una empresa pública participada íntegramente por el Estado (Itainvest). Aun cuando no se había iniciado un procedimiento de insolvencia, el astillero se encontraba en una situación de suspensión de pagos y el valor de las pérdidas era tal que podía superar el precio de venta del astillero. La Comisión consideró que la asunción de las pérdidas del astillero por Itainvest era una ayuda del Estado. Según la Comisión, lo que habría permitido reducir las obligaciones contractuales disminuir el coste de las obligaciones asumidas, dado que una de las consecuencias de la apertura del procedimiento hubiese sido poner a todos los acreedores en pie de igualdad y dar prioridad a los que anticiparon fondos frente a los que tenían derecho a una indemnización por incumplimiento de una cláusula contractual (p. 465).

Ayudas públicas, competencia y regulación de mercados

El control de las ayudas públicas de Estado en la Unión Europea responde al propósito de promover el establecimiento de un sistema de competencia no falseada en el mercado interior. Conviene advertir sin embargo que las disposiciones del TFUE sobre las ayudas de Estado también tienen por objeto promover la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en dicho mercado. Con el control de las ayudas estatales se pretende conseguir dos objetivos contradictorios en apariencia, pero en la práctica son complementarios. Mientras que por un lado se busca preservar o fomentar la libre competencia entre empresas, por otro lado, se trata de poner freno a la competencia entre Estados miembros para atraer actividades económicas (y con ellas nuevas bases imponibles) mediante el recurso de “guerras de subsidios” o de una competencia a la baja en sus regímenes impositivos. Buendía Sierra (citado por Ortiz et al. 2008), afirmó que “el ADN de las ayudas de Estado comparte más cromosomas con las reglas del mercado interior que con las de competencia” (p. 374).

En lo que guarda relación con las ayudas del Estado y la competencia empresarial en el Mercado Europeo, Blanquer D. (2010) dijo que:

Sin perjuicio de excepciones, por regla general las ayudas de Estado son incompatibles con la competencia entre los operadores del mercado que impulsa la Unión Europea, pues esas ayudas falsean o distorsionan la igualdad de quienes compiten en los mercados económicos. En la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, son incompatibles con el libre mercado las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma que falseen, o amenacen falsear la competencia del mercado abierto de la Unión Europea, favoreciendo a determinadas empresas o producciones, distorsionando o quebrando la igualdad de oportunidades en la pugna por la captación de clientes y celebración de negocios jurídicos (p. 1014 y 1019).

Las ayudas públicas interesan, como lo ilustró Fernández I. (2013):

En la medida que mediante su concesión indiscriminada puede causarse un grave perjuicio a los intereses nacionales y una interferencia con el sistema de competencia en general. En efecto, esas ayudas públicas pueden beneficiar selectivamente a unas empresas en detrimento de otras situándose éstas automáticamente en desventaja, actúan como barrera de entrada para otras empresas que quieran incorporarse al mercado y rompen el equilibrio de una asignación eficiente de recursos. Pero el régimen de las ayudas sirve también para prohibir toda una batería de medidas que podrían interponer los poderes públicos para proteger y favorecer sus propias economías, poblaciones o territorios. En definitiva, las ayudas públicas constituyen un factor externo a las fuerzas del mercado que pueden obstaculizar, dificultar y falsear la competencia. Sin embargo, tampoco puede olvidarse que, en ocasiones, las ayudas pueden responder a intereses dignos de protección lo que exigirá una adecuada ponderación entre el perjuicio que la ayuda puede causar y los beneficios o ventajas que de su concesión pueden derivarse (p. 443).

Como destacó Díez Moreno, citado por López et al (2013):

La cuestión de las ayudas de Estado gira en torno a dos polos opuestos. Por una parte, el de que toda ayuda a una empresa modifica artificialmente las condiciones del mercado introduciendo una desigualdad que perjudica

a las empresas competidoras. Por otro lado, las ayudas estatales son, a veces, necesarias como consecuencia de situaciones coyunturales de política económica de desarrollo regional o de lucha contra el paro” (p. 510).

Las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales (personas físicas o jurídicas) – identificadas como consumidores finales – son compatibles siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos. Esas ayudas deben reunir dos requisitos: poseer un carácter social e ir destinadas a los consumidores sin que en ningún caso puedan ser discriminatorias por razón de la nacionalidad.

La posibilidad de que la ayuda afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros dependerá de las circunstancias del caso. Normalmente, la ayuda afectará a los intercambios comerciales cuando exista entre los Estados miembros en los productos de que se trate y la empresa beneficiaria participe en ese comercio. El Tribunal de Justicia ha manifestado reiteradamente que cuando una ayuda estatal fortalece la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten con ella en los intercambios dentro de la Unión, estos intercambios deben considerarse afectados por la ayuda. Sin embargo, como lo expuso ARPIO J. (2014):

Los intercambios comerciales entre los Estados miembros también pueden verse afectados, aunque la empresa beneficiaria no participe en el comercio entre los Estados miembros. Esta situación es susceptible de producirse con mayor posibilidad en sectores caracterizados por un exceso de capacidad de producción, pero también puede presentarse cuando no existe tal exceso (p. 493-494).

SUBVENCIONES

Definición de subvención

Tratándose de las subvenciones corresponden a las técnicas de fomento administrativo. En el Derecho Administrativo se ha discutido el empleo de un concepto amplio y restringido de subvención. Retortillo M. (citado por García, W., 2012) estableció que:

El concepto amplio entiende por subvención todo beneficio económico percibido de la Administración con objeto de fomentar o impulsar determinadas actuaciones que pueden considerarse de interés general. Con este concepto se abarcan prácticamente todas las medidas de fomento económico. Sin embargo, la doctrina mayoritaria se acoge a un concepto restringido, esto es, atribución patrimonial, principalmente entrega de dinero, que se recibe de la Administración a fondo perdido y que moralmente debe ser aplicado a una determinada finalidad” (p. 132).

Hutchinson, T., citado por Cuesta R. (2012), ha indicado que la subvención es:

Una técnica de fomento, de contenido económico, en virtud de la cual la Administración entrega a un particular una cantidad de dinero a fondo perdido- es decir, sin imponer su devolución-. Debe limitarse a toda atribución patrimonial a fondo perdido de un ente público a favor de un tercero afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad del beneficiario (p. 28).

El jurista español Parada R. (2014) ha calificado a la subvención como: “un contrato de donación modal del Derecho Público”. Dicho autor citó también a Fernández, F., quien por el contrario indica que la subvención surge de un acto administrativo del que nace un derecho de crédito a favor del particular beneficiario frente a la Administración Pública otorgante (p. 322-323).

La subvención es una de las especies de la actividad de fomento o ayuda pública. Como lo declaró Cuesta R. (2012):

Por su propio contenido cumple un papel destacado en la distribución de la riqueza, al permitir la transferencia de recursos públicos orientándolos al desarrollo de actividades de interés general y al ejercicio de derechos fundamentales. Desde un punto de vista objetivo o material, la subvención puede ser definida como una atribución patrimonial a fondo perdido, afectada al cumplimiento de una actividad o al logro de un resultado. La subvención es una atribución patrimonial porque supone una ventaja económica a través de un desplazamiento patrimonial a favor del

beneficiario – ya sea que recaiga sobre una suma dineraria o bienes-, lo que permite diferenciarla de todas aquellas ayudas en las que el beneficio se configura a través del ahorro de un gasto (por ejemplo, exenciones tributarias, los tratados impositivos preferenciales, los avales prestados por el Estado y los reintegros impositivos) (130-131).

Para que ella se configure se requiere que tal atribución se efectúe a título no devolutivo, es decir, a fondo perdido o como aporte no reintegrable, a resueltas de lo cual quien percibe la subvención no está obligado a restituir los bienes a fondos en que ella pudiera consistir. Esta particularidad no significa, según el mismo autor, que se la pueda calificar como una donación, ya que, si bien en ambos casos la entrega que se efectúa es no reintegrable, la Administración no actúa con animus donandi, sino para la satisfacción del interés público. Tal retribución patrimonial no reintegrable debe encontrarse afectada, además, al desarrollo de una actividad o al logro de un resultado determinado. Como especie de las ayudas públicas, la subvención mantiene siempre una vinculación instrumental con una actividad privada, cuyo cumplimiento se promueve a través de la ayuda, por cuanto contribuye a la satisfacción de intereses públicos. El Estado ecuatoriano tiene expresa prohibición de realizar donaciones, así lo establece de manera general el artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Quedan excluidos del concepto de subvención por ausencia del elemento que estamos considerando, las denominadas ayudas sociales, que se entregan a raíz de la situación de extrema privación del beneficiario y, por ende, sin que éste se encuentre obligado a afectar esos fondos para el logro de un fin determinado o para el desarrollo de una actividad específica. La singularidad de tales ayudas aconseja brindarles un tratamiento y una denominación diferente a los de la subvención, estimando como aconsejable el término subsidio, o bonos, como es el caso del bono de desarrollo humano. Las becas, por su parte, pueden considerarse como subvención ya que actúan como atribuciones patrimoniales afectadas al desarrollo de una determinada actividad académica, de investigación o creación, cuyo ejercicio se persigue estimular.

El Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio establece en su Art. 1 que se considerará que existe subvención cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, o cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios. Cabanellas de las Cuevas, G., & Saravia, B., (2006), respecto a este artículo señalan que:

Se presentan diversos casos, a saber: “i) Cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantía de préstamos). ii) Cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales). iii) Cuando un gobierno proporcione bienes o servicios - que no sean de infraestructura general - o compre bienes. iv) Cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación (pp. 285).

Naturaleza jurídica, principios y requisitos de las subvenciones

Respecto a la subvención se pueden rescatar varias características. Primero que son transferencias patrimoniales que no deben restituirse. Segundo que es una relación jurídica bilateral, un otorgante (entidad pública, persona jurídica dotada de patrimonio público o que administra recursos públicos), y un beneficiario (normalmente una persona natural o jurídica de derecho privado). En raras ocasiones suele ser un concesionario, una persona jurídica de derecho público, o una empresa pública. Tercero la subvención es siempre una transferencia “afectada a un fin”, es decir que su eficacia completa dependerá que se realice una determinada actividad que se considera de interés público, lo que se deriva en que la Administración posee ciertos poderes sobre el administrado en orden a conducir su comportamiento a los intereses generales. Los principios jurídicos del régimen de subvenciones públicas son: la legalidad presupuestaria; la eficiencia y economía del gasto público; la publicidad, la objetividad e igualdad; la neutralidad de sus efectos en la competencia mercantil; y, la prohibición del enriquecimiento sin causa.

Según Blanquer D. (2010):

La realización de cualquier gasto público sin la previa y adecuada consignación de fondos, defrauda el principio de legalidad presupuestaria. Sería contrario a las más elementales reglas de racionalidad del gasto público asumir obligaciones de pago sin tener recursos para satisfacerlas. Además, se defraudarían las legítimas expectativas que se generan al beneficiario, quien de buena fe cree que la Administración tiene recursos para pagarle. El principio de eficiencia es una regla de buena administración, que persigue que los medios o recursos públicos se utilicen de forma óptima para satisfacer los fines que se persiguen, y garantizar así los mejores resultados en la gestión de los caudales públicos. Por ello la Ley General de Subvenciones de España en su Art. 8.1 dispone que los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose en todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (p. 995-996).

La decisión administrativa de otorgar una subvención debe ser transparente y responder a una justificación objetiva y razonada. Hay que tener en cuenta que, en determinadas circunstancias de hecho, otorgar subvenciones puede implicar riesgos como la corrupción o el favoritismo. Para evitar el secretismo o la aplicación de criterios subjetivos o arbitrarios e incompatibles con el interés general, se establecen en la ley los principios generales informadores del régimen jurídico de las subvenciones, entre los que cabe destacar la exigencia de publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

Respecto a la neutralidad de los efectos en la competencia mercantil, Blanquer D. (2010) explicó que:

Una de las claves del régimen jurídico de las subvenciones es la búsqueda de un punto de equilibrio, entre el otorgamiento de ayudas públicas, y la competencia abierta entre las empresas que pugnan por captar a los mismos consumidores o usuarios. Se trata al mismo tiempo de mantener abierta la libre competencia del mercado, y promover mediante ayudas públicas actuaciones económicas de interés público y utilidad social. Las subvenciones deben ser neutras o indiferentes para la competencia en el mercado. Cuando los objetivos que se pretendan conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores (p. 997).

En lo que guarda relación con la prohibición de enriquecimiento sin causa, el mismo autor español nos indicó que:

Como toda donación, una subvención es un acto de liberalidad, su otorgamiento no significa que el beneficiario desarrollará de forma absolutamente gratuita una actividad de interés público, y tampoco que la subvención sea una institución de garantía para asegurar la obtención de ganancias económicas, por ser superior el importe de la subvención que el costo de la actividad que se fomenta. Esa calificación jurídica no significa que los recursos que aporta la subvención deban ser siempre suficientes para sufragar por sí solos toda la actividad, pues lo normal es que la subvención sea una contribución parcial de la Hacienda Pública. El otorgamiento de una subvención no puede implicar que se trasladen al sector público todos los riesgos económicos de una actividad privada; la subvención no puede ser una garantía que asegure de forma absoluta el lucro o la ganancia del particular; en mayor o menor medida, deben compartirse los riesgos entre el sector público y el sector privado. La regla general es que la subvención pública es un instrumento de colaboración administrativa con el sector privado (p. 997-998).

Las instituciones públicas únicamente pueden otorgar subvenciones en lo que guarden relación con sus objetivos y fines de acuerdo a su norma de creación.

El otorgamiento de la subvención siempre es un acto administrativo reglado (no discrecional), por lo que, si el interesado reúne los requisitos exigidos en la normativa, la Administración está obligada a otorgarle la ayuda que le corresponda. El único margen de discrecionalidad administrativa surge cuando el importe previsto no sea suficiente para otorgar subvención a todos los solicitantes que cumplan los requisitos. En ese caso la objetividad administrativa se refuerza cuando se establece los criterios de distribución a utilizar en esas circunstancias (por ejemplo, establecer qué actividades son preferentes o prioritarias, o reducir en la misma proporción la cuantía otorgada a todos los solicitantes).

Según el tratadista Parada R. (2014):

Se entiende por subvención toda disposición dineraria realizada por una administración pública a favor de personas públicas o privadas y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios; b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido; y, c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública (pp. 322).

La Sentencia del Tribunal Supremo de España de 2 de junio de 2003 (Tol 276203) indicó lo siguiente:

Las cantidades que se otorgan al beneficiario están vinculadas al pleno cumplimiento de los requisitos y al desarrollo de la actividad prevista al efecto. Existe, por tanto, un carácter condicional de la subvención, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario cumpla unas exigencias o tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión. Por consiguiente, cuando se trata del reintegro o denegación de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o indebida utilización de las cantidades recibidas, esto es por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, basta la

comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido. O, dicho en otros términos, en tal supuesto no se produce propiamente la revisión de un acto nulo que requiera una declaración de anulabilidad del acto o acción de lesividad, sino que el acto de otorgamiento de la subvención, que es inicialmente acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos; y entre ellos, precisamente, la declaración de improcedencia, el reintegro o devolución de las cantidades cuando no se ha cumplido la condición o la finalidad para la que se otorgó la subvención. Es éste un efecto inherente al acto de otorgamiento de la subvención que ni se reversa ni se anula, en sentido propio, sino que la denegación o devolución representa la eficacia que corresponde al incumplimiento de la condición resolutoria con que se concede la ayuda.

Desde el punto de vista subjetivo, como lo manifestó Cuesta R. (2012):

Del análisis de la condición de prestación afectada de la subvención es posible distinguir entre subvenciones de actividad y subvenciones de resultado, teniendo en cuenta el alcance del compromiso asumido por el beneficiario para satisfacer la finalidad a la que la entrega se encuentra afectada. En las denominadas subvenciones de actividad, el acceso a la subvención supone para el beneficiario el deber de llevar a cabo determinada actividad o comportamiento, mientras que, en las subvenciones de resultado, la intervención administrativa en la fijación de los deberes que deben cumplirse a raíz de la ayuda es más intensa y precisa, no bastando ya con una actuación específica, sino que es necesario además que ésta se traduzca en determinados objetivos (p. 134).

La instrumentación jurídica, efectos y control de la subvención

La Administración para el otorgamiento de subvenciones recurre indistintamente al dictado de actos administrativos unilaterales, actos bilaterales en su formación o reglamentos. Sin embargo, en razón de la particular convergencia que esta modalidad supone entre la iniciativa pública y privada, debe tenerse presente que en todos los casos requerirá del concurso de la voluntad privada, sin la cual no podrán cumplirse los cometidos perseguidos con su

empleo. Tal particularidad de la subvención es lo que da lugar a que cuando ella se pone en práctica a través de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el administrado, la figura más apropiada para referirse al vínculo así celebrado no es la del contrato – que presupone una contradicción de intereses-, sino la del convenio administrativo.

Como lo indicó Cuesta R. (2012):

El acto subvencional ofrece también un perfil singular en cuanto a sus efectos. Desde el punto de vista obligacional, el acto de otorgamiento tendrá efectos unilaterales, ya que una sola es la prestación patrimonial que lo integra: la atribución comprometida por la Administración. Sin embargo, el acto generará efectos jurídicos para ambas partes, ya que el beneficiario está obligado a cumplir con los deberes impuestos por la Administración en virtud de la entrega y ésta a exigir tal cumplimiento, sin que exista interdependencia o un vínculo sinalagmático entre la prestación a cargo de la Administración y los deberes que recaen sobre el beneficiario. En caso de que el beneficiario no cumpla estos deberes, la Administración no podrá acudir a la ejecución propio de esta modalidad de la actividad administrativa es que el interés público perseguido se consiga mediante el ejercicio libre de la iniciativa privada. Frente al incumplimiento, la Administración podrá acudir a medios de coerción indirecta –cuando no se encuentren en juego el ejercicio de derechos fundamentales- y, en su caso, declarar la caducidad del beneficio, con la consecuente restitución de los fondos percibidos si al no exigirse ello, se produjera un enriquecimiento indebido en el beneficiario (p. 137-138).

Respecto al destino de los fondos Blanquer D. (2010) reveló que:

El beneficiario está obligado a desarrollar la actividad objeto de fomento y a destinar los fondos percibidos a los usos previstos y conformes a Derecho. La subvención sirve para financiar la específica actividad que se fomenta, pero no para sufragar otras deudas que tenga el sujeto beneficiario. No obstante, los gastos financieros, los gastos de asesoría jurídica o financiera, gastos notariales y registrales, así como los gastos periciales para la realización del proyecto subvencionado, y los de administración específicos, son subvencionables si están directamente

relacionados con la actividad fomentada, y son indispensables para su adecuada preparación o ejecución. No tienen consideración de subvencionables los siguientes gastos: los intereses deudores en las cuentas bancarias, los intereses recargos y sanciones administrativas y penales; y, los gastos de procedimientos judiciales (p. 1007-1008).

Respecto a la modificación sobrevenida de la cuantía de la subvención, durante la vigencia de la relación jurídica entre el beneficiario y la Administración, también hay que tener en cuenta la eventual aparición de circunstancias sobrevenidas que exigen replantearse el importe de la subvención. La ayuda puede modificarse cuando se produzca una alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención. Como los recursos económicos de la subvención proceden de los presupuestos públicos, existe un cierto margen de intervención administrativa en la celebración de los contratos que se van a financiar con esos ingresos. Se trata de contratos celebrados entre dos particulares, pero están sujetos a control administrativo y a reglas públicas de adjudicación. En lo que guarda relación con la comprobación del cumplimiento del modo de la donación, el beneficiario de la ayuda está obligado a aportar los medios de prueba acreditativos del cumplimiento efectivo del modo o carga que condiciona el otorgamiento de la subvención (por ejemplo, los libros contables), y a comunicar a la Administración Pública la percepción sobrevenida de otras subvenciones. Esa actividad de fiscalización se desarrolla por el órgano de gestión de la ayuda, y se diferencia del control financiero.

En lo que guarda relación con el incumplimiento del modo y la revocación de la donación, es preciso señalar que la Administración Pública no puede revocar la subvención por razones de conveniencia u oportunidad, pero sí puede revocarla en caso de incumplimiento. Se trata de una donación modal, y por lo tanto el incumplimiento de esa carga o gravamen es causa de extinción anormal de la relación jurídica entre el beneficiario y la Administración. En el otorgamiento de la subvención siempre está implícita una condición resolutoria de que el beneficiario cumpla unas exigencias o tenga un determinado comportamiento. La devolución del importe de la subvención no es una sanción o acto administrativo

que tenga función punitiva. La función jurídica del reintegro de la ayuda es hacer efectivo el cumplimiento del modo o carga al que se subordina la validez de esa donación administrativa.

En caso de infracción del fin al que está afecta la subvención, o de incumplimiento de las cargas y condicionantes impuestos, como lo dijo Blanquer D. (2010):

El beneficiario debe reintegrar a la Administración las cantidades percibidas y además el correspondiente interés de mora devengado desde el momento del pago de la subvención. Así sucede en las siguientes circunstancias: i) el incumplimiento por el beneficiario del deber de justificar el desarrollo de la actividad subvencionada; ii) la obtención de la subvención sin reunir las condiciones y los requisitos para ello; iii) el incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida; y, iv) el incumplimiento de las condiciones impuestas al beneficiario con motivo de la concesión de la subvención. Si el reintegro no se materializa por el beneficiario de forma voluntaria, la Administración Pública puede ejecutarlo de forma coactiva y con carácter forzoso, mediante el apremio sobre el patrimonio del beneficiario (p. 1010-1011).

Respecto al control financiero de la gestión de las subvenciones públicas, Blanquer D. (2010) expresó que:

Toda subvención es objeto de una actividad de comprobación, que realiza la Administración Pública gestora de la ayuda. Mediante esta actividad de comprobación: (i) se revisa la documentación aportada por el beneficiario; (ii) se comprueba la efectiva realización de la actividad objeto del incentivo; y, (iii) se comprueba el valor de la inversión realizada por el beneficiario. Esta comprobación es distinta a la actividad de control financiero de la gestión de las subvenciones públicas que implica la fiscalización del gasto público, verificando la correcta obtención y aplicación de la ayuda por el beneficiario. El beneficiario de la subvención está obligado a prestar colaboración y a facilitar cuanta documentación le

sea requerida por quienes ejerzan las funciones de control financiero” (p. 1012).

Subvención y medidas compensatorias

Las subvenciones deben contener un concepto de especificidad. Los autores argentinos Cabanellas de las Cuevas G. et al. (2006), lo subrayaron señalando que:

El Estado es una organización que brinda servicios y beneficios a sus súbditos, muchas veces sin contraprestación; las funciones esenciales del Estado reúnen tales características. Tal el caso de la defensa, de la seguridad, la salud pública, el combate de plagas, la construcción de ciertas obras públicas, etc. Si todo bien público se considerara como una subvención, dicho concepto, a efectos de la imposición de derechos compensatorios, sería prácticamente ilimitado, y toda importación podría verse sujeta a tales derechos. El concepto de subsidio o subvención, sin embargo, es más preciso, e implica que los beneficios dados por el Estado sin contraprestación se dirigen a empresas o grupos de empresas determinados, consistente en que se otorgue por el Estado un beneficio económico, destinado a favorecer la producción o exportación de ciertos bienes, a favor de empresas determinadas o de un conjunto de tales empresas. Se produce un peligro concreto sobre el comercio internacional, consistente en que se incentive cierta producción o exportación, conforme a las políticas del Estado que otorga la subvención, en detrimento de la producción de otros países. Es en tal caso que se hace viable la imposición de derechos compensatorios (pp. 287-289).

Por lo tanto, no entran dentro de este concepto de subvenciones y subsidios, los subsidios cruzados de las empresas privadas, ni las otorgadas con fines de beneficencia o sanitarias. El subsidio requiere que se otorgue una ventaja no comercial, y que sea otorgado por el Estado o por un ente estatal. Si se utiliza a una entidad privada como medio para el otorgamiento de subsidios públicos, éstos también serán susceptibles de ser gravados con derechos compensatorios. Para que la subvención o subsidio esté sujeto a derechos compensatorios debe ser

específico, es decir las ventajas que el Estado concentra en empresas o actividades para promover su producción o exportaciones.

Actualmente se insiste en que en ocasiones una subvención encontrará justificación si está destinada a remediar un fallo de mercado. La noción económica de fallo de mercado designa aquellas situaciones en las que la libre competencia no produce resultados eficientes, debido a una sobreproducción o una subproducción de un determinado bien. Como lo advirtió Arpio J. (2014):

Conviene destacar que existen otras disposiciones aplicables a las ayudas públicas que, aun cuando no estén específicamente dirigidas a prevenir falseamientos indebidos de la competencia, no son del todo ajenas a este objetivo y, en algunos casos, también contribuyen a conseguir ese resultado. Así, cabe destacar, en el ámbito del comercio internacional, el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre subvenciones y medidas compensatorias. Este Acuerdo prevé que un país pueda utilizar el procedimiento de solución de diferencias de la OMC para tratar de lograr la supresión de una subvención o la eliminación de sus efectos desfavorables, o que el país pueda iniciar su propia investigación y aplicar finalmente derechos especiales (derechos compensatorios) a las importaciones subvencionadas que causen un perjuicio a los productores nacionales (p. 422).

AYUDAS PÚBLICAS EN EL SECTOR AGROALIMENTARIO

Ayudas públicas y subsidios en la producción y agricultura

La Comisión Europea ha establecido asimismo normas específicas por sector o “sectoriales”, en las que define su estrategia con relación a la concesión de ayudas a actividades económicas concretas. En agricultura, pesca y acuicultura, bien lo dijo Ortiz et al. (2008):

Las normas generales sobre ayudas estatales descritas no se aplican, o sólo se aplican de forma limitada, a los sectores vinculados a la producción y comercialización de los productos relacionados con la agricultura y la pesca. Ello se debe a que, según establece el Tratado, las ayudas estatales

concedidas en dichos ámbitos estarán sujetas a las disposiciones comunes sobre competencia, pero únicamente “en la medida determinada por el Consejo”. Por otro lado, hay que tener en cuenta los objetivos específicos de las políticas comunitarias en materia de agricultura y pesca. Con el transcurso de los años esta especificidad ha originado diferencias significativas entre las normas sobre ayudas estatales generales y las aplicadas en tales sectores, quizá acentuadas por el hecho de que no es la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, sino la de Agricultura o la de Pesca, las que tramitan los expedientes de autorización (396-397).

Como lo expresó Fernández I. (2013), en el asunto *Caisse Nationale Credit Agricole v. CBI Industries, Incorporated*, Argued Feb. 8, 1996-July 24, 1996:

El Tribunal entendió que la posibilidad que tenían las autoridades francesas de oponerse a la decisión de conceder la ayuda de solidaridad a favor de los agricultores con menos ingresos, con cargo a sus propias reservas, debía considerarse no como ayuda de Estado en sentido estricto sino como una medida que tendría un efecto equivalente a una ayuda de Estado prohibida. La Comisión entendió que la decisión de conceder la ayuda se había adoptado como consecuencia de la presión de las autoridades públicas francesas (p. 449).

Respecto a las ayudas de minimis, el Reglamento CE 994/98 faculta a la Comisión para fijar en un Reglamento un umbral por debajo del cual se considera que las ayudas no reúnen todos los criterios establecidos en el artículo 107.1 del Tratado y quedan, por lo tanto, exentas del procedimiento de notificación previsto en el artículo 108, apartado 3, del Tratado. De este modo, presume, bajo determinadas condiciones, y referidas a sectores específicos y concretos de actividad, que si la ayuda no supera una determinada cuantía no afecta o interfiere en el correcto funcionamiento del mercado y por tanto no es precisa la notificación a la Comisión a efectos del ejercicio de su potestad de control. Con base en este Reglamento, la Comisión adoptó el Reglamento CE 1998/2006, de 15 de diciembre, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado.

El reglamento se aplica a todos los sectores, salvo: a) Ayudas concedidas a empresas que operan en los sectores de la pesca y la acuicultura. b) Ayudas concedidas a determinadas empresas que operan en la producción primaria de los

productos agrícolas. c) Ayudas concedidas a determinadas empresas que operan en la transformación y comercialización de los productos agrícolas. d) Ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados miembros. e) Ayudas subordinadas al uso de bienes nacionales con preferencia sobre los bienes importados. f) Ayudas concedidas a empresas del sector del carbón. g) Ayudas para la adquisición de vehículos de transporte de mercancías por carretera concedida a empresas que realicen por cuenta ajena operaciones de transporte de mercancías por carretera. h) Ayuda concedidas a empresas en crisis.

Como lo indicó Arpio J. (2014):

El TFUE prevé que la organización común de los mercados agrícolas pueda adoptar diferentes formas. La elección de la forma concreta para cada mercado y su configuración se realiza mediante Reglamentos adoptados por el Consejo y el Parlamento Europeo. Generalmente, estas disposiciones no atribuyen al principio de libre competencia el mismo papel que tiene asignado en la mayor parte de los demás sectores económicos y otorgan prioridad, en su caso, a los objetivos específicos de la política agrícola común. Como consecuencia de este planteamiento, las disposiciones de la competencia solo resultan aplicables en la medida en que no dificulten el funcionamiento de las organizaciones de los mercados agrícolas, ni pongan en peligro la consecución de los objetivos de la política agrícola común (p. 430).

Los artículos 107-109 TFUE no se aplican a las medidas previstas en el Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y el Consejo, financiadas total o parcialmente por la Unión. Estas medidas se refieren a determinadas ayudas para la distribución de productos de los sectores de las frutas y hortalizas, de las frutas y hortalizas transformadas y del plátano a los niños, para la distribución de leche y productos lácteos para niños, para contribuir a la financiación de programas de apoyo al sector de aceite de oliva y de las aceitunas de mesa; para dotar los fondos operativos que se constituyan para financiar programas operativos en el sector de las frutas y hortalizas; para financiar programas nacionales dirigidos a mejorar las condiciones generales de producción y comercialización de productos agrícolas (programas agrícolas); y para financiar

determinados objetivos en el sector del lúpulo. Además, los artículos 107-109 TFUE tampoco se aplican a los pagos realizados de conformidad con los artículos 213 a 218 del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo. Estos preceptos se refieren a ciertos desembolsos en el sector de los renos en Finlandia y Suecia; en el sector del azúcar en Finlandia; en el sector de la apicultura; para la destilación de vino en caso de crisis; para la distribución de determinados productos a niños; y en el sector de los frutos de cáscara. En virtud del artículo 230 del Reglamento (UE) n° 1308/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, continúan siendo compatibles con el mercado interior determinadas ayudas a los productores de remolacha azucarera, las ayudas para ciertos productos transformados y comercializados por el Monopolio Alemán del Alcohol como alcohol etílico de origen agrícola a que se refiere el anexo 1 del TFUE; y algunas ayudas a favor de los productores del sector lácteo.

La Comisión Europea ha adoptado varios Reglamentos y Comunicaciones estableciendo los criterios y condiciones bajo los cuales se considera admisible la concesión de ayudas a las empresas que operan en los sectores de la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas. Los criterios generales se exponen en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal 2014-2020. Hasta hace unos años, las disposiciones de la Comisión hacían un tratamiento conjunto de las ayudas a favor de las empresas pertenecientes a los sectores de la producción, transformación y comercialización de productos agrícolas. Esta orientación ha cambiado y, desde mediados de los años 2000, se ha tendido a armonizar los criterios bajo los cuales se examinan las ayudas a las empresas dedicadas a la transformación y comercialización de los productos agrícolas con los que se utilizan para valorar las ayudas a los productos no agrícolas. Las ayudas a favor de los productos agrícolas siempre han estado excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones generales relativas a las ayudas de menor importancia. La exclusión se explica por las particularidades de este sector de la actividad económica que determinan que incluso ayudas de un importe relativamente reducido puedan ocasionar efectos importantes sobre los intercambios y la competencia.

El tratadista español Arpio J. (2014) explicó que:

En los ámbitos de la agricultura y la pesca la Comisión considera que las adversidades climáticas que se repiten periódicamente, como las heladas, el granizo, las lluvias o las sequías, no constituyen desastres naturales. En principio, los riesgos climáticos estadísticamente más frecuentes en el Estado miembro o región en cuestión deben quedar cubiertos por un seguro siempre que sea posible. No obstante, se admite que las mencionadas adversidades se asimilen a desastres naturales cuando los perjuicios alcancen un determinado nivel de la producción normal. En estos casos, las compensaciones de los daños causados por dichos fenómenos asimilados a desastres naturales contribuyen al desarrollo del sector agrario y se puede autorizar sobre la base del artículo 107.3 c) TDUE (p. 511-512).

Como regla general, tampoco se considera que constituyan desastres naturales o acontecimientos de carácter excepcional la aparición de enfermedades animales o vegetales. Como excepción, la Comisión ha reconocido en una ocasión que la aparición generalizada de una enfermedad animal totalmente nueva constituía un acontecimiento de carácter excepcional. Por lo que se refiere a la producción de productos agrícolas, la Comisión ha elaborado un Reglamento especial sobre ayudas de mínimos, cuyo contenido se ha expuesto en el apartado sobre las ayudas de menor importancia, y otro sobre ayudas a favor de las Pyme que operan en este ámbito.

Respecto a la competencia con productos subsidiados García de Brigard, A. & Arboleda, C. (2012) expusieron que:

Es importante partir de las características propias del sector agrícola, ya que de acuerdo a la Organización de Alimentación y Agricultura (FAO por sus siglas en inglés), hay 2.570 millones de personas que viven de la agricultura, representando alrededor del 42% de la población mundial. En países industrializados, la exportación de productos agrícolas es de vital importancia en la economía. En Estados Unidos, en agosto de 2011, la suma por esta actividad ascendió a 10.123 millones de dólares. Como se demuestra de las cifras, la agricultura sigue siendo uno de los más

importantes motores de la economía, lo que explica la concepción ya reseñada a nivel internacional sobre su protección. La renuencia de los Estados en dejar de lado su poder de subsidiar su industria de agricultura es claro reflejo de su importancia, y su desarrollo en normas internas como en tratados internacionales, más exactamente en la OMC, nos lleva a concluir que su protección es clave para los países alrededor del mundo (p. 257-258).

En el caso de los subsidios ese aumento de competitividad sucederá ya que la ayuda estatal colaborará sufragando parte de los costos en los que debe incurrir el productor, alterando así los precios de producción, lo que desencadena en precios más bajos en el producto. Un país que no subsidia su producción agrícola tiene una desventaja tanto frente a los que sí lo hacen, como frente a otros que, a pesar de no subsidiar, obtienen los productos con costos más bajos. En ambos casos la razón se encuentra en que los precios de los productos extranjeros serán más bajos y, por ende, esos productos son más competitivos en el mercado. En el caso de las exenciones a normas de competencia, el que los productores de bienes agrícolas puedan comercializar de forma conjunta sus productos conlleva a un aumento de eficiencias pues se comparten tanto costos como mejoras tecnológicas, lo que redundará en mayor competitividad.

Como lo señaló Warren J. citado por García de Brigard et al. (2012):

Esta competitividad se ve a nivel interno en el sentido en que las mejoras en eficiencia se trasladan a los consumidores, quienes obtienen mejores ofertas de los productores nacionales que de los extranjeros, caso que no ocurre si cada productor actúa sólo. Pero también se ven en mercado extranjeros pues compartir costos de exportación y posicionamiento en otros mercados también redundará en mejor competitividad. En efecto, en Estados Unidos se ha encontrado que hay, al menos, cinco áreas donde las cooperativas agrícolas producen un beneficio para los consumidores: calidad de los productos, variedad de los servicios, nuevos productos y procesos, costos menores de producción y comercialización y mejoramiento del bienestar general (p. 259).

Sin embargo, sea cual sea el motivo que impulsa a otorgar una exención (protección al sector, autosuficiencia, exportaciones o cualquiera otro), produce un efecto igual en todos los casos y es hacer más atractiva la producción en el sector agrícola, lo que termina incentivando el desarrollo de ese sector. Un sector con ventajas genera interés en explotarlo, y esa es la clave de los beneficios agrícolas. Además, los subsidios agrícolas son ayudas estatales permitidas en amplio margen en el derecho internacional y en el comercio exterior, lo que hace recomendable aprovechar esa posibilidad para proteger al sector. Si están permitidos los subsidios agrícolas, la herramienta no debe pasarse por alto.

En el ordenamiento jurídico chileno se llama subsidios a ciertas ayudas que se entregan por una sola vez al beneficiario, destinadas a una actividad que resulta de interés público. Los subsidios no buscan que el beneficiario alcance el interés general, sino más bien que éste salga de una situación de necesidad o carencia. Según García W. (2012):

Se caracterizan porque la entrega se perfecciona por la emisión de un título transferible o certificado de subsidio. Una vez otorgado el certificado y destinado a la finalidad prevista para la concesión de la subvención, el negocio jurídico –de derecho privado- respectivo contendrá un régimen de afectación al interés público (pp. 144).

Dentro de este tipo de subsidios encontramos el destinado a obras de riego del Ministerio de Agricultura chileno que termina con la emisión de un certificado de bonificación al riego y drenaje. En lo que guarda relación a los subsidios indirectos o en especie a la producción se puede destacar la entrega a título gratuito o a precios inferiores a los del mercado de determinados insumos o factores de producción. Como por ejemplo la entrega de tierras sin costo, del empleo gratuito de personal, del suministro de electricidad en condiciones preferenciales, del otorgamiento de préstamos subvencionados, de la entrega de kits de insumos y fertilizantes para el fomento a la producción agrícola, etc.

Respecto a las soluciones con intervención del Estado en especial el subsidio a la producción de semillas autógenas, Massot J. (2006) comentó que:

En el subsidio a la producción, interesa analizar las diferencias entre un derecho o regalía cobrando sobre las semillas, y un subsidio a la producción de estas. Dentro de esta última alternativa se puede optar de manera no excluyente por subsidiar los desarrollos en investigación básica, en genética y en obtención de variedades. En primer lugar, en un modelo de equilibrio parcial, mientras una regalía compensatoria sobre la semilla no fiscalizada reduce la cantidad de semillas vendidas sin que necesariamente aumente la producción de semillas fiscalizadas, el subsidio a la producción incrementa esta producción sin que necesariamente baje la demanda de semilla no fiscalizada, aumentando así el total de semillas ofrecidas a los agricultores. En segundo término, mientras un derecho sobre la actividad de multiplicación ilegal implica una internalización del costo de las semillas usadas por los agricultores y los multiplicadores ilegales, un subsidio a la producción podría hasta generar una redistribución neta y parcial del ingreso en favor de estos actores, ya que si ellos no son los sujetos del impuesto o regalía que financia el subsidio, hay otros actores que asumen un costo por algo que no consumen (p. 659-660).

De esta manera, para corregir la distorsión, el recurso que financie no debería diferir mucho de una regalía sobre las semillas, transformando en los hechos al subsidio en una variante instrumental de esta. En tercer lugar, un subsidio a la producción puede tener otras connotaciones como son la competencia desleal –que no tiene por qué generarse en el caso de una regalía-, o provocar excesos de producción de ciertas semillas, derivados de un diseño o control defectuoso del mecanismo de subsidio. En definitiva, aun cuando puede ser considerado como posible solución, no se lo puede recomendar como la mejor opción para resolver el problema bajo análisis, dado que para ser tan eficiente como la regalía o el derecho compensatorio, un subsidio a la investigación o producción requeriría de un sistema de financiación similar a aquel, y que puede traer otros costos y consecuencias.

Subsidios a la agricultura en la Organización Mundial de Comercio

Antes de analizar las políticas propias de competencia de varios Estados, es importante hacer referencia al tratamiento que se le da a los subsidios a la agricultura en el marco legal de la OMC. Lo que refleja que haya un acuerdo especial para este tipo de ayudas estatales, refuerza la concepción de la agricultura como sector especial de la economía a nivel internacional. Así como indicaron García de Brigard et al. (2012):

La regulación acerca de subsidios se encuentra en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante “SCM”, por sus siglas en inglés), el cual traza las pautas generales sobre cuando y como se aceptan los subsidios por parte de los países (p. 241).

La página web de la Organización Mundial de Comercio señala que el Acuerdo de la OMC sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias somete a disciplina la utilización de subvenciones y reglamenta las medidas que los países pueden adoptar para contrarrestar los efectos de las subvenciones. El Acuerdo prevé que un país pueda utilizar el procedimiento de solución de diferencias de la OMC para tratar de lograr la supresión de la subvención o la eliminación de sus efectos desfavorables, o que el país pueda iniciar su propia investigación y aplicar finalmente derechos especiales (“derechos compensatorios”) a las importaciones subvencionadas que se concluya causan un perjuicio a los productores nacionales.

A pesar de las existencias de SCM, en el marco de la OMC existe un tratado específico para el comercio internacional cuando se trata de productos agrícolas, el Acuerdo sobre la Agricultura. Los subsidios en todos los demás sectores, se rigen bajo las normas del SCM. El artículo 3 del SCM dispone lo siguiente: “A reserva de lo dispuesto en el acuerdo sobre la agricultura (...)”, por lo que se infiere que las subvenciones prohibidas no son aplicables a las normas especiales del Acuerdo de Agricultura. El objeto del Acuerdo sobre la Agricultura es reformar el comercio del sector y lograr que las políticas estén más orientadas al mercado, con el fin de aumentar la previsibilidad y la seguridad, tanto para los países importadores como para los exportadores.

Las normas y compromisos nuevos se aplican a: 1) El acceso a los mercados (diversas restricciones comerciales que afectan a las importaciones); 2) La ayuda interna, subvenciones y otros programas, incluidos los que elevan o garantizan los precios al productor y los ingresos de los agricultores; 3) Las subvenciones a la exportación y otros métodos utilizados para lograr artificialmente que las exportaciones sean competitivas. El portal de la OMC señala que el Acuerdo autoriza a los gobiernos a prestar ayuda a sus economías rurales, pero preferiblemente por medio de políticas que ocasionen menos distorsiones del comercio. También permite cierta flexibilidad en la forma de aplicar los compromisos. Existen disposiciones especiales sobre los intereses de los países cuyo abastecimiento de alimentos depende de las importaciones y sobre las preocupaciones de las economías menos adelantadas.

La principal crítica contra las políticas que sostienen los precios internos o que subvencionan de alguna otra manera la producción, es que estimulan el exceso de producción. Esto produce que se frenen las importaciones o bien da origen a subvenciones a la exportación y a ventas a precios de dumping en los mercados mundiales. En el Acuerdo sobre la Agricultura se distingue entre los programas de ayuda que estimulan directamente la producción y aquellos que se considera no tienen ningún efecto directo. En cuanto a subsidios agrícolas se trata, el Acuerdo sobre la Agricultura dispone tres tipos de subvenciones, las cuales la OMC ha determinado como “compartimientos”:

Compartimiento “ámbar” (artículo 6):

Se define como todas las medidas de ayuda interna excepto las de los compartimientos azul y verde, e incluye las medidas de sostenimiento de los precios, o las subvenciones directamente relacionadas con el volumen de producción. En el Acuerdo sobre la Agricultura no existen subsidios prohibidos, propiamente, pero no se pueden aplicar aquellos que excedan los límites acordados en el tratado (5% de la producción agropecuaria en países desarrollados, 10 % en países en vías de desarrollo). Los países con subvenciones superiores a estos porcentajes al momento de celebración del tratado se obligaron a reducirlos en esos límites.

Comportamiento “azul” (artículo 6.5):

Aquellos que irían en la categoría anterior pero que requieran los agricultores limiten la producción. Tiene una ventaja y es que no hay límite de valor para estos subsidios. Actualmente algunos países quieren mantener el compartimento azul porque ven en él un medio decisivo para abandonar las subvenciones del compartimento ámbar, que tienen efectos de distorsión, sin causar demasiadas penalidades. Otros quieren establecer límites o compromisos de reducción propugnando algunos transferir estas ayudas al compartimento ámbar.

Compartimiento “verde” (anexo 2):

Aquellos que no distorsionan el mercado, o lo hacen en grado mínimo. Deben financiarse con fondos públicos, no deben representar un aumento de precio al consumidor. Estas son ayudas a los agricultores que no buscan alterar precios ni cantidades de producción. Tampoco tiene un límite e incluyen, por ejemplo, los programas de conversación ambiental y los de desarrollo regional. Estas subvenciones están permitidas sin límite, siempre que cumplan los criterios relativos a políticas específicas enunciados en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura.

Con el tratamiento preferencial a subvenciones en materia agrícola se refleja la especial importancia que a nivel mundial se le ha dado a este sector, las cuales no sólo se regulan en un acuerdo especial, autónomo y de aplicación preferencial al acuerdo general sobre subvenciones, el ya mencionado SCM, sino que, además, los límites, cuantías y formas de la ayuda estatal son diferentes”.

La nueva normativa que permite el acceso a los mercados para los productos agropecuarios es “aranceles únicamente”. Antes de la Ronda Uruguay, algunas importaciones de productos agropecuarios estaban limitadas por contingentes y otras medidas no arancelarias. Estas medidas han sido sustituidas por aranceles que representan niveles de protección más o menos equivalentes, para permitir equiparar precios de país importador y exportador. En el caso de los productos cuyas restricciones no arancelarias han sido convertidas en aranceles, los gobiernos están autorizados a adoptar medidas especiales de urgencia (“salvaguardias especiales”) a fin de evitar que sus agricultores se vean perjudicados por una baja en los precios o un notable aumento de las

importaciones. Ahora bien, en el Acuerdo se especifica cuándo y cómo se pueden establecer esas medidas de urgencia (por ejemplo, no se pueden aplicar a las importaciones comprendidas en un contingente arancelario).

EL SECTOR AGRÍCOLA Y LAS NORMAS DE COMPETENCIA

García de Brigard et al., respecto a la normativa de competencia mostraron que:

Tiene exenciones en su aplicación, que hacen no susceptibles de sanciones ciertas conductas que tipifican violaciones a estas normas. El sector agrícola, en varias legislaciones, está cubierta por este tipo de exenciones, lo que lleva a preguntarnos por qué disfruta de este tratamiento especial (p. 241).

Las normas de competencia son una de las principales excepciones al régimen general de libertad económica en el que se lleva a cabo la actividad económica en los estados liberales modernos y por lo tanto están sujetas a las mismas consideraciones políticas, económicas y sociales a las que estarían sujetas otras restricciones a la actividad económica.

Por lo anterior, los regímenes de competencia han evolucionado de maneras distintas de acuerdo con la realidad del estado o grupos de estados que las implementan. Especial cuidado se ha tenido con el sector agrícola, donde las asociaciones de productores y ciertos acuerdos anticompetitivos se ven excluidos de la misma. Estados Unidos y la Unión Europea tienen sus políticas de exclusión hacia este sector de la economía, no obstante, la regulación en América Latina no es homogénea. Los productores agrícolas, como lo reflejan las normas nacionales e internacionales, no pueden ser tratados como se tratan las compañías o las empresas. Por ello es que se necesita que haya consideraciones especiales. Lo que debe analizarse al momento de sentar una excepción al régimen de competencia es qué fines se logran con dicha excepción. En el sector agrícola no es diferente.

Las normas de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia muestran que aún en el mercado nacional (o comunitario para la Unión Europea), el estatus

de especialidad del sector agrícola y sus políticas prima. En cuanto a la normatividad argentina, la competencia debe estar presente en todos los sectores, mostrando así que esa libertad económica prevalece aún en los mercados internos sobre cualquier concepción del sector agropecuario. México tiene el matiz de las cooperativas que exportan, mostrando que las normas de competencia prevalecen para el sector agrícola en el mercado nacional, pero la competitividad en el exterior sí debe recibir consideración especial. El caso brasileño resulta un poco menos radical que los dos anteriores, debido a la exigencia de poder de mercado, dando especial tratamiento a los pequeños productores.

Es deber de cada Estado, como lo manifestaron García de Brigard et al (2012):

La correspondiente ponderación de valores y objetivos, la cual será la que determine si el sector agrícola prima o no sobre la libre competencia económica. La exclusión del sector agrícola no busca un fin en específico. Cada país busca un objetivo diferente con la protección o exención que plasma en su legislación. Por ejemplo, en Estados Unidos, fue la inferioridad que sufrían los productores agrícolas frente a los compradores corporativos lo que desembocó en el tratamiento especial que ya fue expuesto en líneas anteriores. Por su parte en la Unión Europea, como ya se mencionó en líneas anteriores, la política agrícola tuvo su sustento más en la necesidad que en la protección al agricultor. La PAC se constituyó en un principio vital de la Unión Europea, a tal punto que se aplica sobre la normatividad de competencia económica, pero apuntó primeramente a un objetivo de autosuficiencia y seguridad derivado de la experiencia europea tras las guerras. El caso mexicano refleja una intención por afianzar la competencia en el mercado nacional, pero dando exención general en cuanto a competitividad internacional se trata (p. 261).

Es posible afirmar que la aplicación de las normas de competencia al sector agrícola debe reconocer las particularidades de la actividad económica que se da en el mismo, sin que ello implique una patente de curso para los agricultores (especialmente en aquellos casos en que quienes actúan en el sector agrícola

tienen más en común con los grandes conglomerados industriales que con una familia campesina). Los estados deben encontrar un justo medio que permita, a la vez, proteger -en lo pertinente- a los agricultores y evitar que los objetivos perseguidos por las normas de competencia se vean frustrados sin justificación suficiente.

El sector agrícola no solo es considerado de manera especial por la OMC, en muchos países del mundo, incluido el Ecuador, también se entiende la importancia del sector dándole un trato especial, e incluso exceptuándolo de la aplicación de las normas sobre libre competencia económica en virtud de su importancia. La tendencia internacional tiene como base dos principios del Derecho de Competencia como son: la libre circulación de mercancías y la libre competencia. La armonización de las legislaciones nacionales, que es la tercera dimensión del mercado interior, es el camino de ejecución de ambos principios.

Regulación de competencia en el sector agropecuario en Estados Unidos

El propio Senador Sherman intentó incluir una enmienda al texto de la ley (Sherman Act, la cual es considerada la primera ley sobre competencia en Estados Unidos y en el mundo), donde se excluyera de manera expresa a los acuerdos u organizaciones que se realizaran entre personas del sector a la agricultura y la horticultura cuyo objetivo fuera el de mejorar los precios de sus productos. Sin embargo, tal enmienda no fue añadida y la Ley Sherman se expidió sin exenciones. En 1914 mediante la Ley Clayton, se determinó que las normas antitrust no pueden aplicarse en casos de creación y funcionamiento de organizaciones en sectores de la agricultura, ni para sus miembros mientras busquen la consecución de sus objetivos. Esta es la primera exención en la legislación norteamericana.

En este orden de ideas García de Brigard et al. (2012) indicaron que:

En 1922, el Congreso de los Estados Unidos expidió una ley regulando las actividades de las cooperativas agrícolas: La ley Capper – Volstead. En su sección primera, esta norma establece que las personas que intervienen en la producción de bienes agrícolas pueden actuar conjuntamente en asociaciones o

corporaciones, que tengan o no capital accionario, para el procesamiento, preparación para la comercialización, manejo y comercialización, sea interestatal o en exterior, de sus productos. Sin embargo, esta facultad no es ilimitada, pues la ley determina que esas asociaciones deben buscar el beneficio de todos sus asociados y deben cumplir tres requisitos: La asociación debe seguir el principio de “una persona, un voto”, independiente de la cantidad de capital social que le pertenezca; la asociación no puede pagar dividendos en capital accionario de más del 8% por año; la asociación no puede, enajenar productos diferentes a los de sus miembros en un valor superior a aquel de los producidos por sus propios miembros (p. 244).

Con esta norma se determinó la exención de las normas de competencia para las cooperativas agrícolas, las cuales de no ser por la Ley Capper-Volstead, hubieran infringido la Ley Sherman. En 1937 se expide la Ley de Acuerdos de Comercialización de la Agricultura (*Agricultural Marketing Agreement Act*), que permitió que la Secretaría de Agricultura de los Estados Unidos celebre acuerdos con productores agrícolas y expida órdenes al mercado. Los acuerdos son voluntarios de los productores de un cierto bien agrícola donde se pactan condiciones, mientras que las órdenes son normas obligatorias para todos los productores de los bienes allí incluidos en la zona geográfica delimitada en la orden (lo que vendría a equivaler en la actualidad el precio mínimo de sustentación de los productos). A través de estas figuras (acuerdos con productores y órdenes de mercado), se pueden establecer límites a la calidad o cantidad de un bien, manejo y eliminación de excedentes de producción, establecimiento de reservas del producto y las condiciones de los empaques o contenedores de los mismos, entre otros.

Dos casos dentro de la jurisprudencia norteamericana establecieron reflexiones importantes respecto a los subsidios agrícolas, el caso *United States vs. Borden*; y *United States vs. Maryland & Virginia Milk Producers Association*. Al respecto de esta jurisprudencia García de Brigard et al. (2012) revelaron lo que en *U.S. v Borden* se ponen de presente dos consideraciones importantes:

Las actuaciones colectivas organizadas bajo los parámetros del AMAA están excluidas de la aplicación de las normas antitrust. Sin embargo, las

conductas anticompetitivas no cubiertas por un acuerdo o un orden al mercado válida si pueden ser sancionadas. Si bien la sección 1 de la Ley Capper – Volstead permite las organizaciones cooperativas y los contratos que deben celebrar los productores que sean necesarios para dicha colaboración, no están exentos de las normas antitrust las conductas anticompetitivas que se realicen con personas no productores (p. 247).

Las consideraciones en Maryland y Virginia Milk Producers Association v. United States aportaron otras dos importantes conclusiones: Los agricultores pueden acordar los precios de sus productos y utilizar su poder de negociación colectivo para imponer dichos precios a los compradores. Las asociaciones pueden usar herramientas para proteger los mercados de los productos de sus asociados, pero no pueden utilizarse para eliminar o disminuir la competencia económica. Como se puede establecer las normas de exención agrícola en Estados Unidos es muy antigua, ya que tiene más de 70 años, lo cual deja relucir la importancia que tiene este sector para el Derecho de la competencia en dicho país.

Regulación de competencia en el sector agropecuario en la Unión Europea

La normativa en Europa respecto a exención a la competencia, se encuentra en el Tratado de Formación de la Unión Europea, y propiamente dicho para los temas agrícolas, en la política agrícola común (PAC). Esta política tuvo su origen en los países de Europa Occidental luego de la Segunda Guerra Mundial, en la que la agricultura se había visto mermada y no se podía garantizar el abastecimiento de alimentos y productos. Lo que se buscó con la política agrícola común fue el suministro regular de alimentos a precios accesibles y garantizar que la Unión Europea disponía de un sector agrícola viable.

En la década de los noventa, la PAC fue modificada porque el sector agrícola alcanzó la autosuficiencia e inclusive excedentes que distorsionaban el mercado. Además, se incluyó las normativas ambientales a partir de la declaración de Río de 1992. Por ello, Cuesta R. (2012), señaló que:

Con el nuevo sistema, los agricultores siguen recibiendo ayudas directas a la renta para mantener la estabilidad de sus ingresos, pero se ha eliminado el vínculo de las ayudas con la producción. Además, los agricultores tienen que respetar una serie de normas medioambientales, de inocuidad de los alimentos, de sanidad vegetal y de bienestar de los animales. Los agricultores que incumplan estas normas verán reducirse sus ayudas directas (p. 61).

El Art. 39 del Tratado de Formación de la Unión Europea establece los objetivos de la PAC e indica lo siguiente:

1.- Los objetivos de la política agrícola común serán: a) Incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el ejemplo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) Garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en lo agrícola; c) Estabilizar los mercados; d) Garantizar la seguridad de los abastecimientos ; e) Asegurar el consumidor suministros a precio razonables. 2.- En la elaboración de la política agrícola común y de los métodos especiales que ésta pueda llevar consigo, se deberán tener en cuenta: a) Las características especiales de la actividad agrícola, que resultan de la estructura social de la agricultura y de las desigualdades estructurales y naturales entre las distintas regiones agrícolas; b) La necesidad de efectuar gradualmente las oportunas adaptaciones; c) El hecho de que, en los Estados miembros, la agricultura constituye un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía.

La resolución 1184 de 2006 determina que las normas del TFUE del artículo 101 y siguientes si aplican a los acuerdos en materia agrícola en caso de no cumplir con los requisitos para encontrarse exceptuados, lo cual debe ser revisado por la autoridad de competencia. García de Brigard et al. (2012) manifestaban que:

Lo que busca la normatividad de competencia en la UE no es excluir al sector agrícola totalmente de la competencia, como se puede deducir de las

normas transcritas, sino armonizar la PAC con las normas de competencia. Además, cada Estado miembro tiene su normatividad propia de competencia, las cuales deben ser coherentes con la TFUE y con los objetivos de la PAC. Si bien es cierto que las autoridades nacionales de competencia puedan iniciar acciones contra agentes del sector agrícola por infracciones a las normas de competencia del Estado correspondientes, la PAC se aplica de manera preferente en relación con los objetivos de las normas de competencia de los Estados miembros (p. 250).

Regulación de las ayudas públicas en sector agroalimentario en el Ecuador

Para comprender la regulación del sector agropecuario en el Ecuador es necesario conceptualizar las normas establecidas en nuestra Constitución para este sector. La actual Constitución de la República del Ecuador fue publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008. Entre los Derechos del Buen Vivir, el artículo 13 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que las personas y las colectividades tengan derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; para lo cual el Estado deberá promover la soberanía alimentaria. Para alcanzar los fines del Régimen de Desarrollo establecidos en los numerales 2 y 4 del artículo 276 de la Constitución de la República, el Estado debe mejorar las condiciones del área rural del Ecuador a través de la construcción de un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado entre otras cosas en la distribución igualitaria de los medios de producción y que permita conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades al acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo.

El artículo 281, *ibídem*, en concordancia con el artículo 1 primer inciso, de la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria, establecen que la soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente. Para ello, será responsabilidad del Estado entre otras: “generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos”. El

Art. 285 de la Constitución establece que la política fiscal tiene como objetivos específicos, entre otros, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados. El numeral 1 del artículo 334 de la norma suprema determina que al Estado le corresponde promover el acceso equitativo a los factores de la producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

Otra norma importante dentro del sector agroalimentario es la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 583 de 5 de mayo de 2009 y reformada por la ley publicada en el Registro Oficial Nro. 349 de 27 de diciembre de 2010. El artículo 20 de la Ley Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria dispone que en el caso de que la producción eficiente no genere rentabilidad por distorsiones del mercado debidamente comprobadas o se requiera incentivar la producción deficitaria de alimentos el Estado implementará mecanismos de mitigación incluyendo subsidios oportunos y adecuados, priorizando a los microempresarios, microempresa o micro, pequeños y medianos productores afectados.

El Art. 3 letra e) de la Ley ut supra dispone que, para el ejercicio de la soberanía alimentaria, además de las responsabilidades establecidas en el Art. 281 de la Constitución, el Estado deberá adoptar políticas fiscales tributarias, arancelarias y otras que protejan al sector agroalimentario nacional, para evitar la dependencia en la provisión alimentaria. El Art. 12 de esta Ley establece que los incentivos estatales estarán dirigidos a los pequeños y medianos productores, responderán a los principios de inclusión económica, social y territorial, evaluación periódica de sus resultados y viabilidad social, técnica y económica, entre otros. El Art. 18 de la ley ibídem dispone que para desarrollar actividades productivas de carácter alimentario, el Estado impulsará la creación de fuentes de financiamiento en condiciones preferenciales para el sector, incentivos de tipo fiscal, productivo y comercial, así como fondos de garantía, fondos de re-descuento y sistemas de seguros, entre otras medidas.

El artículo 13 letra b) y e) de la Ley Orgánica de Soberanía Alimentaria, señala que para fomentar a los microempresarios, microempresa o micro, pequeña y mediana producción agroalimentaria, de acuerdo con los derechos de la

naturaleza, el Estado subsidiará total o parcialmente el aseguramiento de cosechas y de ganado mayor y menor para los microempresarios, microempresa o micro, pequeños y medianos productores, de acuerdo al artículo 285 numeral 2 de la Constitución de la República; y fomentará las actividades artesanales de pesca, acuicultura y recolección de productos del manglar y establecerá mecanismos de subsidios adecuados”.

La política de transferencias y subsidios está contemplada en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, dentro del cual constan el bono de desarrollo humano, el subsidio universal al gas doméstico y a la gasolina, así como las tarifas diferenciadas para los servicios públicos. También constan programas y estrategias de apoyo para los deportistas de alto rendimiento, a través de becas, subsidios y bonos. El acceso al suelo y a la vivienda también se ven beneficiados por la entrega de subsidios y créditos en condiciones preferentes. El financiamiento a los sectores productivos también constituye otro factor importante dentro del Plan Nacional para el Buen Vivir. El propósito de este eje es dotar de créditos de largo plazo (principalmente para el financiamiento de activos productivos) a todas aquellas iniciativas innovadoras con alto riesgo o largo periodo de maduración.

Otra norma que establece subsidios agrícolas es la Ley orgánica de tierras rurales y territorios ancestrales, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 711 de 14 de marzo de 2016 en cuyo artículo 38 dispone que el Fondo Nacional de Tierra, establecerá mecanismos preferenciales de financiamiento y subsidios a las tasas de crédito para los pequeños y medianos productores y de la agricultura familiar campesina para facilitar la compra de tierra productiva.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone en su artículo 29, que se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores, entre otros casos las orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria.

El Art. 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone prohíbase a las entidades y organismos del sector público realizar donaciones o asignaciones no reembolsables, por cualquier concepto, a personas naturales, organismos o personas jurídicas de derecho privado, con excepción de aquellas que correspondan a los casos regulados por el Presidente de la República, establecidos en el Reglamento de este Código, siempre que exista la partida presupuestaria. El Art. 89 del Reglamento General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone que:

Las entidades del sector público podrán realizar donaciones o asignaciones no reembolsables a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, destinadas a investigación científica, educación, salud, inclusión social y donaciones para la ejecución de programas o proyectos prioritarios de inversión en beneficio directo de la colectividad, priorizados por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo en el caso de las entidades que conforman el Presupuesto General del Estado o por la instancia correspondiente para el resto de entidades públicas.

En el caso de que se traten de asignaciones de gasto permanente no requerirán ser priorizados por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Estas asignaciones deben constar en los respectivos presupuestos institucionales, en el ámbito de competencia de cada entidad pública. Para este efecto deberán considerar lo siguiente: Toda transferencia a organismos privados debe responder a un proceso de planificación que permita evidenciar con claridad los objetivos, metas, productos y/o servicios públicos que están prestando a través de organismos privados. Las transferencias de recursos para la ejecución de entes privados deberán ser exclusivamente para temas en el ámbito de las competencias de cada entidad pública otorgante, de conformidad con la Ley.

En los convenios debe estipularse claramente el plazo de vigencia de la donación, es decir, que no sea de renovación tácita e indefinida. No se podrán efectuar transferencias para propósitos respecto de los cuales las instituciones deberían realizarlos a través de procesos de contratación pública. Previo al proceso de renovación de un convenio para una transferencia se deberá evaluar los resultados obtenidos. Para el caso de las entidades que pertenecen al Presupuesto

General del Estado, se debe enviar copia simple del convenio al Ministerio de Finanzas, para seguimiento y registro.

Los consejos o gabinetes sectoriales de política, en el caso de la función ejecutiva; los consejos provinciales y regionales y los concejos municipales o metropolitanos en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados; mediante resolución establecerán los criterios y orientaciones generales que deberán observar sus entidades dependientes para la realización de las indicadas transferencias. Las entidades de la Función Ejecutiva que no pertenezcan a un consejo o gabinete sectorial de política deberán ser priorizadas por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Mediante Resolución Nro. CSP-2012-001, publicada en el Registro Oficial 874 de 18 de enero de 2013, el Consejo Sectorial de la Producción reguló el diseño y ejecución de instrumentos y programas de fomento productivo, la participación de agencias operadoras y la asignación de subvenciones para beneficiarios, y en su capítulo IV se establece como criterios y orientaciones generales del sector producción para la realización de transferencias los siguientes: Beneficio de la colectividad, en el ámbito productivo, a la transferencia realizada para alcanzar uno o más de los siguientes resultados: a. La generación de externalidades positivas o la mitigación de las negativas; b. La corrección de fallas de mercado; o, c. La provisión de bienes públicos; la interdicción de la discrecionalidad, que no permite realizar transferencias que no se encuentren enmarcadas en un programa o instrumento claramente definido, establecido mediante acto normativo por la institución competente y con sujeción a las normas establecidas en dicho acto y demás normas aplicables e interdicción de la elusión de responsabilidad, señalando que, en todo caso, la entidad competente deberá justificar la necesidad técnica de contemplar en su proyecto la realización de transferencias a personas de Derecho Privado.

El Acuerdo 100 publicado en la Edición Especial del Registro Oficial 362, de 27-VIII-2015, establece el AGROSEGURO como un sistema permanente de seguridad productiva, subvencionado por el estado, en beneficio de los pequeños y medianos productores agrícolas, forestales, ganaderos, pescadores artesanales y otros agentes productivos vinculados al agro. Mediante este acuerdo se establece el sistema AGROSEGURO para otorgar seguros a la producción subvencionados

en un 60%, se establece un seguro agrícola, forestal, ganadero y pesquero. El Art. 8 de dicho Acuerdo define en su glosario de términos al subsidio como la prestación pública asistencial de carácter económico no reembolsable, siendo la única normativa en la legislación ecuatoriana que define legalmente al subsidio.

Mediante Acuerdo Ministerial 610 publicado en el Registro Oficial 880 de 28 de enero de 2013, el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuicultura y Pesca expidió el instructivo para la aplicación de la resolución del consejo sectorial de la producción, relativa a las transferencias de recursos públicos a personas de derecho privado, que tiene como objeto tiene por objeto regular el procedimiento excepcional de entrega de recursos públicos a personas naturales y jurídicas sin fines de lucro acreditadas como beneficiarias de subvenciones a través de programas o proyectos de fomento productivo en beneficio de la colectividad, contemplados en el Programa Anual de Inversiones vigente en el MAGAP y priorizados por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo para su ejecución.

En lo que respecta a jurisprudencia ecuatoriana tenemos la sentencia del ex Tribunal Constitucional en el caso No. 001-2001-TC, R.O. 423, 1-X-2001, que respecto a la constitucionalidad de los subsidios se pronunció en el siguiente sentido:

Que, el subsidio implica el socorro, ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico, el mismo que, en la especie, se encontraba previsto por disposición de la ley en beneficio de un segmento de la sociedad, por lo que implicaba un privilegio, es decir, una excepción a la norma de aplicación general, al exonerar o liberar del pago de la energía eléctrica a los grupos determinados en el sustituido artículo 62 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, exención de la que la generalidad de personas no gozaban; Esta clase de privilegios son otorgados por el Estado para promover el desarrollo de cierto segmento y teniendo en cuenta las posibilidades económicas del Estado; por otro lado, tal como el legislador otorga un subsidio lo puede eliminar, sin que esta situación afecte norma constitucional alguna; Además, como se observa, los subsidios tienen la finalidad de promover el desarrollo de un segmento social, por lo que

tienen el carácter de extraordinarios, no pudiendo plantearse su permanencia ad infinitum ni exigirse que no se elimine su otorgamiento, pues los fondos que lo financian los obtiene el mismo Estado y se entiende que beneficiarán a toda la población del país mediante la prestación de servicios públicos; En el caso en especie también debe tenerse presente que el otorgamiento de un subsidio rompe el principio de igualdad, desde que, el subsidio implica un privilegio de carácter económico que se ha concedido a un grupo determinado aunque hayan razones que pretendan explicarlo; e inclusive, si se piensa que este privilegio entraña un beneficio, se trata de un beneficio del cual no goza la generalidad de la población. El establecimiento de una norma de excepción a una regla general no puede ser dictada arbitrariamente, es decir en vulneración del principio de igualdad. Por lo expuesto, la eliminación de una norma de excepción que contiene un privilegio es una facultad del legislador que, en su momento la otorgó.

Las normas jurídicas antes previstas establecen un marco jurídico propicio para el establecimiento de subsidios y subvenciones, orientados a beneficiar a pequeños y medianos productores. Es necesario continuar apoyando a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria, que permita reducir sus costos de producción, mejorar su economía y la de sus familias, a fin de elevar su nivel de vida, en procura de un beneficio a la colectividad en el ámbito productivo, con el fin de corregir las fallas del mercado.

METODOLOGÍA

Modalidad

La modalidad de investigación utilizada para el presente trabajo (de conformidad con la Guía del examen complejo) es la cuantitativa, con categoría no experimental, habiéndose elegido el diseño descriptivo, ya que por el tema escogido se ha realizado una evaluación de la naturaleza jurídica de las condiciones existentes y se va a limitar a caracterizar el objeto de estudio.

Población y Muestra

Unidades de observación	Población	Muestra
Abogados Expertos	3	3
Entidades públicas	2	2
Artículos de la Constitución	7	7
Leyes	4	4
Reglamentos	3	3
Normativa secundaria	3	3
Normativa internacional y comparada	5	5
Jurisprudencia	8	8

Métodos de investigación

El método utilizado para el presente trabajo es el método teórico, a través del análisis, la síntesis y la deducción. Para complementar la metodología para las unidades de observación se ha utilizado también el método empírico, a través de cuestionario tipo entrevista a abogados expertos.

Procedimiento

Las etapas cumplidas para la elaboración del presente trabajo de investigación se basaron esencialmente en el registro y recolección de datos. Se realizó una clasificación de los libros de Derecho que poseía en mi biblioteca jurídica, los cuales los he ido adquiriendo desde el inicio de la maestría toda vez que siempre me ha interesado el Derecho de Competencia como rama relacionada con la Propiedad Intelectual. También he consultado ciertas obras en mi estudio jurídico y en la empresa pública donde actualmente laboro. Así mismo he realizado consultas en Internet, a través de buscadores con palabras claves relacionados con el tema desarrollado. De igual forma he utilizado programas legales como FIELWEB, para la búsqueda de los textos legales nacionales.

Lo primero que realicé fue una clasificación de los libros y ensayos por autor y por título, también realicé una búsqueda hemerográfica en revistas especializadas, en especial en mi estadía en Santiago de Chile en el mes de julio de 2015. No he buscado jurisprudencia de forma separada, toda vez que en la mayoría de las obras y ensayos se encuentran citas jurisprudenciales del tema abordado. Luego procedí a realizar fichas bibliográficas y hemerográficas, fichas textuales y fichas de resumen. Posteriormente revisé varios artículos en Internet y la página web de la Organización Mundial de Comercio.

Para la redacción del presente trabajo de investigación utilicé la Guía de Examen Complexivo entregada dentro del Módulo “Seminario de Desarrollo de Trabajo de Titulación” dictado por el Dr. Nicolás Rivera Herrera, así como el material entregado por el catedrático, además de los apuntes e indicaciones impartidos en clases. Procedí a utilizar la base de la redacción del trabajo del módulo de Metodología de la Investigación, y a realizar los cambios correspondientes según la nueva metodología de examen complexivo. Luego procedí a revisar los aspectos formales y metodológicos del trabajo de investigación de conformidad con los documentos antes señalados y las disposiciones de la Coordinación de la Maestría en Propiedad Intelectual.

CAPÍTULO III
CONCLUSIONES

RESPUESTAS

Base de Datos

**RESULTADOS DEL CUESTIONARIO APLICADO A ABOGADOS EXPERTOS
RESPECTO A LAS AYUDAS PÚBLICAS EN EL SECTOR
AGROALIMENTARIO Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO DE
COMPETENCIA.**

N°	Sexo	Años de ejercicio	Áreas de práctica	Ítem 1	Ítem 2	Ítem 3	Ítem 4	Ítem 5	Ítem 6	Ítem 7	Ítem 8
1	1	2	2	1	1	2	1	2	2	2	1
2	2	2	2	1	1	2	1	1	2	1	1
3	1	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1

Fuente: Investigación realizada por Danilo Icaza Ortiz (2016)

**ESTUDIO DE LOS ARTÍCULOS NORMATIVOS RELACIONADOS CON LAS
AYUDAS PÚBLICAS, SUBVENCIONES Y SUBSIDIOS**

Casos del Objeto de Estudio	Unidades de Análisis
Normativa de la Constitución del Ecuador respecto de subsidios.	“ Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos: (...) 2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados”.
Normativa del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas respecto de subsidios.	“ Art. 99.- Universalidad de recursos.- (...) En la proforma del Presupuesto General del Estado deberán constar como anexos los justificativos de ingresos y gastos, así como las estimaciones de: gasto tributario, subsidios, (...), entre otros.
Normativa de la Ley	Art. 13.- Fomento a la micro, pequeña y mediana

<p>Orgánica del Régimen de Soberanía Alimentaria respecto de subsidios.</p>	<p>producción.- Para fomentar a los microempresarios, microempresa o micro, pequeña y mediana producción agroalimentaria, de acuerdo con los derechos de la naturaleza, el Estado:</p> <p>(...)</p> <p>b) Subsidiará total o parcialmente el aseguramiento de cosechas y de ganado mayor y menor para los microempresarios, microempresa o micro, pequeños y medianos productores, de acuerdo al Art. 285 numeral 2 de la Constitución de la República;</p> <p>(...)</p> <p>e) Fomentará las actividades artesanales de pesca, acuicultura y recolección de productos de manglar y establecerá mecanismos de subsidio adecuados;</p> <p>(...)</p> <p>Art. 20.- Subsidio agroalimentario.- En el caso de que la producción eficiente no genere rentabilidad por distorsiones del mercado debidamente comprobadas o se requiera incentivar la producción deficitaria de alimentos, el Estado implementará mecanismos de mitigación incluyendo subsidios oportunos y adecuados, priorizando a los microempresarios, microempresa o micro, pequeños y medianos productores afectados.</p>
<p>Normativa de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado respecto de ayudas públicas.</p>	<p>Art. 29.- Ayudas Públicas.- Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Procederá el otorgamiento de ayudas públicas en los siguientes casos:</p> <p>a) Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quien provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;</p> <p>b) Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa.</p> <p>c) Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por</p>

fenómenos naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

d) Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen;

e) Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;

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

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

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

i) Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y,

j) Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley.

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.

	<p>Art. 31.- Evaluación de las Ayudas Públicas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación. Salvo en los casos en que no se trate de actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado propondrá las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios.</p> <p>Si la Superintendencia comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta Ley, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine.</p> <p>Art. 34.- Regla de mínimos.- Las condiciones y procedimiento establecidos en los artículos 29 y 31 precedentes no se aplicarán a las ayudas públicas inferiores al monto que establezca la Junta de Regulación.</p> <p>Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley:</p> <p>(...)</p> <p>4. Absolver consultas sobre la obligación de notificar (...) ayudas públicas.</p> <p>Art. 52.- Supervisión de las restricciones a la competencia.-</p> <p>(...)</p> <p>La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar la revisión de los casos de ayudas públicas (...) en los términos de los artículos 29 y 32 de esta Ley.</p>
Normativa del	Art. 102.- Programación y ejecución de compromisos. - El

<p>Reglamento General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas respecto de subvenciones.</p>	<p>compromiso se reconoce o materializa cuando la autoridad competente formaliza el acto administrativo por el cual conviene con terceros la provisión de bienes o servicios, transferencias o subvenciones (...).</p>
<p>Normativa del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado respecto de ayudas públicas.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Art. 35.- Notificación de ayudas públicas.- Están obligados a cumplir con la notificación establecida en la Ley quienes otorguen ayudas públicas. La notificación deberá ser presentada dentro de los quince (15) días posteriores de haberse otorgado o establecido una ayuda pública.</p> <p>La notificación deberá contener toda la información necesaria que justifique los fines que motivaron su implementación a fin de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado compruebe que la ayuda otorgada no se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley.</p> <p>Art. 36.- Evaluación de las ayudas públicas.- La</p>

Superintendencia de Control del Poder de Mercado procederá con la evaluación de los documentos que contengan la notificación desde el momento de su recepción y realizará controles permanentes para determinar que las ayudas cumplan con los fines que motivaron su implementación. Si al realizar la evaluación la Superintendencia de Control del Poder de Mercado considera que la notificación contiene la información incompleta podrá solicitar la información adicional que considere necesaria.

Art. 37.- Ayudas públicas contrarias a la Ley.- Si al realizar el control permanente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evidenciare que una ayuda pública otorgada no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley, notificará a quien la haya otorgado, para que en el plazo de treinta (30) días presenten los documentos necesarios que justifiquen su permanencia.

Art. 38.- Propuesta de medidas.- Si la Superintendencia de Control del Poder de Mercado concluyere que la ayuda pública conferida no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley, emitirá un informe motivado que podrá proponer, en particular:

- a) La modificación de la ayuda pública otorgada;
- b) El establecimiento de condiciones;
- c) La supresión definitiva de la ayuda otorgada;
- d) Las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.

Art. 39.- Control de ayudas de mínimos.- No se les aplicará la obligación de notificación a las ayudas públicas que no excedan el monto que establezca la Junta de Regulación.

Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...)

g) Fijar el monto mínimo de las ayudas públicas a partir del cual se aplicarán las condiciones y procedimientos establecidos en los artículos 29 y 31 de la Ley y los artículos 35 a 38 de este

	<p>Reglamento;</p> <p>(...)</p> <p>Disposición Transitoria Segunda.- Monto de mínimos para ayudas públicas.- Hasta que la Junta de Regulación fije el porcentaje de mínimos para notificación de ayudas públicas de conformidad con el artículo 34 de la Ley, se notificarán las ayudas que superen los US \$ 500,000.</p>
--	---

Fuente: Investigación realizada por Danilo Icaza Ortiz (2016).

Análisis de los Resultados

Del análisis del diagrama de bases de datos antes transcrito se puede inferir que en el Ecuador existen principios constitucionales que permiten la intervención del Estado mediante ayudas públicas sobre todo en la política fiscal de redistribución de ingresos, siendo el fomento a la micro, pequeña y mediana producción a través del subsidio agroalimentario y de crédito productivo una obligación del Estado. La distorsión del mercado conlleva la necesidad de intervención de la Administración Pública para incentivar la producción deficitaria de alimentos a través de subsidios oportunos y adecuados.

El otorgamiento de ayudas públicas a través de subvenciones directas puede afectar la competencia en el sector agroalimentario si dicha subvención no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria a los principios y normas de la libre competencia económica. Por ello las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, deben siempre estar destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria. Sin embargo, en el desarrollo del presente trabajo, se puede inferir que no existe un control de la Superintendencia de Control y Poder de Mercado respecto a las ayudas públicas, debido a la falta de notificación por parte de las entidades que otorgan dichas ayudas.

Respecto a las subvenciones de alimentos para exportación debe estarse siempre a la normativa que emitan los Ministerios a cargo de las políticas

agropecuarias y de comercio exterior que establecen los mecanismos y condiciones que deben cumplirse para la comercialización externa. Entre las principales están el no afectar a la soberanía alimentaria y cumplir la normativa internacional, en especial la comunitaria y la de la Organización Mundial de Comercio.

CONCLUSIONES

La Administración Pública tiene 3 ámbitos de acción para el cumplimiento de sus fines: servicio público, policía y fomento. El fomento es la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos. Para establecer los alcances jurídicos de los medios de fomento se los clasifica en medios honoríficos (premios, o condecoraciones civiles y militares), jurídicos (privilegios y prerrogativas) y económicos (exenciones y desgravaciones fiscales, becas, ayudas y subvenciones).

Las ayudas públicas se fundamentan en los principios constitucionales de la política fiscal de redistribución del ingreso por medio de subsidios adecuados. El concepto de ayuda pública abarca todas las medidas de promoción que implican otorgar una ventaja o beneficio económico, aunque no comporten la entrega de una cantidad de dinero. Son ayudas públicas desde las desgravaciones fiscales, hasta las prestaciones materiales o auxilios en especie, pasando por las ventajas financieras. Las características principales de las ayudas públicas son: a) generar beneficio económico para el beneficiario; b) otorgada con recursos públicos; c) debe ser selectiva y d) debe afectar el comercio internacional entre los Estados. La selectividad puede ser individual, sectorial o territorial.

La definición legal de ayuda pública es la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que: (i) suponga 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. Pueden otorgarse mediante subvenciones

directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores 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.

Se podrán otorgar ayudas por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, por el tiempo que fuere necesario, por razones de interés social o público, o en beneficio de los consumidores. Procederá el otorgamiento de ayudas públicas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria. Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas serán notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado hasta quince días de haber sido otorgadas o establecidas. Dicho órgano de control examinará y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación.

Si la Superintendencia comprobare que una ayuda pública no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley, instará y promoverá su supresión o modificación. Puede proponer las siguientes medidas: a) La modificación de la ayuda pública otorgada; b) El establecimiento de condiciones; c) La supresión definitiva de la ayuda otorgada; d) Las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia. Las condiciones y procedimiento establecidos no se aplicarán a las ayudas públicas inferiores a USD \$500,000.

Comparando la normativa aplicable a subsidios y subvenciones en materia agroalimentaria con el resto de sectores de la producción, vemos que el procedimiento para su otorgamiento es el mismo normado por el Reglamento General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y las resoluciones del consejo sectorial de la producción, sin embargo la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado es la que establece la procedencia para su otorgamiento como ayuda pública únicamente en la producción y

transformación de alimentos, guardando relación con el objetivo estratégico constitucional de la soberanía alimentaria.

Las ayudas públicas guardan más concordancia con las reglas del mercado interior que con las de la libre competencia en el comercio exterior, porque buscan atraer nuevas bases imponibles o competir por regímenes impositivos hacia la baja, distorsionando o quebrando la igualdad de oportunidades en la pugna por la captación de clientes y celebración de negocios jurídicos. Puede producir una barrera de entrada para otras empresas que quieran incorporarse al mercado y romper el equilibrio de una asignación eficiente de recursos. Se debe mantener abierta la libre competencia del mercado, y promover mediante ayudas públicas actuaciones económicas de interés público y utilidad social.

Las ayudas públicas tienen utilidad práctica en casos de fallas de mercado, que son aquellas situaciones en las que la libre competencia no produce resultados eficientes, debido a una sobreproducción o una subproducción de un determinado bien. Las ayudas públicas no falsean la competencia siempre que tengan un carácter social y vaya destinada a consumidores sin restricción. Las subvenciones deben ser neutras o indiferentes para la competencia en el mercado. Cuando los objetivos que se pretendan conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados.

El concepto de subvención es la atribución patrimonial, principalmente entrega de dinero, que se recibe de la Administración a fondo perdido y que moralmente debe ser aplicado a una determinada finalidad. También se lo define como contrato de donación modal del Derecho Público, o como acto administrativo del que nace un derecho de crédito a favor del particular beneficiario frente a la Administración Pública otorgante. Las subvenciones se caracterizan por lo siguiente: son transferencias patrimoniales que no deben restituirse, son relaciones jurídicas bilaterales, y siempre están destinadas a un fin. Sus principios jurídicos son: la legalidad presupuestaria; la eficiencia y economía del gasto público; la publicidad, la objetividad e igualdad; la neutralidad de sus efectos en la competencia mercantil; y, la prohibición del enriquecimiento sin causa. Lo normal es que la subvención sea una contribución económica parcial de la Administración Pública, es un instrumento de colaboración administrativa con

el sector privado. En el caso de que no el beneficiario cumpla el fin para el cual fue otorgada, el Estado puede revocar la subvención por incumplimiento, ejecutando su reintegro inclusive de forma coactiva.

Se considerará que existe subvención al comercio exterior cuando haya una contribución financiera pública, o cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios. En las subvenciones muchas veces se produce un peligro concreto sobre el comercio internacional, consistente en que se incentive cierta producción o exportación, conforme a las políticas del Estado que otorga la subvención, en detrimento de la producción de otros países. En tal caso que se hace viable la imposición de derechos compensatorios.

Las normas sobre ayudas públicas no se aplican, o sólo se aplican de forma limitada, a los sectores vinculados a la producción y comercialización de productos de la agricultura y la pesca. En el Ecuador procede el otorgamiento de ayudas públicas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria.

Las disposiciones de la libre competencia en Europa solo aplican en la medida en que no dificulten el funcionamiento de las organizaciones de los mercados agrícolas, ni pongan en peligro la consecución de los objetivos de la política agrícola común. La agricultura es uno de los más importantes motores de la economía, lo que explica a nivel internacional su protección. La renuencia de los Estados en dejar de subsidiar su industria de agricultura es claro reflejo de su importancia, y su desarrollo en normas internas como en tratados internacionales, más exactamente en la OMC, nos lleva a concluir que su protección es clave para los países alrededor del mundo. Un país que no subsidia su producción agrícola tiene una desventaja tanto frente a los que sí lo hacen, como frente a otros que, a pesar de no subsidiar, obtienen los productos con costos más bajos. En cuanto a subsidios agrícolas se trata, el Acuerdo sobre la Agricultura dispone tres tipos de subvenciones, las cuales la OMC ha determinado como “compartimientos”.

Las normas de Estados Unidos, la Unión Europea y Ecuador muestran que aún en el mercado nacional (o comunitario para la Unión Europea), el estatus de

especialidad del sector agrícola y sus políticas prima. Es deber de cada Estado la correspondiente ponderación de valores y objetivos, la cual será la que determine si el sector agrícola prima o no sobre la libre competencia económica. Los estados deben encontrar un justo medio que permita, a la vez, proteger -en lo pertinente- a los agricultores y evitar que los objetivos perseguidos por las normas de competencia se vean frustrados sin justificación suficiente.

RECOMENDACIONES

Luego de la conclusión del presente trabajo, recomiendo a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado que en base a sus atribuciones legales establecidas en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y 36 de su Reglamento de Aplicación, realice una evaluación de las ayudas públicas que se generan con recursos públicos, para evaluar que las mismas cumplan con los fines que motivaron su implementación y proponga las medias apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiados.

También recomiendo e invito a los estudiosos de la Propiedad Intelectual y del Derecho de Competencia, a ampliar el presente trabajo con el estudio de normativa jurídica poco estudiada como la de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en especial la Decisión 457 que abarca las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de países miembros de la comunidad andina, en concordancia con la Decisión 742 que estableció el Programa Andino para Garantizar la Seguridad y Soberanía Alimentaria y Nutricional – SSAN.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes bibliográficas

- Arpio, J. (2014). Las Ayudas Públicas. En García- Cruces, J. (Ed.), *Tratado De Derecho De La Competencia Y De La Publicidad, Tomo I* (419-602). Valencia: Tirant Lo Blanch Tratados.
- Blanquer, D. (2010). *Derecho Administrativo*, Tomo 2. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Cabanellas De Las Cuevas, G., & Saravia, B. (2006) *Dumping, Subsidios Y Salvaguardias*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cuesta, R. (2012), *La Subvención*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fernández, I. (2013). El Régimen De Ayudas Públicas (I). Cuestiones Sustantivas. En Signes De Mesa, J. & Fuentes M. (Ed.), *Derecho De La Competencia* (443-482). Pamplona: Civitas - Thomson Reuters.
- García De Brigard, A. & Arboleda, C. (2012). *El Régimen De Competencia Económica Y El Sector Agrícola: Una Perspectiva Internacional*. Obra Jurídica Enciclopédica, Derecho De La Competencia Económica. México: Editorial Porrúa, Centro De Investigación E Informática Jurídica.
- García, W. (2012). *Clasificación De Los Procedimientos Para Otorgar Subvenciones*. (Revista De Derecho Administrativo Nro. 7 Pp. 131-152). Santiago: Thomson Reuters.
- López, R., Zabala, J., Fernández, R. & Maza, M. (2013). Régimen De Las Ayudas Públicas. En Loma Osorio, D. (Ed.), *Tratado De Derecho De La Competencia* (Pp. 475-587). Pamplona: Thomson Reuters Arazandi.
- Massot, J. (2006). Análisis Económico De Los Derechos De Propiedad Intelectual En Semillas. En Rapela, M. (Ed.), *Innovación Y Propiedad Intelectual En Mejoramiento Vegetal Y Biotecnología*. (Pp. 63-130). Buenos Aires: Heliasta.
- Navarro, E. & García, E. (2010). Simplificación Y Aceleración Del Procedimiento De Autorización De Ayudas Públicas. En Martínez S. & Petibo A. (Ed.), *El Derecho De La Competencia En Tiempos De Crisis* (Pp. 177-201). Madrid: Marcial Pons.

Ortiz, L., González- Orús, J., Ibáñez, P. & Lamadrid, A., *Manual De Derecho De La Competencia*. Madrid: Editorial Tecnos S. A.

Parada, R. (2014). *Derecho Administrativo Ii*. Madrid: Open Ediciones Universitarias, S. L.

Signes De Mesa, J. (2013). *Derecho De La Competencia Y Crisis Económica, El Régimen De Ayudas Públicas Y De Concentraciones En El Sector Financiero*. Pamplona: Thomson Reuters Arazandi.

Signes De Mesa, J., Fernández, I. & Fuentes, M. (2013). *Derecho De La Competencia*, Pamplona: Thomson Reuters Civitas.

Fuentes normativas nacionales.

Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador (RO 449, 20-X-2008).

Asamblea Nacional (2010). Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. (2S RO 306, 22-X-2010).

Asamblea Nacional (2009). Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria. (S RO 583, 5-V-2009).

Asamblea Nacional (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. (S RO 555, 13-X-2011).

Asamblea Nacional (2016). Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios Ancestrales. (S RO 711, 14-III-2016).

Consejo Sectorial de la Producción (2013). Resolución que regula el diseño y ejecución de instrumentos y programas de fomento productivo, la participación de agencias operadoras y la asignación de subvenciones para beneficiarios. Resolución CSP-2012-001 (RO 874, 18-I-2013).

Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca (2015). Acuerdo 100 (EE RO 362, 27-VIII-2015).

Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca. (2013). Instructivo para la aplicación de la resolución del consejo sectorial de la producción, relativa a las transferencias de recursos públicos a personas de derecho privado. Acuerdo 610 (RO 880, 28-I-2013)

Presidencia de la República (2010) Reglamento del Artículo 104 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Decreto 544 (RO 329, 26-XI-2010).

Presidencia de la República (2014). Reglamento General del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Decreto 489 (2S RO 383, 26-XI-2014)

Presidencia de la República (2012). Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Decreto 1152 (RO 697, 7-V-2012).

Fuentes normativas internacionales.

Comisión Europea (2014). Directrices de la Unión Europea aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014-2020.

Organización Mundial de Comercio (1994). Acuerdo sobre la Agricultura.

Organización Mundial de Comercio (1994). Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias.

Parlamento Europeo (1962). Política Agrícola Común.

Unión Europea (2010). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2012/C 326/01.

Fuentes jurisprudenciales.

Banco Exterior de España v. Ayuntamiento de Valencia (STJUE de 15 de marzo de 1994).

Caso No. 001-2001-TC, R.O. 423, 1-X-2001.

Francia v. Comisión (Stardust Marine), asunto C-482/99.

PreussenElektra AG v. Schleswag AG, asunto C-379/98.

República Federal Alemana v. Comisión, asunto C 248/84.

República Francesa v. Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C 482/99.

United States v. Borden Company., 370 U.S. 460 (1962).

United States v. Maryland & Virginia Milk Producers Association, 145 F.Supp. 374 (1956).

ANEXO 1

CUESTIONARIO TIPO ENTREVISTA A ABOGADOS EXPERTOS PARA DESARROLLO DE TRABAJO DE TITULACIÓN DE MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL.

Tema del trabajo de titulación: Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al Derecho de Competencia.

Nombre del abogado experto entrevistado:

Años de experiencia en el ejercicio de la profesión:

Áreas del Derecho en las que ejerce:

Favor contestar las siguientes preguntas:

- 1) ¿Considera usted que existen principios constitucionales que permiten la intervención del Estado mediante ayudas públicas?
- 2) ¿Comparte usted el criterio de que una de las actividades administrativas que debe realizar el Estado es el fomento?
- 3) ¿Cuál es la diferencia para usted entre ayuda pública, subsidio y subvención?
- 4) ¿Considera usted que la aplicación de subsidios y subvenciones permite un impacto positivo en la economía y las finanzas públicas?
- 5) ¿Hasta qué punto cree usted que las ayudas públicas influyen en la regulación del mercado agroalimentario?

- 6) ¿En qué condiciones el otorgamiento de subvenciones puede afectar al Derecho de libre competencia en el sector agroalimentario?

- 7) ¿Cuáles son las principales diferencias entre la normativa aplicable a las subvenciones en materia agroalimentaria, con la del resto de sector productivo?

- 8) ¿Cuál considera usted que es la diferencia básica entre otorgar subvenciones para la comercialización interna de productos, con las subvenciones de productos para exportación?



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Danilo Enrique Icaza Ortiz, con C.C: # 1718757675 autor(a) del trabajo de titulación: *“Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al Derecho de Competencia”* previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN PROPIEDAD INTELECTUAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 12 de junio de 2017

f. _____

Nombre: Danilo Enrique Icaza Ortiz
C.C: 1718757675



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	Las ayudas públicas en el sector agroalimentario y su afectación al Derecho de Competencia.		
AUTOR(ES):	Icaza Ortiz Danilo Enrique		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Obando Freire Francisco / Nuques Martínez María Isabel		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Propiedad Intelectual		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Propiedad Intelectual		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	12/06/2017	No. DE PÁGINAS:	74
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho de Competencia, Propiedad Intelectual, Derecho Administrativo		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Ayudas públicas. Sector agroalimentario. Derecho de Competencia. Subvenciones. Subsidios. Fomento.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):	<p>El presente trabajo contiene un estudio sobre las ayudas públicas desde el ámbito del Derecho de Competencia.</p> <p>Analiza las principales actividades de incentivo y fomento de las ayudas estatales que se materializan en subvenciones y subsidios. Contiene antecedentes históricos, se establece su definición, clasificación, características, naturaleza jurídica, principios, requisitos, sus efectos, formas de instrumentación y control.</p> <p>Considera también un estudio comparado del otorgamiento de las ayudas estatales a través de empresas públicas.</p> <p>Evalúa su impacto en las normas de libre competencia y regulación de mercados. El objeto de estudio se centra en el mercado agroalimentario por la relevancia que tiene para los Estados la protección de su producción en especial de su agricultura, haciendo referencia además a normas relacionadas con medidas compensatorias y normas de la Organización Mundial de Comercio.</p> <p>Se centra en el análisis de la normativa de competencia en el sector agrícola de Estados Unidos, la Unión Europea y del Ecuador.</p> <p>Contiene análisis de normativa nacional, internacional y comparada, jurisprudencia nacional y extranjera.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0993209743	E-mail: daniloicaza@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Peralta Moarry Salma Pierina		
	Teléfono: 0985979088		
	E-mail: maestriaderechode mpresas@ gmail.com		

SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA

Nº. DE REGISTRO (en base a datos):	
Nº. DE CLASIFICACIÓN:	
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):	