

Las ayudas públicas como alteración a la libre competencia

Jesús VILLEGAS*

REDAV, N° 21, 2020, pp. 29-63

Resumen: El artículo aborda el tema de las ayudas públicas, de gran desarrollo en el derecho comunitario y que en Venezuela no cuenta con una regulación expresa aunque, en la práctica, se concreta en un sinnúmero de técnicas y modos que pueden falsear o distorsionar la libre competencia, siendo entonces de interés la relación que existe entre estas ayudas y lo dispuesto en la Ley Antimonopolio y el artículo 113 constitucional.

Palabras clave: Actividad administrativa – Ayuda pública – Libre competencia.

Abstract: *The paper addresses the issue of public aid, which is highly developed in community law and it does not have an express regulation in Venezuela but, in practice, it is specified in a myriad of techniques and ways that can falsify or distort free competition, being of interest the relationship between these aids and the Antitrust Law and article 113 of the Constitution.*

Keywords: *Administrative activity – Public aid – Free competition.*

Recibido

18-02-2021

Aceptado

13-04-2021

Introducción

Habría que comenzar por el hecho de que en Venezuela se le ha dado poca importancia al tema de las ayudas públicas. Mayormente vinculadas a la actividad de fomento de la Administración Pública, se les considera sin mayor reflexión como parte de las políticas estatales, apreciando siempre en el panorama nacional provistas de un casi nulo desarrollo doctrinal y ni que decir normativo. Para ello baste con un ejemplo. En un libro clásico del derecho administrativo venezolano, se describe una situación de otorgamiento de ayuda pública. Vinculado al tema de la política estatal de ordenación del territorio, el caso se refleja en los siguientes términos:

Por lo que respecta al tema señalado en primer término, esto es, a la localización de los empleos, la ubicación de un grupo humano requiere que se garantice una actividad productiva a los sujetos que integran dicho grupo, individualmente considerados. La primera fórmula que surge cuando se piensa en obtener nuevos puestos de trabajo, ha sido la de ubicar establecimientos industriales en las zonas objeto de la labor ordenadora. Como consecuencia de la actividad que los mismos generan, se requieren comunicaciones, viviendas y servicios generales. Se trata de sectores e

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela (2009).

instituciones estrechamente enlazados e interdependientes. Sólo si existen incentivos es posible generar el establecimiento de instalaciones industriales. En consecuencia una política de ordenación del territorio debe prevenirlos. Dichos incentivos pueden estar constituidos por ayudas financieras que permitan la amortización del capital inicialmente invertido, por exoneraciones fiscales, por facilitaciones de los trámites administrativos, por cláusulas de preferencia en favor de los bienes producidos y otras figuras destinadas a estimular a los inversionistas¹.

De lo anterior se desprende que, en primer lugar, no hay un uso cierto de la nomenclatura “ayuda pública”, pues ni para esa fecha ni para ahora es esta una noción “juridificada” en el derecho venezolano. Antes bien, la misma es tributaria del derecho comunitario, en donde sí existe una regulación expresa sobre el tema a tal punto de que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consagra específicas normas que parten del principio, no absoluto, de prohibición de ayudas públicas. Ello sin embargo, no desdice del hecho de que este sea un tema de relevancia o de interés para nuestro ordenamiento jurídico. El Estado venezolano en los últimos tiempos, recurre con más frecuencia de la que se pudiera pensar a la técnica de las ayudas públicas, en el marco del modelo de Estado social asumido por el constituyente de 1999. Esta actividad ha sido puesta de relieve por la doctrina².

En ese sentido, no es extraño como en los últimos tiempos se ha apelado desde el gobierno a la noción de ayudas desde diversos puntos de vista. Así, téngase en cuenta que ha sido frecuente por ejemplo, el otorgamiento de subvenciones para evitar que los trabajadores se vean desprovistos de sus puestos de trabajo, e inclusive para rescatar empresas públicas en crisis, práctica, por cierto, muy habitual en los últimos tiempos.

El abordaje del tema precisa también ensayar una serie de planteamientos en torno a la idea del Estado ante tal situación. Esto es, si el Estado debería otorgar tales medidas de manera indefinida e ir progresivamente aumentando la capacidad de concesión de las mismas, o si más bien y por el contrario, se debería ir con el paso del tiempo disminuyendo el número de ayudas otorgadas y así hacer desaparecer paulatinamente aquello que se ha denominado como “*la cultura de la subvención*”³. Son situaciones que en efecto, pueden dar pie a un debate inicial sobre el tema analizado.

¹ Hildegard Rondón de Sansó: *Teoría General de la Actividad Administrativa*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1980, p. 193.

² José Ignacio Hernández: “Dimensión social de la actividad administrativa en Venezuela”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 12. Universidad Monteávila. Caracas, 2017.

³ Germán Fernández Farreres: “Subvenciones y Ayudas Económicas en tiempos de crisis”. *VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Tarragona, 2012, p. 6.

La materia de ayudas públicas, constituye uno de los ámbitos en los que el derecho comunitario ha desarrollado una mayor densidad normativa y contundencia de medios para obtener el cumplimiento de sus decisiones, no en vano está en juego la protección de la competencia, uno de los elementos centrales de la construcción europea y de su ordenamiento jurídico⁴.

Y es que no puede perderse de vista que las ayudas públicas económico-financieras, en sus distintas formas y variantes, son un medio característico y habitual de intervención que, además, ocupa un lugar preeminente, no sólo por la magnitud que ha alcanzado el gasto público destinado al desarrollo de este tipo de acciones, sino por su propia significación cualitativa en el marco general de las políticas públicas⁵.

Son muchos los puntos que se desprenden de esta temática. No obstante ello, lo que interesa analizar por ahora, es el hecho de que tales figuras son instrumentos de clara importancia y significación para el comportamiento de los mercados y con notoria capacidad para alterar la competencia y los intercambios comerciales dentro del mismo, pudiendo generar incluso, serios perjuicios para los operadores que intervienen en un mercado determinado.

I. La Constitución Económica

Cualquiera que fuere la noción que se maneje del término “Constitución”, lo que siempre subyace del mismo es la idea de un conjunto de normas jurídicas de carácter fundamental, que consagran las reglas básicas de un ordenamiento jurídico. Esas bases fundamentales por ejemplo, irradian la parte económica de un país específico, a tal punto que se puede afirmar que toda Constitución lleva, aún de manera implícita, una constitución económica, como el conjunto de normas fundamentales que rigen la vida económica de un Estado determinado.

Una de las principales características del constitucionalismo contemporáneo, es incluir en el texto constitucional, norma fundamental del ordenamiento jurídico, una serie de cláusulas que contemplen la ordenación de la economía⁶, ello a la par de los ya clásicos contenidos de la constitución, conocidos como su parte dogmática, que establece los principios generales del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos frente al ejercicio del poder y su parte orgánica, contentiva de la

⁴ Francesc J. Rodríguez Pontón: “Ayudas de Estado ilegales, obligación de recuperación y reclamación patrimonial: la reaparición del caso de las vacaciones fiscales vascas”. *Revista de Administración Pública*. N° 208. Madrid, 2019.

⁵ Germán Fernández Farreres: “El régimen de las Ayudas de Estado y su impacto en el derecho español”. *Revista de Administración Pública*. N° 200. Madrid, 2016, p. 12.

⁶ Allan Brewer Carías: “Reflexiones sobre la Constitución Económica”. *Revista de Derecho Público*. N° 43. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1990, p. 5 y ss.

organización de los poderes públicos, su funcionamiento y ámbito de competencias. Por tal razón, a la par de su contenido estrictamente político, la Constitución moderna consagra una regulación especial en lo que es la relación entre el Estado, los particulares y el hecho económico.

Sobre los orígenes del vocablo, la doctrina⁷ da cuenta del mismo al señalar que: *“El término ‘Constitución económica’, como es sabido, nació en Alemania sin componente jurídico alguno: aludía así a las bases, pilares o estructuras del orden económico. Constitución económica como el sistema económico, sin ninguna connotación jurídica”*.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el término fue asumido inicialmente por el autor germano CARL SCHMITT, y dotado de un contenido negativo en el sentido de que al utilizarlo, se creyó hacerlo, pretendiendo disminuir el esencial carácter político de toda constitución para reflejar una vocación contralora del hecho económico. Antes, sin embargo, esa expresión había sido acuñada en el mismo país como un concepto estrictamente económico sin alusión alguna al ámbito jurídico. Fue entonces, con la Constitución de Weimar de 1919 donde a la par de integrar los derechos políticos de los ciudadanos se reconocieron entre otros, los derechos económicos de los mismos.

Muchas son las definiciones que se han ensayado del término. Así, y en breve repaso a la cuestión, traemos a colación algunas de ellas. En una obra dedicada al tema del poder constituyente, el autor venezolano TULIO ÁLVAREZ⁸ ensaya una definición al respecto, de la siguiente manera:

Puedo concebir un sentido restringido de Constitución a los solos efectos de resaltar al factor económico como determinante en la estructuración del Estado moderno. Esta visión de Constitución busca identificar las normas que conforman el orden fundamental de la economía. En tal dirección, el término “Constitución Económica” identifica los mecanismos reguladores del régimen económico en una determinada Constitución.

Por su parte BREWER-CARÍAS⁹ propone la siguiente definición: *“La Constitución Económica tiene por objeto establecer los principios del régimen de las relaciones económicas y el papel que, en las mismas, corresponde a la iniciativa privada y al propio Estado”*.

⁷ José Ignacio Hernández: *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas*. Estudio comparado del Derecho español y venezolano. FUNEDA. Ediciones IESA. Caracas, 2004, p. 74.

⁸ Tulio Álvarez: *La fuerza constituyente inicial: Revolución y ruptura*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2011, p. 249.

⁹ Allan Brewer Carías: *La Constitución de 1999. Derecho Constitucional Venezolano*. Tomo II. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004, p. 820.

Para EUCKEN¹⁰, la constitución económica también es definida como la “*decisión total sobre el orden de la vida económica de una comunidad*”.

Es sin embargo, la definición asumida por MANUEL GARCÍA PELAYO¹¹ la más utilizada cuando se hace alusión al tema. En ese sentido, para el autor: “*La constitución económica es el conjunto de las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico*”.

Esa constitución económica, no es desde luego, un título o capítulo específico del texto constitucional. Antes bien, la noción alude a una serie de normas pertenecientes al texto constitucional, a las que se les denomina cláusulas económicas, y que dispuestas de una manera dispersa a lo largo de su articulado, en su conjunto dan lugar a la idea de una constitución económica. De esas cláusulas económicas en principio, habría que destacar los artículos 112, 113, 115 117 y 299 (entre otros) del texto constitucional.

Ese concepto de constitución económica comprende temas como lo relativo al reconocimiento de los derechos económicos, las posibilidades de limitación a tales derechos por razones de sanidad, seguridad o interés social así como las potestades planificadoras e interventoras del Estado. Tratándose de todas aquellas disposiciones de contenido económico que recoge la norma fundamental, las cláusulas económicas tienen un valor jurídicamente incuestionable, al no ser simples principios programáticos de reducida y escasa operatividad. Caracterizadas frecuentemente por su naturaleza flexible, y siendo este su carácter más importante, las cláusulas económicas están dispuestas de tal manera en el ordenamiento jurídico que no hay una ordenación rígida y cerrada de la economía en la Constitución, por lo que se permite la gestión de cualquier modelo económico que asuma la tendencia política de turno, en respeto al principio constitucional del Estado democrático. Ese carácter flexible de las cláusulas económicas, estuvo presente por ejemplo en la Constitución de 1961, en donde se dispuso de una normativa abierta o flexible y compatible con diversos modelos de política económica¹².

Hemos hablado entonces de la noción de modelo económico, la cual conviene contrastarla por su parte, con la noción de sistema económico, muy importante esta última por cierto, a los fines del presente

¹⁰ Walter Eucken: *Cuestiones fundamentales de la Economía política*. Biblioteca de la Ciencia Jurídica. Madrid, 1947, p. 79.

¹¹ Manuel García Pelayo: *Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución*. Obras Completas. Tomo 3. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, p. 1158.

¹² Jesús María Casal Hernández: *Apuntes para una historia del Derecho Constitucional de Venezuela*. CIDEP. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2019, p. 213.

trabajo. En ese sentido, la doctrina¹³ enseña que el sistema económico es aquél que hace referencia al marco jurídico fundamental de la economía, siendo las políticas que se desarrollan en ejecución de ese marco fundamental, las que se corresponden con la idea de modelo económico.

En Venezuela por su parte, se pregona abiertamente que existe, de cara al texto constitucional, un sistema económico de economía social de mercado. Ello sin embargo, contrasta con la inexistente alusión que en la norma fundamental se hace sobre el tema. En efecto, no hay en toda la Constitución una sola referencia al término. No obstante ello, conviene traer a colación lo que al respecto se ha afirmado¹⁴ para tratar de poner de relieve esa situación. En ese sentido, se establece que:

Ciertamente no hay en el articulado de la Constitución referencia alguna al sistema de economía social de mercado. Tampoco la expresión aparece en la polémica exposición de motivos de ese Texto. Sin embargo, durante el debate del 7 de noviembre de 1999, en la Asamblea Nacional Constituyente, el entonces miembro de esa Asamblea, Brewer-Carías, propuso incluir expresamente el término, propuesta rechazada por no estimarse necesaria. No hubo expresa oposición a calificar a la Constitución económica conforme a esa expresión. Simplemente, se entendió que no era ello necesario, pues tal concepto estaba implícito en la Constitución.

De lo anterior se desprende que la Constitución de 1999 estableció sin decirlo, un sistema económico de economía social de mercado, y ello se deriva de la proclamación del derecho a la libertad económica así como del principio de justicia social que requiere de la intervención del Estado. En consecuencia, tanto la iniciativa privada como la pública en la economía están reconocidas en el texto constitucional, y estas son "conjuntas", pues eso es lo que dice la Constitución, específicamente en su artículo 299.

Pero siguiendo con las cláusulas económicas de la Constitución, hemos dicho ya que las mismas tienen un contenido ciertamente flexible, y que se encuentran dispersas a lo largo de todo el texto constitucional. A su vez, hemos hecho alusión a expresas cláusulas económicas presentes en la Constitución, siendo de gran relevancia a los fines del presente artículo la dispuesta en el artículo 113 constitucional.

En el referido artículo, se consagra el principio constitucional de la libre competencia, el cual es a su vez uno de los principios rectores del orden socioeconómico. Como parte de las cláusulas económicas de la Constitución, se trata de uno de los principios constitucionales cuya aplicación resulta esencial para el logro del perfeccionamiento y la

¹³ José Ignacio Hernández: *Reflexiones sobre la Constitución y el Modelo Socio Económico en Venezuela. A propósito del proceso de reforma constitucional*. FUNEDA. Caracas, 2008, p. 33.

¹⁴ Hernández: *Dimensión social...*, ob. cit., p. 17.

consolidación del sistema de economía social que como vimos, es el asumido en nuestro texto constitucional, y de acuerdo al cual, conviven armónicamente las libertades económicas (libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia) con las distintas modalidades de intervención del Estado (regulaciones, restricciones, limitaciones, reservas e iniciativa empresarial pública), que sean necesarias, adecuadas y proporcionales para garantizar la satisfacción del interés general (bienes y servicios de calidad y a buenos precios).

II. Las ayudas públicas

1. Algunos inconvenientes

A. La ausencia de una definición

Para el caso de la voz *ayuda pública*, al ser esta demasiado genérica y englobar una serie sumamente numerosa de formas de manifestación, se hace difícil una definición que de manera general identifique la noción en cuestión. Aunado al hecho muy frecuente para el caso venezolano, de tratar de encuadrarla o vincularla única y exclusivamente a la actividad de fomento de la Administración Pública, situación que como veremos, no es del todo cierta.

Y en lo que refiere a la voz *ayuda de Estado*, la misma no ha escapado a tal situación de incertidumbre en cuanto a su definición, a tal punto de admitirse que esta presenta un contenido ciertamente “vaporoso”. En este caso, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la que ha ido perfilando las características y elementos básicos del instituto con miras a establecer cada vez con mayor precisión una noción lo más depurada posible. La Comisión, por su parte, ha elaborado su Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en la que aclara diversos aspectos del artículo 107.1 TFUE y del concepto de Ayuda, basándose en la interpretación del Tribunal de Justicia y del Tribunal General.

B. La ausencia de una ley

El tema de las ayudas públicas, es ciertamente complejo. Dentro de esas complejidades destacan algunos puntos de interés. Uno de ellos, vendría a ser el de la ausencia en Venezuela de una ley especial que de manera sistemática, aborde el conjunto de temas vinculados al concepto de ayuda pública. Específicamente, con todo lo que tiene que ver con el manejo de fondos públicos, las cantidades a ser otorgadas, los sujetos a quienes se les conceden tales beneficios, el carácter discrecional o no de su otorgamiento, los mecanismos de impugnación de terceros interesados eventualmente amenazados ante una situación de

violación a la libre competencia, lo relativo a la recuperación de las ayudas ilegales, entre otros.

Ello sin embargo, no es impedimento para abordar el tema y resaltar el hecho cierto de las ayudas como claros instrumentos de alteración a derechos constitucionales como el de la libre competencia. Pudiéramos citar la experiencia en el tema de otros países, como por ejemplo el caso de España, en el cual, al ser miembro de la comunidad europea, existe un doble tratamiento del asunto, uno a lo externo y otro a lo interno, del que se derivan importantes consecuencias. No obstante ello, lo cierto es que en ese país, tampoco encontramos una ley especial que regule el tema tratado.

Sí encontramos, sin embargo, una serie de instrumentos normativos que de alguna u otra manera guardan relación con el asunto objeto de estudio, los cuales conviene traer a colación. En ese sentido, podemos destacar del ordenamiento jurídico español, la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, Ley 38/2003, de 17 noviembre Ley General de Subvenciones, Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, entre otras.

C. La ausencia práctica de la libre competencia en Venezuela

Pero lo más significativo en este punto, es el hecho de que desde una perspectiva práctica, es altamente cuestionada la existencia de la libre competencia actualmente en Venezuela. En ese sentido, señala la doctrina venezolana¹⁵ que la libre competencia en Venezuela es un tema seriamente cuestionable, ello debido a que fundamentalmente al eliminarse el sistema de libertad de precios a través de la Ley Orgánica de Precios Justos, se vació de contenido a la libre competencia, siendo aquél uno de los elementos fundamentales de esta, y de manera específica "*componente fundamental de la economía de mercado constitucionalmente garantizada*". Más en concreto, el autor en su trabajo, plantea que la inexistencia de libre competencia en Venezuela, se basa principalmente en tres consideraciones de importancia¹⁶.

La primera de ellas, relacionada a la existencia de una economía de mercado en Venezuela la cual se ve seriamente afectada por la situación institucional en la cual se le permite al Estado venezolano apropiarse del ingreso petrolero y distribuirlo a través de su Administración Pública, en condiciones bajo las cuáles la economía depende de tal ingreso (petro Estado). Situación que incide negativamente en el marco institucional de la economía de mercado.

¹⁵ José Ignacio Hernández: *Comentarios a la Ley Antimonopolio*. FUNEDA. CIDEP. Caracas, 2018, p. 18 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, p. 35.

La segunda consideración, a juicio del autor, tiene que ver con el hecho de que la Administración económica se ha formado en Venezuela desde mediados del siglo XX como un instrumento para la intervención económica, privando el dogma del Estado empresario como una modalidad de capitalismo de Estado que transgrede las bases de la economía de mercado.

Finalmente, se señala al modelo de transición al socialismo como el tercero y último condicionante, que desde el 2006 impuso un modelo de planificación central vinculante por medio del cual se eliminó el sistema de control de precios, todo ello formalizado a través de la Ley Orgánica de Precios Justos.

En sintonía con lo anterior, otro sector doctrinario¹⁷ sostiene que, a pesar de su consagración constitucional el principio de libre competencia desapareció en Venezuela, principalmente debido a la política de control total de precios derivada de la implementación de la Ley de Costos, eliminándose toda posibilidad de que ella tenga efecto, al estar asignada a un órgano estatal la fijación de los precios de todos los bienes y servicios comerciales, con facultad incluso para controlar la ganancia, la cual no depende ya del mercado sino del criterio burocrático y arbitrario de un órgano estatal.

A su vez, la autora agrega una segunda causa por la cual a su juicio la libre competencia ha quedado desnaturalizada en Venezuela, ante la eliminación del concepto de libre competencia hecha por la Ley Antimonopolio al sustituirlo por el de competencia económica. Para la autora, tal concepto carece de todo sentido de libertad para los agentes económicos.

Del estado actual del derecho de la competencia da cuenta la doctrina¹⁸, al denunciar que, este derecho pareciera escondido para que el resto de la población no conozca de su contenido. No desconocemos esta realidad de la libre competencia en Venezuela en los actuales momentos. Tampoco dejamos de lado la total situación de abandono del organismo rector en la materia, a saber, la Superintendencia Antimonopolio. Ante este escenario, efectivamente, cualquiera pudiera alegar la total impertinencia de abordar esta temática. No obstante ello, lo cierto es que la libre competencia es un derecho constitucional reconocido expresamente en el artículo 113, norma constitucional que como cualquier

¹⁷ María Amparo Grau: *La Inconstitucional actividad empresarial del Estado en Venezuela*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2019, p. 133 y ss.

¹⁸ Miguel Mónaco: "El derecho de la competencia y la Ley Antimonopolio en la segunda década del siglo XXI, o del segundo libro de la poética de Aristóteles y Guillermo de Baskerville". *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 10. Universidad Monteávila. Caracas, 2016, p. 235 y ss.

otra tiene un innegable contenido vinculante que obliga con sus mandatos tanto al Poder Público como a todos los ciudadanos.

2. La noción de ayuda pública

Al tratar el tema de la noción de las ayudas públicas queremos hacer ver cuál es la esencia de la figura, esto es, aquello que sería lo más importante y característico de este tipo de medidas, al punto de dar cuenta de sus elementos esenciales, todo ello a los fines de diferenciarlo de nociones semejantes. Un poco también para dejar en claro la naturaleza misma de las ayudas, entendiendo por tal, a la "*Esencia y propiedad característica de cada ser*"¹⁹.

Dicho esto, conviene precisar entonces que cierto sector doctrinario²⁰ denomina a esta especial técnica de intervención del Estado en la economía como la actividad administrativa de establecimiento y otorgamiento de ayudas e incentivos económicos a la iniciativa privada. En el marco de dicha actividad, se destaca que para el caso español la misma –justo antes de ese país ingresar a la Comunidad Económica Europea– estuvo signada de un total desconocimiento desde el punto de vista doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Así, se señala que por mucho tiempo, la única regulación en España con pretensiones de generalidad fue la que se incorporó al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17-06-1955; una regulación que, referida en exclusiva a las entidades locales, supuso en su momento un cierto avance, si bien pronto derivó en insuficiente.

Sin embargo, esa situación regulatoria con relación al tema de las ayudas y más en específico con la técnica de la subvención, vino a cambiar en España con la llegada de la Ley 38/2003 del 17 de noviembre, general de subvenciones. A pesar de que al consagrarse un concepto de subvención las diversas modalidades de ayudas públicas quedaron al margen de tal instrumento legal, el mismo vino a satisfacer una clara necesidad de ir perfilando desde un punto de vista legal todos los puntos de interés derivados de la noción de subvención. En ese sentido, la doctrina señala que no cabe ninguna duda en que tal instrumento normativo vino a encuadrar jurídicamente el desarrollo de este tipo de actividad y, en consecuencia, por limitar la tradicional discrecionalidad que le es característica.

Por su parte el autor JOSÉ LUIS LÓPEZ MUÑIZ²¹ propone sustituir el concepto de fomento por el de "ayudas públicas", las que define como:

¹⁹ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Tomo II, 21 Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 1991, p. 1428.

²⁰ Fernández Farreres: *El régimen...*, ob. cit.

²¹ William García Machmar: *Ayudas Públicas. La subvención en el derecho administrativo*. Universidad de Chile, en: <https://bit.ly/3drh8uP>

...aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados –públicos o privados–, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que les son propias, ya realizadas o aún por desarrollar, quedando en este último caso afectados a su realización.

De acuerdo al autor NICOLÁS BADELL²², las ayudas públicas pueden ser definidas como todas aquellas ayudas financieras, directas o indirectas, efectuadas por el Estado o mediante fondos públicos, que favorezcan a una empresa o un producto determinado.

IGNACIO DE LA RIVA²³ entiende por ayudas públicas la *“actividad administrativa consistente en la dispensación mediata o inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que les son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados”*.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, el vocablo ayuda tiene que ver con aquella acción y efecto de ayudar. Mientras que el vocablo ayudar, está relacionado con aquella acción de prestar cooperación, auxilio o socorro. Por su parte el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española sobre el mencionado término destaca que se trata de una prestación económica de cualquier clase, aportada por organismos públicos a las empresas, que puede consistir en ayudas financieras directas, avales, reducción de cargas, bonificaciones fiscales o auxilios de cualquier tipo, como consecuencia de lo cual se produzca una ventaja frente a otros operadores o se falsee o se amenace con falsear la libre competencia o pueda afectar de modo sensible al mercado intracomunitario. Wikipedia, por su parte, precisa la voz *“ayudas de Estado en la Unión Europea”*²⁴ y se dice de la noción que son aquellos:

Instrumentos de intervención de los poderes públicos en el marco de su política económica (agregando que cuando las mismas) van dirigidas a favorecer a ciertas empresas o producciones, pueden tener por resultado el falsear, o amenazar con falsear la competencia y afectar a los intercambios, perturbando el buen funcionamiento del mercado común, generando ventajas competitivas ilegítimas e incompatibles si no respeta el Régimen de Ayudas de Estado establecido por las autoridades comunitarias.

Nótese que la presente definición maneja el término de ayudas de Estado toda vez que se hace alusión única y exclusivamente a la noción genérica de ayudas pero en el marco específico de la comunidad económica europea, que como ya hemos visto, se usa la expresión “ayudas de Estado”.

²² Nicolás Badell Benítez: *La libre competencia como límite a la actividad de fomento: El control de las ayudas públicas en la Unión Europea*, en <https://bit.ly/3DxOi6r>

²³ García Machmar: *Ayudas...*, ob. cit.

²⁴ En <https://bit.ly/3l19m4l>

Para MARÍA AMPARO GRAU²⁵ las ayudas públicas constituyen una de las formas de la actividad administrativa, e implican una intervención del Estado en el ámbito económico, pues mediante ellas se produce la dispensación mediata e inmediata de bienes a determinados administrados de forma directa o indirecta, con carácter no devolutivo y en razón de ciertas actividades que le son propias, a cuya realización dichos bienes quedan afectados. En igual sentido agrega la autora²⁶ que, las ayudas comprenderán:

Las aportaciones de recursos a un operador económico, público o privado, con cargo a fondos públicos, comunitarios estatales, autonómicos y locales, o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o entidades públicas que supongan una reducción de las cargas a las que debería hacer frente el operador económico en condiciones de mercado o que no lleve implícita una contraprestación en condiciones de mercado. También se considerarán ayudas públicas cualesquiera otras medidas de efecto equivalente al de las anteriores, aprobadas por poderes o entidades públicas que distorsionen la libre competencia.

Desde el punto de vista del contenido esencial de las ayudas públicas, para la mayoría de los autores está presente siempre la coincidencia entre el interés general y el interés público. Como suscribe DE LA RIVA²⁷,

...lo que destaca en el área de la actividad administrativa estudiada y obra como presupuesto para la identificación del elemento configurador que estamos buscando es la coincidencia, al menos parcial, que se advierte en el fomento entre los intereses público y privados involucrados, ya que ambos se orientan en el mismo sentido.

Agregando que *“estamos, indudablemente, ante un talante distinto de aquel en que la autoridad impone coactivamente su voluntad a los particulares, o de aquel otro en que asume ella misma la satisfacción de las necesidades pública”*.

En segundo lugar, la doctrina destaca para el tema de los caracteres esenciales de las ayudas públicas el hecho de que toda ayuda está afectada al cumplimiento del interés público y con ello a la satisfacción de actividades de interés general. Por ello es que los autores al momento de distinguir la noción de ayuda pública de otros conceptos centran la mirada en la necesidad de fijar la atención en el componente estructural de la actividad desplegada, lo cual parte en buena medida de *“sustraerse de los influjos nocivos del término fomento”*²⁸.

Como vemos, al abordar el tema de las ayudas públicas lo primero que salta a la vista es el problema de su definición, y es que en realidad la figura no la encuentra de manera unánime, al menos desde un punto

²⁵ Grau: *La Inconstitucional...*, ob. cit., p. 130.

²⁶ Ibid., p. 131.

²⁷ Ignacio De La Riva: *Ayudas públicas*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2004.

²⁸ García Machmar: *Ayudas...*, ob. cit.

de vista jurídico. En buena parte ello es así debido a que muy comúnmente el legislador se rehúsa de darle al concepto un contenido concreto en el marco de un ordenamiento jurídico determinado. Pero aún más, en la mayoría de los casos la figura no goza de un respaldo normativo, esto es, no aparece consagrada en ningún texto legislativo (al menos en Venezuela y en la mayoría de los países latinoamericanos) y cuando aparece, el legislador se rehúsa de ensayar un concepto sobre el referido instituto. Para tal muestra tenemos el caso de la Unión Europea, en el cual si bien la figura encuentra expresa regulación en el texto del Tratado de creación de la Unión, no se establece en su articulado una definición expresa de las mismas.

No obstante ello, es preciso advertir también que por tal razón se afirma que a la hora de pretender darle algún contenido conceptual a la figura se puede echar mano de lo que al respecto han destacado los órganos de la Unión Europea, a quienes ha correspondido en definitiva la delimitación conceptual del término. Preciso es advertir en todo caso que, esas definiciones versan sobre el tipo de ayudas que en concreto se denominan ayudas de Estado, pero que como ya hemos visto, y siendo que las mismas son otorgadas por Estados soberanos a través de sus administraciones públicas, bien pudieran encuadrar en la concepción genérica de ayuda pública.

Así, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁹ el término *ayuda*, en el sentido de dicha disposición, designa necesariamente un conjunto de ventajas otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales o que constituyen una carga adicional para el Estado o para los organismos designados o instituidos al efecto.

Una vez pasado revista a algunas de las definiciones más significativas de la institución, es preciso dejar en claro nuestra posición. De tal manera que pasamos a ensayar una definición al respecto. En ese sentido, entendemos la figura de las ayudas públicas como una forma abierta de intervención del Estado en la economía, la cual se concretiza mediante el uso de una serie variada de técnicas, no agotándose todas ellas en la idea de fomento, y que implica la acción de favorecimiento por parte del Estado a los particulares y al Estado mismo a través de las diferentes personas jurídicas que lo componen.

Finalmente, conviene hacer una aclaratoria. En el ámbito de las ayudas públicas, es frecuente encontrar una serie de vocablos por lo que conviene precisar algunos de ellos para así despejar las nociones que no tienen que ver con el tema aquí abordado. En primer lugar, hablamos

²⁹ Sentencias de Tribunal de Justicia de 07-05-1998, Viscido y otros, C-52/97 a C-54/97, Rec. p. I-2629, apartado 13, y de 22-11-2001, Ferring, C-53/00, Rec. p. I-9067, apartado 16.

de ayudas públicas, como un concepto general de carácter abierto en el cual se comprenden una serie de medidas positivas o no de favorecimiento a determinado operador económico. Lo otro que conviene precisar es que, si bien es cierto el vocablo comúnmente usado es el de ayudas públicas, en el marco de la Comunidad Europea la palabra correcta es la de ayudas de Estado, puesto que como hemos dicho, son los Estados miembros de dicha comunidad los que otorgan tales ayudas. Pero a pesar de ello, nos hemos percatado que el término ayudas públicas es usado de manera genérica aún y en el marco del derecho comunitario. Al lado de dicha noción, encontramos el vocablo ayudas de Estado, el cual hace referencia a un ámbito supranacional, como el que se da en el derecho comunitario siendo el modelo de la comunidad europea un caso típico de este tipo de ayudas.

Dentro del referido modelo, conviene hacer otra precisión y es la que tiene que ver con las nociones de ayuda ilegal y ayuda incompatible. La ayuda ilegal es la que ha sido otorgada por un Estado miembro sin la previa notificación a la Comisión Europea y la ayuda incompatible trata de una medida que, constituyendo ayuda de Estado, no puede beneficiarse de ningún régimen que permita su adecuación al Derecho de la UE, por lo que no puede ser otorgada o ha de ser recuperada (en caso de haber sido concedida ya). Igualmente se habla de ayuda compatible, como por ejemplo, aquella destinada a favorecer el desarrollo económico de ciertas regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo.

Es importante dejar en claro, que las ayudas que nos interesan son aquellas con capacidad para incidir en el derecho de la competencia como rama jurídica dirigida única y exclusivamente a los operadores económicos³⁰, en consecuencia a los fines de nuestro tema solo nos interesan las ayudas otorgadas a determinados operadores económicos y agregamos, que compitan entre sí en un mercado determinado. Esto quiere decir que, las ayudas públicas como particular forma de intervención en la economía son capaces de alterar el funcionamiento de los mercados, ya que en ocasiones estas actuaciones suponen serios perjuicios al juego competitivo que, lejos de favorecer el interés público, pueden ir en su contra.

Por último, y aunque sea de PEROGRULLO, no nos referimos a las ayudas de origen privado, mayormente usadas en la práctica bajo la figura de la donación y que implican una transferencia positiva de fondos de un particular a otro sin ánimo de lucro, muy típicas por cierto en países de grandes capitales en manos privadas³¹.

³⁰ Hernández: *Comentarios...*, ob. cit., p. 23.

³¹ Una de las salas que conforman el complejo cultural neoyorquino conocido como el Lincoln Center y que además es la sede de la Orquesta Filarmónica de Nueva

3. La clasificación de las ayudas públicas

Hemos dicho ya que las ayudas públicas son una especie de intervención pública en la economía, y más en concreto, un tipo “abierto” de intervención. En efecto, son muchas y muy variadas las formas en que estas se concretizan en la práctica, por lo que pretender abordar una suerte de clasificación de las mismas, sería una tarea bastante difícil. No obstante, queremos dejar constancia de cierto tipo de clasificación a partir de unos parámetros que hemos establecido a tales fines. Ellos son, según el ámbito geográfico o territorial, de acuerdo a los modos de concesión utilizados, según el tipo de prestación y en atención al sector beneficiario de la ayuda.

De acuerdo al *ámbito territorial*, las ayudas pueden darse en un contexto supranacional, nacional o regional, lo que viene a ser la clasificación de acuerdo al espacio geográfico en que tales medidas son otorgadas.

En cuanto a los *modos de concesión*, debe tenerse en cuenta, en principio, que la forma de la ayuda es irrelevante, ya que puede otorgarse bajo cualquier modalidad, y en consecuencia serán muy variadas las maneras de concederlas. Así, y a modo ilustrativo, téngase en cuenta los siguientes ejemplos: beneficios fiscales, aportación de recursos económicos bajo la figura de la subvención, exclusión de regímenes de control cambiario, préstamos, subsidios, exenciones fiscales, exoneraciones, entrega de créditos a bajo interés, primas de producción, avales, créditos en condiciones ventajosas (por ejemplo, sin interés o con tipos inferiores a los de mercado), bonificaciones fiscales, préstamos blandos, garantías, participaciones de financiación de riesgo en sociedades, realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinadas empresas o producciones inferiores a los de mercado (por ejemplo, bajo la condición de que la empresa se establezca en un territorio concreto), entrega directa de bienes y servicios, etc.

Según el *tipo de prestación* las ayudas bien pueden admitir una clasificación entre positivas y negativas. Esto es, no solo erogaciones materiales, a los particulares y al propio Estado. De la jurisprudencia comunitaria puede destacarse, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15-03-1994, en el asunto C-387/92 Banco Exterior de España, la primera en afirmar que el concepto de ayuda abarca no solo las prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen

York, inaugurada en el año de 1962 bajo el nombre de Philharmonic Hall, pasó a llamarse Avery Fisher Hall en el año de 1973 con ocasión a la donación de 10 millones de dólares de parte del empresario Fisher. Posteriormente, a partir del año 2015, la sala cambió su denominación a la de David Geffen Hall, debido a una donación de 100 millones de dólares recibida de parte del empresario David L. Geffen.

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.

En cuanto a las áreas o sectores de otorgamiento se relacionan con empleo, ahorro de energía, protección del medio ambiente, promoción de la exportación, desarrollo regional, formación, postal, ferroviario, marítimo, medio ambiente y energía, tecnología, aeroportuario, investigación desarrollo e innovación, empresarial, financiero, educación, entre otros. Sin embargo, debemos destacar que, al menos de conformidad con el modelo comunitario los sectores más favorecidos con esta técnica son el sector aeronáutico³², el sector cultura³³ y el sector bancario³⁴.

Finalmente, y a los solos fines ilustrativos, las ayudas otorgadas en el sector aeronáutico, por ser un sector, como hemos dicho ya, muy propenso a la actividad de concesión de ayudas públicas, pueden concederse mediante las siguientes formas: ayuda a la apertura de nuevas rutas aéreas, ayuda de funcionamiento para aeropuertos regionales, ayuda a la inversión (el caso de los aeropuertos fantasmas), ayuda a aeropuertos que estén en el área de influencia de otros existentes, ayuda fiscal en beneficio de determinada compañía aérea, ayudas a aerolíneas a través de la reducción de tasas a los operadores, ayuda recibida por la gestora de un aeropuerto para la construcción de una nueva pista, ayuda en forma de un plan de reestructuración, ayuda de funcionamiento para aeropuertos regionales, ayuda a la inversión, acuerdos entre aeropuertos y aerolíneas incluida la ayuda para la puesta en marcha de nuevas rutas.

III. Las ayudas públicas en el derecho comunitario³⁵

El tema que nos ocupa, tiene un lugar fundamental en el marco de las instituciones comunitarias. En efecto, debido a su notable capacidad de incidir en la libre competencia en torno a la existencia del mercado único, las autoridades comunitarias desde un principio le otorgaron especial interés a este tipo de medidas estatales. Atención prioritaria que se fundamenta en la idea de que la libre competencia es uno de los pilares fundamentales de ese modelo económico de integración.

Ello justifica entonces, el hecho de que desde un primer momento las autoridades comunitarias hayan establecido un régimen especial

³² Véase el caso de Ryan Air, en <https://bit.ly/3ItcZ7S>

³³ Más adelante, tendremos oportunidad de comentar un caso relativo al sector cultura, como el que tuvo lugar con la ayuda concedida en España, específicamente por la Comunidad Valenciana, al consorcio cinematográfico Ciudad de la Luz.

³⁴ Véase el caso del sector financiero español en <https://bit.ly/3GpY1gS>, p. 19 y ss.

³⁵ Véase Fernández Farreres: *El régimen...* ob. cit., cuyas ideas se siguen de cerca en este aparte.

con el objetivo de establecer un conjunto de medidas destinadas a limitar la actividad de concesión de ayudas por parte de los Estados miembros de la Unión, justamente para controlar el principio de competencia no falseada dentro de ese modelo de integración.

Sin embargo, hay que advertir que ese sistema de prohibición de ayudas estatales en el derecho comunitario es relativo y no absoluto. Esto quiere decir que, en principio el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, parte de la prohibición de ayudas estatales pero al lado de esa prohibición, establece a su vez un esquema mediante el cual determinadas ayudas son compatibles con el mercado común. De tal manera que, en determinadas circunstancias esas ayudas pueden ser claros instrumentos de los que no se puede prescindir. Se parte entonces, como dijimos, de un sistema relativo de prohibición de ayudas estatales, motivado a que se trata de una modalidad de intervención pública en la economía que aunque en ocasiones conlleve a la alteración y falseamiento de la libre competencia, su debida utilización luce coherente por parte de los Estados miembros, en otras.

En cuanto a las principales características, se tiene que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea artículo 107.1 (TFUE) establece que salvo que dicho instrumento normativo disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, aquellas ayudas otorgadas por los Estados miembros que falseen o amenacen falsear la competencia, y que favorezcan a determinadas empresas o producciones. La incompatibilidad está referida a toda ayuda prevista y otorgada por un poder público y que dicha ayuda ha de traducirse en una transferencia de fondos públicos con independencia de la forma en que se materialicen. Entonces, se consideran como características básicas de ese sistema: la noción de empresa, la noción de ventaja selectiva y el tema del falseamiento de la competencia.

Con relación a la noción de empresa, se trata de que la ayuda debe beneficiar directamente a una empresa, entendiendo por tal un concepto bien amplio, como toda entidad que ejerza una actividad económica consistente en ofrecer bienes y servicios en un determinado mercado, con independencia de su forma jurídica y de su financiación, por lo que alcanza tanto a una sociedad como a una asociación, y a cualquier otra organización con independencia de su titularidad pública o privada.

Por otra parte, el que la ayuda ha de suponer una ventaja económica que no se habría obtenido en condiciones normales de mercado, de manera que, aun cuando pueda haber contraprestación de la beneficiaria, lo trascendental es que se materialice una ventaja económica; y para determinar si existe ventaja económica cuando la beneficiaria es una empresa pública, se viene utilizando el criterio del inversor privado, lo que equivale a decir que el Estado ninguna ayuda otorga si actúa de la misma forma en que lo haría un inversor privado en condiciones de

mercado. Sin embargo, el criterio del inversor privado supone cierta complejidad ya que, determinar si el Estado, al adoptar la medida de ayuda, actúa como lo haría un inversor normal, racional, prudente, es una tarea compleja que inevitablemente conlleva un amplio margen de apreciación.

Con relación al carácter selectivo de la ayuda, el mismo tiene que ver con el hecho de que beneficia a unas empresas y no a otras que, sin embargo, se encuentran en la misma situación o en competencia, alterándose en consecuencia, el equilibrio entre ellas.

Asimismo, la determinación del carácter selectivo de la medida debe realizarse atendiendo a quiénes sean los beneficiarios de la misma, habiéndose considerado, por ejemplo, que son selectivas las medidas que benefician a empresas de concretas regiones, de determinados sectores o de determinada clase; asimismo, que la medida será selectiva cuando constituya una excepción en el sistema general en el que se enmarca, aunque no haya competidores discriminados en el territorio en cuestión; y que, en todo caso, la selectividad de algunas medidas fiscales puede estar justificada por la naturaleza o la economía del sistema, de manera que, aunque supongan una ventaja, no podrán calificarse como ayuda de Estado.

Y para concretar debidamente el alcance de este nuevo requisito se debe tener en cuenta que no habrá ayuda cuando el Estado adopta medidas de carácter general de política económica, fiscal o social que se dirigen a todas las empresas de un Estado de forma objetiva, repercutiendo sobre varios sectores y aplicándose por igual en todo el territorio nacional.

Asimismo, la ayuda ha de incidir en la competencia y los intercambios comerciales. Al respecto se ha considerado que ambas situaciones están inseparablemente unidas y que sin embargo, debe tratarse de una empresa que opera en un sector abierto a la competencia con dimensión comunitaria. Por consiguiente, nada se falseará cuando no haya competencia en el mismo, dado que el sector económico en el que actúa la empresa beneficiaria debe estar abierto a otros competidores.

Asimismo, el Tratado de la Unión Europea establece la necesidad de excluir la aplicación de las normas de competencia cuando, por ejemplo, las ayudas se destinen a impulsar el desarrollo económico de regiones desfavorecidas que cuenten con un nivel de vida anormalmente bajo, a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, a promover la cultura y la conservación del patrimonio, siempre que en estos últimos casos no se alteren las condiciones de los intercambios y la competencia en la Unión.

Se emplea por la jurisprudencia comunitaria, como hemos visto, el criterio del inversor privado para determinar si una ayuda es contraria o

no a la libre competencia, de modo que genere o pueda generar una desventaja competitiva para el resto de compañías que no disfrutan de la ayuda. Así, solamente podrían considerarse conformes al Tratado las ayudas públicas cuando estas consisten en inversiones cuyo riesgo de obtener ganancia es el mismo que el que asumiría un particular. Se considera en este caso que la Administración actúa en pie de igualdad con los particulares y que no se produce discriminación alguna o abuso de posición dominante.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado ajustadas al Tratado de la Unión, ayudas económicas a empresas que prestan servicios en actividades reservadas a la Administración y que no alteran la competencia en otros segmentos. Por ejemplo, en el sector postal se considera actividad de servicio público el envío certificado que se presta en exclusiva y la compañía que lo provee percibe ayudas públicas, sin que estas se destinen a financiar otro tipo de envíos, como los paquetes postales o envíos rápidos.

Las dotaciones económicas procedentes de entidades públicas a empresas privadas son conformes al Derecho comunitario de la competencia si cumplen los siguientes requisitos: **(i)** Los parámetros del cálculo de la ayuda deben establecerse de forma objetiva y transparente, de forma que pueda observarse claramente si la ayuda ha ocasionado una ventaja económica en relación con el resto de empresas; **(ii)** La ayuda no puede superar el coste estimado por la prestación del servicio, teniendo en cuenta los ingresos y una ganancia razonable. Todo ello permite conocer si la empresa que ha recibido la ayuda la destina a la provisión del servicio social como servicio de interés general; **(iii)** Si se trata de una compañía contratada por la Administración, el nivel de la compensación no necesariamente se determina sobre la base de los costes de una empresa normal y eficientemente gestionada; y **(iv)** Si la empresa encargada de prestar el servicio público no se ha elegido por un procedimiento de contratación, el nivel de compensación no puede exceder de los costes que asumiría una empresa bien gestionada y adecuadamente equipada. Aunque la ayuda sea concedida, su cuantía debe justificarse y el beneficiario acreditar que se imputa a actividades destinadas a los servicios sociales, por ejemplo.

Sin embargo, no resulta tan sencillo determinar si se han vulnerado las normas en materia de libre competencia. Deben examinarse caso por caso ciertos factores que pueden condicionar el otorgamiento de la ayuda. Por ejemplo, el mercado de referencia, la cuota de mercado del operador beneficiario de la ayuda, el coste de la actividad y, fundamentalmente, el carácter político de la medida adoptada y los intereses generales en presencia, como el carácter esencial del recurso o el servicio para la ciudadanía, son algunas de las variables que debe evaluar la

autoridad pública para determinar si esa ayuda no comporta dotarles de una ventaja injustificada a los beneficiarios.

Además de este control previo, debería realizarse un seguimiento pormenorizado respecto a los efectos que esa ayuda ha producido en el mercado y si ha resultado plenamente justificado su otorgamiento. En especial, debe tenerse en cuenta si la ayuda ha producido una ventaja a la empresa beneficiaria en comparación con el resto de competidores en el mercado. El otorgamiento previo de ayudas, desde la perspectiva que interesa abordar aquí, requiere la tramitación de un procedimiento en dos vías: por un lado, la interna de la Administración concedente, que debe acreditar la correspondiente habilitación presupuestaria de ese gasto, lo que implica el sometimiento al derecho administrativo.

Por otro lado, la autorización previa de esa ayuda por parte de la Comisión Europea con anterioridad al inicio del procedimiento para la adjudicación de la medida. Más allá del análisis de las ayudas de Estado desde la perspectiva de la jurisprudencia comunitaria, debe suscitarse la cuestión en torno a la necesidad y razonabilidad de las aportaciones públicas con fines de interés general. Ello aboca a plantearse cuestiones de indudable orden político, como las decisiones que deben adoptar los representantes democráticamente elegidos, excluyendo cualquier tipo de injerencia procedente de los principales operadores del mercado. Ha de considerarse la posibilidad de que el derecho de la competencia no se aplique en el supuesto de que la Administración actúe, bien mediante medidas singulares, bien mediante la regulación de las actividades³⁶.

Estos son en apretada síntesis los requisitos para considerar a una ayuda como incompatible en el marco del derecho comunitario. En definitiva, en el marco de la Unión Europea se maneja el término de Ayuda de Estado como especie de la noción genérica de Ayuda Pública. De acuerdo a este sistema de integración económica el concepto de ayuda de Estado reviste carácter jurídico y se interpreta a la luz de elementos objetivos³⁷. Por consiguiente, la calificación de una medida como ayuda de Estado no puede depender, por lo tanto, de una apreciación subjetiva de los organismos encargados en su atención, entiéndase la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y debe determinarse con independencia de cualquier práctica administrativa anterior de la Comisión, suponiendo que dicha práctica haya quedado probada³⁸.

³⁶ José Ignacio Cubero Marcos: "Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades". *Revista de Administración Pública*. N° 184. Madrid, 2011, p. 10.

³⁷ Véase la sentencia del Tribunal General de 16-09-2004, Valmont/Comisión, T-274/01, Rec. p. II-3145, apartado 37.

³⁸ Véanse, en ese sentido y por analogía, la sentencia del Tribunal de Justicia de 30-09-2003, Freistaat Sachsen y otros/Comisión, C-57/00 P y C-61/00 P, Rec. p. I-9975,

IV. Las ayudas públicas y los contenidos de la actividad administrativa

La actividad de la Administración Pública se manifiesta de distintas maneras, que varían en sus técnicas y características según los objetivos concretos que persigue el Estado. En ese sentido, destacan cuatro formas básicas de la actividad administrativa, que si bien tienen como fin común la satisfacción de las necesidades públicas, difieren en cuanto a los medios de concreción y los efectos que producen sobre los derechos y libertades de los ciudadanos. Pues bien, siguiendo las líneas antes expresadas vamos a referirnos al concepto de contenidos de la actividad administrativa para dar cuenta de las actividades clásicas que desarrolla la Administración, a saber, el fomento, la policía, el servicio público, y una última agregada con el transcurso del tiempo que sería la actividad de gestión económica.

Con relación al fomento, se trata de una actividad, recordemos, en la que la Administración estimula, persuade, impulsa a los particulares para que sean ellos los que realicen determinada actividad que se repute como de interés general. La relación que existe entre la idea del fomento y las ayuda públicas es innegable.

En el caso venezolano, la actividad de fomento es de vieja data, siendo el Ministerio de Fomento el quinto en orden de aparición, tomando como punto de partida la creación del Ministerio de Fomento en el año de 1863 y posteriormente la Corporación Venezolana de Fomento en el año de 1958, momento a partir del cual la doctrina³⁹ señala que existió una progresiva política de concesión de "ayudas a particulares", solo que el término no tenía una connotación propia, antes bien, era simplemente manejado en el marco de la actividad de fomento de la Administración Pública. Diríamos incluso que ambos términos suelen confundirse, situación que a nuestro juicio no se corresponde con la realidad ya que en este trabajo se parte de la idea de que las ayudas públicas no se concretan de manera exclusiva a través de la actividad de fomento de la Administración Pública.

Sin embargo, y como hemos dicho, la relación de ambas figuras es innegable, a tal punto que autores como RIVERO⁴⁰, hablan propiamente de una "actividad de ayuda". No menos importante a los fines de ahondar en esta relación, es el hecho de que muy frecuentemente las ayudas

apartados 52 y 53, y la sentencia del Tribunal General de 15-06-2005, Regione autonoma della Sardegna/Comisión, T-171/02, Rec. p. II-2123, apartado 177.

³⁹ José Peña Solís: *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. III. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 316.

⁴⁰ Mariano Baena del Alcázar: "Sobre el concepto de fomento". *Revista de Administración Pública*. N° 54. Madrid, 1967, p. 29.

son otorgadas mediante la figura de la subvención que, dicho sea de paso, es la técnica más utilizada en el otorgamiento de ayudas públicas.

Por otra parte, esas ayudas pueden ser en determinados supuestos útiles instrumentos de intervención pública de los que no se puede prescindir. Al respecto, señala la doctrina⁴¹ que en el ámbito de la intervención del Estado en la economía, el mismo puede intervenir para atender a los fallos de mercado, caso en el cual se justificaría la adopción de una serie de medidas de corrección de tales distorsiones como por ejemplo, el control de precio, el establecimiento de impuestos o la concesión de ayudas económicas.

Originalmente referida a los ámbitos del orden interno y la seguridad ciudadana, la actividad de policía es aquella según la cual el Estado actúa para resguardar el orden público. Tal actividad, tiene que ver con la posibilidad de que en determinadas ocasiones, pueda desplegar cualquier tipo de actuación limitativa de los derechos de los ciudadanos⁴². En efecto, suele darse el caso de que por múltiples causas un mercado determinado no funcione correctamente. Así, para cumplir con su finalidad primordial, esto es, el bienestar de los consumidores, en ocasiones se deben combatir o hacer frente a aquellas imperfecciones a través de las denominadas “fallas de mercado” que puedan producirse como consecuencia de la actuación de algunos agentes económicos que pretendan alterar el mecanismo de la libre formación de los precios⁴³.

Entonces, la Administración puede perfectamente hacer uso de su potestad de ordenación o limitación para procurar atender esos fallos que impiden el correcto funcionamiento del mercado. Como una de las modalidades en las cuáles la Administración despliega esa función, figura justamente el otorgamiento de ayudas públicas.

Una precisión hay que hacer al respecto. Empezamos el punto señalando el concepto de policía administrativa y ahora nos referimos por el contrario a la noción de potestad de ordenación o limitación. La verdad es que todos esos vocablos atienden a una misma idea que no es más que la noción general de actividad de policía como una de las actividades clásicas de la Administración Pública. Lo que pasa es que la noción de policía originariamente estuvo reducida a los conceptos de “orden público” y “seguridad ciudadana” mientras que modernamente la doctrina se refiere a una serie de policías especiales que han surgido con

⁴¹ Hernández: *Comentarios...*, ob. cit., p. 29.

⁴² Peña Solís: *Manual...*, ob. cit., p. 113.

⁴³ Miguel Mónaco Gómez: *Regulación de los Monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la competencia*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2015, p. 16.

el devenir del tiempo y que han sido agrupadas todas ellas en la categoría de actividad de ordenación o limitación⁴⁴.

A su vez, la actividad de concesión de ayudas públicas encuentra en ocasiones estrecha vinculación con la noción de servicio público. En ese sentido, ocasionalmente, los poderes públicos reciben el encargo de la garantía de determinados servicios de interés general lo que puede limitar el posible juego de los mercados y de la competencia en su provisión⁴⁵. Se trata de la prestación que asume el Estado como consecuencia de la cláusula del Estado social. Modernamente denominadas como obligaciones de servicio universal, las mismas versan sobre una noción que responde a la reconciliación de los principios de servicio público con la economía de mercado.

En lo que tiene que ver con el tema de la libre competencia, la asignación de obligaciones de servicio universal encuentra una vinculación directa con el mismo ya que estas deben ser hechas sin que de ellas se deriven ventajas competitivas ilícitas o injustificadas a los operadores, razón por la cual se habla incluso de que el régimen del servicio universal debe ser neutral frente a la libre competencia⁴⁶. Asimismo, para compensar los costes en la prestación del servicio, el Estado acude a la financiación pública que cuando la misma rebasa los linderos de la mera compensación, bien pudiera tornarse en una ayuda pública.

Esto ha sido abordado con detenimiento en el marco del derecho comunitario, en donde se ha establecido con claridad cuando se está ante una mera compensación y cuando ante una ayuda pública. Tal es el caso de la sentencia *Altmark*, de fecha 24-07-2003, y calificada por la propia Comisión como "histórica", la referida decisión marcó un punto de inflexión en la consideración de los flujos de financiación pública a favor de los servicios de interés económico general (SIEG), desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado.

Esa sentencia contiene el marco referencial en el complejo tema de la financiación pública a los denominados servicios de interés económico general. El punto central de la decisión, estuvo basado en la necesidad de delimitar cuándo tal financiación se trataba de una mera compensación por la prestación de un servicio público, y cuándo se trataba de una ayuda de Estado. Por tanto, se trató de una decisión fundamental en el tema de la financiación pública de las actividades económicas de interés general desde la perspectiva de las ayudas de Estado. El principio general derivado de la referida decisión es que, cuando existe

⁴⁴ Peña Solís: *Manual...*, ob. cit., p. 115.

⁴⁵ Francisco Marcos: "Restricciones públicas de la competencia". *Papeles de Economía Española (Regulación y Competencia en España, coord. J Ganuza)*, p. 4, en <https://bit.ly/3DrbKIW>

⁴⁶ José Ignacio Hernández: *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones en Venezuela*. FUNEDA. Caracas, 2005, p. 57.

compensación por la prestación de un SIEG, no existe propiamente ayuda pública. En rigor, la consecuencia plena de la determinación de una compensación, supone la exclusión de la aplicabilidad de las reglas generales del Tratado sobre el control de ayudas de Estado por considerar que, cuando existe compensación por la prestación de un SIEG, no existe propiamente ayuda pública.

En concreto, y a los fines de ofrecer un cierta sistematización de la formulación jurisprudencial, se destaca que para que exista compensación y no ayuda, la jurisprudencia Altmark establece cuatro requisitos que la propia Comisión califica de inseparables y que podemos identificar de la siguiente manera: **(i)** especificidad en la atribución, **(ii)** predefinición de los criterios de cálculo de la compensación, **(iii)** prohibición de sobrecompensación y **(iv)** ponderación eficiente de la compensación como alternativa a la selección mediante un procedimiento de contratación.

Con relación al primer requisito, el mismo versa sobre la necesidad de que la empresa beneficiaria de la compensación debe estar efectivamente encargada de obligaciones de servicio que deben estar claramente definidas⁴⁷. El segundo requisito tiene que ver con que los parámetros en que se base el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. Se evita con este requerimiento el que se determine *a posteriori* y de forma indiscriminada los costes en los que incurra la empresa encargada del SIEG. El tema de la prohibición de compensación se identifica con el tercer requisito según el cual el cálculo de la compensación por las obligaciones de servicio público impuestas debe garantizar que no se supere el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de dichas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

Finalmente, para la selección de la empresa encargada de la prestación del SIEG, se contempla en la jurisprudencia Altmark un procedimiento de contratación pública, en el entendido de que este procedimiento permite seleccionar al prestador a menor coste posible para la colectividad. Se trata en todo caso de adquirir el precio más bajo y la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, cumplidos esos cuatro requisitos derivados en la jurisprudencia Altmark, no estaremos en presencia de una ayuda pública. Estos cuatro requisitos en definitiva son los criterios de la jurisprudencia Altmark para identificar una compensación por prestaciones de servicio público.

Igualmente, uno de los modos de falsear la competencia, y muy recurrentes por cierto, es mediante el dispendio de ayudas públicas a las

⁴⁷ Vid. SSTJCE de 30-01-1974, Asunto 127/73, BRT v. Sabam, y de 11-04-1989, Asunto C-66/86, Ahmed Saeed.

empresas estatales. Analicemos en consecuencia la situación en el caso venezolano. Lo primero que habría que decir es que, la práctica del rescate o salvamento de la empresa pública fracasada viene a ser ya cuestión repetitiva y de uso común en nuestro país en los últimos años. En efecto, en los últimos dieciocho años el Estado venezolano se dedicó a adquirir, por diferentes métodos un importante número de empresas, siendo algunas de ellas las más importantes de su sector como el caso de Agroisleña, Lácteos Los Andes, Banco de Venezuela, y teniendo a la figura de la expropiación, como uno de esos métodos de adquisición que usó con empresas de sectores como cementos y café, donde logró el monopolio.

En julio de 2016 la organización civil Transparencia Venezuela, apoyada de un equipo multidisciplinario, inició una investigación⁴⁸ sobre el tema de las empresas propiedad del Estado venezolano, pudiéndose identificar para ese momento el número de 526 empresas del Estado existentes en Venezuela, número considerable, teniendo en cuenta que nada más en Brasil existen alrededor de 130 empresas de este tipo.

Como dato significativo de dicha investigación se tiene que la mayoría de esas empresas no habrían reportado beneficios para el país (dígame en forma de dividendos, regalías o impuestos para el Tesoro Nacional, ni bienes y servicios para la sociedad), aunado al hecho de una situación cierta de crisis humanitaria por la que atraviesa el país debido entre otras cosas, por la ausencia de rubros básicos los cuáles están llamados a ser producidos por dichas empresas.

Ahora bien, desde el punto de vista de los recursos asignados por el ejecutivo a tales empresas, el informe señala que para el año 2017, por ejemplo, el monto total de dinero asignado a las mismas alcanzó la cifra de 20.2 billones de bolívares. Se trata de una cantidad inmensa de dinero aunado a la casi nula posibilidad en la práctica de existencia de controles sobre tales recursos, y sobre todo al tema de la rendición de cuentas de dichas empresas, posibilidad que quedó totalmente abolida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴⁹.

Como una de las conclusiones centrales del informe se tiene que se trata de empresas, todas ellas, que bajo ningún concepto son sustentables en el tiempo, teniendo en consideración la gran cantidad de auxilios financieros que se le garantizan, lo que se convierte en una situación que propicia el manejo deficiente de los recursos públicos y porque procuran beneficios sociales invaluable que superan con creces la asunción de recursos que por vía ordinaria su nivel operativo les permite.

⁴⁸ En <https://bit.ly/31laK73>

⁴⁹ Véanse los fallos N° 3 del 11-01-2017 y N° 90 del 24-02-2017, en <https://bit.ly/3rJUdTG> y <https://bit.ly/31zzjfq>

En otro trabajo⁵⁰ de suma importancia para el tema de las empresas públicas, se señala que la gestión realizada por estas en los últimos años se puede caracterizar en los siguientes elementos:

a) Gestión ineficiente y poco transparente: se trata de empresas que producen por debajo de sus metas, afectando la disponibilidad de bienes y servicios que puede disfrutar la población. Hay a su vez pocas inversiones y mantenimiento, todo lo cual conduce a la obsolescencia de maquinaria y equipos. No hay reportes oportunos y completos sobre sus resultados de gestión (operativa o financiera); mientras que sí suele haber denuncias de los ciudadanos sobre manejos irregulares de los recursos.

b) Pérdidas financieras que conducen a una necesidad crónica de subsidios: se trata de empresas que no logran sostenerse con los ingresos que generan, sino que dependen de las transferencias del gobierno central para funcionar. El Estado incrementa el déficit fiscal, y a cambio no logra resultados que mejoren el abastecimiento o las exportaciones. Los recursos destinados a mantener empresas públicas tienen un elevado costo de oportunidad: podrían destinarse a actividades que son más claramente prioridad estatal, como la educación, la salud o el sistema de justicia.

Al menos US\$ 23.000 millones debieron destinarse entre 2007 y 2010 a grandes nacionalizaciones (Electricidad de Caracas, empresas petroleras socias de la Faja del Orinoco, Cantv, Sidor, Banco de Venezuela, cementeras, entre otras). ¿Era la compra de grandes empresas el mejor uso para esos recursos? Según el reporte de Empresas Públicas de Transparencia Venezuela, en 2016 las empresas en manos del Estado reportaron pérdidas por Bs. 1,29 billones, más que el presupuesto asignado a salud, educación, vivienda y seguridad social.

c) Competencia desigual: las empresas públicas disfrutaban de acceso privilegiado a insumos, crédito o divisas. También están exentas –aunque sea informalmente– de cumplir normas burocráticas para la movilización, comercialización o asuntos laborales. Es decir, las empresas públicas no están sujetas a los mismos estándares de competencia ni de cumplimiento legal que las privadas. El hecho de que empresas públicas y privadas sean reguladas de forma distinta, aunque estén en el mismo sector, distorsiona el funcionamiento de los mercados. Así, el Estado termina desplazando al sector privado de actividades en las que podría haber estado produciendo bienes y servicios, y generando empleos.

Hemos querido vincular el tema de las ayudas públicas a la actividad de gestión económica, pues precisamente cuando el Estado en su rol de

⁵⁰ CONINDUSTRIA: *Hacia una Venezuela industrializada: La ruta*. CONINDUSTRIA. Caracas, 2017.

empresario acude a esta técnica para procurar el rescate de la empresa pública fracasada muy probablemente estará incurso en una situación de alteración o distorsión de la libre competencia en el mercado de que se trate.

Se trata en definitiva, el de una acción de manipulación de dicho mercado que altera de manera notoria las reglas de juego en el área, especialmente las referidas a la libre competencia. En efecto, cuando el Estado decide emprender una actividad económica en un sector determinado, el mismo concurre con los demás operadores en condiciones de igualdad. Esto quiere decir que este, asume la ejecución de determinada actividad económica desprovisto de su actividad de imperio para lo cual se afirma que en este caso la Administración no está actuando en base a una competencia de derecho público sino que ejerce su capacidad jurídica como cualquier otro sujeto.

En consecuencia, en este caso, el Estado actúa como un agente más de los que intervienen en un mercado determinado y además compite con ellos, razón por la cual en ningún caso podrá valerse de una posición de supremacía con ocasión al uso de prerrogativas de derecho público para imponerse como empresario en perjuicio de los demás competidores⁵¹.

Es importante destacar finalmente que, si bien en su gran mayoría las ayudas se materializan a través de claros medios de fomento, el hecho de que se le vincule con las otras actividades administrativas no es un detalle menor, y es que, pese a ello, en los casos referidos se estará persiguiendo una finalidad diferente al fomento administrativo. Esta situación, en efecto, constituye una de las fundamentales críticas que se le hace a la teoría, cuando se afirma que en ocasiones pueden perseguirse fines de policía, servicio público y gestión económica, agregamos, mediante el empleo de técnicas de fomento⁵².

V. La naturaleza jurídica de la actividad de concesión de ayudas públicas

Un punto de especial interés es el de la naturaleza de la actividad de concesión de ayudas públicas, pues hemos visto ya que en la gran mayoría de los casos se trata del Estado actuando en su rol de empresario y compitiendo en condiciones de igualdad con los demás agentes del mercado. Ello no obsta sin embargo, para considerar algunos supuestos de ayudas públicas como reales potestades públicas.

Conviene por tanto precisar que, se trata esta de una actividad que bien puede ser prestada por el Estado como *Portentio Personae* o como

⁵¹ Grau: *La Inconstitucional...*, ob. cit., p. 137 y ss.

⁵² Baena del Alcázar: *Sobre el...*, ob. cit., p. 23.

Ius Imperium, y en uno y otro caso, tales situaciones de alteración a la libre competencia, estarían vinculadas o bien por las normas de libre competencia que al respecto existan en un lugar determinado, o bien por lo que prescribe en todo caso la norma fundamental. Esto es, de conformidad con la normativa anticompetencia, de manera general se trata de un conjunto de normas cuyo ámbito de aplicación parte de un concepto material de empresa, sin importar la forma que esta asume, siendo lo relevante entonces, el que se lleve a cabo una actividad económica⁵³.

Esa conducta empresarial, como hemos visto, puede ser asumida en ocasiones por el propio Estado, que en el ejercicio de tal actividad compite con los particulares en condiciones de igualdad, pudiendo inclusive causar graves alteraciones al principio de la libre competencia en un mercado determinado.

Se trata en todo caso de que en el ejercicio de potestades públicas de carácter soberano, el Estado puede actuar como *Imperium* es decir como Poder Público y por el otro, de la situación de entes públicos cuando obran como si fueran particulares no actúan como poder político o soberano sino como si fueran particulares, reducida esta actuación no a una actividad de imperio sino a una de tipo comercial.

En el derecho comunitario, por cierto, el término empresa ha sido interpretado desde un punto de vista material identificado con cualquier organización que realiza una actividad económica, con independencia de su naturaleza privada o pública, de su forma jurídica y de su modo de financiación⁵⁴.

En Venezuela la norma que regula con carácter general la materia de libre competencia en la actualidad es la Ley Antimonopolio⁵⁵, cuyo ámbito objetivo de aplicación queda circunscrito a todas aquellas actividades económicas con efectos sobre Venezuela⁵⁶. Ahora bien, por lo que respecta al ámbito subjetivo de la Ley, de conformidad con su artículo 3 se señala que todo operador que lleve a cabo una actividad económica estará sujeto a la ley, sea este una empresa privada o pública⁵⁷. En la parte final de este trabajo, veremos que en el marco del derecho comunitario se ha desarrollado un principio que sirve como parámetro de control a los efectos de establecer la presencia de determinada ayuda y su incidencia o no en la libre competencia en los mercados, pero reducido a los casos en que la ayuda se otorgue por el Estado en su rol de empresario o actuando como *Portentio Personae*. Se trata del

⁵³ José Carlos Laguna de Paz: "Ámbito de aplicación del derecho de la competencia". *Revista de Administración Pública*. Madrid, 2019, p. 6.

⁵⁴ Laguna de Paz: *Ámbito...*, ob. cit., p. 6.

⁵⁵ en la Gaceta Oficial N° 40.549 del 26-11-2014.

⁵⁶ Hernández: *Comentarios...*, ob. cit., p. 69.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 72.

comúnmente denominado principio del inversor privado en una economía de mercado.

Distinto es el caso entonces, del tema de las ayudas como potestades públicas. En efecto, puede darse la situación también de que estas medidas sean dictadas por el Estado no ya en su condición de empresario haciendo alusión a una mera actividad comercial tal cual como un particular, sino como medidas en el ejercicio del *Ius Imperium* siendo verdaderas potestades públicas. A tal respecto, la doctrina⁵⁸ señala lo siguiente:

Téngase en cuenta que también pueden en efecto producir distorsiones a la competencia el Estado no actuando como operador económico sino como poder público, tanto más cuanto en estos casos no está sometido a las normas de defensa de la competencia pues se supone que actúa en el ejercicio de la mera ejecución de prerrogativas públicas.

Cuando la Administración concede ayudas actuando como Poder Público, tales medidas se manifiestan naturalmente en normas jurídicas, actos administrativos o actuaciones diversas de la Administración Pública, pudiendo igualmente causar serias distorsiones a la libre competencia. Se trata en todo caso de lo que se ha dado en llamar como una forma de restricción pública de la competencia⁵⁹.

Por restricciones públicas de la competencia se entiende el conjunto de barreras, distorsiones, falseamientos o restricciones de la competencia que se introduzcan en una norma, decisión o actuación públicas, incluyendo aquellos supuestos en los que las normas, decisiones o actuaciones públicas imponen o exigen a los operadores económicos privados desarrollar una conducta anticompetitiva⁶⁰. En efecto, así como las prácticas anticompetitivas de las empresas perjudican el mercado a tal punto de lograr su distorsión o alteración, en ocasiones, el bienestar de los consumidores puede verse perjudicado de manera análoga mediante el ejercicio de potestades públicas de carácter soberano.

En este caso, se trata de que los operadores privados se ven forzados a desarrollar una conducta anticompetitiva con ocasión a la aplicación de una restricción pública de la libre competencia que se materialice en una ley, acto administrativo o cualquier tipo de actuación administrativa. En España por ejemplo, la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) prescribe que las prohibiciones en ella contenidas se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

⁵⁸ Grau: *La inconstitucional...*, ob. cit., p. 36.

⁵⁹ Marcos: *Restricciones...*, ob. cit.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 5.

En definitiva, hemos visto como de acuerdo al tipo de actividad administrativa de que se trate, la concesión de ayudas públicas atenderá o bien a una actividad de la Administración como *Portentio Personae* o a una actividad de Poder Público y en consecuencia una real potestad pública. Esto es, la actividad de concesión de ayudas públicas puede derivar del supuesto en el que los poderes públicos actúan directamente como operadores de mercado en el marco de actuaciones públicas de carácter empresarial. Pero al margen de ello, las ayudas públicas también pueden derivar de una actividad soberana de Poder Público. En el primero de los supuestos, para el caso de que esa actividad material sea atentatoria de la libre competencia, la misma quedaría vinculada por las normas que rigen la materia que en Venezuela están previstas con carácter general en la Ley Antimonopolio. Sin embargo, incluso cuando se incorporen en un texto legislativo, acto administrativo o cualquier actuación de la Administración, no cualquier restricción a la competencia es constitucionalmente admisible. Para el segundo de los casos, se podría limitar el juego del mercado mediante potestades públicas, no pudiendo eliminar por completo dicho mercado. Además, esas restricciones a la competencia y a la libertad de empresa deben ser adecuadas, necesarias y proporcionales para alcanzar los objetivos que persiguen. En caso contrario, corren el riesgo de resultar inconstitucionales⁶¹.

VI. Dos casos de estudio sobre las ayudas públicas y la alteración a la libre competencia

De seguidas expondremos dos casos de ayudas públicas. El primero, referido a la presencia de ayudas declaradas en su oportunidad como ilegales en el seno del derecho comunitario. El segundo de ellos, un caso venezolano reseñado en un medio de comunicación en su momento, que aunque desconocemos si medió actuación expresa de algún particular o de oficio por parte de la Superintendencia Antimonopolio, bien puede hacernos ver como el tema de las ayudas públicas no es ajeno a nuestra realidad nacional.

1. El caso Ciudad de la Luz

El proyecto versó sobre la financiación pública (265 millones de Euros) a un importante complejo de estudios cinematográficos español⁶². A raíz de las denuncias de dos importantes representantes del sector cinematográfico europeo, la Comisión Europea procedió en el año de

⁶¹ Ibid.

⁶² Desde el comienzo siempre estuvo presente la idea de que se trataba de un proyecto fuera de la realidad y de la demanda, contando con un plan de viabilidad totalmente irreal y en donde no había más que gastos y ningún ingreso. Así, por ejemplo, se preveía pagar a Francis Ford Coppola por una conferencia hasta medio millón de euros o la concesión de ayudas a una película hasta por más de 4 millones euros. Véase al respecto <https://bit.ly/3IHW1sL>

2008 a dar inicio a una investigación pormenorizada con arreglo a las normas sobre ayudas de Estado del Tratado CE sobre la financiación del complejo de estudios cinematográficos Ciudad de la Luz, cercano a la ciudad de Alicante (España). Tras una investigación exhaustiva, la Comisión concluyó que ningún inversor privado habría aceptado invertir en las mismas condiciones y que la financiación pública falseaba de forma masiva la competencia entre los principales estudios de cine europeos.

El caso fue llevado a la Comisión Europea la cual emitió decisión sobre el asunto en fecha 08-05-2012⁶³, y en donde a grandes rasgos se expuso lo siguiente. Habiendo alegado las autoridades que la medida en cuestión no constituía ayuda estatal, ya que, en su criterio, habría cumplido con el principio del inversor privado en una economía de mercado, la Comisión revisó, si en el caso en concreto, tal principio habría o no sido vulnerado. Esta prueba analiza si un inversor privado habría invertido en el proyecto de la misma forma y en las mismas condiciones que el inversor público en el momento en que se adoptó la decisión de llevar a cabo la inversión pública. A este respecto, para la Comisión fue significativo el hecho de que inicialmente hubiera un inversor privado en el proyecto y que las autoridades españolas hubieran encargado varios estudios que llegaban a la conclusión de que el proyecto generaría un flujo de caja positivo. No obstante ello, dicho inversor privado se retiró antes de haber comprometido fondos adicionales. Siendo a su vez que ningún otro inversor privado invirtió posteriormente en el proyecto.

En ausencia de un accionista privado, la autoridad regional basó su decisión de inversión en los resultados de los estudios de consultoría. La Comisión evaluó si un hipotético inversor privado habría invertido en el proyecto por el que se creaba la sociedad Ciudad de la Luz. Según el principio del inversor privado, la inversión realizada se considera ayuda estatal si la compensación que el Estado espera recibir es inferior a la que un inversor privado habría exigido en las circunstancias de ese proyecto específico. Para financiar un proyecto, los inversores han de invertir un cierto capital. Este capital tiene un coste: el coste de capital. En el caso específico de Ciudad de la Luz, el plan de negocio preveía que el proyecto se financiaría plenamente con capital social, por lo que el coste total de capital es el capital social. Un inversor de capital privado habría estado dispuesto a invertir en Ciudad de la Luz si la tasa interna de rentabilidad esperada hubiera sido superior o igual al coste de oportunidad del capital social (es decir, la rentabilidad que podía haber logrado en un proyecto similar).

La ayuda también fue selectiva puesto que los beneficios derivados de ella solo confieren una ventaja a las empresas que operan en el sector y, en realidad, solo a algunas de ellas. En relación con el falseamiento de

⁶³ Véase <https://bit.ly/3pCS0GT>

la competencia, cuando las ayudas estatales refuerzan la posición de una empresa con relación a otras competidoras, se ha de considerar que estas últimas se ven afectadas por dichas ayudas. El apoyo concedido refuerza la posición de Ciudad de la Luz con relación a otras competidoras al hacer posible que la primera se introduzca en el mercado de los estudios cinematográficos. Por consiguiente, la competencia entre las empresas que se benefician de la medida y las que no lo hacen está falseada.

En definitiva, las ayudas públicas otorgadas por la comunidad valenciana al consorcio cinematográfico Ciudad de la Luz fueron declaradas por la Comisión Europea como ilegales y en consecuencia se ordenó a la referida empresa a la devolución de la cantidad de 265 millones de euros que habría invertido para financiar el proyecto, en una sociedad que entre 2004 y 2010 había arrojado pérdidas por un monto de 84 millones de euros.

2. El caso Hotel Tamarindo Guacuco

En noviembre de 2016 el gobierno anunció que destinaría 1.733 millones de bolívares para desarrollar las obras de rehabilitación y recuperar el antiguo Hotel Tamarindo Guacuco, ubicado en Margarita, estado Nueva Esparta, con el objetivo de fortalecer la actividad turística en la entidad.

Como ya hemos dicho, la figura del Estado empresario en los últimos tiempos en el país, abarca cualquier cantidad de áreas de la vida económica. En este caso, el turismo fue la actividad destinada a desarrollar mediante el uso de esta práctica como es la ayuda pública pero que sin embargo, dado el caso de que se trata del rescate de una empresa pública fracasada, estaríamos ante una clara manifestación de ayuda pública ilegal al pretender el gobierno falsear la competencia en el sector, asumiendo una cuantiosa inversión que un inversor privado bajo las mismas circunstancias en ningún momento hubiese realizado.

Del referido caso, tuvimos conocimiento en su oportunidad gracias a la lectura de un artículo de prensa publicado bajo el nombre de “Ayudas ilegales”⁶⁴. La autora MARÍA AMPARO GRAU hacía referencia al mismo, al trascender a la opinión pública la actividad de concesión de ayuda financiera en el sector turismo como posiblemente vinculado al tema de las ayudas ilegales, desarrollado con extensión, como hemos tenido oportunidad de ver, en el derecho comunitario europeo.

En primer término, de cara al desarrollo de la materia en el marco del derecho comunitario, la autora señalaba que para evitar la intervención del Estado en áreas de la economía que bien pueden ser servidas por sus actores principales, que son los particulares, el ordenamiento

⁶⁴ El Nacional, edición del 30-11-2016.

jurídico europeo ha desarrollado el tema de las “ayudas ilegales”. Destaca en ese sentido que con ello, se trata de impedir que los gobiernos desvirtúen el mercado, manipulándolo en perjuicio de sus agentes naturales a través del uso de una “actividad de fomento” que falsea la competencia y en definitiva conlleva a la afectación final de los consumidores y usuarios, y a la población en general, al dañar con este tipo de acciones el sano desarrollo de la economía.

Por otra parte, y vinculándolo el punto al tema de la actividad empresarial del Estado en Venezuela, destacaba la autora que es práctica común del Estado venezolano, más aún hoy cuando se le concibe como el actor principal de la actividad económica en detrimento del sector privado, la acción destinada a procurar el rescate de las empresas públicas fracasadas, y que a su juicio, sólo a través de las respectivas ayudas gubernamentales, pueden mantenerse en el mercado y con poca probabilidad de éxito o apoderarse de la empresa privada en quiebra. Teniendo todo ello por consecuencia, un efecto nocivo no sólo en el patrimonio público que así se dilapida, sino también en el desarrollo eficiente de la actividad económica y el ulterior beneficio que de allí se propagaría para toda la sociedad.

En ese sentido, destacaba la autora que la figura de las “ayudas ilegales” protege no sólo los principios de un sistema de economía de mercado, sino que permite controlar el actuar irresponsable de un Estado que administra el patrimonio haciendo gastos que el buen inversor privado no realizaría, sabiendo que perderá la inversión. A su vez señalaba que, consideraciones de política social pueden en efecto justificar el destino de recursos públicos sin posibilidad alguna de beneficio (en salud, educación, vivienda de interés social, seguridad social, infraestructura, etc.), pero en la gestión económica empresarial el Estado sólo puede realizar este tipo de intervención si además de una razón de interés público existe la racionalidad del gasto, el cual no se justifica cuando se inmiscuye en actividades que bien puede llevar a cabo el sector privado, y más cuando en ellas la gestión pública empresarial ha fracasado. En lugar de contribuir con este tipo de intervención al desarrollo del sector, en este caso turístico, a la larga, al distorsionar el mercado, lo perjudica.

Asimismo sostenía que, la política económica del gobierno responde no sólo a un modelo inconstitucional, sino también contrario a los principios de la buena gestión empresarial, por lo que se condena al fracaso de la actividad y desarrollo económico y social del país, y, además, se compromete el manejo transparente y correcto del erario público. De cara a esa situación, la autora denunciaba en su momento que tal ayuda, la financiación pública de la rehabilitación del Hotel Tamarindo Guacuco, en el marco de una economía de mercado y libre competencia como la venezolana, y de acuerdo a las normas constitucionales vigentes, debería ser considerada ilegal.

Del artículo en comento, saltan a la luz varios aspectos de interés. En primer lugar se destaca que el mismo bien pudiera ser un claro ejemplo de concesión de ayuda pública claramente vinculado al tema de la actividad empresarial del Estado. Por otra parte, salta a la vista un tema que no compartimos como hemos tenido oportunidad de referir, y es que el tema de las ayudas públicas, se vincula única y exclusivamente con la actividad de fomento de la Administración Pública. En efecto, cuando la Administración persuade a los particulares para que sean éstos los que gestionen determinada actividad que se reputa como interés general, allí no habría problema en calificarla como de fomento. Distinto es el caso, como el reseñado, en el que la Administración “se ayuda a sí misma”, pues ello evidentemente estaría reñido con el carácter de gestión indirecta de la actividad por parte de la Administración que impera en la noción de fomento y en definitiva con la idea de satisfacción indirecta de necesidades de orden público⁶⁵.

Del referido artículo también, se deriva el tema de la aplicación del criterio del inversor privado, que en el caso concreto, fue aplicado en razón de una típica ayuda de salvamento, que es aquella que no incentiva un objetivo beneficioso, sino que cubre los gastos normales de la empresa. Por lo general están prohibidas, pues puede llegar a sostener artificialmente la actividad de una empresa que, sin ella, desaparecería⁶⁶. Además, no tiene efectos duraderos: los mismos desaparecen al suprimirse la ayuda. Razón por la cual se ha establecido que es el tipo de ayuda más perjudicial⁶⁷.

Se trata en definitiva que la actividad pública empresarial encuentra en la libre competencia un claro límite, según el cual la misma debe desarrollarse sin el otorgamiento de ayudas públicas ni cualquier otro tipo de medidas que alteren o falseen notablemente la competencia en un mercado determinado⁶⁸.

Conclusión

Hemos revisado de manera general el tema de las ayudas públicas en lo que tiene que ver con la posibilidad de que tales medidas sean atentatorias del derecho a la libre competencia. Se trata entonces de un análisis desde una perspectiva general, de un tema del cual se

⁶⁵ Baena del Alcázar: *Sobre el...*, ob. cit., p. 24.

⁶⁶ Por tal motivo, se considera que tal tipo de ayuda falsea, en principio, las condiciones de competencia, como señala, entre otras, la Sentencia de 09-06-2011, Comitato Venezia vuole vivere y otros/Comisión (C-71, 73 y 76/09, Rec. 2011, p. 14727, apartado 136.

⁶⁷ Abel Estoa Pérez: “Ayudas de Estado al sector aéreo y nuevas directrices de la Comisión”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Madrid. 2014, p. 14.

⁶⁸ Manuel Rebollo Puig: “Acciones de competencia desleal contra actividad pública empresarial”. *Revista de Administración Pública*. N° 210. Madrid, 2019.

desprenden numerosas aristas a ser revisadas. Téngase en cuenta, por ejemplo, lo que tiene que ver con el tipo de práctica anticompetitiva a que responden estas medidas de cara a la Ley Antimonopolio, los mecanismos de control anterior y con ocasión a su otorgamiento, los medios de defensa que tienen los operadores agraviados que intervienen en el mismo mercado en que lo hace el operador beneficiario de la ayuda, se habla incluso en el derecho comunitario de la responsabilidad del Estado por su otorgamiento.

A todas estas, y siguiendo el modelo del derecho comunitario, el régimen de las ayudas debe partir de un esquema de prohibición relativa y no absoluta de las mismas, teniendo en cuenta el hecho de que, aunque la libertad de empresa y la libre competencia constituyen pilares del modelo económico que la Constitución reconoce, no se trata de principios o mandatos absolutos, que no admitan excepción⁶⁹. En consecuencia, el régimen previsto en el derecho comunitario es un buen punto de partida a la hora de asumir un modelo propio a nuestro ordenamiento, que parta igualmente, de un sistema relativo y no absoluto, de prohibición de ayudas públicas.

El principio del inversor privado en una economía de mercado debería ser utilizado como parámetro de control para los casos en que las ayudas se otorguen en el ejercicio de una mera actividad pública empresarial en el marco de una economía social de mercado. Para el caso de las ayudas como verdaderas potestades públicas el artículo 113 constitucional debe ser usado como norma de contención que permita revisar tales medidas en su justa dimensión y confrontarlas con el texto constitucional, todo ello de cara al principio de libre competencia que la norma fundamental contempla.

Sirvan pues las presentes líneas para fijar la mirada en un tema que no se ha abordado hasta el momento con la debida profundidad, que muy probablemente se esté desarrollando bajo la más absoluta discrecionalidad, y el cual se encuentra vinculado de manera directa con el correcto uso de los fondos públicos. Situación muy sensible, por cierto, a nuestra realidad política actual. ■

⁶⁹ Marcos: *Restricciones...*, ob. cit., p. 4.