

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**El régimen ecuatoriano de ayudas públicas y su implicación
en la competencia del fútbol profesional**

Melissa Andrea Coba Villalba
Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de
Abogada

Quito, 19 de noviembre del 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Melissa Andrea Coba Villalba

Código: 00205632

Cédula de identidad: 1718382664

Lugar y fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**EL RÉGIMEN ECUATORIANO DE AYUDAS PÚBLICAS Y SU IMPLICACIÓN EN LA
COMPETENCIA DEL FÚTBOL PROFESIONAL¹**

***THE ECUADORIAN REGIME OF STATE AID AND ITS IMPLICATIONS OVER THE COMPETITION
IN PROFESSIONAL SOCCER***

Melissa Andrea Coba Villalba²

mcobavillalba@gmail.com

RESUMEN

El presente artículo analizó si el régimen ecuatoriano de ayudas públicas logra su cometido de proteger la competencia de intervenciones estatales distorsionadoras. Para dicho fin, se examinaron casos de ayudas públicas concedidas a equipos de fútbol profesional en Ecuador y, a través de un análisis inductivo y de derecho comparado, se verificó las falencias del régimen. El análisis permitió identificar deficiencias en cuanto al estándar de legalidad, el control *ex post* y el grado de cumplimiento del sistema de ayudas públicas. Los hallazgos en el régimen ecuatoriano evidenciaron que la competencia en el fútbol profesional no se encuentra protegida de las intervenciones estatales distorsionadoras, por lo que es susceptible al falseamiento. La carencia de un robusto régimen de ayudas públicas y, por tanto, la indebida protección a la competencia, tiene serias repercusiones en el mercado de Ecuador, al afectar a la eficiencia económica, a la productividad, y al bienestar social.

PALABRAS CLAVE

Competencia, distorsión, Estado, ayudas públicas, fútbol profesional.

ABSTRACT

The present work verified whether the Ecuadorian public aid regime achieves its goal of protecting competition from distorting state interventions. To achieve this aim, cases of public aid granted to professional soccer teams in Ecuador were studied and examined, and through an inductive analysis and comparative law, shortcomings of the regime were identified. The analysis made it possible to identify deficiencies in terms of the legal standard regime, the ex post control, and the level of compliance of the public aid system. The shortcomings of the Ecuadorian regime showed that competition in professional soccer is not protected from distorting state aids at all, and because of that, competition is susceptible to be distorted. The lack of a strong state aid regime and, therefore the improper protection of competition, has serious effects in the market of Ecuador since it affects economic efficiency, productivity, and social welfare.

KEYWORDS

Competition, distortion, State, state aids, professional soccer.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Andrés Navarrete Serrano.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ECUATORIANO DE AYUDAS PÚBLICAS.- 5.1. ORIGEN NORMATIVO INTERNACIONAL DEL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS.- 5.2 EFECTIVIDAD DEL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS EN EL FÚTBOL ECUATORIANO.- 5.2.1. SOBRE EL ESTÁNDAR DE LEGALIDAD.- 5.2.2. SOBRE EL CONTROL EX POST.- 5.2.3 SOBRE EL CUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN.-5.3. DISTORSIÓN A LA COMPETENCIA.- 6.CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

El libre mercado promueve el desarrollo de la economía³. Debido a la importancia del libre mercado, los Estados han creado mecanismos jurídicos para su protección a través de políticas de competencia. El Derecho de Competencia busca proteger la libertad competitiva y garantizar la actividad económica libre de distorsiones por medio de regímenes que evitan las prácticas restrictivas, los abusos de posición dominante, los acuerdos colusorios, las concentraciones o, aquellas que son el fundamento del presente trabajo, las ayudas públicas⁴.

Las ayudas públicas, también llamadas subvenciones⁵, son cualquier forma de transferencia de recursos estatales que, ya sea directa o indirectamente, otorgan selectivamente una ventaja a una empresa particular que le permite prevalecer por sobre sus competidores⁶. El Estado, al tener potestad soberana para intervenir en el mercado mediante políticas económicas⁷, es potencialmente capaz de “[...] distorsionar el marco competitivo, complicar el panorama de inversión y promover la inseguridad jurídica”⁸.

En razón del potencial distorsionador del Estado, las autoridades de distintos territorios han creado regímenes que permiten distinguir las ayudas públicas ilegales, así

³ Jian Zhang, “Research on the Market Economy Model” International Conference on Economics, Trade and Development. (2011), 106-109.

⁴ Jesús Soto, “La Defensa de la Competencia y el alcance de las ayudas públicas en el marco de los Tratados de Libre Comercio.” Vniversitas (2014), 319.

⁵ Francisco Marcos, El Derecho de la Competencia en los nuevos Estados miembro de la Unión Europea, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, 239.

⁶ EU von der Leyen’s first State of the Union speech (in full) at European Parliament in Brussels, video de YouTube, 1:19:40, publicado por “EU27” 16 de septiembre de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=7eTGDjSl6Lo>

⁷ Artículo 283. Constitución de la República del Ecuador, [CR], R.O. Suplemento 449, de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez 12 de marzo de 2020.

⁸ Jesús Soto, “La Defensa de la Competencia y el Alcance de las Ayudas Públicas”, 320-221.

como mecanismos para sancionarlas y métodos de recuperación de los recursos que fueron otorgados. La Unión Europea es un gran ejemplo de una potencia que posee un robusto régimen de ayudas públicas que protege a la competencia, de donde, además, el legislador ecuatoriano se ha inspirado para crear el régimen de ayudas públicas nacional, por lo que su influencia es primordial en el presente ensayo.

Si bien la presencia de intereses económicos heterogéneos favoreció al desarrollo del régimen de ayudas públicas en Europa⁹, esta no constituye una característica determinante para su regulación. La relevancia de un régimen eficiente de ayudas públicas radica en su capacidad de que, con el menor costo social posible, se evite que intervenciones dañinas del Estado distorsionen la competencia. Esto se lo realiza a través de una correcta disuasión, distinción, sanción y recuperación de ayudas públicas para evitar el falseamiento de la competencia.

Ahora bien, el problema jurídico del presente artículo se identifica en el fútbol profesional, donde la intervención estatal, a través de una ayuda pública, ya sea de manera directa o indirecta, tiene la aptitud para distorsionar la competencia y afectar al mercado. Esto es posible en razón de que las actividades en el sector futbolístico profesional se encuentran dentro del ámbito empresarial y económico, es decir, están sujetas al Derecho de Competencia¹⁰.

En este sentido, en el presente ensayo se elegirán casos de ayudas públicas otorgadas a equipos de fútbol profesional con el objetivo de responder a la pregunta de investigación que busca analizar si es que el régimen ecuatoriano de ayudas públicas logra su cometido de proteger al mercado de las intervenciones estatales dañinas que distorsionan la competencia.

Para valorar la eficiencia del régimen, se analizará su estándar de legalidad, la efectividad de su control *ex post*, y sus mecanismos de cumplimiento. Estas aristas serán contrastadas con el régimen europeo que, debido a su extensa jurisprudencia y sólida institución, además de ser el régimen en el que se inspira la legislación ecuatoriana, es un excelente referente para el control de intervenciones estatales dañinas.

En cuanto a la metodología, se utilizará un razonamiento inductivo mediante el cual, a partir de las premisas obtenidas del estudio de casos, se determinará el nivel de

⁹ Juan Crucelegui, “El control de las ayudas públicas en la Unión Europea” Revista Vasca de Economía, No. 61, 137 (2006), 143.

¹⁰ Jesús Soto, “El control de ayudas públicas en la Unión Europea sobre los clubes del fútbol español.” Revista De Derecho. No. 48, Barranquilla, (2017), 97.

efectividad del régimen ecuatoriano de ayudas públicas y su repercusión en la competencia. Adicionalmente, se utilizará la metodología Delphi, que junto con la revisión de fuentes primarias y secundarias, servirá para determinar la distorsión a la competencia en el fútbol profesional¹¹. Por último, se empleará un método de derecho comparado, que mediante el análisis de legislación, jurisprudencia y doctrina extranjera, creará una directriz para el estudio del régimen de ayudas públicas en Ecuador.

2. Marco Teórico

2.1 Bienestar social y el Derecho de Competencia

La libre competencia, la interacción de la oferta y la demanda maximizan el bienestar social al asignar, generalmente, eficientemente los recursos¹². Esto debido a que la competencia se caracteriza por impulsar a cada operador económico a que se esfuerce al máximo para obtener una mayor cantidad de réditos económicos que sus competidores¹³. Debido a ello, la libre interacción en el mercado permite que se mantenga un proceso competitivo, que haya mayor eficiencia productiva, que aumente la innovación, que bajen los precios, que se produzca innovación tecnológica, que se oferten más opciones para el consumidor y que así se maximice el bienestar social¹⁴.

En consecuencia, la competencia es considerada como un bien jurídico sujeto de protección por distintos ordenamientos que han desarrollado políticas de protección económica, entre las que destaca el Derecho de Competencia. El Derecho de Competencia tiene como objetivo principal la protección y corrección de la economía del mercado, del proceso competitivo y del libre intercambio de cualquier interferencia distorsionadora¹⁵. En este sentido, el Derecho de Competencia necesita de un régimen sólido y herramientas jurídicas adecuadas para otorgar la protección legal suficiente para un buen funcionamiento económico del mercado¹⁶.

2.2 Las ayudas públicas como intervención estatal

El Estado ocupa una posición central dentro de las actividades económicas de un país. Uno de los objetivos de la intervención estatal es el de brindar una efectiva

¹¹ Específicamente, se utilizará una metodología de entrevistas anónimas a expertos en el ámbito deportivo.

¹² Fernando Cáceres, “El porqué de la política de libre competencia.” *Derecho y Sociedad*. Vol. 19, 90.

¹³ Pinkas Blanck, *Tratado de defensa de la libre competencia* (Perú: Tratado de defensa de la libre competencia, 2002), 349.

¹⁴ *Ibid*, 35.

¹⁵ Alfonso Miranda, Juan Gutiérrez Rodríguez, “Historia del Derecho de la Competencia” *Revista Boliviana de Derecho*. Vol. 3 (2007), 227.

¹⁶ Manuel Abanto, “La Protección Penal de La Competencia” *Themis*. (1997), 144.

protección a bienes jurídicos protegidos¹⁷. Para proteger dichos intereses sociales, el Estado tiene la capacidad de influir en la economía a través de la creación de impuestos, la regulación del gasto público, la fabricación de bienes y servicios, la legislación y ejecución de leyes, entre otros¹⁸. Ahora bien, debido a su capacidad de intervenir en la economía, el Estado puede llegar a distorsionar la competencia.

Una de las formas en que la distorsión a la competencia se materializa son las ayudas públicas. Como se mencionó anteriormente, las ayudas públicas esencialmente son medidas a través de las cuales se transfieren recursos estatales que otorgan una ventaja a una empresa o sector particular y ocasionan distorsión a la competencia¹⁹. Las ayudas públicas pueden llegar a ser extremadamente dañinas en aquellas circunstancias en las que su ganancia social no justifica la distorsión a la competencia causada²⁰.

2.3 Régimen sólido de ayudas públicas en el fútbol profesional ecuatoriano

La competencia, para su debida protección, necesita de un régimen estructurado de ayudas públicas que disuada, sancione y corrija las intervenciones estatales distorsionadoras, permitiendo que sus propios mecanismos sean los que logren mayor eficiencia y bienestar al consumidor, y que no sea el Estado el que elija a los ganadores del proceso competitivo.

La importancia de un sólido régimen de ayudas públicas radica en su capacidad de restaurar la situación de competencia previa a la intervención estatal y así evitar la distorsión dañina al libre mercado²¹. En Ecuador, la presencia de operadores económicos con intereses y fines diversos puede ocasionar que la intervención estatal distorsione a la competencia y se den situaciones perjudiciales en la economía del mercado.

Lo anterior puede verse directamente reflejado en el mercado del fútbol profesional ecuatoriano²². En este sector convergen distintos intereses de equipos

¹⁷ Alfonso Miranda, “Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos Para la Definición de los Objetivos de La Regulación” Vniversitas, Vol. 108, Bogotá, (2004), N/D.

¹⁸ Marcelo Resico, Introducción a la Economía Social de Mercado (Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2010), 60.

¹⁹ Marie Sciskalová, Michael Münster, “Definition and characteristics of state aid”. Procedia Social and Behavioral Sciences. N/D (2014), 224.

²⁰ Jorge Rodríguez, “Política de competencia y ayudas estatales en el marco del Régimen Comunitario de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea” Derecho PUCP (2015), 298-301.

²¹ Comisión Europea, “Comunicación de la Unión Europea, Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles (2007/C 272/05)” (Unión Europea: Comisión Europea, 2007.) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52007XC1115%2801%29> (último acceso 20/10/2021)

²² A diferencia de lo que ocurre en Ecuador, los casos de ayudas públicas otorgadas al fútbol han sido juzgados y analizados con detenimiento por otras legislaciones. Ver, España v Comisión, Comisión Europea, C (2016) 4060, 2016, Eur Lex; Hércules Club de Fútbol v Comisión, Comisión Europea, T-

profesionales y, además, existe una estrecha relación con el sector económico al involucrar la coordinación de decisiones económicas sobre bienes y servicios que son producidos y consumidos²³. En el fútbol profesional ecuatoriano han existido múltiples ejemplos de ayudas estatales, en las que la intervención, directa o indirecta, ha causado una importante distorsión entre las capacidades competitivas de los equipos deportivos.

En el artículo se utilizarán las tres teorías explicadas en el presente apartado. Primero, entender la importancia de la libre competencia nos permite concebir que la intervención estatal puede generar consecuencias dañinas en la economía del mercado, en este caso a la del fútbol profesional. Segundo, para explicar que, como consecuencia, se necesita un sólido régimen de ayudas públicas que la proteja. Tercero, se utilizará las teorías comparadas para identificar si es que el régimen ecuatoriano de ayudas públicas es suficiente para cumplir con su cometido de proteger la competencia.

3. Estado del arte

El régimen de ayudas públicas ha sido mayoritariamente analizado a partir de la extensa institución y rica jurisprudencia europea. Para el presente ensayo es de suma importancia conceptualizar el alcance de los elementos estudiados por la doctrina jurídica europea de las ayudas públicas, tanto a nivel general como a nivel del fútbol profesional. De esta manera se tendrá una visión global sobre el régimen de ayudas y se podrá realizar una apropiada comparación con el régimen del ordenamiento jurídico nacional.

Phedon Nicolaidis y otros autores han recogido los requisitos generales para la constitución de las ayudas públicas bajo la jurisprudencia de la Comisión Europea, clasificándolas en: recursos estatales, ventaja económica, selectividad, distorsión a la competencia y afectación al mercado interno²⁴. Los requisitos son analizados a la luz del régimen europeo, por lo que la protección a las ayudas públicas es vista desde el control de un régimen central hacia países con intereses heterogéneos. No obstante, en el presente ensayo estos elementos servirán para establecer un marco dirigido a identificar una intervención estatal dañina.

766/16, 2019, Eur Lex; Fútbol Club Barcelona v Comisión, Comisión Europea, C-362/19 P, 2021, Eur Lex; etc.

²³ Luis Roggiero, El negocio no es redondo: Los determinantes del desempeño deportivo y financiero de los equipos de fútbol profesional del Ecuador. Tesis para obtener el título de maestría en economía y gestión empresarial. Flacso, (2011), 11.

²⁴ Phedon Nicolaidis, *State aid Uncovered*. (Berlin: Lexxion, 2018), 1-100.

Para la correcta identificación de la legalidad de una ayuda pública varios autores han sintetizado los elementos que se deben tomar en cuenta al analizarla. Por ejemplo, Kelyn Bacon explicó que la intervención estatal involucra la transferencia de recursos públicos de manera directa o indirecta²⁵. Adicionalmente, manifiesta que se otorga una ventaja mientras, en condiciones normales de mercado, una empresa privada no hubiese obtenido dicha transferencia en el ejercicio regular de su actividad y explica que su selectividad se da al beneficiar a agentes económicos determinados. Por último, manifiesta que la afectación a la competencia se evidencia ante el desequilibrio económico²⁶.

Adicionalmente, para el análisis casuístico que se realizará en el presente ensayo será pertinente el estudio sistemático de la jurisprudencia de ayudas públicas otorgadas a clubes deportivos, lo cuál ha sido realizado por varios autores como Borja García, que analiza la legalidad y la ilegalidad de las ayudas estatales otorgadas al sector deportivo²⁷. Asimismo, el autor evidencia las consecuencias económicas que se pueden desprender de las ayudas públicas ilegales otorgadas al sector de impuestos y publicidad de clubes deportivos²⁸.

Por último, el autor Jesús Soto refuerza la perspectiva deportiva del régimen. Soto estableció el foco de importancia que tienen las ayudas en el ámbito del fútbol europeo y permitió la identificación de sus elementos²⁹. El análisis realizado por Soto resalta la singularidad de la competencia en el sector deportivo, que por su cooperación continuada entre clubes, su estructura con tendencia monopolística, y su normativa especializada, requiere de un régimen excepcional que garantice estabilidad³⁰. Dichos elementos servirán para identificar las características en los casos deportivos del presente trabajo .

4. Marco normativo

Mediante una solicitud de acceso a la información pública³¹ se constató que en Ecuador el régimen de ayudas públicas se encuentra distribuido principalmente en tres

²⁵ Kelyn Bacon. *European Union Law of State Aid*. (Reino Unido: Oxford, 2016), 2.93.

²⁶ *Ibid*, 2.01-2.142.

²⁷ Borja García. “A new horizon in European sports law: The application of the EU state aid rules meets the specific nature of sport.” *European Competition Journal* (2017), 2-5. (traducción no oficial)

²⁸ *Ibid*, 9.

²⁹ Jesús Soto. “El control de ayudas públicas en la UE sobre los clubes del fútbol español. Universidad Externado de Colombia”, *Revista de Derecho* (2017), 84-85.

³⁰ *Ibid*, 98.

³¹ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, “Respuesta de requerimiento oficio SCPM-DS-INJ-2021-021”, (Quito: Intendente Nacional Jurídico, 2021). Disponible en:

cuerpos normativos: la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado³², LORCPM, el Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado³³, RLORCPM, y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, IGPA³⁴.

La LORCPM contiene los principales elementos del régimen de ayudas estatales de Ecuador, al poseer: la obligación de notificación, características para la identificación de legalidad e ilegalidad de una ayuda pública, las exenciones y las medidas para su recuperación. Estos componentes son de vital importancia para la identificación de una ayuda pública bajo la legislación ecuatoriana y para el análisis de su suficiencia en la protección de la competencia.

Por otra parte, el RLORCPM centra estos elementos y define a las ayudas públicas como aquellas concedidas por el Estado, que supongan una ventaja económica y tengan un carácter selectivo para determinados operadores económicos o sectores³⁵. Adicionalmente, establece que una ayuda es ilegal cuando “[...] no cumple con el fin para el cual se otorgó, se aplica de manera abusiva o es contraria al objeto de la Ley [...]”³⁶. Estos elementos determinan la antijuricidad de la ayuda en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y resultan elementales para definir la eficiencia del estándar de ilegalidad.

Por su parte, el IGPA describe el proceso de evaluación de ayudas públicas realizado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, SCPM, por medio de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia. El proceso descrito en el instructivo permitirá evidenciar el régimen *ex post* de control que contiene la normativa ecuatoriana para la evaluación de ayudas públicas³⁷.

El régimen de ayudas públicas en Ecuador es reciente, dado que su normativa fue promulgada por primera vez en la LORCPM el 13 de octubre del 2011. En razón a su poca antigüedad, resulta necesario analizarlo desde una perspectiva práctica, es decir, mediante el análisis de casos de ayudas públicas donde los componentes descritos en el presente apartado se identifiquen con claridad.

<https://drive.google.com/file/d/1uRNcy-LuYIIW6cW3HCyt7QHk-6j-yjv1/view?usp=sharing> (último acceso: 20/10/2021)

³² Artículo 29-34, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], R.O. Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011, reformado por última vez el 9 de diciembre de 2016.

³³ Artículo 34-39, Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado [RLORCPM], R.O Suplemento 697, de 7 de mayo del 2012, reformado por última vez el 1 de diciembre de 2020.

³⁴ Artículo 80-82, Instructivo De Gestión Procesal Administrativa SCPM, [IGPA], R.O Suplemento 998 de 7 de abril del 2017 , reformado por última vez el 23 junio del 2021.

³⁵ Artículo 34, RLORCPM.

³⁶ Artículo 37, RLORCPM.

³⁷ Artículo 80-82, IGPA.

5. Análisis del régimen ecuatoriano de ayudas públicas

5.1. Origen normativo internacional del régimen de ayudas públicas

El régimen de ayudas públicas tuvo su origen en la jurisprudencia norteamericana en los años ochenta. Si bien Estados Unidos no posee un régimen regulatorio de subsidios estatales, la Corte Suprema utilizó a la *Dorman Commerce Clause* para limitar las intervenciones estatales que distorsionan la competencia entre los estados federales³⁸. Ahora bien, la primera regulación normativa de las ayudas públicas fue codificada en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea en 1957, actualmente llamado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE³⁹.

El TFUE ha impulsado el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de las ayudas públicas. Asimismo, ha delimitado su definición al establecer que serán consideradas ilegales e incompatibles con su mercado interior, todas aquellas ayudas que son “ [...] otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”⁴⁰.

En la actualidad, Europa posee un sólido régimen de ayudas públicas en donde existe: la obligación de notificación y suspensión de toda subvención para un control *ex ante*, parámetros para la identificación de una ayuda pública ilegal, análisis sobre las exenciones aplicables, la regulación de la recuperación para restaurar la situación de competencia, y un control continuo por parte de la Comisión Europea para cerciorarse del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del régimen⁴¹.

Para organizar su régimen, la Comisión ha codificado varios reglamentos. La reglamentación aporta múltiples beneficios, entre los cuales está la disminución de la carga procesal de casos de ayudas públicas, al permitir exonerar a los Estados miembro de la obligación de notificación y suspensión bajo determinados parámetros. En el gráfico a continuación se reflejan algunos de los principales reglamentos codificados por la Comisión Europea.

³⁸ Ver, *Maryland v. Louisiana*, US Supreme Court, 451 U.S. 725 (1981).

³⁹ Artículo 107- 109, Versión Consolidada Del Tratado De Funcionamiento de La Unión Europea [TFUE], Roma, 2009.

⁴⁰ Artículo 107, TFUE.

⁴¹ Artículo 107-109, TFUE.

Gráfico 1. Reglamentos de ayudas públicas.



Fuente: Elaboración propia a partir de Eur-lex⁴²

La jurisprudencia europea se ha destacado además por el análisis del falseamiento a la competencia que puede darse en el sector deportivo. En los casos C-36/74⁴³, C-415/93⁴⁴, C-519/04⁴⁵ se refleja el carácter excepcional y económico que hacen que el deporte sea sujeto a la protección del derecho de competencia. En este sentido, se han analizado casos de otorgamiento de ayudas estatales a equipos de fútbol profesional. Por ejemplo, las sentencias (UE) 2016/2391⁴⁶ y C(2011)7287⁴⁷ analizan subvenciones otorgadas en un contexto tributario, y en la sentencia (UE) 2016/1847⁴⁸ se analiza el caso de una ayuda otorgada en virtud de las dificultades financieras de un club de fútbol.

A diferencia del caso ecuatoriano, donde a través de una repuesta a una solicitud de acceso a la información pública se confirmó que no existen decisiones relativas a la recuperación de ayudas públicas⁴⁹, la Comisión Europea, desde 1999, ha resuelto un total de 316 casos en los que se ha ordenado la recuperación íntegra de la ayuda pública, tal y como se desprende del gráfico a continuación.

⁴² Eur lex, Unión Europea, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ao10004>. (último: acceso 26/10/2021)

⁴³ Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale, Sentencia del Tribunal de Justicia, 12 de diciembre de 1974, 573-580. (traducción no oficial)

⁴⁴ Jean Marc Bosman v. Union Royale Belge Sociétés de Football Association, sentencia del Tribunal de Justicia, 15 de diciembre de 1995, N/D.

⁴⁵ David Meca-Medina v. Igor Majcen, Comisión Europea, 18 de julio del 2006.

⁴⁶ Comisión v. determinados clubes de fútbol de España. Comisión Europea, 4 de julio de 2016.

⁴⁷ Comisión v. Hungría, Comisión Europea, 11 de septiembre de 2011.

⁴⁸ Comisión v. Países Bajos a favor del club de fútbol profesional MVV de Maastricht, Comisión Europea, 4 de julio de 2016.

⁴⁹ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, “Respuesta a solicitud de acceso a la información pública. OficioSCPM-IGT-INAC-2021-381”, (Quito: Intendente Nacional de Abogacía, 2021). Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/10UAl-0venzUJfILrVjSHp8aQTZngu1V8/view?usp=sharing> (último acceso: 20/10/2021)

Gráfico 2. Número de decisiones de recuperación de la Comisión Europea desde 1999

Año	EU
1999	26
2000	18
2001	20
2002	26
2003	10
2004	26
2005	12
2006	7
2007	12
2008	17
2009	13
2010	10
2011	17
2012	13
2013	10
2014	18
2015	19
2016	12
2017	7
2018	7
2019	5
2020	6
2021	5
TOTAL	316

Fuente: Comisión Europea⁵⁰

En razón de la extensa y sólida institución, a la abundante jurisprudencia, y en virtud de que la normativa ecuatoriana está directamente inspirada en el régimen de la Comisión Europea, este comprende un excelente referente⁵¹ para determinar la eficiencia del régimen ecuatoriano de ayudas públicas.

5.2 Efectividad del régimen de ayudas públicas en el fútbol ecuatoriano

Como ya se indicó, las ayudas públicas otorgadas al fútbol profesional ecuatoriano constituyen uno de los ejemplos donde resulta más evidente la distorsión a la competencia causada por las transferencias de recursos públicos a favor de determinados operadores económicos, a los que se les otorga una ventaja selectiva.

A continuación, por medio de casos específicos de subvenciones otorgadas al fútbol profesional, se analizará la efectividad del régimen ecuatoriano en comparación con el régimen europeo. En este sentido, se analizará su efectividad para establecer si la

⁵⁰ Eur lex, “Información relativa a la recuperación de ayudas estatales ilegales”, Unión Europea: [https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/procedures/recovery-unlawful-aid_en#:~:text=Article%20108\(3\)%20of%20the,investigation%20before%20implementing%20notified%20measures.](https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/procedures/recovery-unlawful-aid_en#:~:text=Article%20108(3)%20of%20the,investigation%20before%20implementing%20notified%20measures.) (último acceso: 19/10/2021)

⁵¹ Jesús Soto, “La Defensa de la Competencia y el Alcance de las Ayudas Públicas.”, 333.

competencia se encuentra protegida o, en su defecto, es susceptible de ser falseada, teniendo en cuenta tres parámetros: su estándar de legalidad, su control *ex post* y su grado de cumplimiento.

5.2.1 Sobre el estándar de legalidad

El estándar de legalidad debe encontrarse correctamente definido y delimitado para lograr una eficiente protección a la competencia. Lo anterior se puede evidenciar mediante el análisis de legalidad del caso de la bonificación otorgada por una empresa estatal a la Sociedad Deportiva Aucas, Aucas. Mediante informe de la Contraloría General del Estado⁵² se desprende que la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, CNT, otorgó al Aucas una suma correspondiente a USD 200.000 por concepto de “[...] ascenso a la categoría A del Campeonato Nacional como vicecampeón”⁵³.

Para analizar la legalidad de la ayuda pública se debe distinguir ciertas características propias de su definición, que han sido descritas en secciones anteriores. En primer lugar, la 'estatalidad' de la bonificación se identifica al haberse transferido recursos públicos provenientes de CNT, empresa constituida como “[...] persona jurídica de derecho público [...]”⁵⁴, al Aucas, que es un club de fútbol profesional que actúa como un operador económico.

Asimismo, hay la concesión de una 'ventaja' pues la bonificación conferida al Aucas no se encontraba contemplada en ningún contrato⁵⁵, no contaba con autorización por parte de las autoridades de CNT⁵⁶, y, además, no beneficiaba a CNT mediante publicidad u otro tipo de retribución similar⁵⁷. Es decir, la entrega de la subvención no representaba beneficio actual ni futuro para CNT, por lo que no es probable que en circunstancias similares una empresa privada hubiese otorgado el mismo beneficio. Por último, la 'selectividad' se evidencia al no haber beneficiado al resto de equipos de fútbol profesional.

Ahora, para otorgar una correcta protección a la competencia, la calificación de legalidad de un régimen necesariamente debe incluir a la distorsión como un estándar de

⁵² Contraloría General del Estado, “Informe DNA4-0010-2020, 2019”, (Quito: dirección nacional de auditorías internas, 2019) Disponible en: <https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=62022&tipo=inf> (último acceso: 20/10/2021)

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Decreto Ejecutivo 218, Presidencia de la República [Crea la Empresa Pública Corporación Nacional De Telecomunicaciones CNT], Registro Oficial 122 de 3 de febrero del 2010.

⁵⁵ Contraloría General del Estado, “Informe DNA4-0010-2020, 2019”, 19.

⁵⁶ *Ibid.*, 19.

⁵⁷ Expreso, “Fondos públicos, a manos de Barcelona y Aucas, 1 de octubre de 2020”, Disponible en: <https://www.expreso.ec/deportes/fondos-publicos-manos-barcelona-aucas-91059.html> (último acceso: 02/11/2021)

revisión que sigue del régimen general y que se erige como un requisito sensato. Por este motivo, para que una ayuda pública sea considerada ilegal en la normativa europea, además de cumplir con las características antes mencionadas, debe ocasionar distorsión a la competencia⁵⁸.

En el caso de las actividades económicas desempeñadas por el Aucas, dicha distorsión a la competencia se evidencia inicialmente, debido a que la bonificación fue recibida en un mercado donde existen otros quince equipos de fútbol profesional de serie A que compiten entre sí. Al inyectar un monto pecuniario a un solo equipo se aumenta su capacidad de inversión para el pago de jugadores de alto nivel, mejores entrenadores, pago de deudas, etc., y por ende, este equipo puede ser proclive a lograr más objetivos deportivos.

En este sentido, bajo el régimen europeo, la bonificación en cuestión debería ser catalogada como una ayuda pública ilegal, en tanto posee todos los requisitos mencionados y tiene la aptitud de distorsionar la competencia y ocasionar daños al mercado. Sin embargo, esta conclusión cambia si se analiza el caso a la luz del régimen ecuatoriano de ayudas públicas.

Bajo el régimen nacional, para verificar la legalidad de la ayuda pública, primero se identifican los elementos ya analizados en el caso en cuestión, de estatalidad, ventaja y selectividad. No obstante, a diferencia del régimen general identificado bajo la normativa europea, la ley ecuatoriana carece de la distorsión a la competencia como calificador de antijuridicidad de las ayudas públicas, tal como se desprende de su definición del RLORCPM⁵⁹. Debido a ello, la legalidad de la bonificación al Aucas sería calificada de manera independiente a la distorsión que esta ocasione.

Para calificar como ilegal a una ayuda pública en el régimen nacional, se utilizan tres parámetros⁶⁰. Primero, se debería distinguir si la ayuda pública cumple con el cometido para el cual fue creada. Esto sí se cumpliría en el caso de CNT, pues el único objetivo de esta fue otorgar una bonificación al Aucas en virtud de su ascenso.

Segundo, se debería identificar si la ayuda es abusiva, lo cual, al ser un concepto jurídico indeterminado⁶¹, puede variar según la teoría a la que se acoja la entidad que

⁵⁸ Artículo 107, TFUE. Ver, Comisión Europea v. Belgium State aid SA.37109 (2013/N), Comisión Europea, 20 de noviembre de 2013, Párr. 25.

⁵⁹ Artículo 34, RLORCPM.

⁶⁰ Artículo 37, RLORCPM.

⁶¹ Jaime Vintimilla, "Principios y reglas como nuevas fuentes de justicia a la luz del Ius Novus ecuatoriano" *Iuris Dictio Publicación Periódica del Colegio de Jurisprudencia*. (2019), 51.

realiza el análisis. Si se toma una postura subjetivista⁶², por ejemplo, se concluiría que, debido a que la intención de CNT únicamente fue la de premiar al equipo por su ascenso y no la de causar daños a terceros, la subvención no es abusiva.

Por último, se tendría que verificar que la ayuda de CNT al Aucas no es contraria al objeto de la ley nacional, identificado en el artículo 1 de la LORCPM⁶³. La bonificación otorgada no se refiere a un abuso de un operador económico con poder de mercado, a un acuerdo colusorio, a una práctica restrictiva, o a una práctica desleal⁶⁴, etc.; y además, incluso se podría señalar que la ayuda tiene una motivación 'solidaria'⁶⁵, pues busca facilitar el desarrollo de un club deportivo. En virtud de lo expuesto, no se catalogaría a la ayuda de CNT como contraria a los objetivos de la ley ecuatoriana.

De lo anterior se colige que la ayuda otorgada por CNT al Aucas, al cumplir con el fin para el que se la otorgó, no aplicarse de manera abusiva, y no ser contraria al objeto de la ley, podría llegar a ser calificada como legal en Ecuador, independientemente del daño que la bonificación otorgada al Aucas cause en la competencia de los otros equipos de fútbol profesional. El régimen de competencia ecuatoriano, al no identificar a la distorsión a la competencia como calificador de antijuridicidad y al incluir fines poco ortodoxos en la normativa⁶⁶, no protege adecuadamente el bien jurídico protegido de la competencia.

La característica de la afectación al intercambio resulta indispensable para prevenir el daño y restaurar la competencia en el mercado; sin ella, el régimen de control de ayudas públicas pierde sentido. Lo que hace que las ayudas estatales sean nocivas para la sociedad es su aptitud de falseamiento a la competencia, que disminuye el bienestar y afecta a la economía del mercado⁶⁷. Debido a ello, en Ecuador la ausencia de la distorsión como calificador de antijuridicidad provoca que la competencia quede desprotegida y sea susceptible a ser falseada.

⁶² Enrique Cuentas, “ El abuso del Derecho” *Derecho PUCP* (1997), 465.

⁶³ Artículo 1, LORCPM.

⁶⁴ Artículo 1, LORCPM.

⁶⁵ Artículo 1, LORCPM.

⁶⁶ Si bien este es un problema identificado a la luz del régimen de ayudas públicas, hay que tener en cuenta que este es un conflicto de la normativa de competencia ecuatoriana en general, en donde la búsqueda de fines poco ortodoxos acarrea que se disipe al objetivo de protección a la competencia. El ejemplo más claro de esto se da en la regulación a las prácticas desleales tipificadas en el artículo 25 de la LORCPM.

⁶⁷ EU von der Leyen's first State of the Union speech, video de YouTube, 1:19:40, 16 de septiembre de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=7eTGDjSl6Lo>, (traducción no oficial.)

5.2.2 Sobre el control ex post

Se considera que el régimen de control también es fundamental para proteger a la competencia de las intervenciones estatales distorsionadoras. Lo anterior se puede ejemplificar en el caso del 20 de septiembre de 2017, cuando CNT otorgó al Barcelona Sporting Club, BSC, la suma correspondiente a USD 137 083,33⁶⁸.

La presente constituye una ayuda estatal en tanto CNT es una empresa pública⁶⁹, que transfirió recursos a BSC. A su vez, existió una ventaja, pues no hubo relación contractual directa entre BSC y CNT, no hubo las autorizaciones previas requeridas, y no se dio publicidad ni retribuciones similares a CNT a cambio del monto otorgado⁷⁰; por lo que, en condiciones similares otra empresa no hubiera concedido dicha bonificación.

Por otro lado, la selectividad de la ayuda se identifica al ser concedida en base a criterios de discrecionalidad y al no ser conferida a todos los clubes de fútbol profesional⁷¹. Finalmente, como ya se ha explicado, la distorsión a la competencia se hace evidente al reforzar la posición económica de un equipo, amenazando a la competencia y afectando a los otros clubes de fútbol de liga profesional.

Ahora bien, la bonificación tiene efectos nocivos sobre la competencia por lo que puede llegar a causar daños irreparables en el mercado del fútbol. Por ejemplo, puede ser que en virtud a la bonificación otorgada por CNT, BSC logró contratar a jugadores de alto nivel, que le permitieron obtener mejores resultados en las competencias deportivas, causando un daño difícilmente compensable a los otros equipos de su misma liga.

Para evitar el daño irreparable, el régimen europeo utiliza un sistema de control *ex ante*⁷². En este sentido, en Europa el caso en cuestión debió ser notificado, y posterior a ello, CNT debió suspender el otorgamiento de la bonificación hasta que la autoridad competente se pronuncie sobre el análisis de la legalidad de la ayuda⁷³. De esta manera,

⁶⁸ Contraloría General del Estado, “Informe DNA4-0010-2020, 2019”. (Quito: dirección nacional de auditorías internas, 2019) pág., 18. Disponible en: <https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=62022&tipo=inf> (último acceso: 20/10/2021)

⁶⁹ Artículo 1, Decreto Ejecutivo 218.

⁷⁰ Contraloría General del Estado “Informe DNA4-0010-2020, 2019”.

⁷¹ Si bien, CNT también otorgó una bonificación al Aucas, la selectividad esta en que las bonificaciones son entregadas en base a criterios discrecionales, perjudicando al resto de equipos de serie profesional.

⁷² Artículo 108.3, TFUE.

⁷³ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a la recuperación de las ayudas estatales ilegales e incompatibles (2019/C 247/01)” N/D Párr. 12 (Unión Europea: Comisión Europea, 2019.) https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2019.247.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2019%3A247%3AFULL (último acceso: 22/10/2021)

el control *ex ante* permite el refuerzo de la capacidad administrativa de las autoridades⁷⁴, lo que hace posible el uso correcto de los recursos públicos y que se prevenga los posibles efectos gravosos o irreparables de la subvención⁷⁵.

Además, para el análisis de legalidad de la subvención otorgada al BSC, las autoridades de la Comisión tendrían a su alcance múltiples reglamentos en los que se detallan los parámetros de legalidad de las ayudas públicas. De esta manera, por medio del control *ex ante*, sería más sencillo para la autoridad competente el análisis del caso de BSC, pues se tendrían precedentes, criterios y parámetros claros que guiarían las decisiones sobre la legalidad de la ayuda pública⁷⁶.

Ahora bien, en Ecuador el control de la ayuda otorgada al BSC se manejaría de modo diferente. Bajo el control *ex post* del régimen nacional, si bien CNT tendría la obligación de notificar la ayuda⁷⁷, la entidad no tendría la obligación de suspenderla. Esto causaría que el control de la SCPM no sea suficiente para evitar el efecto pernicioso causado por la subvención. El régimen entonces, no es capaz de analizar y corregir el daño antes de que se produzca, únicamente se aplicarían métodos para reparar el daño ya causado, que en algunas ocasiones puede que no sea remediable.

Adicionalmente, al momento de analizar la legalidad de la ayuda para BSC, la SCPM únicamente posee los elementos delimitados en determinados artículos de la LORCM y el RLORCM, por lo que el estudio de la legalidad de la ayuda fuera más complicado al no tener los conceptos claramente identificados.

Por consiguiente, se observa que el régimen *ex post* del sistema ecuatoriano dificulta la protección a la competencia. Además, el control *ex post* disminuye la seguridad jurídica del régimen pues provoca que las consecuencias de las actuaciones de las autoridades no sean previsibles para los particulares que van a recibir la ayuda. En Ecuador, el sistema *ex post* puede provocar que haya un mal manejo de recursos públicos, y que se produzcan efectos que, muchas veces, pueden llegar a ser irreversibles para la competencia.

⁷⁴Lección Legal Publisher, “Good Procedures Make Good State Aid: Ex Ante Conditionality for Effective Application of EU State Aid Rules”, 2015. Disponible en <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/good-procedures-make-good-state-aid-ex-ante-conditionality-for-effective-application-of-eu-state-aid-rules/> (último acceso: 22/10/2021)

⁷⁵ Pontificia Universidad del Perú, "Control de Concentraciones Empresariales: Promoción de la competencia en los mercados", Dialnet: Derecho & Sociedad (2017), Vol. 49, pág. 277-294.

⁷⁶ Miek Van der Wee, “State aid and distortion of competition- Conference of Competition Enforcement Challenges & Consumer Welfare” (Islambad, Head of Unit of International Relations Competition, 2011) https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_17_en.pdf (último acceso: 21/10/2021).

⁷⁷ Art. 35, RLORCPM.

5.2.3 Sobre el cumplimiento del régimen

Por último, el cumplimiento del régimen resulta esencial para asegurar que los mecanismos jurídicos de la normativa garanticen la protección a la competencia. Para ejemplificar lo anterior, resulta conveniente ilustrarlo a través del caso de la subvención otorgada por la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento, UNA EP, hacia el Club Sport Emelec, Emelec⁷⁸.

En el año 2015, se realizó un procedimiento de contratación pública mediante el cual se invirtió la cantidad de USD 300 000 para el Emelec, con el objeto de “promocionar la marca institucional en las CAMISETAS que utilice el equipo en los partidos nacionales e internacionales, al igual que las demás marcas pertenecientes a la UNA EP”⁷⁹.

El caso de UNA EP constituye una ayuda pública porque cumple con los requisitos requeridos por el régimen general. En primer lugar, se realizó una transferencia de recursos estatales, en tanto UNA EP es una sociedad de derecho público⁸⁰. Adicionalmente, hay una ventaja puesto que UNA EP no compite con empresas privadas, por lo que no hay motivo para que busque promocionarse mediante el auspicio a un club deportivo⁸¹. Por esta razón, otra empresa pública en circunstancias de normalidad y en condiciones fácticas y jurídicas similares no hubiese proporcionado dicha subvención a otro equipo.

Además, la ayuda es selectiva pues UNA EP, basándose en criterios de discrecionalidad, suscribió un contrato únicamente con el Emelec y no con otros clubes de categoría profesional. Por último, el aporte económico que fue otorgado por UNA EP

⁷⁸ Información Proceso Contratación, “Sistema Oficial de Contratación Pública”, 23 de enero de 2015, Disponible en:

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=mUt2W56ELr9-oh54Y7DKMIRVijoyy7NrmJCHHYAQcck>, (último acceso: 02/11/2021)

⁷⁹ Sistema Oficial de Contratación Pública, “Pliego de régimen especial para la contratación de productos y servicios comunicacionales, código del proceso: re-unaep-001-2015” (Quito: productos y servicios comunicacionales, 2015), Disponible en:

<https://www.compraspublicas.gob.ec/procesocontratacion/compras/pc/informacionprocesocontratacion2.cpe?idSolicompra=mut2w56elr9-oh54y7dkmlrvijoyy7nrmjchhyaqcck>. (último acceso: 02/11/2021).

⁸⁰ Decreto Ejecutivo 12, Presidencia de la República [Créase la Empresa Pública Unidad Nacional de Almacenamiento UNA EP], Registro Oficial 16 de 17 de junio de 2013, 3.

⁸¹ UNA EP es una empresa que se dedica al almacenamiento y comercialización de productos agropecuarios, y no busca competir, pues tiene un objetivo primordialmente social. Debido a ello, aplica exclusivamente los precios oficiales, e incluso uno de sus principales fines es el de crear mecanismos de subsidio para apoyar la comercialización agropecuaria de Ecuador. Esto es lo que diferencia a UNA EP de otras empresas públicas, como por ejemplo el Banco del Pacífico, la cual sí compite con otros operadores económicos por lo que tiene suficientes incentivos para suscribir acuerdos de publicidad con equipos deportivos.

tiene la aptitud de distorsionar la competencia en el fútbol, dado que refuerza la posición económica del Emelec, que compite contra otros quince clubes de liga profesional⁸².

Ahora bien, una vez que se ha identificado que el presente caso constituye una ayuda pública ilegal, bajo el régimen europeo, se hubiera tenido que seguir un riguroso sistema de control para que se cumpla con el cometido de protección a la competencia⁸³. En primer lugar, en caso de que se hubiera prescindido de la obligación de notificación, la ayuda otorgada al Emelec habría sido detectada por el proceso de revisión y control de la Comisión⁸⁴.

Una vez detectada y confirmada la ilegalidad de la ayuda de UNA EP, se hubiera procedido a recobrar la subvención. Para ello, la Comisión hubiese cuantificado el importe de recuperación, calculado sus intereses, y analizado los posibles métodos de recuperación alternativa, con el objetivo de restablecer la situación previa a la intervención estatal⁸⁵.

Adicionalmente, mediante facultades coercitivas de las autoridades⁸⁶, se hubieran asegurado de recuperar la ayuda pública del Emelec correctamente. Es decir, las autoridades hubiesen establecido métodos para forzar su íntegra recuperación⁸⁷, medidas cautelares, acciones de daños y perjuicios contra las autoridades que la otorgaron, métodos para impedir que se continúe pagando la ayuda pública⁸⁸, entre otros.

Finalmente, en caso de incumplimiento total del régimen, se hubiera sometido el caso de la ayuda de UNA EP ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁹. Así, en *ultima ratio*, la Comisión hubiese impuesto sanciones económicas a UNA EP, teniendo en cuenta la importancia de la ayuda, el periodo por el que fue concedida, y el efecto

⁸² Phillip Morris v Comisión, Comisión Europea, 730/79, 1980, N/D./Párr. 11. Eur Lex

⁸³ Miek Van der Wee, “State aid and distortion of competition- Conference of Competition Enforcement Challenges & Consumer Welfare”, https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2011_17_en.pdf (último acceso: 21/10/2021)

⁸⁴ Artículo 108.1, TFUE.

⁸⁵ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a la recuperación de las ayudas estatales ilegales e incompatibles”, (Unión Europea: Diario Oficial de la Unión Europea, 2019) Disponible en: https://ec.europa.eu/info/index_es (último acceso: 21/10/2021)

⁸⁶ Keneth Thomas, *Competing for Capital: European and North American Responses*, Washington: (Washington: University Press, 2002), 2-50.

⁸⁷ Ver, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España , Comisión Europea, C-177/06, 2007, N/D, Párr. 2. El único motivo por el que los países miembros se pueden negar a la recuperación es debido a que esta resulte objetivamente imposible.

⁸⁸ Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2009/C 85/01)” (Unión Europea: Comisión Europea, 2009.) N/D. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0409%2801%29> (último acceso: 20/10/2021)

⁸⁹ Artículo 108.2, TFUE.

disuasorio necesario⁹⁰. De esta manera, bajo el régimen europeo, se hubiera logrado el cometido de protección a la competencia, al haberse forzado el cumplimiento del régimen de ayudas públicas.

Sin embargo, en Ecuador, el resultado del cumplimiento del régimen fue abismalmente distinto. La subvención otorgada al Emelec por UNA EP fue un proceso de contratación pública, divulgado en el Sistema Oficial de Contratación Pública, y discutido ampliamente por expertos deportivos⁹¹. No obstante, no fue notificada, identificada por la SCPM, ni recuperada para restablecer la situación previa a la ayuda.

La bonificación al Emelec no fue identificada mediante la potestad de evaluación permanente⁹² de la SCPM⁹³; lo cual es evidente pues, como se mencionó, mediante respuesta de solicitud de acceso a la información pública de la SCPM se constató que ningún proceso de ayuda pública ha sido identificado, notificado ni recuperado⁹⁴. Adicionalmente, aunque se hubiera identificado la ayuda y se la hubiera declarado ilegal, únicamente se habría procedido a 'incitar' o 'proponer' medidas para modificar o suspender la subvención⁹⁵, sin que exista un proceso específico para recuperar la bonificación otorgada al Emelec.

Por último, no hay ningún tipo de consecuencias ni sanciones impuestas a UNA AP, que se desprendan a partir de la subvención otorgada. Esto, en razón de que la LORCPM no prevé sanciones para el incumplimiento del régimen de ayudas públicas⁹⁶, lo que conlleva a que no existan incentivos para su efectivo cumplimiento.

Así pues, queda demostrada la profunda deficiencia del cumplimiento del régimen de ayudas estatales en Ecuador. La completa falta de aplicación del régimen, evidenciada a la luz de los casos de ayudas ilegales otorgadas al fútbol profesional, es otro factor que impide la correcta protección a la competencia y provoca un daño a la economía del mercado ecuatoriano entre los clubes de fútbol profesional.

⁹⁰ Comisión Europea, Procedimiento de infracción, “Etapas del procedimiento de infracción”, Disponible en: https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_es (último acceso: 21/10/2021)

⁹¹ Periodista deportivo anónimo A, entrevista por Melissa Coba, 25 de agosto de 2021, transcripción: <https://docs.google.com/document/d/1KFslr2Fx2NW58UnqzwtCsVo-RfBqAnXItdD0oVCWqUs/edit?usp=sharing>

⁹² Uno de los motivos para el incumplimiento a la obligación de revisión de ayudas públicas puede ser debido a la gigantesca carga procesal y la limitación de recursos económicos de la SCPM.

⁹³ Artículo 37, LORCPM.

⁹⁴ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, “Respuesta a solicitud de acceso a la información pública. Oficio SCPM-IGT-INAC-2021-381”, (Quito: Intendente Nacional de Abogacía, 2021).

⁹⁵ Artículo 38, LORCPM.

⁹⁶ Ver, Artículo 78, LORCPM.

5.3 Distorsión a la competencia

Como se ha visto, la insuficiencia del régimen para dar una efectiva protección a la competencia puede causar su distorsión y la afectación económica al mercado. Esto se evidencia directamente en el fútbol profesional, donde la gran cantidad de casos en los que el Estado ha intervenido sin que medie regulación alguna, ha conducido a que expertos en el tema identifiquen el falseamiento a la competencia.

Un primer ejemplo donde se refleja la distorsión a la competencia se deriva del apoyo de la dictadura militar al Club Deportivo el Nacional⁹⁷. Desde los años 70, el Nacional recibió varias concesiones por parte de General Guillermo Lara, entre las que destaca el aporte obligatorio que los militares debían hacer al Club Nacional⁹⁸. El aporte permitió que el club, durante la época de la dictadura militar, lograra ser tricampeón en la competición nacional⁹⁹.

Otro ejemplo es el del Club Deportivo Quito, el cual recibió múltiples subvenciones estatales que le otorgaron beneficios para el pago de sus obligaciones¹⁰⁰. El ejemplo más destacado es el de la concesión que realizó el Municipio de Quito al equipo, de todos los recursos generados por la publicidad interna del Estadio Olímpico Atahualpa¹⁰¹.

El beneficio al Club Deportivo Quito le permitió pagar remuneraciones extremadamente elevadas a jugadores de alto nivel, lo cual le llevó ser campeón durante los años 2008, 2009 y 2011¹⁰². Ahora bien, el desbalance en su capital ocasionó

⁹⁷ Periodista deportivo anónimo A, entrevista por Melissa Coba, 2021.

⁹⁸ El Comercio, “El Nacional sigue en crisis y con déficit de USD 3,8 millones”, 18 de mayo de 2019, Disponible en: <https://www.elcomercio.com/deportes/elnacional-crisis-deficit-presupuesto-ligapro.html> (último acceso: 22/10/2021)

⁹⁹ El Universo, “El Nacional Logra la Hazaña de bi-tri”, Disponible en: <https://especiales.eluniverso.com/historia-campeonato-ecuadoriano/cronologia/el-nacional-logra-la-hazana-del-bi-tri/> (último acceso: 25/10/2021)

¹⁰⁰ Periodista deportivo anónimo B, entrevista por Melissa Coba, 22 de octubre de 2021, transcripción: https://docs.google.com/document/d/1d_aJZRaVmWuJX6i4TWAuvsymgvhsfgbyPeNx4Hsdegw/edit?usp=sharing; y Periodista deportivo anónimo C, entrevista por Melissa Coba, 22 de octubre de 2021, transcripción: <https://docs.google.com/document/d/1mkInfr90WpLRNO6BUkEIWQf8dYrkz59r6vUZyvGa6l4/edit?usp=sharing>

¹⁰¹ El Comercio, “Deportivo Quito recibió el apoyo de CDP, AFNA y el Municipio por la publicidad interna del estadio Atahualpa”, Disponible en: <https://www.elcomercio.com/deportes/deportivo-quito-publicidad-atahualpa-municipio.html> (último acceso: 03/11/2021)

¹⁰² Sociedad deportiva Quito, “La Historia no se compara”, Disponible en: <https://www.deportivoquito.com/historia> (último acceso: 23/10/2021)

consecuencias negativas para el equipo, en tanto el fuerte déficit económico resultó en una crisis financiera que culminó con su descenso de categoría¹⁰³.

Un último caso se hace evidente en el régimen tributario. Según lo afirman expertos deportivos, existe una notoria falta de fiscalización por parte de las autoridades del SRI hacia algunos equipos de fútbol¹⁰⁴. Como se desprende del gráfico 3, hay una prerrogativa por parte del SRI al cobro de impuestos a ciertos jugadores del Emelec y del Barcelona. Esta inacción del Estado causa una distorsión a la competencia, ya que cuando dos equipos tienen la misma capacidad económica para ofrecer una remuneración similar a un jugador profesional, la falta de fiscalización hace que el jugador prefiera trabajar en aquel club donde su remuneración no sea afectada por la reducción de impuestos¹⁰⁵.

Gráfico 3. Impuesto a la Renta Jugadores Serie A

MATAMOROS CHUNGA HOLGER EDUARDO	BOLAÑOS REASCOS MILER
2012 y 2013 - BARCELONA: 0 (no presentada) 2014 y 2015- LDU: 33 000 y 53 000 2016 - EMELEC: 0	2010 al 2011 LDU: 15 000 y 21 000 2013 al 2015: EMELEC: 0
MENA DELGADO ANGEL ISRAEL	NARVAEZ ARROYO JOHN WILLIAN
2010 • DEP. CUENCA: 1 000 000 2011 al 2020 • EMELEC: 0	2010 y 2011- DEP.CUENCA:800 y 7 000 2012 - NACIONAL: 20 000 2013 al 2015 - EMELEC 0,0 y 113.00 2016 y 2017- LDU: 10 000 y 41 000
BONE SANCHEZ ADRIAN JAVIER	OREJUELA IZQUIERDO JEFFERSON GABRIEL
2011 al 2013 - DEP. QUITO: 113.00 2011 al 2016 - NACIONAL: 12 000, 35 000 y 0 2017- IND. DEL VALLE: 19 000 2018 al 2020 - EMELEC: 0	2015 y 2016 • IND. DEL VALLE: 10 000 y 39 000 2018 y 2019- LDU: 31 000 y 26 000. 2020 • BARCELONA: 0 (no presentada)
ORDOÑEZ VALDEZ ANDERSSON RAFAEL	
2012 al 2014 • BARCELONA: 0 (no hay info.) 2015- NACIONAL: 4 000 2016- BARCELONA: 0 (no hay info.) 2018 al 2020 • LDU:35000, 42000, 0 (no presentada)	

Fuente: Elaboración propia a partir de SRI en línea¹⁰⁶

¹⁰³ El Comercio, “La crisis del Deportivo Quito empezó con los millonarios salarios”, Disponible en: <https://www.elcomercio.com/deportes/futbol/futbol-deportivo-quito-crisis-cronologia.html> (último acceso: 22/10/2021)

¹⁰⁴ Periodista deportivo anónimo A, entrevista por Melissa Coba, 25 de agosto de 2021; y Periodista deportivo anónimo B, entrevista por Melissa Coba, 22 de octubre de 2021.

¹⁰⁵ Periodista deportivo anónimo A, entrevista por Melissa Coba, 25 de agosto de 2021.

¹⁰⁶ SRI en línea. “Consulta de Impuesto a la Renta Causado y Salida de Divisas”. <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriDeclaracionesWeb/ConsultaImpuestoRenta/Consultas/consultaImpuestoRenta>. (último acceso: 27/09/2021). El gráfico posee valores que han sido redondeados en virtud al espacio del presente artículo académico. Adicionalmente, solo toma en consideración la trayectoria de cada jugador desde el año 2010 al 2020; excluyendo aquellos años durante los cuales los jugadores participaron en equipos extranjeros.

Los casos descritos deberían ser sujetos a un exhaustivo análisis por la SCPM, para comprobar si es que efectivamente constituyen una ayuda pública y para determinar su legalidad. No obstante, son un buen referente que demuestra que la intervención estatal, ya sea a través de la transferencia directa de recursos económicos, inversiones, de su inacción o cualquier forma de beneficio otorgado a entidades económicas como los equipos de fútbol profesional, causa la distorsión a la competencia en el mercado.

La distorsión a la competencia, directa o indirecta, tiene serias repercusiones en la eficiencia económica. La intervención estatal a determinados equipos ocasiona que clubes que no son económicamente viables permanezcan de manera artificial en el mercado, ocasionando el detrimento de otros equipos cuya eficiencia económica es viable. Como se explicó en el marco teórico, la protección a la competencia sirve para aumentar el bienestar social; un régimen que no la protege adecuadamente está afectando directamente a la economía del mercado.

6. Conclusiones y recomendaciones

Partiendo de la importancia de la correcta protección a la libre competencia para el bienestar del mercado, se analizó tres elementos del régimen ecuatoriano de ayudas públicas para estimar su eficiencia. Desde el primer elemento analizado en el caso de la ayuda concedida por CNT al Aucas, se determinó la insuficiencia del régimen, pues la normativa no fija el elemento de distorsión como calificador de antijuricidad de una ayuda pública.

Además, a partir del análisis del caso de la ayuda concedida por CNT al BSC, se concluyó que el sistema de control *ex post* del régimen ecuatoriano es potencialmente capaz de dificultar el proceso de evaluación de las subvenciones, pues podría causar que se dé una formidable acumulación de casos que causen daños irreparables a la competencia. Asimismo, por medio del caso de la ayuda pública otorgada por UNA EP a Emelec, se determinó la absoluta vulneración de la normativa de ayudas estatales y, por ende, la ineficiencia del régimen ecuatoriano para forzar su cumplimiento.

Por último, a partir de los casos de intervenciones estatales mencionadas por especialistas deportivos, se confirmó la capacidad del Estado de distorsionar la competencia. La distorsión se evidencia al reforzar la posición económica de ciertos equipos, lo que les permite alcanzar objetivos deportivos, en detrimento de otros clubes de fútbol profesional que pueden llegar a ser más eficientes. Lo anterior, ocasiona una grave afectación a la economía y al bienestar social.

A partir del análisis realizado, la pregunta de investigación fue resuelta y se determinó que el régimen ecuatoriano de ayudas públicas no logra su cometido de proteger a la competencia. La insuficiencia del régimen, ocasiona que la competencia del mercado del fútbol profesional haya sido efectivamente distorsionada.

El presente trabajo posee ciertas limitaciones en cuanto a las fuentes para la identificación de la distorsión a la competencia en el fútbol. Si bien todas las fuentes utilizadas son sólidas, lo ideal sería cuantificar el valor de la totalidad de ayudas públicas otorgadas a un determinado equipo y correlacionar dichos montos con su utilización para el logro de objetivos deportivos. Sin embargo, toda esta información es confidencial de los clubes. De igual forma, es importante mencionar que únicamente se tomaron ejemplos en el ámbito de fútbol profesional; sin embargo, existen múltiples sectores donde la insuficiencia del régimen es potencialmente capaz de afectar a la competencia.

Ahora bien, para solucionar la insuficiencia del régimen ecuatoriano, en primer lugar, se sugiere que una ayuda pública sea *a ipso iure* identificada como ilegal, debido a que parte de sus elementos esenciales debería ser la distorsión a la competencia. Asimismo, se sugiere reforzar el proceso de recuperación de ayudas estatales. Para ello, debería haber un proceso que permita volver a la situación de competencia previa a la intervención estatal dañina, un sistema de monitoreo que identifique correctamente las ayudas ilegales, y un sistema sancionatorio que penalice toda actuación distorsionadora.

Además, se sugiere el cambio del control actual a uno *ex ante*. Es decir, se propone que la notificación tenga como consecuencia la suspensión de la ayuda pública y, además, que se codifiquen reglamentos para identificar más fácilmente el estándar de legalidad de la subvención. De esta manera se facilitaría el trabajo de monitoreo de la SCPM, y se cercioraría que la intervención no tenga consecuencias irreparables.

Por último, en aras de conseguir que el régimen ecuatoriano otorgue una efectiva protección a la competencia, primero, se recomienda que el ámbito legislativo enfoque los objetivos de la ley, y así se evite cualquier fin no ortodoxo que diluya el objetivo principal de protección a la competencia. Adicionalmente, se recomienda hacer una revisión integral de todas las figuras jurídicas codificadas en ley pues, como se demostró, el régimen de ayudas públicas es sujeto de incumplimiento total por parte de la SCPM, y pueden existir otras figuras a las que no se les otorgue un uso eficiente.