

# NOTICIAS DE Competencia

Número 15 - 2016

Para mayor información,  
contáctenos:

**Xavier Andrade Cadena**  
[xandrade@andradeveloz.com](mailto:xandrade@andradeveloz.com)

**Dirección:**  
Av. República 396 y Diego de Almagro,  
Edificio FORUM 300,  
Of. 504, 506  
Quito, Ecuador

**Telfs:**  
(+593 2) 250 8040

**Web:**  
[www.andradeveloz.com](http://www.andradeveloz.com)

## 1.: ¿SON LOS BENEFICIOS TRIBUTARIOS AYUDAS PÚBLICAS ANTICOMPETITIVAS?



### Ayuda estatal y fallas de mercado

La teoría económica clásica propone que las fuerzas del mercado, especialmente la rivalidad entre competidores y la libertad de selección de los consumidores, generan usualmente resultados óptimos para la economía.

Sin embargo, es conocido también que, en ciertas circunstancias, tales fuerzas, dejadas en total libertad, podrían no ser suficientes o adecuadas para propiciar un resultado óptimo para la economía debido a las fallas que pueden generarse en el mercado. En estas circunstancias, la intervención estatal (correctamente concebida) podría ayudar a

NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

mitigar tales fallas y mejorar la distribución de recursos.

Pero, si la ayuda estatal no se encuentra bien orientada, se corre el riesgo de que se generen ventajas anticompetitivas a favor de ciertos operadores, en perjuicio de la economía. Por ejemplo, si una empresa ineficiente se beneficia de la ayuda estatal y eso le permite reducir sus precios artificialmente (es decir, reducciones de precios que no responden a su eficiencia o innovación), es probable que esta empresa gane participación de mercado en detrimento de competidores más eficientes, generando un resultado indeseado para la economía. En este escenario, pierden todos, menos la compañía ineficiente. En especial, pierden las personas que pagan impuestos, quienes observan que sus recursos son utilizados improductivamente, y el consumidor que recibe productos o servicios de baja calidad.

Ha de aclararse que no toda ayuda pública es anticompetitiva, sino solo aquella que implica una transferencia de recursos estatales, destinada a otorgar ventajas selectivas a ciertos operadores y que distorsiona la libre competencia.

### Tipos de ayuda estatal

Las ayudas estatales pueden adoptar una variedad de formas. Como

explica la Comisión Europea, la ayuda estatal suele plasmarse en "*préstamos, exenciones de impuestos e intereses, garantías...provisión de bienes y servicios en términos preferenciales*"<sup>1</sup>, entre otros mecanismos.

Una de las maneras más comunes de otorgar una ayuda pública es por medio de exenciones tributarias; por ejemplo, permitiendo que ciertos operadores no paguen impuestos o paguen una tarifa menor que sus competidores. A nivel internacional, existe poca duda de que las exenciones tributarias, en ciertas ocasiones, podrían configurar una ayuda estatal anticompetitiva.

### ¿Se investigan las exenciones tributarias en Europa?

Para la Comisión Europea, investigar si las exenciones y otros beneficios tributarios configuran ayuda estatal anticompetitiva, es una prioridad. Por esta razón, la Comisión creó en el año 2013 una *Task Force* sobre prácticas de planificación tributaria a fin de investigar los tratamientos favorables a ciertas empresas<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> European Commission, State Aid Control, disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/overview/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/index_en.html)

<sup>2</sup> European Commission, Tax Rulings, disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/tax\\_rulings/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html)

NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

Como resultado de este esfuerzo, la Comisión Europea ha investigado (o se encuentra investigando) los beneficios tributarios otorgados, entre otros, por Irlanda a Apple; por Holanda a Starbucks; y por Luxemburgo a Fiat, Amazon y McDonald's<sup>3</sup>.

**La billonaria deuda de Apple**

Producto de las mencionadas investigaciones, hace pocas semanas la Comisión Europea hizo pública su decisión de obligar a Irlanda a cobrar a Apple la astronómica suma de €13 mil millones más intereses. Según la Comisión, Irlanda habría otorgado a Apple ventajas tributarias artificiales, permitiéndole que su impuesto a la renta disminuya sustancialmente por más de diez años. Al respecto, la Comisionada Vestager advirtió:

*"los Estados Miembros no pueden otorgar beneficios tributarios a empresas seleccionadas – eso es ilegal bajo las normas europeas sobre ayuda estatal. La investigación de la Comisión concluyó que Irlanda otorgó beneficios tributarios ilegales a Apple, lo cual le permitió por varios años pagar sustancialmente*

*menos impuestos que otros negocios..."*<sup>4</sup>.

Por esta razón, la Comisión Europea condenó las prácticas de Irlanda que permitieron que Apple obtenga una ventaja sustancial por sobre otros negocios que no gozan de los mismos beneficios pese a operar en el mismo país.

**¿Qué sucedió en Ecuador?**

La normativa ecuatoriana -que es mayormente inspirada en la europea- también prohíbe la ayuda estatal, aunque de manera menos estricta que la europea<sup>5</sup>. En general, se permite la ayuda estatal solo para fines específicos y taxativos, mediante resolución motivada de la Junta de Regulación, previa verificación de "razones de interés público"<sup>6</sup>.

Hasta hace poco, en armonía con la tendencia mundial, el Reglamento a la Ley de Competencia preveía que las ayudas públicas incluían, entre otras, a las "exenciones o reducciones de impuestos a

<sup>4</sup> State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to €13 billion, Press Release, European Commission, disponible en: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2923\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm). Traducción no oficial.

<sup>5</sup> Véase el Capítulo III de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante la "Ley de Competencia").

<sup>6</sup> Artículo 28 de la Ley de Competencia.

<sup>3</sup> *Ibíd.*



Número 15 - 2016

*operadores económicos o categorías de operadores económicos*<sup>7</sup>.

Sin embargo, de manera sorpresiva y sin explicación<sup>8</sup>, el Presidente de la República recientemente reformó el mencionado reglamento, eliminando como un tipo de ayuda pública a las exenciones o reducciones de impuestos.

#### Para el debate

Es conocido que el Estado ecuatoriano, a través de varias empresas y entidades públicas, ha sido uno de los principales motores y actores de la economía en los últimos años. Las empresas estatales gozan de una serie de beneficios, incluyendo exoneraciones tributarias sustanciales, a las cuales no pueden acceder sus competidores privados<sup>9</sup>. Estos privilegios, según la ley que regula a las empresas estatales, debían aplicarse "en observancia del objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado"<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Artículo 34 de la Ley de Competencia.

<sup>8</sup> Los considerandos del Decreto 1161 de 16 de septiembre de 2016, mediante el cual se implementó la reforma al Reglamento a la Ley de Competencia, no contiene explicaciones sobre esta eliminación.

<sup>9</sup> Véanse, por ejemplo, los artículos 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y 9 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

<sup>10</sup> Artículo 41 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

La autoridad de competencia tiene el deber de examinar las ayudas públicas existentes (sean a favor de empresas públicas o privadas) y velar que sean legítimas, verificando que no sean abusivas o contrarias a la ley; esto es, examinando que no distorsionen la competencia<sup>11</sup>. Se desconoce, sin embargo, de investigaciones realizadas por la autoridad en este campo<sup>12</sup>, lo cual contrasta con la tendencia mundial de observar de cerca a las ayudas otorgadas mediante beneficios tributarios.

*Esta omisión, sumada la mencionada reforma al Reglamento a la Ley de Competencia, permitiría que ciertas empresas compitan en situación de ventaja frente a los competidores, lo cual, según la teoría económica, a largo plazo podría perjudicar a los contribuyentes, al consumidor y a la economía en general.*

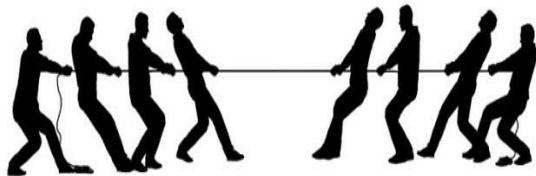
<sup>11</sup> Artículo 31 de la Ley de Competencia.

<sup>12</sup> Por ejemplo, en el Informe de Gestión del 2015 de la autoridad de competencia, no se mencionan acciones sobre ayudas públicas. Véase el informe en: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/02/Rendicion-de-Cuentas-2015-%C3%BAI-tima-25feb16.pdf>.

# NOTICIAS DE Competencia

Número 15 - 2016

## 2. ¿HACE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA LAS VECES DE LEGISLADOR?



El 22 de agosto de 2016, el Presidente de la República reformó el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante el "**Reglamento**"). Aunque la Reforma modificó solo 6 artículos, los cambios son sustanciales, especialmente aquellos relacionados con las competencias de la Junta de Regulación y de la Superintendencia del Control de Poder de Mercado (en adelante la "**Superintendencia**").

Las modificaciones que trajo consigo la reforma al Reglamento son:

- Se elimina la posibilidad que la Superintendencia pueda imponer la venta preferencial de un porcentaje del capital a trabajadores, como una condición para autorizar una operación de concentración económica.
- Se eliminó del Art. 34 del Reglamento, referente a ayudas públicas, las palabras "*exenciones o reducciones de impuestos a operadores económicos o categorías de operadores económicos*".
- Se aclaró que la Junta de Regulación tiene la rectoría en la "*formulación de políticas públicas y su planificación en el ámbito de la ley*", de acuerdo a las facultades otorgadas para la función ejecutiva.
- Se especificó que la Junta de Regulación es la competente para "*expedir los métodos de determinación de los mercados y mercados relevantes; y otros criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la ley, las cuales serán vinculantes para la Superintendencia de Control de Poder de Mercado*".
- Se otorgó a la Junta de Regulación la facultad para (i) "[e]stablecer la metodología para el cálculo del importe de multa y aplicación de compromisos de cese"; y, (ii) resolver las impugnaciones que se realicen a sus propios actos; es decir, se estableció una suerte de recurso de reposición.
- Se ordenó a la Superintendencia que informe, de manera semestral, sobre la correcta aplicación de la normativa



Número 15 - 2016

con carácter general emitida por la Junta de Regulación.

- Se sustituye en el Art. 47 del Reglamento a la Secretaría Técnica por el Viceministerio de Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad. Es importante destacar que esta Cartera de Estado mantiene las mismas facultades que tenía la Secretaría Permanente. Recordemos que la Secretaría Técnica fue suprimida mediante el Decreto Ejecutivo No. 1121 de 19 de julio de 2016.
- Se aclara que la capacidad normativa de la Superintendencia estará "enmarcada exclusivamente al ámbito administrativo y control interno". Además, esta reforma determina expresamente que estas normas no podrán *"contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta de Regulación"*.
- Dispone que la Junta de Regulación emita la *"metodología para el cálculo de multas"* y señala la obligación de la Superintendencia de seguir la mencionada metodología al momento de determinar los importes de las multas.

- En el caso de los acuerdos de pago se incorporan las siguientes modificaciones: (i) se permite solicitar acuerdos de pago para importes de subsanación en casos de compromisos de cese; (ii) se reduce el abono inicial de pago de 60% a 40%; (iii) se amplía el plazo inicial para el pago del abono de 8 a 30 días; y, (iv) se amplía el plazo para el pago de la diferencia (60%) de 3 a 24 meses.

Entre las principales novedades que trae esta reforma encontramos que se zanja la pugna de competencia que existía entre la Superintendencia y la Junta de Regulación, que data de hace algunos años. Vale destacar que estas modificaciones no limitaron o extinguieron las facultades de la Superintendencia; al contrario, consideramos que el único efecto que tienen es el de "aclarar" qué organismo es competente de acuerdo a la Ley de Competencia, norma expedida en octubre de 2011.

La Superintendencia ha emitido varias normas de carácter general, pese a que su competencia se encontraba en duda. En varias oportunidades hemos advertido sobre la falta de competencia de la Superintendencia para emitir normas de carácter general, especialmente modificaciones a la Ley o mecanismos para su aplicación.

Las preguntas que deja esta modificación son ahora: ¿cuál es la suerte



Número 15 - 2016

que seguirán estas normas?, ¿serán derogadas?, en el caso de que no, ¿los administrados estarán obligados a acatarlas pese a la posible falta de competencia de la autoridad que las emitió?, ¿la Superintendencia seguirá aplicando estas normas pese a la reforma del Reglamento?

### 3. NUEVA METODOLOGÍA PARA DETERMINAR MERCADOS RELEVANTES



El 23 de septiembre de 2016, la Junta de Regulación emitió la Resolución No. 011 por medio de la cual se expidió “los métodos de determinación de mercados relevantes” (en adelante la “**Resolución de Mercados Relevantes**”). Esta derogó a la anterior Resolución 006<sup>13</sup> que regulaba la forma de determinar los mercados relevantes, y toda norma de menor jerarquía, incluyendo normas emitidas por la Superintendencia relacionadas con la determinación de mercados relevantes.

La Resolución de Mercados Relevantes trae las siguientes modificaciones respecto a la Resolución 006<sup>14</sup>:

<sup>13</sup> Disposición Derogatoria de la Resolución de Mercados Relevantes.

<sup>14</sup> Sobre el contenido de la Resolución 006 recomendamos visitar nuestras Noticias de Competencia No. 12. Disponible en: [http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias\\_de\\_competencia\\_-\\_enero\\_-\\_febrero\\_2014.pdf](http://www.andradeveloz.com/descargas/competencias/noticias_de_competencia_-_enero_-_febrero_2014.pdf)



Número 15 - 2016

- La Resolución vuelve imperativos los lineamientos para diferentes formas de definir el mercado relevante. El lenguaje de la Resolución 006 podía ser interpretado como que los lineamientos para la definición de mercado relevante eran facultativas y no obligatorios. Sin embargo, la Resolución de Mercados Relevantes convierte en obligatorios todos estos parámetros<sup>15</sup>.
- Se incluye como criterio para validar y sustentar los resultados de la determinación del mercado geográfico relevante a los criterios y opiniones de los actores en ese segmento, como son los consumidores y operadores económicos que compitan en ese segmento del mercado<sup>16</sup>.
- Para el cálculo de las cuotas de mercado, la Resolución establece que solo en el caso de que no se pueda determinar estas cuotas a partir de fuentes oficiales, se podrá utilizar fuentes secundarias como estimaciones de los operadores económicos o estudios realizados

por consultores especializados<sup>17</sup>. Anteriormente, no era obligatorio el uso de fuentes oficiales.

Si bien es cierto, a primera vista, los cambios en la metodología para la determinación de mercados relevantes parecen menores, el lenguaje imperativo respondería a la conocida pugna entre los criterios de la Superintendencia y la Junta de Regulación. Recordemos que las reformas al Reglamento especificaron que es atribución de la Junta de Regulación "*expedir los métodos de determinación de los mercados y mercados relevantes*"<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Véase los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 24, 26, 28, 28

<sup>16</sup> Art. 25 de la Resolución de Mercados Relevantes.

<sup>17</sup> Art. 27 de la Resolución de Mercados Relevantes.

<sup>18</sup> Art. 42 (b) Reglamento a la Ley de Competencia.



# NOTICIAS DE Competencia

Número 15 - 2016

## 4. NUEVAS NORMAS PARA DETERMINAR MULTAS



El 23 de septiembre de 2016, se expidió la "Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado" (en adelante la "**Norma**").

Esta Norma tiene como objetivo determinar la metodología para el cálculo del importe de las multas establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley de Competencia, relativos a las sanciones pecuniarias por violar la normativa de competencia.

De acuerdo con la Ley de Competencia, los importes de las multas podrán ser hasta un 12% del volumen

de negocios dependiendo de la gravedad de la infracción<sup>19</sup>.

Los elementos que serán tomados en cuenta para determinar el "importe base" de la multa son:

- Volumen de negocios en el mercado relevante;
- Factor proporcional a la gravedad de la infracción. Para determinar este factor se analizará:
  - Cuota de mercado.- A mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado ya que es menos probable que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas.
  - Naturaleza de la infracción.- Especificación de la conducta (leve, grave, muy grave).
  - Alcance de la infracción.- Cobertura geográfica. Es decir, si fue nacional, regional o local.
- Factor proporcional a la afectación de la infracción:
  - Dimensión del mercado afectado;
  - Características del mercado afectado, en términos de su nivel de concentración.

<sup>19</sup> Art. 79 de la Ley de Competencia

NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

Estos factores serán multiplicados por el tiempo que duró la infracción<sup>20</sup>. Además, se analizarán las circunstancias atenuantes y agravantes pertinentes, que podrán aumentar o disminuir la multa entre un 10% a 25%<sup>21</sup>.

Tomando en cuentas estos factores, la autoridad aplicará diversas fórmulas establecidas en esta Norma dependiendo si es posible o no determinar el volumen de negocios<sup>22</sup>.

La resolución hace énfasis en que las multas no podrán exceder los límites establecidos en la Ley de Competencia.

**5. CASO CLARO: LA SAGA CONTINÚA**

El 30 de agosto de 2016, la Comisión de Primera Instancia de la Superintendencia anunció mediante una rueda de prensa la imposición de una nueva multa de 82,7 millones al operador económico CONECEL S.A. (Claro).

Esta multa responde a un supuesto incumplimiento a una medida preventiva relacionada con un proceso sobre abuso de poder de mercado en conexión con cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de inmuebles para la colocación de torres de telefonía.

Según la Comisión, se había ordenado a CLARO: "*como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contrato*"<sup>23</sup>.

Sin embargo, a criterio de la Comisión, CLARO no habría cumplido con

<sup>20</sup> Art. 11 Norma para el cálculo de multas.

<sup>21</sup> Art. 14 Norma para el cálculo de multas.

<sup>22</sup> Arts. Art. 16, 17, 18 y 19 Norma para el cálculo de multas.

<sup>23</sup> Resolución de 30 de abril de 2013. Expediente Nro. 002-SCPM-CRPI-2013, p. 2.

# NOTICIAS DE Competencia

Número 15 - 2016

esta medida sino "hasta el mes de diciembre y enero respectivamente"<sup>24</sup>.

Por su parte, CLARO afirmó que "lo alegado por la Superintendencia no tiene presentación y es una clara transgresión a la seguridad jurídica que afecta a todo el ambiente empresarial, necesitado de certidumbre y seguridad jurídica"<sup>25</sup>.

Datos de prensa aseguran que "Conecel tendría que pagar un total de USD 221 millones por procesos relacionados con las cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento para los terrenos en los que instalan sus antenas"<sup>26</sup>.

CONECEL habría iniciado varias acciones legales y constitucionales en contra de la mencionada resolución.

<sup>24</sup> Informe pericial de 7 de enero de 2014. Disponible en: [https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/PRESENTACION%25CC%2581N-CONECEL\\_.pdf](https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/PRESENTACION%25CC%2581N-CONECEL_.pdf)

<sup>25</sup> El Universo 30 de agosto de 2016 Disponible en: <http://www.eluniverso.com/noticias/2016/08/30/nota/5773308/superintendencia-control-mercado-multo-claro>

<sup>26</sup> EL COMERCIO 30 de agosto de 2016. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/multa-claro-telefonía-ecuador-conecel.html>. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. [ElComercio.com](http://ElComercio.com)

## 6. ¿ES LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA UNA ENTIDAD DISPERSA?



La Superintendencia ha dedicado un gran esfuerzo a actividades que no tendrían una conexión estrecha con su principal tarea (esto es, "asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia"<sup>27</sup>) o que, teniendo conexión con ella, su utilidad para el proceso competitivo estaría en tela de duda.

No se cuestiona la buena intención de ciertos proyectos, sino la competencia de la Superintendencia para emprenderlos y la dispersión que genera dedicarse a un gran abanico de actividades -varias de ellas de poca significación para la economía-. Esta distracción ha atenuado los esfuerzos que la Superintendencia podría haber empeñado en acciones cardinales para proteger el proceso competitivo.

<sup>27</sup> Artículo 37 de la Ley de Competencia.

NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

Para el debate, a continuación proponemos algunas de las tareas de la Superintendencia cuya utilidad podría ser cuestionable:

**Manuales de buenas prácticas**

La Superintendencia ha redactado un gran número de "manuales" destinados a *regular* varias industrias, incluyendo los sectores de insumos agrícolas, establecimientos farmacéuticos, palma aceitera, agropecuario, textiles, vehículos y seguros, vendedores autónomos, transporte terrestre, publicidad, contratación pública, vigilancia ciudadana, entre otros.

Desde el punto de vista administrativo, de acuerdo a las facultades conferidas por la Ley de Competencia<sup>28</sup>, la Superintendencia no puede regular mercados. A nuestro

<sup>28</sup> La Ley de Competencia no faculta a la Superintendencia a emitir normas de carácter general como las que busca expedir a través de los "manuales". Según el artículo 37 de esta Ley, la Superintendencia puede emitir únicamente normas "*en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación*". Regular a todo tipo industria, muchas veces innovando y alterando disposiciones legales, es algo claramente ajeno a las prerrogativas de una autoridad de competencia, en Ecuador y a nivel mundial.

parecer, no puede convertirse en una especie de legislador universal. Además, dejando a un lado los asuntos administrativos, es inusual que una autoridad de competencia regule y, al mismo tiempo, juzgue según las normas que desea promulgar. Es un error conceptual evidente.

Desde el punto de vista técnico, no se conoce de estudios económicos que demuestren que la aplicación *ex post* de la normativa de competencia sería insuficiente para mitigar las fallas de mercado que se pretende combatir con la regulación *ex ante*. No se conoce, de hecho, que tales fallas de mercado existan.

El tiempo que la Superintendencia ha dedicado a redactar y debatir estos manuales -que no han sido aprobados por la Junta de Regulación y que, por lo tanto, no son obligatorios<sup>29</sup>-, es enorme. En la práctica, es posible que gran parte de estos manuales queden en el olvido.

**Supertienda Ecuador**

Otro de los esfuerzos poco claros de la Superintendencia es el relacionado con la *Supertienda Ecuador*<sup>30</sup>. Se trata de un

<sup>29</sup> La única normativa aprobada por la Junta de Regulación que toma en consideración un manual de la Superintendencia, es el referente a las cadenas de supermercados y proveedores.

<sup>30</sup> Acceda el portal de la Supertienda Ecuador en: <http://www.scpm.gob.ec/supertiendas-registro/>

NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

portal web alojado en la página de la Superintendencia que tiene como objetivo poner en contacto a productores nacionales con los consumidores, sin intermediarios. Para tal efecto, los productores y compradores pueden registrar sus datos en dicho portal.

Hasta donde conocemos, la Superintendencia no tiene como función eliminar a los intermediarios ni constituirse en uno de ellos (a través de un portal que vincula a compradores y vendedores), sino controlar que las relaciones entre las personas que operan en los distintos eslabones de la cadena productiva no distorsionen la libre competencia.

La función de la Superintendencia no implicaría intentar remodelar los mercados convirtiéndose en un nuevo operador. Además, en la práctica, este proyecto sería de escasa utilidad, pues difícilmente una tienda virtual, administrada por una autoridad de competencia, generaría eficiencias significativas para la economía de un país o para el bienestar general de los consumidores.

### Control de especulación

La Superintendencia realiza constantemente operativos para controlar la especulación y evitar el desabastecimiento y aumento

injustificado de precios<sup>31</sup>. Además, apoya a los denominados *Comités de Usuarios* que tienen como objetivo monitorear el aumento de precios y la inflación<sup>32</sup>.

Luego del terremoto que azotó a las provincias de la costa ecuatoriana en el mes de abril de este año, los operativos de la Superintendencia se intensificaron. En las inspecciones se buscó verificar que las empresas graven correctamente los impuestos (i.e. que no apliquen el 14% del IVA en las provincias de Esmeraldas y Manabí) y que el aumento de precios, a causa del incremento del IVA, no sea desproporcionado<sup>33</sup>.

Otra de las actividades llamativas de la Superintendencia fue su intervención en el reciente desabastecimiento de cervezas y gaseosas en los supermercados. La Superintendencia convocó a los operadores involucrados (productores y supermercados) para conocer las razones

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, la siguiente nota de prensa:

<http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/operativos-para-evitar-desabastecimiento-y-especulacion-seran-permanentes>.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, la siguiente entrevista:

<http://www.ecuadorenvivo.com/economia/85-sp-651/47409-superintendente-de-poder-de-mercado-emplaza-a-llamar-al-159-si-considera-que-hay-alteracion-de-precios-sin-justificacion.html#.V3nNGzWqmnV>.

<sup>33</sup> Véase, por ejemplo, la siguiente nota de prensa:

<http://www.elcomercio.com/actualidad/superintendencia-supermercados-impuestos-cerveza-gaseosas.html>.



Número 15 - 2016

del fenómeno. Al parecer, la autoridad habría constatado que existían negociaciones entre los operadores sobre sus costos y precios<sup>34</sup>. Propiciar reuniones conjuntas de los operadores con la autoridad de competencia no parecería ser una práctica usual en el control de eventuales prácticas concertadas.

No le corresponde a la Superintendencia controlar precios, la inflación o la especulación. Son tareas de los intendentes, subintendentes y comisarios de policía<sup>35</sup>. Las inspecciones e investigaciones que realice la Superintendencia deberían tener

relación con los casos que investigue, dentro de su campo de acción<sup>36</sup>.

Tampoco le correspondería convocar a los operadores para conocer los puntos de tensión de sus negociaciones. Le corresponde verificar, de manera *ex post*, que no existan acuerdos de fijación de precios, alteraciones artificiales de la oferta o demanda u otros actos o acuerdos anticompetitivos.

### Ferias agropecuarias y artesanales

La Superintendencia ha organizado las llamadas "Ferias agropecuarias y artesanales" en las que se busca fomentar la comercialización directa entre productores y consumidores<sup>37</sup>. Como se observa, la Superintendencia consideraría que su rol incluye eliminar intermediarios.

### Capacitaciones

La Superintendencia ha organizado eventos de alta calidad académica destinados a difundir la importancia de la competencia. Pero también ha organizado eventos que tendrían poca relevancia para

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, las siguientes notas de prensa: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/8/seis-cadenas-comerciales-acudieron-a-audiencia>; <http://www.eluniverso.com/noticias/2016/06/08/nota/5623029/desacuerdo-costos-alterio-abastecimiento>.

<sup>35</sup> Artículo 53 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor:

*"Cuando se detecte indicios de procesos especulativos los Intendentes de Policía, Subintendentes de Policía, Comisarios Nacionales y demás autoridades competentes, a petición de cualquier interesado o aún de oficio podrán realizar los controles necesarios a fin de establecer la existencia de tales procesos especulativos".*

<sup>36</sup> Art. 38 (6) de la Ley de Competencia:

*"Realizar inspecciones, formular preguntas y requerir cualquier información que estime pertinente a la investigación".*

<sup>37</sup> Boletín de Prensa Nro. 79 de la Superintendencia del 22 de marzo de 2016: <http://www.scpm.gob.ec/se-desarrollo-con-exito-la-feria-agropecuaria-y-artesanal/>



Número 15 - 2016

la materia. Por ejemplo, se han realizado eventos sobre la "construcción en bambú"<sup>38</sup>; "consumo responsable y economía solidaria"<sup>39</sup>; "prototipos para la adecuación bioclimática para viviendas"<sup>40</sup>; plataforma Supertienda Ecuador y medios de pago<sup>41</sup>; "crisis económica y financiera mundial y respuestas desde el Sur"<sup>42</sup>; "queserías rurales en Ecuador"<sup>43</sup>, entre otros.

<sup>38</sup> Boletín de Prensa Nro. 202 de la Superintendencia del 29 de junio de 2016: <http://www.scpm.gob.ec/scpm-invita-al-seminario-internacional-la-construccion-bambu/>

<sup>39</sup> Véase la invitación para el evento en el portal de la Superintendencia <http://www.scpm.gob.ec/scpm-invita-seminario-internacional-consumo-responsable-y-economia-solidaria-en-ecuador/>.

<sup>40</sup> Boletín de Prensa Nro. 199 de la Superintendencia del 28 de junio de 2016: <http://www.scpm.gob.ec/segunda-conferencia-virtual-sobre-prototipos-para-adecuacion-bioclimatica-para-viviendas-se-desarrollo-en-portoviejo/>.

<sup>41</sup> Boletín de Prensa Nro. 189 de la Superintendencia del 23 de junio de 2016: <http://www.scpm.gob.ec/taller-internacional-plataforma-supertienda-ecuador-medios-pago/>.

<sup>42</sup> Boletín de Prensa Nro. 133 de la Superintendencia del 12 de mayo de 2016: <http://www.scpm.gob.ec/en-santa-elena-la-scpm-realizo-el-primer-taller-internacional-para-comites-de-usuarios-crisis-economica-y-financiera-mundial-y-respuestas-desde-el-sur/>.

<sup>43</sup> Boletín de Prensa Nro. 006 de la Superintendencia del 11 de enero de 2016: <http://www.scpm.gob.ec/23895-2/>.

Aunque los temas tratados sean actuales y relevantes para la sociedad, se esperaría que los eventos de la Superintendencia se enfoquen en lo primordial, en las bases económicas y legales de la competencia, hasta que la sociedad las tenga suficientemente interiorizadas. Existen otras entidades estatales que podrían brindar capacitación sobre otros temas.

### Asistencia en catástrofes naturales

La Superintendencia participó activamente en tareas relacionadas con el terremoto de abril pasado. Por ejemplo, llegó a consensos con los supermercados para que otorguen descuentos a las personas que deseen realizar donaciones. La iniciativa tiene como fin "transparentar" las donaciones a fin de que los donantes conozcan el destino de sus recursos. Para tal efecto, se deben completar formularios con los nombres, fechas, montos y hojas de rutas de las donaciones que serán subidos al sitio web de la Superintendencia<sup>44</sup>.

Nuevamente, no se discute la solidaridad de la Superintendencia, sino su falta de enfoque.

<sup>44</sup> Véase, por ejemplo, la siguiente nota de prensa: [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=2818800342](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818800342).

NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

**Para el debate**

A pocos meses de que la Ley de Competencia ecuatoriana cumpla 5 años de vigencia, su aplicación por parte de la Superintendencia dejaría algunos vacíos. En especial: la detección de cárteles; el control de ayudas públicas (cuando el Estado ha sido un actor preponderante en esta época); la potencial discriminación a favor de empresas estatales y/o nacionales eventualmente en perjuicio del consumidor; la falta de publicación de las resoluciones de la Superintendencia; la ausencia de estudios económicos y públicos sobre los mercados. Cabe preguntarse, entonces, si un enfoque más claro de la autoridad habría coadyuvado a cubrir estos vacíos. Su opinión es bienvenida.

**7. APROBACIÓN DE LA FUSIÓN AB INBEV-SABMILLER EN ECUADOR: UNA DECISIÓN FRÁGIL**

La fusión entre las gigantes AB InBev y SABMiller se encuentra en la mira de las autoridades de competencia a nivel mundial. Se trata de una operación de más de USD 100 mil millones que daría lugar a la productora de cerveza más grande del mundo, acreedora de la tercera parte de la demanda mundial.

Como es usual en estas megafusiones, las empresas están dispuestas a desinvertir en ciertos mercados y marcas con tal de que la operación principal sea aprobada. Por ejemplo, se ha anunciado que en el mercado europeo SABMiller venderá las marcas Peroni, Grolsch y Meantime, así como sus activos en Hungría, Rumanía, República Checa, Eslovaquia y Polonia. En el mercado estadounidense, SABMiller venderá la participación que posee en el *joint venture*



NOTICIAS DE  
**Competencia**

Número 15 - 2016

MillerCoors<sup>45</sup>. Aún no existe la autorización de las autoridades europeas y estadounidenses, aunque se espera conocer decisión europea en esta semana.

En Ecuador, el 6 de mayo de 2016, la Superintendencia aprobó la mencionada concentración sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones estructurales y conductuales. A continuación, resaltamos los principales aspectos de dicha resolución (la "**Resolución**")<sup>46</sup>:

### Mercado relevante

La Resolución se limita a transcribir (y por tanto a aceptar) la determinación de mercado relevante presentada por AB InBev, que comprende tres segmentos o categorías: marcas globales, marcas domésticas y marcas económicas<sup>47</sup>. No se hace referencia a estudios económicos que sustenten esta

segmentación. No se conoce, por tanto, si la autoridad consideró que los productos de cada categoría son sustitutos o no.

Acerca del mercado geográfico, la Resolución afirma que el mercado relevante se circunscribe a la "*producción, comercialización y distribución de cerveza en Ecuador*"<sup>48</sup>.

No obstante, es conocido que la presencia de AB InBev y SABMiller no se limita a Ecuador y que sus acciones podrían tener un impacto regional y global. En la región, SABMiller es el operador dominante en los mercados de Perú, Ecuador y Panamá<sup>49</sup>. Asimismo, en el mercado colombiano, una vez unida con AB InBev, llegará cerca al monopolio<sup>50</sup>. Adicionalmente, los vínculos contractuales que existen entre las dos empresas con las embotelladoras de gaseosas son elementos relevantes<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>49</sup> "LatAm cost-cutting is key ingredient of AB InBev's merger", Financial Times: <http://www.ft.com/intl/cms/s/3/653bc17e-bebf-11e5-9fdb-87b8d15baec2.html#axzz49R8xY63F>.

<sup>50</sup> "Fusión de AB InBev y SABMiller movería marcas cerveceras", El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/economia/empresas/fusion-ab-inbev-y-sabmiller-oportunidad-de-negocio-para-cerveceras/16411657>.

<sup>51</sup> AB InBev mantiene acuerdos de producción y distribución con PepsiCo en Brasil, Argentina, Uruguay, Bolivia y Perú. SABMiller, por su parte, mantiene relaciones con Coca-Cola en 23 países africanos, así como en El Salvador y Honduras. "AB InBev, SABMiller Deal Expected

<sup>45</sup> "AB InBev Offers to Sell SABMiller's Central, Eastern Europe Brands", The Wall Street Journal: <http://www.wsj.com/articles/ab-inbev-offers-to-sell-sabmillers-central-eastern-europe-assets-1461913217>.

<sup>46</sup> Véase la Resolución en la página de la SCPM: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/05/17.pdf>. La Resolución fue dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, compuesta por comisionados designados por el Superintendente.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, pp. 2 y 3.



Número 15 - 2016

Creemos que estas realidades podían haber sido consideradas en el análisis de la Superintendencia.

### Participación de mercado

En cuanto a las cuotas de participación de mercado (que es un indicador fundamental para analizar la concentración y el poder de mercado), la Resolución erróneamente se limita a transcribir lo que AB InBev señaló sobre la naturaleza de la transacción (i.e. la compra de acciones), lo cual no tiene conexión con la participación de mercado<sup>52</sup>.

En una parte de la Resolución se observa una cita del informe de la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (la "**Intendencia de Concentraciones**"), en la cual se afirma que el mercado es "*altamente concentrado*", que SABMiller posee "*una posición dominante en el mercado y que conjuntamente con Ambev Ecuador tendrían, con excepción del mercado de cervezas importadas, el 100% del mercado*". El informe añade que existe la "*posibilidad de que se*

to Face Global Antitrust Grilling", The Wall Street Journal: <http://www.wsj.com/articles/a-global-antitrust-grilling-is-expected-1442442266>.

<sup>52</sup> Resolución, p. 2: <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/05/17.pdf>.

*puedan generar efectos anticompetitivos producto de la operación de concentración*"<sup>53</sup>.

A pesar de que la Resolución omite mencionar las cuotas de participación de mercado, se conoce que SABMiller poseería cerca del 96,5% del mercado (con las marcas Pilsener y Club) y AB InBev aproximadamente 3,5% (con la marca Brahma). Las marcas artesanales tendrían una participación residual de 0,52%<sup>54</sup>.

La falta de análisis sobre las cuotas de mercado, especialmente cuando un operador se encontraba cerca del monopolio antes de la concentración, genera dudas sobre la solidez de la Resolución.

### Barreras de entrada

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 4.

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, "Un 'gigante' cervecero domina mercado de Ecuador", El Universo: <http://www.eluniverso.com/noticias/2015/12/07/nota/5284755/gigante-cervecero-domina-mercado-local>; "Las ventas en el sector de la cerveza bajan", Revista Líderes: <http://www.revistalideres.ec/lideres/produccion-ventas-cerveza-mercado.html>; El impuesto a los Consumos Especiales (ICE) aplicado a las bebidas alcohólicas en Ecuador, caso: cervezas (2008 - 2013)": <http://repositorio.ug.edu.ec/bitstream/redug/7036/1/TESIS%20ROXANA%20ZAVALA%20.pdf>; y, AB "InBev, SABMiller Deal Expected to Face Global Antitrust Grilling", The Wall Street Journal: <http://www.wsj.com/articles/a-global-antitrust-grilling-is-expected-1442442266>.



Número 15 - 2016

La Intendencia de Concentraciones habría analizado las barreras existentes en el mercado. La Resolución señala que la Intendencia de Concentraciones advirtió que *"existen altas barreras de entrada que impiden el ingreso oportuno y en una medida suficiente para contrarrestar posibles efectos anticompetitivos"*<sup>55</sup>.

Lamentablemente, los informes económicos y análisis de la Intendencia de Concentraciones no son accesibles al público (en ocasiones, ni siquiera las partes pueden acceder a ellos), por lo que no es posible conocer el razonamiento de la Intendencia de Concentraciones, con el cual la Superintendencia, al parecer, no habría estado de acuerdo, pues el informe de la Intendencia de Concentraciones fue acogido solo *"parcialmente"*<sup>56</sup>.

### Eficiencias

Una de las secciones más cuestionables de la Resolución, es la que se refiere a las eficiencias. La Resolución afirma que la concentración *"provocará"* efectos *"competitivos"* en Ecuador. No existe, sin embargo, un análisis que sustente tal vaticinio. La Resolución se limita a señalar que *"la concentración supone un contrapeso a*

<sup>55</sup> Resolución, p. 4:  
<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2016/05/17.pdf>.

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 7.

*los riesgos de posibles prácticas anticompetitivas"* y que *"puede aumentar la competitividad dentro de la industria, contribuyendo a mejorar el bienestar de los mercados y a elevar el nivel de vida de la comunidad"*<sup>57</sup>.

La Resolución carece de motivación sobre las eficiencias. Nótese que no basta con mencionar eficiencias teóricas, sino que deben ser analizadas en el mercado específico, aplicadas al caso concreto, a fin de conocer, entre otras cosas, si superarían a los eventuales efectos anticompetitivos, si son *merger-specific*, si existe *pass-through* hacia los consumidores, etc., para lo cual usualmente se realizan análisis y simulaciones econométricas. Debido a esta carencia, no se comprende, por ejemplo, *¿de qué manera la concentración contribuirá a "elevar el nivel de vida de la comunidad"?*<sup>58</sup>.

### Informe aceptado parcialmente

Como fue mencionado, la Superintendencia acogió *"parcialmente"* el informe realizado por la Intendencia de Concentraciones, sin explicar en qué estuvo de acuerdo y en qué no. No se puede saber, de hecho, si la Intendencia de Concentraciones recomendó o no aprobar la concentración.

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>58</sup> *Ibíd.*



Número 15 - 2016

Nuevamente, la Resolución no superaría el requisito de motivación de los actos administrativos.

### Condiciones

La concentración fue aprobada por la Superintendencia sujeto al cumplimiento de, entre otras, las siguientes condiciones:

- Desinversión de la planta de producción de Guayaquil con una capacidad de producción de un millón de hectolitros. La Resolución no menciona el volumen total de producción en hectolitros en el mercado relevante, pero lo estimamos en 7 millones<sup>59</sup>. De ser así, la planta de Guayaquil, a su máxima capacidad, podría producir cerca del 15% de la oferta. No existe un análisis sobre la suficiencia de esta desinversión para evitar eventuales efectos anticompetitivos y generar las fuerzas competitivas deseadas;
- Venta de las marcas Zenda, Biela y Maltín por parte de AB InBev y de la marca Dorada por parte de SABMiller. No se observa en la

<sup>59</sup> Según esta nota de prensa, SABMiller produciría 6.5 millones de hectolitros al año. El Universo: <http://www.eluniverso.com/2015/12/06/video/5285073/mas-650-millones-litros-cerveza-consume-ecuador-ano>.

Resolución un análisis de la participación de mercado de estas marcas, pero parecería ser irrelevante.

- Licencia de uso y explotación de la marca Brahma por 10-20 años a un tercero. Estimamos que la marca Brahma representaría un 3,5-4% de participación de mercado.
- Se permitirá al operador entrante el uso de la red de distribución y comercialización de las empresas fusionadas por un plazo de 3 años.
- El monto que se invierta en publicidad en las marcas Pilsener, Club, Budweiser, Bud66 y Pony Malta<sup>60</sup> tendrá un techo (ej. 8% de los ingresos, entre otros parámetros).
- Se permitirá que otros productos alcohólicos o no alcohólicos ocupen un espacio en los equipos de frío de las empresas fusionadas.
- Se prohíben las exclusividades en los contratos de distribución (canales tradicionales y no tradicionales).

### Conclusiones

Una vez implementadas las condiciones previstas en la Resolución, el mercado de cervezas en Ecuador podría

<sup>60</sup> Pony Malta no es una cerveza. No se conoce si las maltas forman parte del mismo mercado relevante que la cerveza.



Número 15 - 2016

experimentar un potencial (aunque limitado) dinamismo si un tercer jugador, con capacidad de ejercer presiones competitivas (ej. Heineken), entra al mercado. El hecho de que AB InBev deba desinvertir de su planta de Guayaquil, permitiría a un tercero entrante producir cerca del 15% de la demanda actual, si logra desplazar al operador dominante en ese porcentaje. Para alcanzar mayor participación de mercado, el entrante deberá expandir su capacidad instalada. La prohibición de mantener cautivas a las redes de distribución mediante contratos de exclusividad, las limitaciones a las inversiones en publicidad, entre otras medidas, podrían ser aprovechadas por el operador entrante.

La Resolución genera impresiones encontradas. En ciertas secciones, como la relacionada a las condiciones, luce más técnica y explicativa que en otras. No obstante, la ausencia de un análisis técnico sobre temas trascendentales en el control de concentraciones, incluyendo: (i) definición del mercado relevante; (ii) cuotas de participación de mercado; (iii) índices de concentración; (iv) poder de mercado; (vi) la posibilidad de que la entidad fusionada aumente precios y otros eventuales efectos unilaterales; y, (vii) especialmente, sobre las eficiencias que la autoridad asegura que sucederán, lamentablemente han minado la solidez,

motivación y predictibilidad de la Resolución.

\* \* \*

**Advertencia:** *Las visiones contenidas en este documento no representan la posición de nuestros clientes o abogados en casos específicos. Este documento tiene fines académicos e informativos únicamente, y no puede ser utilizado para otros fines sin la autorización de Andrade Veloz.*