

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El Impuesto a los Consumos Especiales y la Cerveza Industrial:
un caso de Ayudas Públicas**

José Eduardo Jarrín Sánchez

Jurisprudencia

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

Quito, 19 de noviembre de 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: José Eduardo Jarrín Sánchez

Código: 00205120

Cédula de identidad: 1716422447

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UNPUBLISHED DOCUMENT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 IMPUESTO A LOS CONSUMOS ESPECIALES Y LA CERVEZA INDUSTRIAL: UN CASO DE AYUDAS PÚBLICAS¹

THE SPECIFIC TARIFF OF THE EXCISE RATE AND THE INDUSTRIAL BEER: A CASE OF STATE AID

José Eduardo Jarrín Sánchez²
josejarrin1997@hotmail.com

RESUMEN

Las reformas de 2016 y 2018 a la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de cerveza industrial corresponden a una actuación del Estado, a través del poder legislativo, por medio de la Asamblea Nacional, con uso de recursos públicos del Estado. Donde al dejar de percibir ingresos que como sujeto activo del impuesto le corresponden, confieren una ventaja reflejada en el valor de la tarifa específica, que de forma selectiva beneficia a la empresas productoras de bebidas alcohólicas en relación a las productoras de cerveza industrial y dentro de las productoras de cerveza industrial, benefician a Heineken en relación a Cervecería Nacional falseando así la competencia. Por esos motivos se concluye que ambas reformas constituyen ayudas públicas que no se notificaron a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y que por lo tanto es menester de esta el realizar un control *ex post* de dichas medidas.

PALABRAS CLAVE

Competencia, Ayudas Públicas, Impuesto Consumos Especiales, Selectividad

ABSTRACT

The reforms of 2016 and 2018 to the specific tariff of the excise rate for industrial beer, correspond to a performance of the legislative power of the State through the National Assembly, with the use of public resources of the State, because it stops receiving income that as an active subject of the tax correspond to it, which confers an advantage reflected in the value of the specific tariff, that selectively benefit the undertakings producing alcoholic beverages in relation to the producers of industrial beer, and within the producers of industrial beer benefit Heineken in relation to Cervecería Nacional, distorting competition of the market. For these reasons, it is concluded that both reforms constitute state aids that were not notified to the Antitrust Authority and therefore it is up to it to carry out an ex-post control of these measures.

KEYWORDS

Antitrust, State Aid, Excise rate, Selectivity

Fecha de entrega: 19 de noviembre de 2021

¹Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. 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.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS.- 5.1. IMPUTABILIDAD DEL ESTADO.- 5.2. VENTAJA CONCEDIDA A UNA EMPRESA.- 5.3. SELECTIVIDAD DE LA MEDIDA.- 5.4. DISTORSIÓN EN LA COMPETENCIA.- 6. SITUACIÓN EN ECUADOR.- 6.1. LA REFORMA DE 2016 A LA TARIFA ESPECÍFICA DEL IMPUESTO A LOS CONSUMOS ESPECIALES DE CERVEZA INDUSTRIAL.- 6.2. LA REFORMA DE 2018 A LA TARIFA ESPECÍFICA DEL IMPUESTOS A LOS CONSUMOS ESPECIALES DE CERVEZA INDUSTRIAL.- 7. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El 29 de abril de 2016 se publicó la Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas. Esta Ley reformó el art. 82 Grupo V de la Ley de Régimen Tributario Interno y diferenció, cosa que no sucedía hasta ese entonces, la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales que paga la cerveza industrial de la que pagaban las demás bebidas alcohólicas y la cerveza artesanal.

De igual manera el 21 de agosto de 2018 se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Esta Ley reformó el mismo art. 82 Grupo V de la Ley de Régimen Tributario Interno que se había reformado en 2016 y que define el valor de la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales para las cervezas industriales. En esta reforma se añadió otra diferenciación, solo que esta vez entre las cervezas industriales según el volumen de producción.

Al aprobarse estas reformas ni el legislativo, ni la autoridad de competencia en Ecuador, es decir la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, realizaron un análisis de los posibles efectos que estas medidas podían tener en el mercado, al ser posiblemente actuaciones que entran dentro de la categoría de ayuda pública. La cual tanto en nuestra legislación nacional como en el derecho comparado se considera de naturaleza anticompetitiva y por lo tanto está prohibida, siendo autorizada solo de manera excepcional.

Es por eso que surge la pregunta de investigación ¿son las reformas de 2016 y 2018 a la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de Cerveza Industrial ayudas públicas? Para resolver esa interrogante esta investigación, mediante la metodología cuantitativa correlacional, analizará las reformas de 2016 y 2018 a la tarifa específica del

Impuesto a los Consumos Especiales de cerveza industrial, siguiendo los criterios establecidos por el régimen de ayudas públicas de la Unión Europea y de la legislación ecuatoriana.

2. Estado del Arte

Las ayudas públicas son una de las instituciones más antiguas del derecho de competencia en Europa, estando presente su concepto incluso desde el origen de la Unión Europea en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Es por eso que, como señala el profesor Phedon Nicolaides², a estas alturas ya está bien establecido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que existen cuatro criterios acumulativos que determinan si una medida pública constituye una ayuda. Estos criterios son: que exista una transferencia de recursos públicos imputable al Estado, esa transferencia debe otorgar una ventaja al beneficiario, la ventaja debe ser selectiva y capaz de distorsionar la competencia.

En ese sentido, tal como lo establecen Katalin Cseres y Agustin Reyna³, una empresa que recibe apoyo del gobierno, de forma selectiva, a través de fondos estatales, obtiene una ventaja competitiva sobre los demás operadores del mercado. Esto es un problema ya que favorecer a algunas empresas en detrimento de otras puede generar ineficiencias al permitir que las empresas menos eficientes sobrevivan o incluso se expandan a expensas de las más eficientes.

También señalan que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe en general las ayudas públicas a menos de que sus efectos positivos superen el impacto negativo de la competencia distorsionada. Reconociendo que es más probable que este equilibrio sea positivo cuando la ayuda está destinada a abordar las fallas del mercado, buscando generar un cambio en el comportamiento del destinatario que solucione esa falla del mercado para beneficio del consumidor.

Justamente son los fallos de mercado que se busca combatir y los objetivos de interés general que se tratan de incentivar, donde las ayudas públicas tienen su origen. Pero, debido a

² Phedon Nicolaides, “State Aid and EU funding: Are they compatible?” *Policy Department for Budgetary Affairs*. (2018).

https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/142819/Briefing_State%20Aid%20and%20EU%20funding_Final.pdf

³ Katalin J Cseres, Agustin Reyna, “EU State Aid Law and Consumer Protection: An Unsettled Relationship in Times of Crisis” en *Journal of European Competition Law & Practice*, 12, (2021) 617-629 <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab037>

los efectos significativos que una ayuda pública puede tener en la competencia José Antonio Rodríguez Míguez⁴ afirma que su uso requiere un análisis exhaustivo para evitar que la implementación de estas pueda llegar a ser contraproducente.

Es por eso por lo que antes de su otorgamiento es importante tener claro: la contribución a un objetivo bien definido de interés general, la necesidad de intervención estatal, la adecuación del instrumento, el efecto incentivador para alcanzar el objetivo de interés general o cambiar el comportamiento que produce el fallo del mercado, la proporcionalidad, la transparencia y por último pero no menos importante, que no haya efectos negativos innecesarios sobre la competencia o el mercado interior. El conjunto de estas consideraciones ayuda a que se atienda a los criterios de eficiencia económica en la asignación de recursos públicos del Estado.

Hay que resaltar que el derecho no puede ser estático, debe adaptarse a la realidad cambiante de la sociedad para no volverse obsoleto y el régimen de ayudas públicas no es la excepción. Así lo indican Adriaan Dierx y Fabienne Ilzkovitz⁵ al señalar como el *State Aid Action Plan* y el *State Aid Modernisation* han transformado a las ayudas públicas de una política inactiva e ineficaz a una herramienta fuerte para la protección de la competencia.

Estos autores comentan que los objetivos de reformar este régimen van alineados con promover ayudas que favorezcan un crecimiento sustentable y contribuyan a las finanzas públicas, mientras desalientan el derroche de recursos públicos que es contraproducente para los Estados, así como la actualización a procedimientos más rápidos debido a la inclusión del reglamento general de exención por categorías, *GBER*⁶ en sus siglas en inglés –que libera a esas categorías de la obligación de notificación previa bajo ciertas condiciones– y con mayor transparencia. Además, reforzando la importancia del control *ex post* para garantizar que las ayudas concedidas, aunque no hubieran sido notificadas, no afecten o distorsionen a la competencia del mercado.

⁴ José Antonio Rodríguez Míguez, “El control europeo de las ayudas públicas: visión general y la prohibición general de las ayudas” en *Tratado de derecho de competencia: Unión Europea y España. Tomo II* (2a. ed.). ed. J. Maillo y J. Beneyto (Madrid: Wolters Kluwer, 2017) 187-242. <https://elibro.net/es/ereader/usfq/36734>

⁵ Adriaan Dierx, Fabienne Ilzkovitz, “EU Competition Policy and Ex Post Evaluation: Key Concepts” en *Ex Post Evaluation of Competition Policy: The Eu Experience*, ed. de A. Dierx y F. Ilzkovitz (Holanda: Kluber Law International B.V., 2020) 40-54

⁶ *General Block Exemption Regulation*.

3. Marco Normativo

A continuación, se detalla la normativa nacional que será el sustento de esta investigación. Como pilar se encuentra la Constitución de la República del Ecuador, pues es la norma jurídica suprema que regula los aspectos esenciales de la organización y funcionamiento de las instituciones políticas en armonía con los derechos y garantías de las personas. Haciendo especial énfasis los artículos: 284, referentes a los lineamientos de la política económica del Estado; 304, referente a los objetivos de la política comercial; 335 y 336, referentes a los intercambios económicos y el comercio justo⁷.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado es la normativa especializada en lo relacionado al derecho de competencia, pues su principal objetivo es proteger el proceso competitivo, de los abusos derivados de la alta concentración económica y las prácticas monopólicas. En esta ley se establece el régimen de ayudas públicas, el cual se encuentra en el capítulo III, que comprende desde el artículo 28 al artículo 34⁸.

La ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial en abril de 2016, reformó el art. 82 Grupo V de la Ley de Régimen Tributario Interno y diferenció, cosa que no sucedía hasta ese entonces, el Impuesto a los Consumos Especiales que pagaba la cerveza industrial del que pagaba las demás bebidas alcohólicas y la cerveza artesanal⁹.

La Ley Orgánica de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Estabilidad y Equilibrio Fiscal, publicada en el Registro Oficial en 2018, reformó el art. 82 Grupo V de la Ley de Régimen Tributario Interno en el cual se estableció una diferenciación en la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de Cerveza industrial por volúmenes de producción¹⁰.

La ley de Régimen Tributario Interno establece en ella el Impuesto a los Consumos Especiales. El Impuesto a los Consumos Especiales es un tributo que grava a ciertos bienes, nacionales o importados, y servicios, detallados en el artículo 82 de dicha ley, siendo de crucial

⁷ Constitución de La República del Ecuador, R.O. 449, 20 de Octubre de 2008, reformada por última vez R.O. suplemento 337, 25 de enero de 2021.

⁸ Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, R.O. suplemento 555, 13 de octubre de 2011, reformada por última vez R.O. suplemento 899, 9 de diciembre de 2016.

⁹ Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, R.O. suplemento 774, 29 de abril de 2016, reformada por última vez R.O. suplemento 484, 9 de mayo de 2019.

¹⁰ Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, R.O. suplemento 309, 21 de agosto de 2018, reformado por última vez R.O. suplemento 443, 3 de mayo de 2021.

importancia para esta investigación lo establecido para el alcohol, las bebidas alcohólicas y la cerveza¹¹.

El reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, publicado en el Registro Oficial 697 de mayo de 2012 y reformando por última vez el 1 de diciembre de 2020, profundiza sobre el concepto de ayuda pública y su aplicación en el Ecuador en su capítulo III: Acciones y Ayudas Públicas¹².

El reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, publicado en el Registro Oficial Suplemento 209 de junio de 2010 y reformado por última vez el 23 de abril de 2021, en el artículo 197, detalla sobre la aplicación del Impuesto a los Consumos Especiales y de esta aplicación se hará énfasis en lo referente a alcohol, bebidas alcohólicas y cerveza¹³.

En el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado se establecen los procedimientos para requerimientos de información en materia de ayudas públicas, así como todo el procedimiento en general respecto al correcto funcionamiento de estas ayudas, desde su notificación hasta su evaluación y de ser el caso corrección¹⁴.

4. Marco Teórico

El deber ser en cuanto al análisis en materia de ayudas públicas tiene un origen económico, pues al involucrar recursos públicos aplican principios como el de eficiencia y el de equidad. Es así, que hay ciertos criterios que se deben evaluar tanto de manera *ex ante* como de manera *ex post* para garantizar una correcta aplicación de las mismas sin que estas afecten al mercado, sus participantes e incluso al Estado¹⁵. En el caso específico del análisis de impuestos también deberá observar principios constitucionales como el de generalidad y proporcionalidad de la medida.

¹¹ Ley de Régimen Tributario Interno, R.O. suplemento 463, 17 de noviembre de 2004, reformado por última vez R.O. suplemento 486, 2 de julio de 2021.

¹² Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R.O. 697, 7 de mayo de 2012, reformado por última vez R.O. suplemento 341, 1 de diciembre de 2020.

¹³ Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, R.O. suplemento 209, 8 de junio de 2010, reformado por última vez R.O. suplemento 438, 3 de abril de 2021.

¹⁴ Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, R.O. Edición Especial 998, 7 de abril de 2017, reformado por última vez R.O. suplemento 479, el 23 de junio de 2021.

¹⁵ Adina Claici, Elisa Pau, *State Aid Know How: Economics in State Aid*. (Copenhague: Copenhagen Economics, 2018)

Este deber ser no siempre se cumple, especialmente cuando se trata del control *ex post*. Justamente esa problemática fue identificada por la Comisión Europea y por eso se decidió reforzar ese control en base a tres parámetros guía para conocer las consecuencias que ha tenido una ayuda pública en la competencia de un mercado. El primero es describir el tipo de ayuda y sus objetivos. El segundo es identificar las posibles distorsiones que la ayuda pudo tener el mercado. El último es evaluar el impacto de la ayuda en la competencia con los datos del mercado desde que se implementó¹⁶.

Un ejemplo de la falta de aplicación de ese deber ser previamente mencionado, es las reformas a la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de cerveza, realizada en 2016 y 2018, pues no tuvo en su momento un análisis preventivo para determinar si se trataba de una ayuda pública y tampoco ha habido uno retroactivo o *ex post* sobre sus características de ayuda pública, por el Estado, ni por el órgano rector, es decir por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Con lo cual, las posibles afectaciones que esta reforma podía tener en la competencia o que actualmente tiene no han sido evaluadas.

Asimismo, respecto a esta reforma, se ven patrones de una práctica que fue común en Europa durante años hasta que -con el apoyo de la Corte de Justicia Europea- la Comisión frenó los rodeos creativos que daban los Estados miembros para otorgar ayudas públicas sin que sean catalogadas como tal, pues en lugar de dar subsidios directos, concedían privilegios tributarios para favorecer a determinadas empresas. De esa manera la Comisión estableció un criterio más amplio de control prohibiendo no solamente las ventajas generadas por subvenciones directas, sino también las indirectas que a la final tengan el mismo efecto¹⁷ y ese es el criterio que seguirá esta investigación.

5. Régimen de ayudas públicas

Es necesario comenzar elaborando sobre el concepto de ayuda pública y los criterios que se deben cumplir para determinar la existencia de una. Pues justamente el determinar si la reforma al Impuesto a los Consumos Especiales de 2018 se puede categorizar como ayuda pública es el objetivo de esta investigación.

¹⁶ Comisión Europea, *Ex post assesment of the impact of state aid on competition*. (Bruselas: Oxxera Compelling Economics, 2017)

¹⁷ Ayuda estatal SA.38399 (2018/E) — Impuesto de sociedades sobre los puertos en Italia. Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Registro de Ayudas Estatales. (2019)

Pero, para poder establecer los criterios que definen el concepto de ayuda pública hay que remitirse al derecho comparado ya que lastimosamente el derecho ecuatoriano, respecto a la rama de competencia y más en materia de ayudas públicas, aún no tienen un desarrollo profundo. Claro, todo esto teniendo en cuenta que en la Unión Europea el régimen de ayudas públicas, tal como se mencionó anteriormente, se ha venido desarrollando desde su fundación y en Ecuador apenas formalmente desde el año 2011.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye provisiones para regular las ayudas públicas. Allí, el criterio general establecido en el artículo 107.1 es contrario a la existencia de ayudas públicas, pues las considera –salvo determinadas excepciones– incompatibles con la competencia. El concepto general que se obtiene del artículo 107.1 es que las ayudas públicas son una actuación que esté financiada por los Estados o con fondos estatales, que debe conferir una ventaja a beneficiarios determinados, ya sean singulares o se trate de un sector de producción determinado y además la actuación debe falsear o amenazar con falsear la competencia¹⁸.

Así que para comprender de mejor manera su definición, alcance y funcionamiento es necesario profundizar sobre los conceptos que ha sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es decir, sobre la actuación del Estado, el uso de recursos públicos, la ventaja concedida, la selectividad de la medida y la distorsión que esto genera a la competencia¹⁹.

5.1 Imputabilidad del Estado

5.1.1 Actuación del Estado

Para entender a qué hace referencia el señalamiento del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de que la ayuda tiene que ser mediante una actuación del Estado para considerarse que entra dentro de la categoría de ayuda pública, es importante primero entender a qué se refiere el término 'Estado'. Respecto a esto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencias como la 248/84 República Federal Alemana versus Comisión.

En primer lugar, el hecho de que este programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federado o por un colectivo territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación

¹⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa 1 de diciembre de 2009

¹⁹ Phedon Nicolaides, “State Aid and EU funding: Are they compatible?” Policy Department for Budgetary Affairs. (2018). 6.

del apartado 1 del artículo 92 del Tratado²⁰, si se cumplen los requisitos de este artículo. En efecto, dicha disposición, al mencionar las ayudas concedidas por “los Estados o mediante fondos estatales de cualquier forma”, se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas en el sentido del artículo 92 del Tratado²¹.

Este criterio adopta la perspectiva funcional que es transversal a Derecho de competencia. No importan la forma sino la sustancia. Existe una ayuda *pública* en la medida en que se empleen fondos públicos y es indiferente si es que el financiamiento proviene del Estado central, autónomo descentralizado, legislativo o de una institución pública. Así, se puede imputar al Estado las ayudas “concedidas de manera indirecta a través de organismos o de instituciones públicas o privadas sobre los cuales los poderes públicos ejerzan una influencia dominante”²².

En definitiva, cuando una autoridad pública otorga una ventaja a un beneficiario, esa actuación se vuelve imputable al Estado, lo mismo aplica cuando la autoridad pública designa a un organismo público o privado para que ejecutar una medida que de igual manera otorgue una ventaja a un beneficiario.

5.1.2 Uso de recursos públicos

El segundo elemento que debe existir para que la medida sea imputable al Estado es el uso de recursos públicos. Esta transferencia de recursos estatales genera una ventaja financiera para el beneficiario de esta, lo cual a su vez pone al destinatario en una posición privilegiada en ese aspecto con respecto a los demás operadores económicos que compiten en ese mercado.

La transferencia de fondos estatales puede revestir diversas formas, tales como subvenciones directas, préstamos, garantías, inversión directa en el capital de compañías y beneficios en especie. El compromiso firme y concreto de facilitar fondos estatales en un momento posterior también se considera una transferencia de fondos estatales. No es necesario que haya una transferencia positiva de fondos: es suficiente con que el Estado no haya percibido ingresos. Renunciar a ingresos que, de lo contrario, se habrían pagado al Estado, constituye una transferencia de fondos estatales²³.

²⁰ Se hace referencia al Tratado de Roma, Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que a partir del tratado de Lisboa pasaría a llamarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la numeración de sus artículos cambiaría.

²¹ 248/84 República Federal Alemana vs Comisión, Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Sentencia, 1987, 17.

²² José Antonio Rodríguez Míguez, “El control europeo de las ayudas públicas: visión general y la prohibición general de las ayudas”. 200.

²³ 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, Comisión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea 262/01, 19 de julio de 2016. 51.

Es claro que hay diferentes formas de instrumentar las ayudas públicas y esta caracterización respecto a las diversas formas de uso de recursos estatales también se ve reforzada por el Tribunal de Justicia Europeo, ya que este ha dejado claro que será considerada ayuda pública cualquier intervención que aligera las cargas que normalmente son soportadas por el presupuesto de una empresa.

[...] que una ayuda es un concepto muy similar, en el que, no obstante, se acentúa el aspecto teológico, ya que la ayuda parece especialmente destinada a perseguir un fin determinado, que por lo general, no podría conseguirse sin cooperación exterior; que, sin embargo, el concepto de ayuda es más general que el concepto de subvención, ya que comprende no solo prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tiene el mismo carácter e idénticos efectos²⁴.

Una de estas instrumentaciones de la ventaja derivada de la actitud financiadora de la administración es la subvención. La subvención es una disposición dineraria, sin contraprestación, realizada por una entidad del Estado, entendiéndose por Estado ese sentido amplio, comprensivo de cualquier entidad pública administrativa y con cargo a fondos públicos.

Este es el modelo más sencillo de identificar como uso de recursos estatales para financiar una medida que constituye ayuda pública ya que se trató de una manera directa de uso de recursos públicos. Es por eso que, al identificar la existencia de una subvención la Comisión Europea, salvo prueba en contrario o específicas excepciones, identifica la presencia de una ayuda pública.

Otro tipo de instrumentación son las ventajas derivadas del ejercicio de la potestad normativa, respecto a estas la Comisión Europea, en su comunicación referente a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, establece criterios para determinar cuándo una medida fiscal puede ser considerada como ayuda pública.

Entre esos señala que debe ofrecer a sus beneficiarios una ventaja que aligere las cargas, que, de no existir, deberían gravar su presupuesto, como son: la reducción de la base imponible,

²⁴ Asunto 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, Tribunal de Justicia, Sentencia, 1961, 8.

la reducción total o parcial de la cuantía del impuesto, aplazamiento, anulación o el reescalonomiento de la deuda fiscal²⁵.

Es importante destacar que una disminución en los ingresos fiscales es equivalente al consumo de fondos estatales en forma de gastos fiscales, con lo que el requisito de que la ayuda sea concedida por el Estado o con fondos estatales si se cumple. Asimismo, en cuanto a la selectividad del otorgamiento de este beneficio se cumple cuando la medida contenga una excepción a las disposiciones generales de carácter fiscal o cuando de una práctica discrecional de la administración fiscal se favorezca solo a determinados contribuyentes.

Así también lo determina el profesor Phedon Nikolaidis, quien dice que se considera que una medida está financiada por el presupuesto de una autoridad pública “no sólo cuando dicha autoridad paga realmente una cantidad de su presupuesto, sino también cuando no recibe o recauda el dinero que se le debe, como impuestos, o cuando renuncia a los ingresos potenciales”²⁶.

Un ejemplo de esto es lo que sucedió en el caso *Emissions Trading Scheme* de la Comisión Europea versus el Reino de Holanda. El caso versa sobre la disposición de Holanda de otorgar a determinadas empresas de manera gratuita derechos de emisión de óxidos de nitrógeno en lugar de venderlos o subastarlos, y que estableció un régimen que contemplaba la posibilidad de negociar tales derechos en el mercado.

Allí la Comisión Europea identificó que se trataba de un caso de ayuda pública pues — además de la selectividad de la medida— esta ocasionaba que exista un cargo a los fondos del Estado, ya que estaba perdiendo ingresos por la exoneración de la obligación de pagar multas u otras sanciones pecuniarias. Además, la medida generaba una ventaja a los beneficiarios sin que esta ofreciera una contrapartida concreta al Estado, pues los derechos de emisión que, al ser negociables, tenían un valor económico, se estaban otorgando de manera gratuita en lugar de venderlos o subastarlos, con lo cual el Estado estaba renunciando a fondos estatales²⁷.

En definitiva, siguiendo el concepto establecido en el artículo 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -que no hace más que materializar el principio de que la

²⁵ Comunicación de la Comisión referente a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, Comisión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 384/03, 10 de diciembre de 1998. 8.

²⁶ Phedon Nicolaidis, “State Aid and EU funding: Are they compatible?” 7. (Traducción no oficial)

²⁷ Asunto C-279/08 P, Comisión Europea versus el Reino de Holanda, Tribunal de Justicia, Sentencia, 2011, 103-108.

intervención estatal distorsionadora merece reproche- respecto a la imputabilidad del Estado cuando la medida es producto de una actuación de este o del uso de recursos públicos, se puede decir que esto ocurre cuando una autoridad pública realiza un pago con cargo a su presupuesto, renuncia a ingresos que de otro modo podría obtener, acepta un pasivo sin cobrar una tarifa adecuada que pueda compensar el riesgo de ese pasivo; una entidad propiedad o controlada por el Estado proporciona subvenciones o fondos a empresas de acuerdo con las instrucciones o directivas del Estado; una entidad que no es propiedad ni está controlada por el Estado está obligada por ley o acto administrativo a poner recursos específicos a disposición de las empresas.

5.2 Ventaja concedida a una empresa

En esta sección se tratará principalmente dos temas. El primero, es dar una definición al concepto de empresa, lo cual es muy importante pues ese concepto está presente durante gran parte del análisis del régimen de ayudas públicas. El segundo, es determinar qué es una ventaja, a efectos de comprobar la ilicitud de una medida.

El objetivo central de las ayudas públicas es el evitar la distorsión del mercado producida por la intervención de los poderes públicos. Pero, para que se de esa distorsión, el beneficiario debe ser un actor del mercado, sin importar que se trate de una persona jurídica o natural. En el caso concreto de este régimen, las reglas sobre ayudas públicas solo aplican cuando el beneficiario de la ayuda es una empresa.

Respecto a esto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea realiza una precisión sobre el concepto de empresa y señala que una empresa es una entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación²⁸. De igual manera define lo que implica ‘ejercer una actividad económica’, y dice que cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado constituye una actividad económica²⁹.

Ventaja, tal como la define la Real Academia de la Lengua Española, RAE, sería superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa. Pero es un concepto algo general que para el caso de las ayudas públicas se ha precisado en diferentes casos hito.

²⁸ Asunto C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze SpA y otros, Tribunal de Justicia, Sentencia, 2006, 107.

²⁹ Asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Pavel Pavlov y otros contra Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Tribunal de Justicia, Sentencia, 2000, 75.

Es así como por ventaja se entiende a “todo beneficio económico que una empresa no habría obtenido en condiciones normales de mercado”³⁰. Para considerar la ventaja es importante solo tener en cuenta el efecto de la medida en la empresa y no el objetivo de la intervención estatal ya que “siempre que la situación financiera de una empresa mejore como resultado de la intervención estatal, hay una ventaja”³¹.

Esta evaluación de si el beneficio económico de una empresa habría sido obtenido por una empresa en condiciones normales de mercado para determinar la presencia de una ventaja y por lo tanto de una ayuda pública fue clave en el asunto *Van der Kooy v Comisión*, donde se analizaron las condiciones normales de mercado para decidir si la tarifa preferencial sobre el gas natural aplicadas en los Países Bajos a la horticultura practicada en invernaderos climatizados estaba justificada para prevenir el cambio del uso de gas al uso de carbón. El tribunal llegó a la conclusión de que la tarifa era más baja de lo necesario, por lo cual no estaba justificada y constituía una ventaja y por ende una ayuda pública³².

5.3 Selectividad de la medida

Siguiendo los lineamientos del artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, una medida es selectiva cuando se da una ventaja al favorecer a determinadas empresas o la producción de determinados productos, en relación con otras empresas o productos que se encuentran en la misma situación en relación con el objetivo que persigue la medida, y por lo tanto la medida amenaza con distorsionar o distorsiona la competencia.

La regla general es que las medidas del Estado son de carácter general, es por eso que la selectividad se considera la excepción a esa regla. Así lo establece la Comisión en su comunicado respecto a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas.

En principio, las medidas fiscales abiertas a todos los agentes económicos que actúan en el territorio de un Estado miembro constituyen medidas generales. Deben estar realmente abiertas a cualquier empresa sobre la base de la igualdad de acceso y su alcance no puede ser reducido de facto, por ejemplo, a causa de la discrecionalidad del Estado en su concesión o debido a otros factores que puedan restringir su efecto práctico³³.

³⁰ Asunto C 39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) y otros versus La Poste y otros*, Tribunal de Justicia, Sentencia, 1996, 60.

³¹ Asunto C 173-73, *República Italiana contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Tribunal de Justicia, Sentencia, 26-29.

³² Asuntos acumulados C 67/85 C 68/85 C 70/85, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV y otros versus Comisión Europea*, Sentencia, 1988, 37-55.

³³ Comunicación de la Comisión referente a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, Comisión Europea, 13.

El poder distinguir entre una medida general y una selectiva no es tan sencillo, pero es fundamental para poder discernir sobre la presencia o no de una ayuda pública. Justamente este análisis se evidencia en el asunto C 501/00 Reino de España versus Comisión de las Comunidades Europeas, en donde a pesar de la apariencia de generalidad de la norma, la Comisión determina que esta es selectiva debido a que beneficia a determinadas empresas, especialmente a las que realizan actividades de exportación.

En efecto, la deducción fiscal establecido por la Ley 43/1995 solamente puede beneficiar a una categoría de empresas, a saber, aquellas que realizan actividades de exportación y efectúan determinadas en las medidas controvertidas. Pues bien, tal consideración basta para demostrar que dicha deducción fiscal cumple el requisito de especificidad que constituye una de las características del concepto de ayuda de Estado, a saber, el carácter selectivo de la ventaja que se trata [...]³⁴

En definitiva, deja de ser una medida de carácter general cuando la propia disposición así lo exceptúa, cuando la aplicación de la norma, por sí misma, beneficia a determinado sector o bien porque se ejecutan medidas que implican la utilización de recursos públicos discrecionalmente por las autoridades públicas y no de forma automática en relación con criterios objetivos.

La selectividad de una actuación del Estado debe ser evaluada teniendo en cuenta el sistema de referencia de la medida y considerando si dicha medida llega a salirse de ese sistema de referencia, considerándose una excepción al mismo, al generar situaciones distintas entre empresas que tengan la mismas situación jurídica y fáctica.

5.4 Distorsión de la competencia

Se considera que una medida distorsiona o amenaza con distorsionar la competencia cuando se considera probable que pueda mejorar la posición del beneficiario frente a las empresas con las que compite. Así lo establece el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

[...] Cuando una ayuda financiera estatal refuerza la posición de una empresa frente a otras empresas que compiten en los intercambios intracomunitarios, debe considerarse que esta última se ve afectada por dicha ayuda. en este caso, la ayuda que el Gobierno neerlandés se propuso conceder era para una empresa estructurada para el comercio internacional, lo que se demuestra por el elevado porcentaje de su producción que pretende exportar a otros Estados miembros. La ayuda en cuestión tenía por efecto ayudar a ampliar su capacidad de producción y, en consecuencia, a aumentar su capacidad para mantener el flujo de comercio, incluido el que se celebra entre los Estados miembros. En cambio, en realidad la ayuda ha reducido el

³⁴ Asunto C 501/00, Reino de España versus Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia, Sentencia, 2004, 120.

coste de reconversión de las instalaciones de producción y, por lo tanto, ha dado a la demandante una ventaja competitiva sobre los fabricantes que han completado o tienen la intención de completar a sus expensas un aumento similar de la capacidad de producción de su planta³⁵.

Es suficiente con que la ayuda le genere una mejor posición competitiva a su destinataria que la que habría tenido de no haberla recibido o que el beneficiario se libere de los costes propios que en una gestión normal habría tenido que soportar para que se considere que puede distorsionar o falsear de manera la competencia.

“La alteración de la competencia es una noción objetiva, lo que implica que no es necesario que dicho falseamiento sea querido por el otorgante de la ayuda, sino que basta con que sea una consecuencia razonablemente previsible de la ayuda”³⁶. Es por eso que en la reglamentación del régimen de ayudas públicas se establece la potencialidad del falseamiento de la competencia.

Esta condición se presume normalmente cuando la Comisión considera que se está en presencia de una ayuda pública, aunque si bien es cierto si le corresponde realizar un análisis que lo sustente. La excepción a ese análisis es cuando la ayuda no fue previamente notificada o no se siguió el proceso correspondiente para poder otorgarla, pues de esa manera no se beneficia a quien infringe esa disposición.

La primera imputación no puede admitirse. En efecto, si la Comisión tuviera que demostrar en su Decisión el efecto real de las ayudas ya otorgadas, se favorecería a los Estados miembros que conceden ayudas infringiendo el deber de notificación que impone el apartado 3 del artículo 93 del Tratado, en detrimento de los que las notifican en fase de proyecto. Por consiguiente, no era preciso que la motivación de la Decisión impugnada contuviera una apreciación actualizada de los efectos de las ayudas concedidas y no notificadas en fase de proyecto³⁷.

6. Situación en Ecuador

Tras dejar claros los criterios que se usan en la Unión Europea para determinar la existencia de una ayuda pública, corresponde evaluar la situación jurídica de este régimen en

³⁵ Asunto 730/79, Philip Morris Holland BV v Commission of the European Communities, European Court, Sentencia, 1980, 11. (Traducción no oficial).

³⁶ José Antonio Rodríguez Míguez, “El control europeo de las ayudas públicas: visión general y la prohibición general de las ayudas”. 226.

³⁷ Asunto C-301/87, República Francesa versus la Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia, Sentencia, 1990, 32-33

Ecuador, teniendo en cuenta —como se evidenciará más adelante— la fuerte presencia de la herencia europea en la regulación existente.

El reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado define a las ayudas públicas como 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”³⁸. Una definición que recoge los criterios establecidos tanto por la legislación como por la jurisprudencia de la Unión Europea.

En el régimen ecuatoriano se conversa el carácter excepcional de la aceptación de una ayuda pública, reduciendo taxativamente los supuestos en los cuales se pueden otorgar, pero manteniendo la prohibición general de estas.

El desarrollo de un monopolio estatal a favor del interés público, el desarrollo de sectores estratégicos de acuerdo con la Constitución de la República, la prestación de servicios públicos de acuerdo a la Constitución de la República, el desarrollo tecnológico e industrial de la economía nacional y la implementación de iniciativas de acción afirmativa a favor de la economía popular y solidaria³⁹.

La excepción a la prohibición debe ser evaluada siempre teniendo presente que en el sector o industria donde se establezcan se aumente la eficiencia, los beneficios para los consumidores y todo esto alineado con objetivos de interés general, para que se justifique la aplicación de una ayuda pública.

El papel que en Europa tiene la Comisión Europea en cuanto a ser el ente rector y llamado para controlar lo referente a ayudas públicas, en Ecuador lo tiene la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. Esto se ve evidenciado tanto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, como en su Reglamento. Ahí se establece de forma expresa la obligación permanente de evaluar las restricciones a la competencia.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado examinará permanentemente las ayudas públicas conferidas en virtud de las disposiciones de este capítulo, y evaluará que cumplan con los fines que motivaron su implementación. Salvo en los casos en que no se trate de actividades o sectores económicos reservados exclusivamente al Estado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado propondrá las medidas apropiadas para el desarrollo progresivo del régimen de competencia en las actividades o los sectores beneficiarios.

³⁸ Artículo 38, Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Poder de Mercado, 2012.

³⁹ Artículo 28, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011.

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 determine⁴⁰.

Esto se refuerza en lo establecido por el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, conforme a la LORCPM, tiene la facultad de monitorear y evaluar las ayudas públicas”⁴¹.

En ese instructivo también se evidencia la presencia del control *ex post* de las ayudas públicas, sobre todo, cuando la ayuda no ha sido notificada de manera previa. Pues en ese caso “la SCPM de oficio a través de la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC), podrá requerir información a la entidad del Estado, responsable del otorgamiento de la ayuda pública para su posterior evaluación⁴²”.

La obligación del control *ex post* es de gran relevancia para esta investigación, pues es clave para determinar si una medida del Estado puede ser catalogada como ayuda pública, aunque en principio no se la haya notificado por no haber sido pensada como tal o por cualquier otro motivo. Y pese a la presencia de esta obligación, hay que destacar que en la práctica este control no se ha visto ejecutado.

Esta problemática se ve reflejada en que no haya ni un solo caso de notificaciones de ayudas públicas en Ecuador y que por lo mismo exista un ínfimo número de resoluciones, jurisprudencia e incluso doctrina sobre la materia. Pero también en la competencia del mercado, pues la falta de control del ente rector permite que se otorguen ayudas sin que exista un análisis de sus efectos sobre la libre competencia.

6.1 La reforma de 2016 a la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de Cerveza Industrial

En 2016 el numeral 16 del artículo 1 de la Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, sustituyó la tabla tarifaria del Grupo V del artículo 82 de la Ley de Régimen

⁴⁰ Artículo 31, Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, 2011.

⁴¹ Artículo 80, Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, 2017.

⁴² Artículo 81, Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, 2017.

Tributario Interno, que se refiere al Impuesto a los Consumos Especiales que pesa sobre cigarrillos, bebidas alcohólicas y bebidas gaseosas y energizantes.

Tabla 1 Tarifas del Impuesto a los Consumos Especiales Grupo V

Grupo V	Tarifa Específica	Tarifa Ad Valorem
Cigarrillos	0,16 USD por unidad	N/A
Bebidas Alcohólicas, incluida la cerveza artesanal	7,24 USD por litro de alcohol puro	75%
Cerveza Industrial	12 USD por litro de alcohol puro	75%
Bebidas gaseosas con contenido de azúcar menor o igual a 25 gramos por litro de bebida. Bebidas Energizantes	N/A	10%
Bebidas no alcohólicas y gaseosas con contenido de azúcar mayor a 25 gramos por litro de bebida, excepto las bebidas energizantes	0,18 USD por 100 gramos de azúcar	N/A

Fuente: elaboración propia a partir de la Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas⁴³.

A continuación, se analizará si esta medida corresponde a una ayuda pública siguiendo los criterios generales para distinguirlas -materializados, para este caso, en la jurisprudencia de la Comisión Europea y la legislación ecuatoriana-.

6.1.1 Imputabilidad al Estado

Esta reforma tiene dos actores principales para determinar que la medida se trata de una actuación del Estado y el uso de recursos públicos, estos son: La Asamblea Nacional y el Servicio de Rentas Internas. Se considera a estos dos, pues son quienes intervienen de forma directa e indirecta en la reforma y la materia reformada por la Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas.

La Constitución de la República del Ecuador, dentro de los elementos constitutivos del Estado, establece que “la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público [...]”⁴⁴. El poder del Estado ecuatoriano se divide en cinco: el ejecutivo, el legislativo, el judicial, el electoral y el de transparencia y control social. Así mismo, la Constitución establece que “la Función

⁴³ Artículo 1, numeral 16, Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, 2016.

⁴⁴ Artículo 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos para un periodo de cuatro años”⁴⁵.

Entonces, al ser el Pleno de la Asamblea Nacional quien discutió y aprobó la Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, y que —tal como lo establece la Constitución— la Asamblea forma parte de función legislativa, con lo cual es parte de los poderes del Estado, se evidencia que la medida referente al cambio en la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de la Cerveza Industrial constituye una actuación del Estado.

Una vez comprobada la actuación del Estado hay que determinar el uso de recursos públicos en la medida. Para lo cual hay que tener presente que, tal como se mencionó anteriormente y que ha sido incluso establecido por el desarrollo jurisprudencial europeo, no es un requisito que exista un traspaso positivo de recursos, basta con que el Estado haya dejado de recibir ingresos, pues la renuncia a ingresos que de no haber sido otorgada la medida habría recibido, también es una transferencia de recursos públicos⁴⁶.

En Ecuador, la institución pública que se encarga de la política tributaria y de la recaudación es el Servicio de Rentas Internas, pero a la final esta institución al ser pública recauda estos tributos para el Estado. Así mismo lo señala la Ley de Régimen Tributario Interno al identificar al sujeto activo del Impuesto a los Consumos Especiales, es decir al identificar al ente público acreedor el tributo. “El sujeto activo de este impuesto es el Estado. Lo administrará a través del Servicio de Rentas Internas”⁴⁷.

En ese sentido, si uno de los objetivos del Impuesto a los Consumos Especiales es desincentivar el consumo excesivo de bebidas con contenido alcohólico, y que tanto las bebidas alcohólicas como la cerveza entran dentro de esta categoría, al diferenciar la tarifa específica, incrementando solo la de la cerveza industrial, está perdiendo ingresos por lo que deja de percibir de las bebidas alcohólicas. De manera concreta 4.76 dólares por litro de alcohol puro. Esta disminución en lo ingresos, producto de una diferenciación injustificada, constituyen la evidencia del uso de recursos públicos.

6.1.2 Ventaja selectiva y distorsión en la competencia de la medida

⁴⁵ Artículo 118, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁶ Ver Asunto C-83/98 P., República Francesa contra Ladbroke Racing Ltd y Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia, 2000, 48-51.

⁴⁷ Artículo 78, Ley de Régimen Tributario Interno, 2004.

Demostrada la imputabilidad del Estado, corresponde determinar si la medida otorga una ventaja y si es que, si la otorga, evaluar si se concedió de manera selectiva a determinadas empresas o categorías de empresas o a determinados sectores económicos. En este caso concreto, se evaluará si la medida otorga una ventaja selectiva a las empresas productoras de bebidas alcohólicas en general con relación a las empresas productoras de cerveza industrial, tomando como punto de referencia para la cerveza industrial el caso de Cervecería Nacional CN S.A., que es la mayor productora de esa categoría.

La medida generó un significativo cambio impositivo, antes de la reforma, la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales era de 7,24 dólares por litro de alcohol puro para todos los tipos de bebidas alcohólicas —incluida la cerveza industrial— mientras que la tarifa *ad valorem* era del 75% sobre el respectivo precio.

Después de la reforma, con el cambio de tabla tarifaria, se advierte que, aunque la tarifa *ad valorem* se mantiene en el mismo porcentaje, la tarifa específica varió según el tipo de bebida alcohólica. Si se trata de bebidas alcohólicas en general, incluida la cerveza artesanal, la tarifa específica se mantuvo en 7,24 dólares por litro de alcohol puro; pero, si se trata de cerveza industrial, la tarifa específica subió a 12 dólares por litro de alcohol puro.

Como se puede apreciar, la norma no dispuso un incremento en la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales en el caso de las bebidas alcohólicas en general, pero si impuso una escalada tributaria a la cerveza industrial que corresponde a un 66% de incremento. Con lo cual es evidente la diferenciación que realiza la medida, pues las empresas productoras de bebidas alcohólicas no tienen ese impacto que un incremento de 66% en el impuesto le generó al presupuesto a las productoras de cerveza industrial, lo cual a su vez es evidencia de la ventaja en relación con la competencia dentro de ese mercado.

Un ejemplo concreto de la afectación que este incremento generó es el impacto que tuvo el volumen de ventas de la cerveza más emblemática del Ecuador, la cerveza Pilsener de Cervecería Nacional.

Tabla 2 Impacto de Volumen de Ventas Pilsener⁴⁸

Cerveza Pilsener	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Venta de cerveza (Khl)	5,531	5,664	5,789	5,834	5,942	4,958

⁴⁸ Fuente: Elaboración propia a partir las declaraciones tributarias de Cervecería Nacional CN.S.A.

Impacto en volumen de ventas (Khl)	0	133	125	45	108	-984
%variación	0	2.4%	2.2%	0.8%	1.9%	-16.6%
Precio de venta por botella (USD)	0.8	0.85	0.9	1	1	1.25
ICE cerveza (MIO)	135	144	165	161	159	193

Se observa claramente el impacto negativo que la medida tuvo en el volumen de ventas, donde este se vio reducido en un 16.6% y se revirtió la tendencia de crecimiento que se había mantenido durante los cinco años previos a la reforma. Incluso el impacto se ve en el precio, donde durante cinco años había subido un total de 20 centavos, pero debido a la medida subió 25 centavos, lo cual es un 125% de incremento en relación con los años previos. Asimismo, el pago por el Impuesto a los Consumos Especiales había sido en promedio 152.8 millones de dólares, pero tras la medida incrementó en un 26.30%.

La ventaja selectiva también se ve presente en que la medida va a en contra del principio de generalidad tributaria, según el cual la carga tributaria debe ser la misma para todos los que se ajustan a las condiciones señaladas en la ley y evitar de esa manera discriminaciones arbitrarias a la hora de imponer los tributos⁴⁹; no implica que todos los objetos de imposición deban estar sujetos a la misma tarifa, sino que todos aquellos que estén comprendidos en los supuestos contemplados en la norma legal soporten la imposición sin excepciones injustificadas.

Se ha visto ya que la cerveza industrial pasó a tener una tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales que resulta patentemente mayor a la del resto de bebidas alcohólicas, y se ha visto también que esa excesiva tarifa se ha destinado de manera exclusiva a la cerveza industrial, separándola por primera vez del tratamiento impositivo general que se daba antes a todas las bebidas alcohólicas.

Sin embargo, cuando se realiza la pregunta acerca del porqué de esta brusca diferencia, no hay respuestas. Es decir, no se encuentran razones que justifiquen por qué los legisladores hicieron una distinción. Esto se evidencia en los informes de los debates que sostuvo la Asamblea Nacional respecto al proyecto de Ley Orgánica para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, pues en ninguno se establece una justificación a la discriminación del incremento,

⁴⁹ Caso 0019-10-IN, Acción pública de inconstitucionalidad del Art. 90 del Código Tributario, Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, 2010. 6.

tan solo lo mencionan que “en la cerveza se precisa que el incremento del ICE debe ser para las cervezas industriales, manteniendo el régimen actual para las cervezas artesanales”⁵⁰.

Es así que queda claro que los legisladores no ofrecieron una justificación, ni técnica ni jurídica para la diferenciación de la tarifa específica, que al no hacerlo la medida se vuelve selectiva y otorga una ventaja a quien no sufre del incremento, cumpliendo de esa manera con los criterios establecidos para determinar la existencia de una ayuda pública.

6.1.3 Objetivo de Interés general

Finalmente, hay que establecer si la medida tuvo una justificación basada en el interés general, para lo cual hay que tener presente que el objeto del Impuesto a los Consumos Especiales de bebidas alcohólicas y cerveza tiene justamente el interés general como fundamento, pues busca hacer frente a la externalidad negativa que genera el consumo excesivo de alcohol.

Respecto a eso la Organización Mundial de la Salud recomienda “basar los impuestos sobre el alcohol en la graduación alcohólica y el contenido de cada bebida, lo cual constituye no solamente una buena política de salud pública, sino que representa también una ventaja para mejorar la vigilancia epidemiológica”⁵¹. Esto quiere decir que se recomienda que a mayor grado alcohólico, mayor el impuesto, con lo cual se establece una relación directa de proporcionalidad entre el grado alcohólico y la tarifa específica a pagar.

El principio de progresividad entre el grado de contenido alcohólico y la carga impositiva, además, tiene una vinculación innegable con una serie de normas constitucionales en el Ecuador; entre ellas, se destacan las siguientes: La obligación del Estado ecuatoriano consistente en adoptar políticas públicas sanitarias de prevención⁵², la obligación del mismo Estado en desarrollar programas coordinados de prevención del consumo de alcohol⁵³, la dimensión de la política tributaria como instrumento de promoción de conductas sociales responsables⁵⁴.

⁵⁰ Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, Informe para Primer Debate Proyecto de Ley Orgánica Para el Equilibrio de las Finanzas Públicas, 2016. 9.

⁵¹ Organización Mundial de la Salud, Guía Internacional para Vigilar el Consumo de Alcohol y sus Consecuencias Sanitarias, 2000, 28-38

⁵² Artículo 363.1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵³ Artículo 364, *ibidem*.

⁵⁴ Artículo 300, *ibidem*.

De todo lo anterior se puede inferir que la falta de observancia de la recomendación de la OMS en la producción legislativa de las reformas tributarias, orientando el cálculo del Impuesto a los Consumos Especiales según un diseño que no correlaciona grado alcohólico y tarifa impositiva, implica no asumir –o irse en contra de– una política pública clara y eficiente sobre la prevención del alcoholismo como mal social.

Esto es lo que se causa al colocar a la producción de cerveza industrial bajo una tarifa impositiva específica que resulta ampliamente superior a la del resto de bebidas alcohólicas, pese a que el porcentaje de alcohol puro de la cerveza industrial no supera los 5 grados, es evidentemente inferior al porcentaje de otros licores como el whisky, que ronda los 40 grados.

Evidentemente, se trata de una relación inexplicable, estipulada de forma antitécnica y, además, de espaldas a las tendencias legislativas sobre la materia, a las recomendaciones de los organismos internacionales y a los principios constitucionales en que se sustenta el principio de progresividad. Con lo cual la medida no está justificada en motivos de interés general.

6.2 La reforma de 2018 a la tarifa específica del Impuestos a los Consumos Especiales de Cerveza Industrial

En 2018 con motivo de la Ley Orgánica de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Estabilidad y Equilibrio Fiscal, se volvió a modificar art. 82 Grupo V de la Ley de Régimen Tributario Interno, haciendo una diferenciación en lo que pagan los productores de cerveza industrial en base al volumen de producción, estableciendo las categorías de pequeña, mediana y gran escala según los hectolitros producidos.

Tabla 3 Reforma 2018⁵⁵

Grupo V	Tarifa específica
Alcohol y bebidas alcohólicas	7.22 USD por litro de alcohol puro
Cerveza artesanal	2.00 USD por litro de alcohol puro
Cerveza industrial de pequeña escala (participación en el mercado ecuatoriano de hasta 730 000 hectolitros)	7.72 USD por litro de alcohol puro
Cerveza industrial de mediana escala (participación en el mercado ecuatoriano de hasta 1 400 000 hectolitros)	9.62 USD por litro de alcohol puro
Cerveza industrial de gran escala (participación en el mercado ecuatoriano superior a 1 400 000 hectolitros)	12.00 USD por litro de alcohol puro

⁵⁵ Fuente: elaboración propia a partir del artículo 35, inciso 23, de la Ley Orgánica Para El Fomento Productivo, Atracción De Inversiones, Generación De Empleo, Y Estabilidad Y Equilibrio Fiscal, 2018.

En este caso no es necesario volver a analizar la medida criterio por criterio, pues se mantienen las bases de la reforma de 2016, pero si se analizará las nuevas modificaciones a la tarifa específica que impone la medida, para determinar si estas resuelven los problemas antes identificados o si por el contrario los incrementan volviendo a la medida aún más anticompetitiva.

Es clara la actuación del Estado como parte de la imputabilidad, pues también fue una actuación del poder legislativo por medio de la Asamblea Nacional, tal como se determinó en el análisis de la reforma de 2016. De igual manera al se mantiene el Estado, a través del Servicio de Rentas Internas como el sujeto pasivo de este tributo. Con lo cual ese criterio también queda demostrado en esta medida.

Eso sí, es importante precisar que en este caso el uso de recursos públicos se vuelve aún más evidente. Dentro de la categoría de cerveza industrial se encuentran Heineken y Cervecería Nacional, antes de la reforma ambos pagaban 12 dólares por litro de alcohol puro, pero debido a esta medida Heineken pasó a pagar 7.72 dólares por litro de alcohol puro, es decir 4.28 dólares menos de los que pagaba. Es decir, hay una disminución de ingresos de recaudación debido a que se disminuye la carga impositiva de Heineken. En el caso del alcohol y las bebidas alcohólicas la tarifa disminuye en 2 centavos, acrecentando la discriminación previamente establecida de la medida de 2016.

Es así que esta medida cumple con los criterios de imputabilidad del Estado al demostrarse que se trata de una actuación del Estado con uso de recursos públicos, ya que tal como se ha establecido previamente se considera que “la medida está financiada por el presupuesto de una autoridad pública, no sólo cuando dicha autoridad paga realmente una cantidad de su presupuesto, sino también cuando no recibe o recauda el dinero que se le debe, como los impuestos”⁵⁶.

Ahora para analizar la ventaja selectiva hay que tener como base la diferenciación de la reforma de 2016, que de por sí ya era selectiva en favor de las productoras de bebidas alcohólicas en relación de las productoras de cerveza industrial. Con eso presente, esta medida en lugar de corregir esa discriminación la incrementa e incluso genera un nuevo tipo de selectividad dentro de la categoría de cerveza industrial.

Como ya se menciona, antes de la reforma Heineken y Cervecería Nacional, al ser productores de cerveza industrial pagaban lo mismo, pero ahora solo Heineken tiene una

⁵⁶ Phedon Nicolaides, “*State Aid and EU funding: Are they compatible?*”, 2018, 7.

disminución de su obligación tributaria del 35.6% en relación con lo que pagaba, con lo cual su presupuesto se ve beneficiado al no tener que soportar la carga que antes soportaba y esto le otorga una ventaja en relación a su principal competidor —Cervecería Nacional— que si debe continuar pagando lo mismo.

De esta manera ya no solo hay una diferenciación injustificada entre los productores de bebidas alcohólicas y los productores de cerveza industrial, sino que ahora hay incluso una ventaja aún más selectiva pues de dos empresas que forman parte de los cerveceros industriales se le otorga solo a una la disminución de la carga tributaria y con esto solo una tiene los beneficios en su presupuesto.

Sin embargo, contrario a lo que sucede con la reforma de 2016, en esta si se puede inferir una posible justificación de la autoridad para esta medida, aunque la misma autoridad no haya elaborado sobre esto en sus informes de los debates del Proyecto de Ley ni en ningún otro comunicado.

Como se menciona anteriormente, solo existen dos empresas dentro de la categoría de Cerveza Industrial. Heineken y Cervecería Nacional, por lo cual se puede considerar a este mercado como uno altamente concentrado. Por ese motivo es deseable para la autoridad el tomar medidas de corrección que permita el ingreso de nuevos operadores a ese mercado. Y la diferenciación en la tarifa específica, puede considerarse como un incentivo. No por eso, al haberse demostrado que si constituye una ayuda pública, queda exenta de las reglas de ese régimen.

Motivo por el cual, si se deseaba tomar una medida correctiva, esta debía ser notificada a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para que tenga el correcto análisis técnico y económico y que así se decida sobre su aprobación o no, en base a la contribución a un objetivo bien definido de interés general, la necesidad de intervención estatal, la adecuación del instrumento, el efecto incentivador para alcanzar el objetivo de interés general o cambiar el comportamiento que produce el fallo del mercado, la proporcionalidad, la transparencia y sobre todo que no haya efectos negativos innecesarios sobre la competencia.

Pues justamente, por tratar de incentivar la entrada de nuevos operadores, se puede afectar a operadores que ya se encuentran y a la competencia como tal, al diferenciar las tarifas específicas del impuesto de una manera desproporcionada o incluso superior a lo necesaria para conseguir el efecto deseado. Además, tal como señala la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, la regulación no debe ir más allá de lo imprescindible para lograr el fin que busca, en este caso incentivar la entrada de nuevos miembros a un mercado concentrado.

Es ampliamente aceptado que en determinados casos es necesario que los estados intervengan en la economía para solucionar fallos de mercado o proteger objetivos legítimos de interés público. Dada la capacidad distorsionadora que puede tener la regulación en los mercados es fundamental que la misma no vaya más allá de lo imprescindible para conseguir los fines antes mencionados⁵⁷

7. Conclusiones

Una vez ha quedado claro el régimen de ayudas públicas, especialmente la incompatibilidad de estas con la competencia del mercado y la importancia del control de las mismas. La situación del régimen de ayudas públicas en Ecuador, con las limitaciones que este tiene en relación al bajo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal europeo, así como el caso específico de las reformas de 2016 y 2018 a la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de cerveza industrial.

Se puede concluir en base a la definición de ayuda pública reconocida por la legislación ecuatoriana y en consonancia con los criterios establecidos en el derecho comparado por la Unión Europea, que las reformas de 2016 y 2018 a la tarifa específica del Impuesto a los Consumos Especiales de cerveza industrial, se tratan de actuaciones del Estado, que usan recursos públicos, que generan una ventaja a determinadas empresas, de manera selectiva, son capaces de distorsionar la competencia y no entran en causales de excepción por motivos de interés general.

Por lo tanto, al cumplir con esos criterios, ambas medidas constituyen ayudas públicas no notificadas a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y le corresponde a esta, como ente rector del régimen de ayudas públicas ecuatoriano, en ejercicio de su facultad de control *ex post*, requerir a la Intendencia de la Abogacía de la Competencia un informe motivado sobre las afectaciones de estas medidas para de esa manera emitir las recomendaciones correspondientes para solucionar dichas afectaciones.

Respecto a la principal limitación de esta investigación es la falta de desarrollo jurisprudencial y doctrinal en materia de ayudas públicas que existe en el Ecuador. Lo cual se debe en su mayoría a lo relativamente joven que es el derecho de competencia en Ecuador, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado entró en vigencia en 2011, su reglamento en 2012 y el instructivo donde se detalla gran parte del procedimiento referente a la notificación y evaluación de las ayudas públicas, apenas en 2017.

⁵⁷ Superintendencia de Control de Poder de Mercado, *Metodología para la identificación, revisión y eliminación de barreras normativas*. Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, 26 de Octubre de 2020. 18.

A diferencia de lo que sucede en la Unión Europea, no hay sentencias enigmáticas que establezcan definiciones, criterios o soluciones, los pronunciamientos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado respecto a esta materia son prácticamente nulos —en el sentido de su ínfima cantidad— así como los informes de la Intendencia de la Abogacía de la Competencia. Con lo cual lo relacionado a ayudas públicas se queda en enunciados normativos, pero no se ha visto en ejecución práctica. Por ese motivo es complicado establecer referencias con las que comparar la situación motivo de este análisis o la actuación de las autoridades ecuatorianas en casos similares.

En ese sentido es fundamental que desde la doctrina y la academia se impulse el desarrollo del conocimiento de esta materia desde la perspectiva ecuatoriana. Fomentando de esa manera un mayor entendimiento sobre el régimen de ayudas públicas e instando a la autoridad responsable de ese régimen a tomar el papel que le corresponde no solo en el control, sino también en la educación sobre este tema. Pues de sus informes, resoluciones, comunicados e instructivos es que se puede partir para un mayor entendimiento. Esta investigación es una pequeña contribución a ese objetivo.