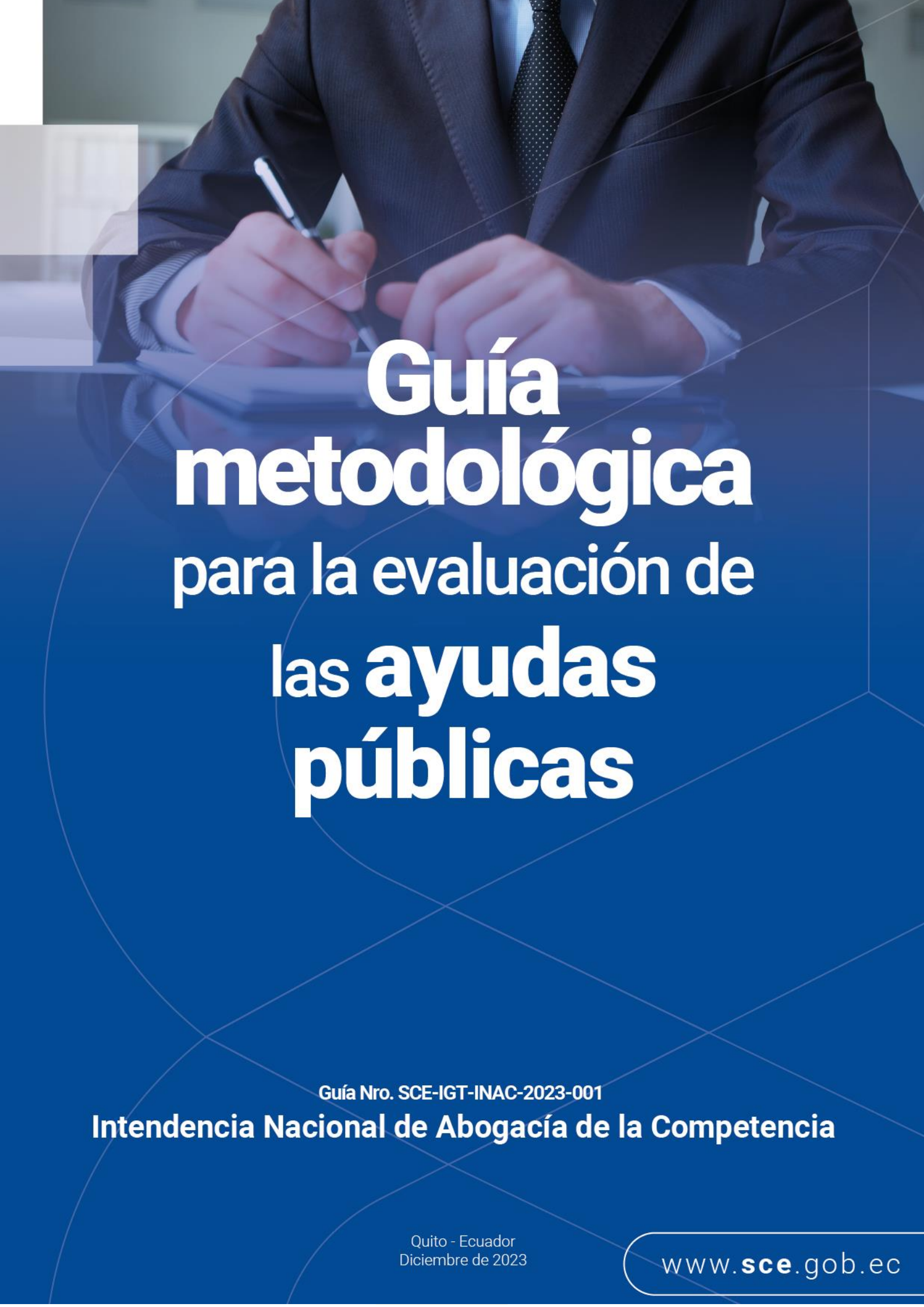




Guía metodológica para la evaluación de las ayudas públicas

Guía Nro. SCE-IGT-INAC-2023-001

Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia

Quito - Ecuador
Diciembre de 2023

www.sce.gob.ec

Elaborado por:

Econ. Adriana Fajardo
Analista de Estudios de Mercado

Revisado por:

Mgs. Andrea Pedrera
Directora Nacional de Estudios de Mercado

Aprobado por:

Mgs. Daniel Granja
Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia

Abg, Mba. Ricardo Freire
Intendente General Técnico

Índice

1. Introducción.....	4
2. Objetivo de la Guía.....	4
3. Alcance de la Guía.....	5
4. Consideraciones generales sobre las ayudas públicas.....	5
5. Normativa aplicable	7
6. Criterios que se deben cumplir para la configuración de una ayuda pública sujeta a evaluación en los términos del artículo 29 de la LORCPM.....	11
7. Metodología y parámetros a considerar para la evaluación de ayudas públicas.....	23
7.1. Parámetro I: Cumplimiento del fin para el cual se otorgó la ayuda pública.....	24
Análisis de idoneidad.....	24
Análisis de pertinencia.....	24
Análisis de cumplimiento en sentido estricto	25
7.2. Parámetro II. Se aplica de manera abusiva.....	28
Legalidad de otorgar las ayudas públicas.....	28
Uso adecuado de los recursos	28
Proporcionalidad en sentido estricto.....	29
7.3. Parámetro III: Es contraria al objeto de la LORCPM	32
8. Esquema del Informe motivado	35
9. Información requerida por la SCE para efectuar la evaluación.....	36
10. Referencias bibliográficas	38

Guía metodológica para la evaluación de las ayudas públicas

1. Introducción

Mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)¹ se crea la Superintendencia de Competencia Económica (SCE)² como un organismo técnico de control, que tiene entre sus facultades “asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados a través del fomento de la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso del poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto; y el control y autorización de concentraciones económicas”.³

Asimismo, la LORCPM establece entre las atribuciones de la SCE el monitorear y evaluar las ayudas públicas; en esta línea, el artículo 29 de la referida Ley dispone que serán sujetas a evaluación las ayudas otorgadas por el Estado mediante la utilización de recursos públicos, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinados operadores económicos o actividades económicas.

La presente Guía establece la metodología que se aplicará para la evaluación de las ayudas públicas conforme todo lo dispuesto en los artículos 29, 30, 31, 34 y 52 de la LORCPM, así como en los artículos 34, 35, 36, 37, 38, 39 y en la Disposición Transitoria Segunda de su Reglamento.

2. Objetivo de la Guía

La Guía tiene como objetivo proveer las directrices y lineamientos correspondientes para efectuar los procesos de evaluación de las ayudas públicas otorgadas por el Estado en virtud de lo establecido en la LORCPM, y que han sido notificadas a la SCE conforme lo establece la referida Ley. Para este propósito, la Guía –principalmente- tendrá como fundamento la LORCPM, el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM), y la demás normativa relacionada expedida por la SCE o por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Junta de Regulación); complementariamente, se apoyará en normas de carácter accesorio, fuentes doctrinarias y jurisprudenciales de experiencia internacional.

¹ Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.

² Mediante “Ley Orgánica Reformatoria de diversos cuerpos legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 311 de 16 de mayo de 2023, en su Disposición Reformatoria Segunda, se sustituyó en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la denominación: “Superintendencia de Control del Poder de Mercado” por: “Superintendencia de Competencia Económica”, sin que se altere la validez y vigencia del nombramiento de la máxima autoridad, su estructura o competencia [...].

³ Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, artículo 37.

3. Alcance de la Guía

La Guía aplica únicamente para la evaluación de ayudas públicas que hubieren sido notificadas a la SCE de conformidad con el artículo 30 de la LORCPM, el cual señala que las ayudas públicas detalladas en el artículo 29 ibídem deben ser obligatoriamente notificadas a la SCE, para efectos de control y evaluación, a más tardar después de quince (15) días de haber sido otorgadas o establecidas.

De igual forma, el artículo 30 de la LORCPM también señala que en el caso que de no se notifique el otorgamiento de una posible Ayuda pública, la SCE podrá requerir información a la respectiva entidad otorgante.⁴

Por su parte, los conceptos y definiciones aquí expuestos no necesariamente representan parámetros estrictos o inflexibles de aplicación, dado que, entre otras justificaciones: cada evaluación de ayuda pública debe ser analizada caso por caso, y con base en su propia problemática o complejidad; la SCE a la fecha de elaboración de esta Guía no ha realizado una evaluación de ayudas públicas, por lo que se estima conveniente dejar la apertura suficiente de cómo debe ser evaluada cada una de las ayudas correspondientes, teniendo siempre como referencia la literatura, las herramientas y las metodologías pertinentes y aplicables; y, las guías y metodologías de otros productos de la SCE no abordan específicamente lo que debería o podría ser considerado para la evaluación de una ayuda pública.

A su vez, los resultados que deriven de la aplicación de los lineamientos y métodos contenidos en la presente Guía no necesariamente significarán un adelantamiento de criterio por parte de la SCE respecto de los efectos en la competencia que podrían tener la aplicación de las ayudas públicas, por ejemplo, en el cometimiento de conductas anticompetitivas, dado que dicho análisis corresponde propiamente a la unidad de respectiva de investigación y control. Asimismo, los conceptos abordados en la Guía bajo ninguna circunstancia sustituye la aplicación del ordenamiento jurídico nacional.

Finalmente, como se ha mencionado, el contenido de la Guía ha sido concebido solamente para la evaluación de las ayudas públicas implementadas desde el Estado, por lo que no son forzosamente extrapolables ni vinculantes a otros procesos que pueda llevar adelante la SCE.

4. Consideraciones generales sobre las ayudas públicas

Conforme la experiencia internacional, la ayuda pública es una ventaja económica que puede revestir diversas formas, concedida de modo selectivo a operadores o empresas por parte de los

⁴ Para efectos de la presente guía se entenderá como equivalente a la notificación, la recepción de información sobre aquellas posibles ayudas sobre las cuales la SCE al verificar la existencia o ejecución de las mismas solicitó de oficio a la entidad otorgante que proceda con su notificación

poderes públicos.⁵ Específicamente, para la Comisión Europea, bajo un contexto de compatibilidad con el mercado interno, las ayudas estatales son aquellas medidas que reúnen las siguientes cinco (5) condiciones: i) uso de recursos públicos; ii) ventaja económica; iii) selectividad (la ayuda favorece a determinadas empresas comerciales o a la producción de determinados bienes); iv) impacto en la competencia; y, v) efectos en el comercio entre los Estados miembros.⁶

A su vez, el otorgamiento de las ayudas públicas, conforme la doctrina, es una acción del Estado que se considera legítima y en diversas ocasiones necesaria; por ejemplo, por un lado, el otorgamiento de una ayuda pública puede tratar de corregir un fallo de mercado, y por otro, las ayudas pueden ser concedidas en función de alcanzar objetivos públicos de interés común, como asignaciones más equitativas o lograr efectos de redistribución.⁷ En este sentido, el accionar estatal en las actividades mercantiles de algunos sectores económicos (a través de las ayudas públicas) se lo aprecia como una intervención excepcional, que nace cuando el equilibrio y el desarrollo económico no se pueden alcanzar con el libre juego de la oferta y la demanda; en estos casos los gobiernos proceden como reguladores y conductores de la economía para mantener el buen funcionamiento de los mercados.

Asimismo, las ayudas públicas pueden permitir en ciertos casos generar posibilidades de supervivencia a empresas que estén en crisis o que sean de interés para una determinada zona geográfica,⁸ así como incentivar la innovación y el desarrollo de proyectos que promovieran la eficiencia.⁹ No obstante, estas intervenciones pueden también estar sujetas a prohibición en los diferentes regímenes o sistemas de defensa de la competencia, por cuanto existe la posibilidad de que falseen o desestabilicen la competencia en uno o varios mercados;^{10,11} al respecto, entre los principales riesgos para la competencia por la aplicación de una ayuda pública se encuentran: la reducción de la competencia efectiva al favorecerse la producción ineficiente o al incrementarse el poder de mercado de alguna o varias empresas; la reducción de la competencia

⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Ámbitos de Actuación. Promoción de La Competencia. Ayudas públicas. <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>

⁶ Comisión Europea, Formulario de denuncia de ayudas estatales, https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/complaints_es

⁷ José María Beneyto y Jerónimo Maillo, Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España, segunda edición, 2017.

⁸ Comisión Europea, “Competencia”, Comisión Europea, 13 de abril de 2022, 9, http://publications.europa.eu/resource/cellar/9f857b2e-e25a-4fc3-9550-81a9de3b0429.0008.02/DOC_1

⁹ Góngora-Biachi, Gabriel; Madrid Guijarro, Antonia; García Pérez de Lema, Domingo Ayudas públicas a la innovación: una evidencia empírica de la PYME industrial del sureste mexicano INNOVAR. Revista de Ciencias Administrativas y Sociales, vol. 19, núm. 34, mayo-agosto, 2009, pp. 65-82. <https://www.redalyc.org/pdf/818/81818977006.pdf>

¹⁰ Jesús Soto, “La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio”, Revista Universitas Bogotá n.º 128 (2014): 323, <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a11.pdf>.

¹¹ Las distorsiones de mercado son cualquier desviación del resultado de competencia perfecta, en este sentido, dichas distorsiones hacen que la competencia entre operadores económicos tienda a desfigurarse a favor de uno o pocos operadores económicos en perjuicio de sus competidores.

dinámica (es decir, la lucha por mantener una posición en el mercado); y, las distorsiones en las decisiones de producción y ubicación geográfica de las empresas.¹²

Con base en lo mencionado, cobra relevancia la evaluación de los programas de ayudas públicas, así como de los posibles efectos que podrían generar en los mercados, con el fin de advertir de potenciales resultados adversos a los perseguidos con la medida.

5. Normativa aplicable

Este acápite detalla la normativa relativa a las ayudas públicas y su evaluación, que principalmente tienen como fundamento la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, la LORCPM, el RLORCPM y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE.

Constitución de la República del Ecuador (CRE)

La CRE al respecto de la asignación de recursos públicos, señala lo siguiente:

Art 280.- El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

Art 284: La política económica tendrá los siguientes objetivos: [...] 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional; 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; y, [...] 7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.

Art 334: El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá: [...] 4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.

Art. 335: El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

¹² España, Comisión Nacional de la Competencia, “Informe Anual 2008 Ayudas Públicas”, 97-8.

Art. 336: El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)

El COPCI por su parte dispone que:

Art. 5.- El Estado fomentará el desarrollo productivo y la transformación de la matriz productiva, mediante la determinación de políticas y la definición e implementación de instrumentos e incentivos, que permitan dejar atrás el patrón de especialización dependiente de productos primarios de bajo valor agregado. [...]

Art. 17.- El Estado, en todos sus niveles, en ejercicio de su potestad podrá otorgar tratamientos diferenciados, en calidad de incentivos, a favor de la inversión productiva y nueva, los que serán otorgados en función de sectores, ubicación geográfica u otros parámetros que deberán cumplir. [...] Además, las inversiones que se realicen en otros sectores, también gozarán de los beneficios de la política estatal de impulso productivo.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)

La LORCPM en sus artículos 29, 30, 31 y 34 dispone lo siguiente:^{13, 14}

Art. 29.- Ayudas públicas.- Serán sujetas a evaluación, conforme a lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la presente Ley, las ayudas otorgadas por el Estado mediante la utilización de recursos públicos, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinados operadores económicos o actividades económicas [...].

Art. 30.- Notificación de ayudas públicas.- Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo 29 de la presente Ley serán notificadas por las entidades públicas que otorgaron dichas ayudas, a la Superintendencia de Competencia Económica en el término de quince días de haber sido otorgadas o establecidas, incluso aquellas especificadas en su letra g).

Si la Superintendencia de Competencia Económica verificare a través de sus actuaciones la existencia o ejecución de una ayuda pública sujeta a evaluación que no haya sido debidamente notificada bajo las disposiciones del presente artículo, de oficio podrá solicitar la información que requiera a las entidades pertinentes para iniciar y desarrollar la evaluación de mencionada ayuda.

Art. 31.- Evaluación de las Ayudas Públicas.- La Superintendencia de Competencia Económica examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación. Salvo en los casos en que no se

¹³ El artículo 29 fue sustituido por la Disposición Reformatoria Segunda número 10 de la Ley s/n, Publicado en el Registro Oficial 311-Suplemento, de 16 de mayo de 2023.

¹⁴ El artículo 30 fue sustituido por la Disposición Reformatoria Segunda número 11 de la Ley s/n, Publicado en el Registro Oficial 311-Suplemento, 16 de mayo de 2023.

trate de actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, la Superintendencia de Competencia Económica propondrá las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios.

Si la Superintendencia comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta Ley, mediante informe motivado, instará y promoverá su supresión o modificación dentro del plazo que determine. [...]

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

Por su parte, la Disposición Segunda Transitoria del Reglamento a la LORCPM dispone que para efectos de evaluación y control de las ayudas públicas se considerarán todas aquellas ayudas que fueran otorgadas por un monto que sea superior a los USD 500.000 hasta que se especifique el monto de mínimos por parte de la Junta de Regulación de Control de Poder de Mercado;¹⁵ es decir, mientras la Junta no establezca el monto mínimo para notificación de ayudas públicas, rige mencionada Disposición.

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

En concordancia con los artículos de la LORCPM antes mencionados, el Reglamento establece:

Art. 34.- Definición.- A efectos de la aplicación del artículo 29 y siguientes de la Ley, se entenderá que constituye ayuda pública, la ayuda concedida por el Estado o mediante la utilización de recursos públicos, que: (i) suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores, que no habrían obtenido en el ejercicio normal de sus actividades; (ii) tenga un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores. Las ayudas pueden otorgarse mediante subvenciones directas, cuando el ordenamiento jurídico lo permita; o de manera indirecta, mediante el otorgamiento de beneficios tales como el acceso privilegiado a líneas de financiación públicas; la compra de terrenos públicos a precios inferiores a los de mercado; préstamos o créditos en condiciones ventajosas; garantías; prestación de servicios gratuitos o por debajo del precio de mercado por parte de la Administración; realización de trabajos de infraestructura que beneficien exclusivamente a determinados operadores económicos o sectores.

Art. 35.- Notificación de ayudas públicas.- Están obligados a cumplir con la notificación establecida en la Ley quienes otorguen ayudas públicas. La notificación deberá ser presentada dentro de los quince (15) días posteriores de haberse otorgado o establecido una ayuda pública. La notificación deberá contener toda la información necesaria que justifique los fines que motivaron su implementación a fin de que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado compruebe que la ayuda otorgada no se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley.

Art. 36.- Evaluación de las ayudas públicas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado procederá con la evaluación de los documentos que contengan la notificación desde el momento de su

¹⁵ Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Disposición Transitoria Segunda.

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

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

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

Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE

El Instructivo, en la parte pertinente, establece el procedimiento de evaluación de las ayudas públicas, mismo que se detalla a continuación:

Artículo 73.- Procedimiento para evaluación de Ayudas públicas.- La Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, a través de la Dirección Nacional de Estudios de Mercado, procederá de oficio con la evaluación de Ayudas públicas que falseen o amenacen con falsear la competencia, conforme con lo siguiente:

1. El proceso por el cual la Dirección Nacional de Estudios de Mercado evaluará las Ayudas públicas se llevará a cabo en un expediente creado y numerado en el Sistema de Gestión Procesal, de conformidad con lo establecido en la LORCPM y la normativa interna aplicable.
2. El Intendente General Técnico deberá aprobar la apertura del expediente para su tramitación en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la notificación o de la recepción de información solicitada.
3. La emisión del Informe correspondiente se dará dentro del término de noventa (90) días contados a partir de la disposición de apertura del expediente en el Sistema de Gestión Procesal, término que podrá ser prorrogado excepcionalmente hasta por cuarenta y cinco (45) días adicionales; dicha prórroga deberá ser aprobada de acuerdo al criterio del Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia, y será comunicada al Intendente General Técnico en el término de tres (3) días contados a partir de su aprobación.
4. De necesitarse prórrogas adicionales a los tiempos establecidos en el numeral anterior, estas serán únicamente aprobadas por el Intendente General Técnico, y para el efecto, el Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia acompañará a la solicitud de prórroga las justificaciones correspondientes.
5. La Dirección Nacional de Estudios de Mercado evaluará que la Ayuda pública conferida cumpla con los fines que motivaron su implementación, que no se aplique de manera abusiva, y que no sea contraria al objeto de LORCPM, de conformidad con los parámetros de la guía metodológica emitida para el efecto.
6. Si la Dirección Nacional de Estudios de Mercado en su proceso de análisis evidenciare que la supuesta Ayuda Pública presuntamente no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva, o es contraria al objeto de la Ley, notificará de los hallazgos a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia para que esta solicite, a quien haya otorgado la

supuesta Ayuda Pública, que en el plazo de treinta (30) días presente los documentos necesarios que justifiquen su permanencia.

7. Una vez que haya finalizado el análisis, el Director Nacional de Estudios de Mercado entregará el Informe respectivo al Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia, en el cual estará determinado si el programa analizado constituye o no una Ayuda Pública a ser evaluada por la Superintendencia conforme lo dispuesto en la LORCPM, y de ser el caso, los resultados de la evaluación. El Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia, después de analizar técnicamente el Informe, lo aprobará o solicitará al Director Nacional de Estudios de Mercado que se ejecuten las disposiciones y cambios correspondientes, siempre que no se excedan los tiempos otorgados bajo los numerales 3 y 4 del presente artículo.
8. Una vez que el Informe haya sido aprobado por el Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia, lo remitirá al Intendente General Técnico, quien después de analizarlo técnicamente en el término máximo de treinta (30) días contados a partir de su recepción, lo aprobará, o, de ser el caso, solicitará al Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia que se ejecuten las disposiciones y cambios correspondientes en el término que, para el efecto, establezca el Intendente General Técnico.
9. El Intendente General Técnico, una vez que haya aprobado la versión final del Informe remitido por la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, en el término de tres (3) días lo enviará al Superintendente para su conocimiento, quien de ser el caso, solicitará a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia que elabore la propuesta de recomendación dirigida a la entidad responsable, conforme lo establecido en el presente Instructivo, para que, según corresponda, se inste y promueva (cuando aplique) en particular: a) La modificación de la Ayuda Pública otorgada; b) El establecimiento de condiciones; c) La supresión definitiva de la Ayuda otorgada; o, d) Las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.

6. Criterios que se deben cumplir para la configuración de una ayuda pública sujeta a evaluación en los términos del artículo 29 de la LORCPM

Previo al proceso de evaluación establecido en la Ley, la INAC revisará que la posible ayuda pública notificada cumpla con las características y requisitos establecidos en la LORCPM y su Reglamento, así como sus excepciones. Los elementos detallados más adelante se evaluarán bajo un sentido de preclusión, es decir, que se continuará con el examen del siguiente elemento únicamente cuando se haya valorado que la posible ayuda pública cumple con las características y/o condiciones del elemento previamente analizado; caso contrario, se detendrá el análisis y se determinará que la medida analizada no se configura como una ayuda pública sujeta a evaluación conforme el artículo 29 de la LORCPM.

6.1. Casos en los que las ayudas públicas serán sujetas a evaluación

El artículo 29 de la LORCPM dispone que las ayudas públicas sujetas a evaluación deberán enmarcarse en los siguientes casos:

- i. Las ayudas concedidas con el objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que las aquejen.
- ii. Las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones y grupos sociales en los que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de desempleo o subempleo;
- iii. Las ayudas para fomentar la realización de un proyecto estratégico de interés nacional o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía nacional;
- iv. Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria a lo previsto en esta Ley o al interés común;
- v. Las ayudas orientadas a impulsar la producción y transformación de alimentos, destinadas a garantizar la soberanía alimentaria y que se otorguen a pequeñas y medianas unidades de producción comunitaria y de la economía popular y solidaria;
- vi. Las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y el régimen de la competencia en contra del interés común; y,
- vii. Las demás categorías de ayudas que se establezcan mediante ley, siempre que cumplan con las características y condiciones establecidas en el Reglamento de la presente Ley, incluso cuando en la respectiva norma no se registren o identifiquen con el término de “ayuda pública”.

A su vez, el mismo artículo determina que se debe verificar que la ayuda pública no se encasille en los casos a los cuales se exceptúa la evaluación, siendo estos los siguientes:

1. Las ayudas de carácter social concedidas a un sector de consumidores, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en quién provea los bienes y servicios que se puedan adquirir con dichas ayudas;
2. Las ayudas destinadas a la garantía de derechos para personas o grupos de atención prioritaria, o que de acuerdo con la Constitución requieran de medidas de acción afirmativa; y,
3. Las ayudas destinadas a reparar los perjuicios ocasionados por fenómenos naturales, endémicos, pandémicos, o razones de seguridad o por otros acontecimientos de carácter excepcional.

¿Qué se debe evaluar en el marco de casos en los que las ayudas públicas serán sujetas a evaluación?

Conforme a lo expuesto, una vez recibida la notificación de la posible ayuda se solicitará (en caso de ser necesario) a la entidad otorgante que justifique (junto con los respectivos verificables o la información de respaldo) si dicha ayuda se enmarca en uno de los casos sujetos a evaluación, o,

en su defecto, en una excepción; posterior a la revisión de la respuesta de la entidad, la DNEM calificará si se debe continuar con los análisis subsiguientes.

6.2. Que haya sido otorgada por el Estado mediante la utilización de recursos públicos ¹⁶

Conforme señala el artículo 29 de la LORCPM, las ayudas públicas, entre otras consideraciones, son aquellas “[...] otorgadas por el Estado mediante la **utilización de recursos públicos**, bajo cualquier forma [...]”.¹⁷ Por ende, la ayuda debe “[...] constituir un beneficio económico o cuantificable económicamente, es decir, no es necesaria la existencia de un beneficio positivo, sino también la liberación de una carga (como pago diferido de impuestos, beneficios fiscales, etc.)”.¹⁸ En línea con lo anterior, se entiende por recursos públicos lo siguiente:

[...] todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales [...].¹⁹

Asimismo, se debe considerar el concepto de gasto tributario, es decir, aquel que origina beneficios para los contribuyentes, y que al mismo tiempo disminuye la capacidad recaudatoria del Estado.²⁰ Conforme a la Actualización de metodología de estimación del Gasto Tributario del Servicio de Rentas Internas (SRI), en este rubro se “[...] presenta estimaciones por incentivos y beneficios en el impuesto al valor agregado (IVA), impuesto a la renta de personas naturales y sociedades, impuesto a la propiedad de vehículos, impuesto a los consumos especiales, entre otros [...]”;²¹ la Metodología referida además señala que:

El método empleado [para la determinación del gasto tributario] se denomina pérdida de ingresos, entendido como el monto de ingresos tributarios que deja de percibir el Estado por la existencia de una disposición legal particular que establece un incentivo o beneficio. Este método calcula de manera ex post la pérdida de recaudación producto de mantener las exoneraciones, rebajas, deducciones y demás beneficios e incentivos tributarios.²²

¹⁶ El artículo 29 de la LORCPM establece que se considerará como ayudas públicas sujetas a evaluación únicamente las que sean otorgadas mediante la utilización de recursos públicos; si bien a la fecha de emisión de la presente Guía existiría discordancia respecto de este parámetro entre la LORCPM y su Reglamento, prevalecerá lo dispuesto en la Ley.

¹⁷ Énfasis añadido.

¹⁸ Bárbara Eva Fuertes González, “Las ayudas de Estado”, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 173, <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/401/NOTA.pdf>

¹⁹ Ecuador, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002, art. 3.

²⁰ SRI, Actualización de metodología de estimación del Gasto Tributario, octubre 2023.

²¹ Ibíd.

²² Ibíd.

Adicionalmente, siendo que las ayudas son otorgadas por el Estado, se considerará que los recursos pueden provenir de cualquiera de los niveles de administración territorial o institucional, ya sean las regionales, provinciales o descentralizadas.

¿Qué se debe evaluar en el marco de utilización de recursos públicos?

Conforme lo expuesto, la SCE verificará que la política pública notificada utilice recursos públicos en alguna de las modalidades anteriormente expuestas, y que estos sean conferidos por el Estado; de ser así, se entenderá que la misma cumple con las características y requisitos evaluados en esta sección.

6.3. Que supere el umbral del minimis

La SCE valorará que la posible ayuda pública supere el umbral del minimis, el cual, conforme a la Disposición Segunda Transitoria del Reglamento a la LORCPM, establece que para efectos de evaluación y control de las ayudas públicas se considerarán todas aquellas ayudas que fueran otorgadas por un monto que sea superior a los USD 500.000, hasta que se especifique el monto de minimis por parte de la Junta de Regulación de Control de Poder de Mercado. Cabe anotar que la actual definición del umbral del minimis no precisa, por ejemplo, los siguientes puntos: i) si el valor asignado se debe tomar en cuenta por operador económico o por el conjunto de operadores que reciben la ayuda; ii) si existe un límite temporal para la definición del monto asignado; o, iii) si los montos asignados a un mismo operador o sector son acumulables a pesar de que provengan de diferentes entidades del Estado.

¿Qué se debe evaluar en el marco del umbral del minimis?

La SCE, hasta la emisión del criterio del minimis por parte de la Junta de Regulación, procederá con la evaluación de las ayudas públicas que en cualquier sentido superen los USD 500.000.

6.4. Carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores²³

Se entenderá al carácter selectivo como el resultado de seleccionar a uno o varios operadores económicos o sectores en virtud de un conjunto de cualidades o circunstancias propias de los mismos que las distingue de los demás.

De esta manera, las ayudas públicas conciernen un otorgamiento selectivo y determinado a uno o varios operadores económicos o sectores, es decir, existen criterios objetivos que hacen procedente el otorgamiento de las ayudas a un grupo específico de beneficiarios; por ende no se cumplirá con esta cualidad si la respectiva política o acción pública es de alcance general, entendiéndose, por tal, aquella que se aplican a todos los operadores o sectores económicos del país.²⁴

²³ Si bien existe discordancia de redacción entre lo establecido en la LORCPM y en su Reglamento, se puede entender que un sector económico es el conjunto de actividades económicas; por tanto, la conceptualización entre lo que es un sector y una actividad no son plenamente opuestas.

²⁴ Fuertes, “Las ayudas de Estado”, 174.

¿Qué se debe evaluar en el marco de carácter selectivo?

Para la verificación de este criterio la SCE identificará si la posible ayuda establece requisitos o condiciones para su concesión con base en quién las recibe; en caso de que esto se cumpla, se entenderá que la posible ayuda tiene un carácter selectivo.

6.5. Que suponga o pueda suponer una ventaja económica para uno o varios operadores económicos.

Se entenderá que las ayudas públicas supondrán una ventaja económica cuando ubiquen al beneficiario (operadores económicos) en una situación económica superior en comparación a su situación anterior a la concesión de la ayuda, y que no lo hubiera conseguido en condiciones normales de mercado.

Conforme con la Comisión Europea, “[s]iempre que la situación financiera de una empresa mejore como resultado de la intervención estatal en otros términos que las condiciones normales de mercado, hay una ventaja”;²⁵ al igual que en el criterio anterior, no únicamente podrán suponer ventajas la concesión de ventajas económicas positivas, sino que se considerará también la liberación de cargas económicas.

Para la verificación del cumplimiento de este parámetro, se podrá comparar la situación financiera de la empresa a partir del otorgamiento de la ayuda con su situación financiera anterior o con aquella en que no se hubiera recibido la medida; entre otras metodologías que se pueden usar en el análisis están:

- i. La prueba del operador en una economía de mercado (OEM): esta metodología evalúa si las transacciones realizadas por el Estado se producen en condiciones normales de mercado, o en su defecto, implican la concesión de una ventaja al operador que las recibe. Para la evaluación de este criterio se deberá observar si “en circunstancias similares, un inversor privado de un tamaño comparable que opere en condiciones normales de una economía de mercado, podría haber sido inducido a realizar la inversión en cuestión”;²⁶ similar criterio se aplica en el caso de que el Estado sea el acreedor o vendedor;
- ii. Evaluaciones comparativas: en este caso se comparan las condiciones establecidas en el otorgamiento de la ayuda por el Estado con las condiciones que otros operadores hayan obtenido en una operación similar a nivel privado, y se valora si la ayuda se estaría otorgando acorde a las condiciones del mercado o, en su defecto, si genera una ventaja al receptor; y,
- iii. Otras metodologías: entre otros métodos, para el caso de inversiones así como reducción de carga se puede evaluar las tasas de rentabilidad de las inversiones (TIR, VAN, etc.) con el objeto de determinar si las tasas establecidas en la política pública se ajusta a las condiciones

²⁵ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2016.

²⁶ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2016.

de mercado comúnmente aceptados. En el caso de que el Estado actúe como acreedor se podrá valorar, bajo el mismo principio, las garantías solicitadas así como las tasas otorgadas; y, para el caso en el que el Estado actúe como vendedor, se podrán considerar las valoraciones de expertos sobre los bienes comercializados.

¿Qué se debe evaluar en el marco de ventaja económica?

La SCE evaluará que la situación financiera del operador o sector económico mejore como resultado de la intervención del Estado y no dentro de condiciones normales de mercado; en el caso de que este criterio se cumpla, se establecerá que hay una ventaja económica a favor del operador o sector por la recepción de la posible ayuda pública.

6.6. Que falseen o amenacen con falsear la competencia

El análisis del requisito del falseamiento de la competencia se efectúa teniéndose en cuenta la premisa de que este concepto guarda relación con la afectación del interés público relacionado (para el caso español) al “[...] interés general de la sociedad en el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado”;²⁷ para el caso ecuatoriano, debe considerarse, entre otros, el interés del Estado de asegurar “[...] la transparencia y eficiencia en los mercados y [fomentar] la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades”.²⁸

En este sentido, en el presente análisis se pretende establecer o descartar indicios razonables de un potencial falseamiento al régimen de competencia producto de la ventaja económica otorgada al recipiente, en virtud de que puede mejorar la posición competitiva del beneficiario frente a otras empresas con las que compite, afectándose a un sector en el que habría o podría haber competencia;²⁹ para el efecto, se analizarán los posibles efectos negativos que derivan de la implementación de una ayuda de este tipo en la transparencia, eficiencia y/o correcto funcionamiento del mercado, o en la competencia en sí misma.³⁰

Conforme con la Comisión Europea, “[e]n términos de efectos negativos, las ayudas públicas pueden dar lugar a dos escenarios contrafactuales de falseamientos de la competencia [...],

²⁷ Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2013) Notas de Competencia. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Madrid-España.

²⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre 2008, art 336.

²⁹ Comisión Europea (2016). Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01).

³⁰ Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Suplemento del Registro Oficial No. 555, 13 de Octubre 2011 (Suplemento del Registro Oficial 311, 16-V-2023), artículo 3, Primacía de la realidad: “Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará, acorde con la realidad, la naturaleza de las actuaciones y conductas investigadas, y si estas tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios [...]. [énfasis y subrayado añadido]”

siendo estos los falseamientos en los mercados de producto y los efectos de localización”.³¹ Ambos tipos pueden dar lugar a ineficiencias de asignación (y consecuentemente socavar el resultado económico del mercado), y a problemas de distribución de la actividad económica entre las diferentes zonas geográficas (este último podría darse únicamente cuando la ayuda se encuentre enfocada a una zona específica). A continuación se describen los mismos.

Escenario 1: Falseamiento de la competencia en los mercados de producto

Las ayudas públicas podrían falsear a la competencia en los mercados de producto en las siguientes dimensiones:³²

- La eficiencia asignativa “[...] se refiere a la propiedad de que los recursos fluyan allá donde su contribución al bienestar es máxima”.³³ En virtud de que ayudas públicas tienen la potencialidad de incidir en las conductas de los beneficiarios, y por tanto afectar sus decisiones, estas ayudas podrían alterar los flujos de comercio e inversión, distorsionando los precios de mercado e incluso influyendo en las decisiones de las empresas u operadores económicos sobre qué producir y vender. A su vez, las ayudas públicas podrían impedir que el mercado produzca resultados eficientes, limitando que se premie a los productores más eficientes y ejercer presión sobre aquellos menos eficientes; asimismo podría elevar las restricciones de aquellos operadores o sectores que no fueron beneficiados, o, entre otros, crear o mantener el exceso de capacidad o trasladar recursos a sectores en declive.
- La eficiencia productiva “[...] se refiere a la propiedad de que las empresas produzcan con la mejor tecnología al mínimo coste”.³⁴ Esta eficiencia se vería afectada negativamente debido a los menores incentivos para minimizar costes que supone la recepción de ayudas públicas (problema denominado también “restricción presupuestaria blanda”),³⁵ lo cual es especialmente perjudicial si la ayuda se percibe como permanente, renovable automáticamente y defensiva (es decir, que tiene como fin proteger a las empresas existentes, evitando su cierre, destrucción de empleo, entre otras). Adicionalmente, si por efecto de la ayuda la competencia se resiente y las empresas beneficiarias incrementan su poder de mercado, ante la falta de presiones competitivas, se desincentiva la minimización de costes (este efecto se conoce también como “ineficiencia-x”). En consecuencia las ayudas públicas podrían dar lugar a estructuras de mercado ineficientes que perjudiquen a los consumidores; es decir, existiría falta de incentivos a las reformas y las mejoras en la calidad, la capacidad de incrementar la productividad, reducciones de precios y la diversificación de la gama de bienes y servicios que se ofrecen.

³¹ Comisión Europea (2021). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional.

³² PRO/CNMC/001/16 Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, 9 de junio de 2016, pág. 17. https://www.cnmc.es/sites/default/files/1883905_13.pdf

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ PRO/CNMC/001/16 Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, 9 de junio de 2016, pág. 17. https://www.cnmc.es/sites/default/files/1883905_13.pdf

- Finalmente, la eficiencia dinámica, que “[s]e refiere a la propiedad de que el propio sistema económico suministre los incentivos a los agentes para comportarse de manera óptima, de forma que la eficiencia asignativa y la productiva se logran de manera continua”,³⁶ se vería perjudicada si las empresas empiezan a dedicar una considerable cantidad de recursos a la búsqueda de ayudas públicas o incluso en hacer una labor de lobby, en lugar de invertir en factores fortalecedores de una hipotética ventaja competitiva resultante, por ejemplo, de la investigación y el desarrollo, la inversión o la calidad.

Escenario 2: Falseamiento a la competencia por los efectos de localización

Los efectos de localización se refiere a aquellos que influyen en las decisiones de los operadores económicos o sectores sobre dónde producir y vender, pudiéndose afectar la ubicación de la actividad económica y distorsionar, entre otros, sus precios de mercado, cantidades producidas, o niveles de inversión; en estos casos las ayudas podrían ocasionar pérdidas de actividad económica y de empleos en las zonas geográficas no beneficiadas por la ayuda pública. A su vez podrían originar cambios en la estructura del mercado, actividades económicas o en las características de un sector o región. En este concepto se aborda la probabilidad de que las ayudas causen que una región atraiga inversión gracias a esa una ayuda mientras otra región podría perder esa oportunidad. Se debe precisar que el análisis de las eficiencias detalladas en el escenario 1 también resulta aplicable para este escenario.

6.6.1. Consideraciones para evaluar si una ayuda pública podría falsear o amenazar con falsear la competencia

Para identificar o descartar indicios razonables respecto de que una ayuda pública podría falsear o amenazar con falsear la competencia, se evaluará la posibilidad (o al menos que potencialmente se incremente la posibilidad) de que se generen ineficiencias u otras distorsiones en los posibles mercados afectados; en este sentido, considerando que la LORCPM no establece la obligatoriedad de definición de mercado relevante para casos que no corresponden a conductas investigadas, con el objeto de tener un marco de referencia sobre los efectos o resultados de una posible ayuda pública, se deberá, en lo mínimo, establecer las características del producto sobre el cual se aplica la ayuda pública, los posibles sustitutos, los operadores económicos beneficiados y competidores (incluso potenciales), los proxys de cuotas de participación o posible posición de mercado y las posibles barreras de entrada y alcance geográfico.

En función del análisis de mercado descrito en el párrafo anterior, se analizarán los siguientes factores y características del mercado (siendo este un listado no exhaustivo), y si en función de estos la aplicación de la ayuda facilitaría o limitaría la posibilidad de ocurrencia del falseamiento.³⁷

Estructura mercado: este criterio es relevante debido a que entre mayor sea el número de empresas en el mercado, menores podrían ser las preocupaciones sobre la existencia de un poder

³⁶ Ibid.

³⁷ Comisión Europea (2021). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional (2021/C 153/01).

de mercado significativo por parte de uno o varios operadores económicos. En el análisis también se considerará los proxys de las cuotas de mercado, debido a que, conforme su distribución, se podría valorar los posibles riesgos en los niveles de competencia del mercado previo y posterior a la implementación de la ayuda; no obstante, sin perjuicio de lo antedicho, el hecho de que se observe un menor número de empresas no necesariamente es negativo para la competencia, sino que dependerá más bien de la magnitud de las barreras a la entrada, cuotas de mercado y, potencialmente, de la presencia de competencia efectiva en el mercado.^{38 39 40}

Tamaño de las empresas beneficiarias: se considerará si el tamaño de las empresas beneficiadas podría de algún modo provocar alguna de las ineficiencias antedichas, así como si la ayuda se otorgó a empresas con capacidad de afectar significativamente a la competencia.⁴¹ Por ejemplo, el otorgamiento de la ayuda podría incrementar el exceso de capacidad o poder de mercado, dependiendo de las empresas beneficiarias.

Concentración del mercado: se analizará si la ayuda otorgada puede modificar la estructura de la concentración de la producción del sector. Para el efecto, se medirá el grado de concentración de las ventas, la capacidad productiva y/u otra variable disponible de las empresas en el mercado previo al otorgamiento y los posibles cambios en la producción producto de la ayuda. Algunas de las medidas a utilizar son los índices de concentración de Herfindahl Hirschmann (IHH) e Índice de Dominancia.

Barreras a la entrada: evaluar la magnitud de las barreras a la entrada es importante pues proporciona una perspectiva del grado de competencia potencial que pueden enfrentar las empresas que ya participan en el mercado. Si las barreras a la entrada son altas, las empresas participantes podrían tener una menor presión competitiva, elevar precios y gozar de mayores utilidades sin temer que las nuevas entradas de empresas al mercado erosionen sus ganancias. Puesto de otro modo, cuando las barreras a la entrada son menores, existe un mayor potencial de competencia, lo que tiene un impacto disciplinante sobre las empresas que ya participan en el mercado, limitando su ejercicio del poder de mercado. A su vez, se debe considerar si la ayuda impone limitaciones adicionales que pueda causar un daño importante a la competencia (por ejemplo, si producto de la ayuda se genera infraestructura en beneficio de un grupo de operadores que incremente el costo inicial de inversión de potenciales competidores en el mercado).⁴²

³⁸ Un conteo de todas las empresas en el mercado, en caso de que no sea posible realizar un conteo completo, deberán identificarse por lo menos los principales representantes del mercado.

³⁹ Herramientas para la evaluación de la competencia, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2011.

⁴⁰ La competencia efectiva es equivalente a concluir que ningún operador disfruta individual o conjuntamente de una posición dominante en un mercado (Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas)

⁴¹ Distribución de las empresas en el mercado por tamaño: pequeños, medianos y grandes depende del monto de los ingresos.

⁴² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). "Herramientas para la Evaluación de la Competencia" II, 2011. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>

Plazos y renovación de la ayuda pública: se revisarán los plazos de otorgamiento y formas de renovación de la ayuda pública y su justificación, debido a que si la ayuda pública se percibe como permanente, renovable automáticamente y defensiva, podría tener el potencial de generar daños significativos a los mercados. Entre los efectos negativos de estas condiciones en las ayudas se tiene la disminución de los incentivos a las reformas y las mejoras en la calidad, o de incrementar la productividad.

Innovación: las ayudas que no promuevan la innovación en los mercados u obstaculicen las actividades innovadoras pueden limitar resultados deseables de la libre competencia como: aumentos en la eficiencia de la producción; menores precios para el consumidor; mejoras en la calidad de los productos; o, mayor variedad de productos. En situaciones en las que la ayuda pública es de carácter “prescriptiva” (es decir, que instruye a las empresas sobre lo que deben hacer más que sobre el resultado que deben lograr) existe una gran probabilidad de que tenga un impacto negativo sobre la innovación.

Exceso de capacidad: se considerará la capacidad de la empresa o industria que no está siendo utilizada en la producción, esto, por cuanto la creación o el mantenimiento del exceso de capacidad, al incrementar los costos fijos, podría comprimir los márgenes de beneficio o reducir las inversiones de los competidores, o incluso, provocar la salida de estos del mercado.

Desplazamiento geográfico de la actividad económica: se revisará si la ayuda podría causar problemas de distribución de las actividades económicas entre diferentes zonas geográficas, debido a que si la ayuda altera el nivel de dichas actividades en una región, se posibilitaría que se originen cambios en la estructura del mercado o que una zona atraiga inversión gracias a esa ayuda mientras que otra podría perder esa oportunidad.

¿Qué se debe evaluar en el marco del efecto falseador de la competencia?

En este elemento la DNEM analizará la potencialidad de las ayudas públicas para afectar a las eficiencias anteriormente descritas, es decir, entre otras, crear o mantener el exceso de capacidad productiva, trasladar recursos a sectores en declive, generar menores incentivos para minimizar costes o incrementar el poder de mercado. Así también, se considerará si las ayudas públicas podrían crear incentivos artificiales en aquellas zonas geográficas beneficiadas, lo que podría restringir que las economías regionales o locales de otras zonas se adapten con rapidez a los cambios en los mercados; también se puede evaluar si estas podrían generar exceso de capacidad productiva en las zonas beneficiarias.

Para el efecto, se considerará un método basado en calificaciones internas, mismo que tiene como fin identificar o descartar los indicios razonables respecto del posible falseamiento a la competencia (de *producto* o *efectos de localización*) en el marco de una ayuda pública. El esquema de calificaciones internas (que se explica a detalle más adelante) calcula los componentes del riesgo de una determinada operación y cuantifica la posibilidad del cometimiento del criterio frente a otros factores dentro de la ayuda otorgada; estos cálculos deberán ser realizados mediante la utilización de información proporcionada por la entidad

pública debidamente validada y contrastada, y demás información requerida o levantada por la SCE.

Caja Nro. 1: Ejemplo de evaluación del factor *estructura de mercado*

Los factores a analizar se establecerán conforme la naturaleza de la ayuda pública y la evaluación de cada uno de ellos dependerá de las características del mismo. A modo de ejemplo, a continuación se presenta una *posible* propuesta de evaluación para el factor *estructura de mercado*, basado en un análisis gráfico de tendencia dentro de un plano cartesiano que considera el *número de empresas* y las *cuotas de mercado* de los competidores relacionados; esta gráfica tiene como fin entender el comportamiento del factor a raíz de la implementación de la ayuda pública y la potencialidad de que la competencia resulte afectada. La posibilidad de aumento o disminución del riesgo se establecerá en función del cuadrante del plano cartesiano en el cual se ubique la **variación** del factor analizado, con base en las situaciones *previa* y *posterior* a la aplicación de la ayuda, la cual será adaptada según la información histórica y la probabilidad de ocurrencia; consecuentemente, el nivel de riesgo de falseamiento de la competencia del cuadrante en el que se ubicó la variación del factor se definirá en virtud de la doctrina de derecho de competencia. Así, en el caso de que una ayuda potencialmente pueda generar el incremento de empresas en el mercado y de que en general se reduzcan las cuotas de participación de los competidores, el resultado de variación se señalaría en el **Q IV**, posterior a lo cual, conforme el respectivo análisis de competencia, se deduciría la posibilidad de que la ayuda aumente o disminuya el riesgo de falseamiento a la competencia.

Q II: (-, +) - número de empresas / + cuota de mercado	Q I: (+, +) + número de empresas / + cuota de mercado
Q III: (-, -) - número de empresas / - cuota de mercado	Q IV: (+, -) + número de empresas / - cuota de mercado

Conforme el comportamiento del factor en virtud de la ayuda pública, se evaluará la probabilidad de provocar alguno de los falseamientos anteriormente descritos, y el resultado se plasmará en la matriz de decisión que se muestra más adelante, en la cual se asignará un “**SI**” o “**No**” según el análisis del factor; este sistema de valoración tiene como fin proporcionar un ordenado proceso que responderá al análisis de cada factor o consideración propia de la ayuda pública. Asimismo, la valoración permitirá balancear (en puntuaciones) los posibles indicios tanto de un falseamiento al régimen de competencia de parte de la ayuda analizada como de los efectos positivos (o neutrales) que la respectiva medida podría tener en el correcto funcionamiento del mercado; en

otras palabras, el resultado (neto) de la matriz de decisión procura exponer si la ayuda pública genera más efectos positivos que negativos (o neutrales) en el mercado y/o en la competencia, o viceversa.

De esta forma, el resultado de la valoración dependerá del número de factores considerados dentro de la ayuda pública. En el caso de que los factores puntuados con “**Sí**” superen a los “**No**”, se considerará que la ayuda tiene altas posibilidades de falsear o amenaza con falsear la competencia, por lo que la Superintendencia procederá con su evaluación conforme la LORCPM; en el caso contrario (es decir, que los “**No**” superen a los “**Sí**”), se podría inferir que los efectos positivos (o neutrales) de la medida son mayores a los negativos, por lo que se podría considerar no seguir con la evaluación de la política correspondiente.

Matriz de decisión – Falseamiento a la competencia

Factores	¿Existe la posibilidad de que se genere o potencialmente se incremente la posibilidad de que se genere el falseamiento?							
	Falseamiento a la competencia en los mercados de producto				Falseamiento a la competencia por los efectos de localización			
	Sí	No	N/A	Tipo de eficiencia o distorsión	Sí	No	N/A	Tipo de eficiencia o distorsión
Estructura de mercado								
Tamaño de las empresas beneficiarias								
Concentración de la producción								
Barreras a la entrada								
Plazos de la ayuda pública								
Renovación de la ayuda pública								
Innovación								
Exceso de capacidad								
Desplazamiento geográfico de la actividad económica								
Otros (en caso de aplicar)								

Fuente y elaboración: Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia

6.7. Configuración de una ayuda pública sujeta a evaluación conforme el artículo 29 de la LORCPM

Con base en las verificaciones de los elementos expuestos, se determinará si la política pública notificada configura una ayuda pública sujeta a evaluación en los términos establecidos en la LORCPM y su Reglamento, es decir, si supera los criterios en su conjunto y no se encuentra enmarcada en alguna de las excepciones previstas en la normativa; en este caso, la INAC continuará con el proceso de análisis. Para el caso de que la política pública notificada no cumpla con los criterios referidos en esta sección, la INAC no proseguirá con su evaluación; sin embargo, emitirá un informe preliminar motivando el por qué se descarta la evaluación de la medida en cuestión.

7. Metodología y parámetros a considerar para la evaluación de ayudas públicas

En las secciones siguientes se detallan los procedimientos establecidos para el análisis de las ayudas públicas que han sido determinadas como sujetas de evaluación. Conforme la legislación de competencia vigente, así como a las facultades que tiene la SCE sobre las ayudas públicas, se han establecido tres (3) parámetros para la evaluación de las mismas.⁴³ Cada parámetro supone una perspectiva diferente a través de la cual se puede analizar la intervención estatal, y en conjunto ofrecen un panorama más completo de la referida intervención y sus posibles riesgos en la competencia.

Parámetro I.- “Cumple el fin para la cual se otorgó”: Se plantea como el punto de partida de la evaluación de la ayuda pública; para su evaluación se considerará, principalmente, la información proporcionada por la entidad otorgante (notificación de la ayuda pública). El análisis se realizará bajo los principios de la idoneidad, pertinencia y cumplimiento en sentido estricto.⁴⁴

Parámetro II.- “Se aplica de manera abusiva”: Se plantea un análisis de la actuación de la administración pública como parte de sus competencias y del debido y apropiado uso de los recursos en el marco de la ayuda. El análisis se lo realizará en el marco de los principios de la legalidad, proporcionalidad en sentido estricto y uso adecuado de los recursos.

Parámetro III.- “es contraria al objeto de la Ley [LORCPM]”: El análisis de este parámetro centralmente evaluará la potencialidad de la ayuda pública para incrementar el riesgo de que se configure una conducta anticompetitiva en el mercado.

Se debe indicar que es necesaria la evaluación de los tres (3) parámetros de forma independiente, debido a que cada parámetro tiene su propia valoración y no depende del resultado del anterior o posterior parámetro.

La INAC de forma discrecional pero técnicamente justificada podrá decidir el parámetro con el cual iniciará la evaluación; asimismo, en caso de que un parámetro no supere la evaluación, se tendrá la potestad decidir si se continúa o no con el análisis del resto de parámetros.

Si la ayuda pública no superare el análisis de alguno de los parámetros, es decir, si se comprobare que una ayuda otorgada por el Estado no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplicare de manera abusiva, o fuere contraria al objeto de la LORCPM, la INAC emitirá un informe motivado que servirá de base para instar y promover su supresión o modificación dentro del plazo que determine la SCE.

⁴³ Según la RAE, se define como parámetro: dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación.

⁴⁴ Los parámetros de idoneidad, pertinencia y cumplimiento en sentido estricto se explicaran más adelante.

7.1. Parámetro I. Cumplimiento del fin para el cual se otorgó la ayuda pública

La evaluación de este parámetro se podrá efectuar con base en la información proporcionada por la entidad otorgante⁴⁵ así como la recabada por la SCE, pudiendo esta ser, entre otros, informes técnicos o plan de negocios del beneficiario de la ayuda, donde se evidencie la situación de inicio, diagnóstico o partida, el objeto, metas e indicadores de las proyecciones o perspectivas a alcanzar en función del otorgamiento de las ayudas públicas, como por ejemplo: número de empleos que se van a crear, el volumen de adquisición a productores locales, incrementos en la producción, el volumen de negocios generado por la inversión y su posible beneficio para la región en forma de incremento de los ingresos fiscales.

Si bien el Estado tiene amplias facultades para el otorgamiento de ayudas públicas, dada la capacidad distorsionadora que podría tener su implementación en los mercados, resulta fundamental que la misma no vaya más allá de lo imprescindible para conseguir los fines para los cuales fueron creadas. En esta línea, el análisis respectivo sobre si la intervención estatal cumple con el fin para el cual se otorgó se realizará bajo los principios de idoneidad, pertinencia y cumplimiento en sentido estricto (según el caso); por ende, se evaluará si la ayuda cumple estos principios para la consecución de las metas trazadas y de los objetivos planteados. Cabe resaltar que la comprobación de la relación entre medio y fin de la ayuda pública puede considerar diversos aspectos cuantitativos, cualitativos, o probabilísticos, varios de los cuales se detallan a lo largo de la presente sección.

- ***Análisis de idoneidad***

La valoración de la idoneidad de la medida se centra en analizar el fin de la misma y el medio que se utiliza para alcanzarlo. Para determinar el fin de la medida es indispensable la descripción del estado de inicio o diagnóstico de la situación de partida de los operadores económicos o sectores que serán beneficiados con la ayuda, y el estado de llegada o final, esto es, el fin que se persigue y los resultados que se quieren alcanzar.⁴⁶ El principal punto del examen de idoneidad es la comprobación de la existencia de relación entre medio y fin, implementado por la ayuda pública.⁴⁷ Una ayuda pública será idónea cuando se acredite la existencia de la relación entre el objetivo identificado y el medio propuesto.

- ***Análisis de pertinencia***

El análisis de pertinencia, por su parte, valora el grado en que las metas establecidas y el diseño de la intervención de la ayuda pública, a más de responder al cumplimiento de los

⁴⁵ Art. 30.- Notificación de ayudas públicas.- Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo 29 de la presente Ley serán notificadas por las entidades públicas que otorgaron dichas ayudas, a la Superintendencia de Competencia Económica en el término de quince días de haber sido otorgadas o establecidas [...].

⁴⁶ Pedro Torres Estrada, “El principio de proporcionalidad y la política pública”, Revista Europea de Derechos Fundamentales Nº 28 (2015), 230-231.

⁴⁷ Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas. Superintendencia de Competencia Económica, 2020.

objetivos trazados, se ha establecido de forma que permita llegar a los beneficiarios objetivos en el momento oportuno⁴⁸ y sea adecuada al momento y contexto en el que se otorga.

El diseño de la intervención deberá reconocer si los objetivos planteados son adecuados a las circunstancias económicas, sociales, ambientales y/o culturales, por los que hace necesario que los objetivos sean reales, posibles y medibles. Además, se deberá mantener la congruencia y pertinencia para llegar a los beneficiarios y usuarios, es decir, los beneficiarios deberán cumplir con los requisitos mínimos aptos para ser beneficiarios de una ayuda pública.

- ***Análisis de cumplimiento en sentido estricto***

El análisis de cumplimiento en sentido estricto, de otra parte, se efectuará para aquellas ayudas que se encuentren vigentes en el mercado por un periodo de tiempo que permita en la práctica medir sus resultados (la temporalidad se evaluará conforme las metas y objetivos planteados en el acto administrativo por el cual se otorgó la ayuda). Para valorar este factor se observará el grado real de cumplimiento de las metas establecidas y de los objetivos trazados; los respaldos del cumplimiento de las respectivas metas y objetivos se solicitarán a la entidad otorgante, quien deberá proporcionar la información adecuada, veraz y oportuna para la validación de este parámetro. En caso de que la entidad no proporcione los respaldos se presumirá el incumplimiento.

Cabe anotar que en el supuesto que las metas u objetivos no se hubieran cumplido, se solicitará las justificaciones del incumplimiento para su valoración.

En el análisis del Parámetro I se considerarán algunas técnicas e indicadores que permitan medir, observar y proyectar algunas características específicas que pueden ser utilizadas para mostrar los cambios o progresos que pudiera darse producto de la intervención estatal hacia el logro de un resultado esperado en el marco de la ayuda otorgada. Algunos de los indicadores que podrían utilizarse (dependiendo de los objetivos de las ayudas públicas) son los siguientes:

Indicadores directos e indirectos.- estos indicadores permiten una valoración cuantitativa de los objetivos de la ayuda y su cumplimiento. Así, por ejemplo, para el caso que una ayuda tenga como objetivo la generación de empleos, se podrá aplicar indicadores de empleos directos e indirectos creados;⁴⁹ así también se podrá considerar la calidad y la durabilidad de

⁴⁸ En la evaluación del Parámetro I no se analizará la consecución de los objetivos según el criterio de eficacia, debido a que este criterio responde al progreso hacia los objetivos a lo largo de la cadena de resultados o trayectoria causal. Además, en términos de eficacia tendría que adaptarse y responder a circunstancias complejas o cambiantes durante la ayuda pública.

⁴⁹ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Unidad de Integración Económica de la División de Comercio Internacional e Integración. Estimación del empleo directo e indirecto asociado a las exportaciones del Ecuador a la Unión Europea, 2016. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40853/1/S1601173_es.pdf

los empleos creados⁵⁰ y el nivel de formación requerido.⁵¹ En el caso planteado se podría evaluar al número de empleos directos e indirectos creados por la inversión derivada de una ayuda pública como un indicador de la contribución al desarrollo regional.

Las tasas de entrada.- para el caso que la ayuda tuviera entre sus objetivos incrementar los operadores en cierto sector, se podría aplicar la tasa de entrada, misma que se calcula dividiendo el número de nuevas empresas en cada año por el número total de empresas activas en ese año. Esta medida permitirá comparar el crecimiento en número de empresas del mercado una vez aplicada la ayuda pública.⁵²

La tasa de salida.- en el caso que la ayuda estableciera entre sus objetivos evitar la salida de los operadores en el mercado, uno de los indicadores que se podría utilizar es la tasa de salida. Este indicador mide el número de empresas que salen del mercado en relación con el número total de empresas activas en el mercado, proporcionando un proxy del comportamiento de los operadores en el mercado.⁵³

Los indicadores de ganancias.- para el caso de ayudas públicas que persigan incrementar la rentabilidad de los operadores de cierto sector o actividad económica se podrán utilizar indicadores que permiten medir si es que una firma obtiene retornos atípicos o deseados en un periodo prolongado de tiempo. Para el efecto, se podrán utilizar, entre otros: la Tasa Interna de Rentabilidad (TIR) o la rentabilidad media de los fondos invertidos (ROCE)⁵⁴ y Valor Actual Neto del proyecto (VAN).⁵⁵

Estos indicadores se analizan debido a que altos beneficios podrían indicar bajos niveles de competencia, pero también puede significar que la empresa es eficiente o se beneficia de innovación pasada.

Cuando no se pueda aplicar técnicas cuantitativas de evaluación, el análisis de los principios antes referidos se realizará en virtud de la información disponible.

⁵⁰ Creación de empleo: aumento neto del número de empleados en el establecimiento en cuestión en comparación con la media de los doce meses anteriores tras deducirse del número de puestos de trabajo creados los puestos suprimidos en ese período, expresados en unidades de trabajo anuales;

⁵¹ Se recomienda usar las diferentes metodologías con componentes de empleo del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2023/Abril/202304_Boletin_empleo.pdf

⁵² Methodologies to measure market competition, 2021.

⁵³ Ibíd.

⁵⁴ Es el porcentaje de beneficio o pérdida que conllevará cualquier inversión. Esta medida ayudará a conocer cuál es la rentabilidad relativa, expresada a través de un porcentaje de la ayuda pública.

⁵⁵ Es un criterio de inversión que consiste en actualizar los cobros y pagos de un proyecto o inversión para conocer cuánto se va a ganar o perder con esa inversión.

Síntesis de la evaluación del Parámetro I

A continuación se ejemplifica una matriz de decisión del Parámetro I, la cual se basará en el análisis de los principios antes descritos. Los criterios se modificarán o adaptarán según la naturaleza de la ayuda pública:

Matriz de decisión – Parámetro I

Objeto de la ayuda pública				
Caso en el que se enmarca la ayuda conforme al artículo 29 de la LORCPM				
Entidad otorgante				
Idoneidad				
Objetivos de la ayuda pública	Medio para alcanzar el fin	Meta trazada	Indicador	Relación (Sí /NO)
Incrementar empleos directos	Exoneración de impuestos a operadores que creen 1000 empleos	1000	Número de empleos generados	Sí
Pertinencia				
Objetivos de la ayuda pública	Beneficiarios objetivos	Indicador	Permite llegar al público objetivo de forma oportuna (Sí / NO)	Está adecuado al contexto y momento en el que se emitió (Sí / NO)
Incrementar empleos directos				
Cumplimiento en sentido estricto (cuando aplique)				
Objetivos de la ayuda pública	Meta trazada	Temporalidad de cumplimiento	Alcanzo el objetivo (Sí / NO)	Lo alcanzó en la temporalidad planificada (Sí / NO)
Incrementar empleos directos				

Fuente y elaboración: Dirección Nacional de Estudios de Mercado

Con base en la matriz de decisión, se valorará si la ayuda pública cumple con el fin para el que fue otorgada. En el caso que la valoración de la idoneidad defina que la medida y el medio que se va a utilizar para alcanzar los objetivos planteados NO tienen relación, o de que la medida de pertinencia evidencie que las metas establecidas en el diseño de la intervención de la ayuda pública NO permiten llegar adecuadamente a los beneficiarios en el tiempo oportuno, o de que (según el caso) el parámetro de cumplimiento en sentido estricto señale que NO se han cumplido con las metas establecidas, se considerará que la ayuda pública no cumple con el **fin para la cual se otorgó**; en este caso se evaluará la pertinencia de continuar o no el análisis del resto de parámetros. Por el contrario, si el resultado del parámetro determinase que la ayuda cumple con el fin para el cual se otorgó, la INAC continuará con la evaluación del segundo parámetro.

7.2. Parámetro II. Se aplica de manera abusiva

Que se aplique de manera abusiva se entenderá como el “uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien”;⁵⁶ por ende, para la evaluación de este parámetro se analizará si la aplicación de la ayuda fue desmedida de forma injustificada o irrazonable en términos de legalidad o proporcionalidad, conforme a los principios que se describen en la presente sección (legalidad, uso adecuado de los recursos y proporcionalidad en sentido estricto).

- ***Legalidad de otorgar las ayudas públicas.***

Se analizará si existen o no atribuciones conferidas por ley que faculden a la entidad a otorgar las ayudas públicas; esto es, si la entidad otorgante ha actuado dentro del marco de sus competencias⁵⁷ o ha excedido sus atribuciones.

En el marco de lo señalado en el Código Orgánico Administrativo y en el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, por un lado, se procurará comprobar que la entidad otorgante tenga la competencia y atribución por ley que le habilite a emitir el acto administrativo en forma de ayuda pública; y, por otro lado, se observará que no haya ido más allá de lo que le está permitido o que haya creado una nueva atribución que exceda la competencia conferida legalmente.

Así también se evaluará que la ayuda pública no contravenga alguna norma del ordenamiento jurídico vigente. Al respecto, las entidades públicas tienen potestades entre las cuales se encuentra el otorgamiento de ayudas públicas; es en virtud de estas potestades que deben someter su accionar conforme a las disposiciones constitucionales so pena de carecer de eficacia jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución de la República, respetando el principio de supremacía constitucional, característica fundamental del ordenamiento jurídico. También debe ser tomado en consideración el orden jerárquico de las normas y el principio de competencia según el artículo 425 de la CRE.⁵⁸

- ***Uso adecuado de los recursos***

Para este análisis se verificará si dentro del informe técnico entregado por la entidad otorgante a la SCE, en la notificación,⁵⁹ cuentan con un plan de seguimiento del buen uso de los recursos y de responsabilidad financiera; asimismo, cuando sea posible o necesario, según el caso, se verificará que los recursos hayan sido utilizados para los fines que se

⁵⁶ Definición RAE.

⁵⁷ Efraín Pérez, Derecho Administrativo (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 131.

⁵⁸ Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas. Superintendencia de Competencia Económica, 2020

⁵⁹ Art. 30.- Notificación de ayudas públicas.- Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo 29 de la presente Ley serán notificadas por las entidades públicas que otorgaron dichas ayudas, a la Superintendencia de Competencia Económica en el término de quince días de haber sido otorgadas o establecidas [...].

establecieron en el momento de emisión de la Ayuda pública, para lo cual se requerirá la información pertinente a los actores correspondientes. Para efectos del análisis de este ámbito, de ser el caso, se podrá tomar como referencia la normativa vigente expedida por la Contraloría General de Estado, la Fiscalía General del Estado u otras entidades del Estado.

La SCE en función de sus atribuciones, en caso de observar indicios de mal uso de los recursos en el marco de las ayudas públicas, mediante informe motivado informará y solicitará la intervención de la Contraloría General del Estado o de la Fiscalía General del Estado, si el caso lo amerita.⁶⁰

- ***Proporcionalidad en sentido estricto***

La evaluación del parámetro proporcionalidad en sentido estricto verificará si las afectaciones a la competencia derivadas de la aplicación de la ayuda pública están justificadas en virtud de los fines que se persiguen; para el efecto, la INAC podrá aplicar (en su parte pertinente), entre otras, la metodología de **Evaluación del impacto competitivo (EIC)**,⁶¹ la cual comprende el análisis y valoración de la incidencia que tiene la actuación de las administraciones públicas a través de las ayudas públicas en el mercado. En este sentido, fundamentado en la metodología antedicha, se procederá con el siguiente análisis:

- 1ra. fase: Identificar las posibles afectaciones a la competencia que contiene la ayuda pública, mismas que pudieron haber sido ya abordadas en el análisis referente a si la ayuda pública falsea o amenaza con falsear la competencia.
- 2da. fase: Analizar si las posibles afectaciones a la competencia están justificadas para la consecución de los objetivos que la ayuda pública persigue; para este propósito, se evaluará si los beneficios (se deberá revisar, entre otros, las metas y objetivos planteados en el diseño de la ayuda pública) en términos de bienestar social son superiores a los costes causados por las afectaciones a la competencia derivados de la implementación de la ayuda.

Para llevar a cabo la evaluación de este parámetro se consideraran los informes técnicos y demás documentación económica y jurídica que sirvieron de sustento para el otorgamiento de la ayuda pública, así como (en el caso de ser pertinente) la información complementaria que permita argumentar desde la parte cualitativa la potencialidad de que la ayuda se aplique de manera abusiva. De esta forma, el parámetro se evaluará de acuerdo a la siguiente tabla:

⁶⁰ Art. 38, numeral 14, LORCPM.

⁶¹ Autoritat Catalana de la Competència, Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas (EIC), marzo 2010

https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/guia_aic_v17_08_10_final_esp.pdf

Matriz de evaluación – Parámetro II

Detalle de posibles afectaciones a la competencia (ejemplo)	Probabilidad de ocurrencia (A) (1=baja, 2=media, 3=alta)	Impacto (B) (1=baja, 2=media, 3=alta)	Valor del factor (A*B)	Detalle de posibles beneficios (ejemplo)	Probabilidad de ocurrencia (C) (1=baja, 2=media, 3=alta)	Impacto (D) (1=baja, 2=media, 3=alta)	Valor del factor (C*D)
1. Restringe la entrada de operadores ⁶² 2. Restringe el financiamiento por tamaño de empresas ⁶³ 3. Limita la capacidad de los proveedores para competir 4. Reduce los incentivos para competir 5. Limita las oportunidades y la información disponible a los consumidores ⁶⁴ 6. Afecta a los mercados relacionados ⁶⁵ 7. Eleva de costo de los rivales ⁶⁶ 8. Otros				1. Genera nuevas plazas de empleo 2. Incrementa la capacidad productiva de un sector 3. Redistribuye los factores de producción en una zona geográfica 4. Incrementa el número de operadores de un sector 5. Otros			
Sumatoria de la columna valor del factor				Sumatoria de la columna valor del factor			

Fuente y elaboración: Dirección Nacional de Estudios de Mercado

⁶² Las ayudas públicas no deberán contener disposiciones que podrían restringir la entrada de nuevas empresas, o competencia y el bienestar.

⁶³ Las ayudas públicas no deberán provocar restricciones relacionadas con el financiamiento entre las diferentes categorías de las empresas, especialmente a las empresas pequeñas. La probabilidad de que las restricciones al financiamiento representen un problema para las empresas medianas y grandes es menor por la facilidad de obtener financiamiento externo, pero sí puede ser una restricción importante para las empresas pequeñas.

⁶⁴ Que la ejecución de ayuda pública no limite la capacidad de los consumidores de elegir libremente puede tener efectos dañinos, debido a que cuando los proveedores saben que los consumidores no pueden optar por alternativas que hubiesen preferido, estos pueden ser menos sensibles a presiones competitivas que pueden llevarlos a disminuir los precios, mejorar la calidad o aumentar la variedad de bienes y servicios disponibles.

⁶⁵ Resulta importante comprender que, además de afectar directamente al mercado que está siendo analizado, las ayudas públicas pueden afectar los mercados en posiciones superiores e inferiores en la cadena. Si se ignoran los efectos para los mercados en posiciones superiores e inferiores en la cadena – o en toda la cadena productiva – podría llevar, en ciertas circunstancias, a una subestimación importante de los efectos adversos sobre la competencia y el bienestar. Será necesario revisar la evidencia histórica del sector o producto en el que se otorgó la ayuda pública.

⁶⁶ Si la ayuda pública tiene la capacidad de elevar los costos que enfrentan sus rivales, puede reducir el nivel de competencia en el mercado y obtener mayores utilidades. Las estrategias para elevar los costos de los rivales pueden tomar una diversidad de formas. Esto puede generar importantes asimetrías en costos entre las empresas establecidas en el mercado y las nuevas, dañando considerablemente la competencia.

Mediante la evaluación propuesta, se establecerá si los beneficios en términos de interés general que se derivan de la aplicación de la ayuda pública son superiores o inferiores a las afectaciones en el mercado. En caso de que la puntuación de los beneficios supere a la puntuación de las afectaciones, se entenderá que la proporcionalidad de la ayuda es **justificada**; cuando la puntuación de las afectaciones sea superior a la de los beneficios, se considerará que la ayuda puede estar siendo aplicada de manera abusiva.

Síntesis de la evaluación del Parámetro II

La matriz de decisión del Parámetro II consolida los resultados obtenidos en cada uno de los subniveles (principio de legalidad, uso adecuado de los recursos y proporcionalidad en sentido estricto), los cuales se describieron anteriormente:

Matriz de decisión – Parámetro II

Principio de legalidad		
La entidad pública tiene las atribuciones y facultades para otorgar la ayuda	Contraviene alguna norma del ordenamiento jurídico vigente	Evaluación del principio
(Sí / No)	(Sí / No)	En caso de que se identifique que uno de los dos factores no superan la evaluación, se entenderá que no se cumple con el principio de legalidad
Uso adecuado de los recursos		
Los recursos han sido utilizados para los fines que se establecieron en el momento de emisión de la Ayuda pública		Evaluación del principio
(Sí / No)		En caso de que se identifique que los recursos no han sido utilizados para los fines establecidos, no superará la evaluación y por tanto se entenderá que no cumple con el principio de buen uso de los recursos
Proporcionalidad en sentido estricto		
Los beneficios en términos de interés general que se derivan de la aplicación de la ayuda pública son superiores a las afectaciones en el mercado		Evaluación del principio
(Sí / No)		Con base en la matriz de decisión se establecerá si los beneficios en términos de interés general que se derivan de la aplicación de la ayuda pública son superiores o inferiores a las afectaciones en el mercado. Cuando la puntuación de las afectaciones sea superior a la de los beneficios, se considerará que la ayuda puede estar siendo aplicada de manera abusiva y por ende no cumpliría con el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Fuente y elaboración: Dirección Nacional de Estudios de Mercado

En función de los resultados de la matriz de decisión, se valorará si la ayuda pública se aplica o no de manera abusiva; para el efecto, se considerará que si la ayuda pública no cumple con alguno de los principios analizados, por ende, se aplica de manera abusiva. En el caso de que la ayuda pública no supere este parámetro, se estimará la pertinencia de continuar o no el análisis del tercer y último parámetro. Por el contrario, si el resultado del parámetro determinase que la ayuda no se aplica de manera abusiva para el cual se otorgó, la INAC continuará con la evaluación del siguiente parámetro.

7.3. Parámetro III. Es contraria al objeto de la LORCPM

En este parámetro se evaluará si la ayuda pública contraría al objeto la LORCPM, el cual textualmente dispone “[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; [...] y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”.

De esta forma, para efectos de esta evaluación se identificará si la ayuda pública incrementa o no el riesgo de configuración de una conducta de: abuso del poder de mercado; acuerdos y prácticas prohibidas; o, prácticas desleales. Para este fin, se considerarán las definiciones y posibles conductas que se encuentren tipificadas en la normativa de competencia vigente, los instrumentos técnicos emitidos por la SCE (como las Guías relacionadas a la investigación de prácticas anticompetitivas), así como doctrina y jurisprudencia disponible.

En el marco de la prevención de las conductas sobre: i) abuso del poder de mercado, se propone un análisis siguiendo lo establecido en el artículo 9 de la LORCPM; ii) acuerdos y prácticas prohibidas, se observará lo tipificado en el artículo 11 de la LORCPM, y, iii) prácticas desleales, considerará lo determinando en los artículos 25, 26 y 27 de la LORCPM.

Síntesis de la evaluación del Parámetro III

En la matriz de decisión del Parámetro III se plasmará la potencialidad de que la aplicación de la ayuda pública incremente el riesgo del cometimiento de alguna de las conductas anticompetitivas descritas en los artículos referidos de la LORCPM.

El sistema de valorización de la probabilidad de ocurrencia de los riesgos de tipo cualitativo se calificará como 1 (baja), 2 (media) y 3 (alta). La evaluación se efectuará conforme a la información proporcionada por la entidad pública debidamente validada y contrastada, y demás información requerida o levantada por la SCE. A continuación se detalla la matriz de decisión

Matriz de decisión – Parámetro III

Conducta	Potenciales conductas	Probabilidad de ocurrencia (1=baja, 2=media, 3=alta)
Abuso del poder de mercado Art. 9	1.- Afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.	
	2.- Aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor	
	3.- Mediante la concentración de los medios de producción o comercialización, afectar (inclusive potencialmente), limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios	
	4.- La fijación de precios predatorios o explotativos	
	5.- La alteración injustificada de los niveles de producción afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.	
	6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios	
	7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros	
	8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.	
	9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios	
	10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros	
	11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios	
	12.- El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo	
	13.- La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos	
	14.- La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.	
	15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.	
	16.- Los descuentos condicionados, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.	
	17.- El abuso de un derecho de propiedad intelectual	
	18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.	
	19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados	
	20.- La fijación injustificada de precios de reventa	

	21.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero	
	22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica	
	23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores	
Acuerdos y prácticas prohibidas Art. 11	1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales.	
	2. Repartirse mercados, clientes o fuentes de abastecimiento	
	3. Limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones	
	4. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que resulte en una desventaja competitiva	
	5. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos	
Prácticas desleales Art. 27	1.- Actos de confusión	
	2.- Actos de engaño	
	3.- Actos de imitación	
	4.- Actos de denigración	
	5.- Actos de comparación	
	6.- Explotación de la reputación ajena	
	7.- Violación de secretos empresariales	
	8.- Inducción a la infracción contractual	
	9.- Violación de normas	
	10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores	

Fuente y elaboración: Dirección Nacional de Estudios de Mercado

La matriz de valoración del Parámetro III tiene como fin evaluar si la ayuda pública incrementa el riesgo de cometimiento de conductas contrarias a la LORCPM; en la eventualidad de que se identifique al menos una (1) posible conducta anticompetitiva con media o alta probabilidad de ocurrencia, sería un indicador que la ayuda podría contrariar al objeto de la LORCPM, por lo que la Superintendencia procederá mediante informe motivado que se realice su supresión o modificación.

Asimismo, en caso de que se observare indicios razonables del cometimiento de prácticas anticompetitivas, se recomendará a la Intendencia General Técnica que se ponga en conocimiento de la Intendencia respectiva los hallazgos del análisis realizado.

8. Esquema del Informe motivado

Si la SCE comprobare que una ayuda otorgada por el Estado o mediante recursos públicos no cumple con el fin para el cual se otorgó, o se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de esta Ley, mediante informe motivado instará y promoverá su supresión o modificación.⁶⁷

Un informe motivado será un documento de carácter técnico que proporcione los elementos necesarios que permitan emitir de manera argumentadas los resultados de cada parámetro evaluado con el propósito de realizar una propuesta de medidas sobre la ayuda pública, sean estas: formular las recomendaciones para la modificación de la ayuda pública otorgada; el establecimiento de condiciones; la supresión definitiva de la ayuda otorgada; o, las demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.

El informe motivado deberá contener como mínimo lo siguiente:

- I. **Antecedentes.-** Se detallarán las facultades que tiene la SCE y la DNEM para el desarrollo de la evaluación, así como los puntos relevantes o considerandos de la ayuda pública evaluada.
- II. **Marco normativo.-** Se detallará la normativa relativa a las ayudas públicas y las facultades de la entidad otorgante para su emisión.
- III. **Descripción de la ayuda pública:** Contendrá la información relevante de la ayuda pública, como por ejemplo, el objeto de la ayuda pública, metas establecidas, recursos públicos empleados, efectos esperados, beneficiarios, entre otros.
- IV. **Evaluación.-** Se describirá la metodología aplicada y los resultados de la evaluación por parámetro de la ayuda pública. Los resultados deberán contener un análisis pormenorizado de las matrices de decisión.

⁶⁷ Art. 31 de la LORCPM. Evaluación de las Ayudas Públicas.

- V. **Conclusiones.-** Se deberá detallar las conclusiones a las cuales se ha llegado después de la evaluación de la ayuda pública.
- VI. **Propuesta de medidas.-** Para el desarrollo de la propuesta de las medidas se argumentará las acciones necesarias para la modificación, suspensión de la ayuda pública otorgada, o a su vez el establecimiento de condiciones de la ayuda y demás medidas conducentes al mantenimiento o al restablecimiento de la competencia.⁶⁸ Para este propósito la INAC propondrá las medidas, según el caso evaluado, de acuerdo a las conclusiones del punto anterior.
- VII. **Anexos.-** Se anexará toda la documentación entregada por la entidad otorgante y la utilizada por la SCE para la evaluación.

El informe motivado permitirá a la SCE exponer a la entidad otorgante todos los argumentos respaldados técnica y documentalmente sobre la evaluación de la ayuda pública y sus propuestas.

9. Información requerida por la SCE para efectuar la evaluación

Conforme el artículo 30 de la LORCPM dispone:

Art. 30.- Notificación de ayudas públicas.- Para efectos de control y evaluación, las ayudas públicas otorgadas en virtud del artículo 29 de la presente Ley serán notificadas por las entidades públicas que otorgaron dichas ayudas, a la Superintendencia de Competencia Económica en el término de quince días de haber sido otorgadas o establecidas, incluso aquellas especificadas en su letra g).

Si la Superintendencia de Competencia Económica verificare a través de sus actuaciones la existencia o ejecución de una ayuda pública sujeta a evaluación que no haya sido debidamente notificada bajo las disposiciones del presente artículo, de oficio podrá solicitar la información que requiera a las entidades pertinentes para iniciar y desarrollar la evaluación de mencionada ayuda.

La SCE para ejecutar una adecuada evaluación, requerirá al menos, que la entidad otorgante proporcione la siguiente información:

- i. **Información general de la ayuda**
 - Nombre de la entidad otorgante
 - Fecha de otorgamiento de la ayuda pública
 - Entidad otorgante
- ii. **Información de los beneficiarios (operadores económicos o actividad económica)**
 - Sector económico beneficiario
 - Descripción de los beneficiarios y los requisitos que se exigen para ser considerado
- iii. **Información sobre el diseño de la ayuda pública**
 - Objeto de la ayuda pública

⁶⁸ Art. 38 de la LORCPM. Propuesta de medidas.

- Justificación del caso en el que se enmarca la ayuda pública en virtud del artículo 29 de la LORCPM
- Diagnóstico del sector o antecedentes que impulsaron la emisión de la ayuda pública
- Plazo y/o periodicidad de la ayuda otorgada
- Metas establecidas en la ayuda pública
- Monto (recursos públicos) destinados para la ayuda pública
- Informes técnicos sobre la necesidad, pertinencia y proyecciones de los efectos de la ayuda
- Metodología y documentación técnica que detalle cómo se va a aplicar la ayuda pública
- Resultados de la aplicación de la ayuda pública en caso de existir

10. Referencias bibliográficas

Autoritat Catalana de la Competència (ACCO). Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas (EIC), 2010.
https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/guia_aic_v17_08_10_final_es.pdf

Bárbara Eva Fuertes González, “Las ayudas de Estado”, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 173.

Beneyto José María y Maillo Jerónimo. Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España, segunda edición, 2017.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Unidad de Integración Económica de la División de Comercio Internacional e Integración. Estimación del empleo directo e indirecto asociado a las exportaciones del Ecuador a la Unión Europea, 2016.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40853/1/S1601173_es.pdf

Comisión Europea. Formulario de denuncia de ayudas estatales. https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/complaints_es

Comisión Europea. Comprender las políticas de la Unión Europea: Competencia. 2014.
http://publications.europa.eu/resource/cellar/9f857b2e-e25a-4fc3-9550-81a9de3b0429.0008.02/DOC_1

Comisión Europea (2021). COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). PRO/CNMC/001/16 Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, 9 de junio de 2016, pág. 17.
https://www.cnmc.es/sites/default/files/1883905_13.pdf

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Ámbitos de Actuación. Promoción de La Competencia. Ayudas públicas. <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>

Diario El Canal, “La ayuda pública, “imprescindible” para la innovación empresarial”. Diario El Canal, párr. 1, <https://diarioelcanal.com/la-ayuda-publica-imprescindible-para-la-innovacion-empresarial/>.

Ecuador. (2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13-oct.-2011.

Ecuador. (2016). Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, Resolución 011.

Ecuador, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Disposición Transitoria Segunda.

Ecuador, Servicio de Rentas Internas (SRI). Actualización de metodología de estimación del Gasto Tributario, octubre 2023.

Ecuador. Superintendencia de Competencia Económica. Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas, 2020.
<https://www.scpm.gob.ec/sitio/metodologia-para-la-identificacion-revision-y-eliminacion-de-barreras-normativas/>

España, Comisión Nacional de la Competencia (CNC), “Informe Anual 2008 Ayudas Públicas”, 97-8. <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>

Jesús Soto. La defensa de la competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los tratados de libre comercio. Revista Vniversitas Bogotá nro. 128 (2014): 323.
<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n128/n128a11.pdf>

Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2013) Notas de Competencia. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Madrid-España.

Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre 2008.

OECD (2021), Methodologies to measure market competition, OECD Competition Committee Issues Paper, <https://oe.cd/mmmc>.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). “Herramientas para la Evaluación de la Competencia” II, 2011. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>

Tarziján, J.; Paredes, R. Organización Industrial para la estrategia empresarial, 3ra ed., México: PEARSON Educación, 2006.

Torres Estrada Pedro. El principio de proporcionalidad y la política pública. Revista Europea de Derechos Fundamentales Nro. 28 (2015), 230-231.