

Las condiciones de aprobación de concentraciones económicas en Ecuador: un análisis del caso AB InBev-SABMiller

*Ricardo Montalvo Lara**

RESUMEN

Este artículo analiza los remedios establecidos por la autoridad de competencia ecuatoriana en el procedimiento administrativo de notificación obligatoria iniciado por Anheuser-Bush InBev SA/NV en Ecuador por motivo de su concentración económica a escala mundial con SABMiller plc. Para efectuar este análisis, se comparará la decisión de la autoridad nacional con lo expresado por la doctrina en materia de remedios en concentraciones y con las condiciones que han impuesto otras autoridades de competencia a la gigante cervecera previa su concentración. De esta forma, será posible concluir si los remedios establecidos por la autoridad ecuatoriana guardan coherencia con los estándares y decisiones internacionales, y, en caso de existir una falta de coherencia, si esta es perjudicial o no para el desarrollo del Derecho de la competencia en el país.

PALABRAS CLAVE: concentraciones, condiciones, AB InBev, SABMiller, Superintendencia, desinversión.

ABSTRACT

This paper analyzes the remedies established by the Ecuadorian competition authority in the compulsory administrative procedure initiated by Anheuser-Bush InBev SA/NV in Ecuador due to its merger with SABMiller plc. In order to carry out this analysis, the decision of the national authority will be compared with what the doctrine has expressed regarding concentration remedies and with the conditions imposed by other competition authorities on the brewing giants prior to their concentration. Thus, it will be possible to conclude whether the remedies established by the Ecuadorian authority are consistent with international standards and decisions and, if there is a lack of coherence, whether it is harmful or not for the development of competition law in the country.

KEYWORDS: mergers, remedies, AB InBev, SABMiller, Superintendence, divestment.

FORO

* Asociado del Estudio Jurídico ML Abogados.

INTRODUCCIÓN

En los meses de octubre y noviembre de 2015, las dos productoras de cerveza más grandes del mundo, Anheuser-Busch InBev SA/NV (AB InBev) y SABMiller plc (SABMiller), confirmaron su decisión de concentrarse económicamente.¹ Según lo planificado, esta concentración tendría lugar a través de la compra de la totalidad de las acciones de SABMiller por parte de una compañía denominada NewBelCo, creada por AB InBev para efectos de la transacción, y una posterior fusión entre la NewBelCo y AB InBev.²

La transacción se cerró aproximadamente un año después, con la adquisición de las acciones de SABMiller por parte de NewBelCo el 10 de octubre de 2016 por un monto mayor a cien mil millones de dólares,³ transformándose así en una de las tomas de control más grandes de la historia.⁴ Sin embargo, ¿por qué tomó tanto tiempo efectivizar la transacción? Entre muchas de las razones que podrían ser mencionadas, hay una en particular que tuvo gran impacto, y está fundamentada en un control estatal nacido a partir del Derecho de la competencia: las cerveceras debieron notificar obligatoriamente su decisión de concentrarse a las autoridades de competencia de varios países en los que tenían presencia en el mercado, las cuales, a su vez, y en muchos de los casos, tenían la potestad de aprobar o denegar la concentración dentro de su jurisdicción.

Uno de estos países fue Ecuador, que, en su normativa interna, requiere la notificación obligatoria y autorización previa por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) respecto de la concentración de empresas del tamaño de AB InBev y SABMiller. Sobre esta base, una vez presentada por AB InBev la notificación obligatoria, y una vez efectuada la revisión sobre los posibles efectos anticompe-

-
1. Philip Blekinsop y Martinne Geller, “AB InBev launches SAB bid, to sell MillerCoors stake”. *Reuters* (Bruselas-Londres), 11 de noviembre de 2015. Disponible en <<http://www.reuters.com/article/us-sabmiller-m-a-abinbev-idUSKCN0T00RN20151111>>.
 2. Sudáfrica. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, Caso No. LM211JAN16(023283), entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y SABMiller plc, Anexo de condiciones, 30 de junio de 2016. Disponible en <<http://www.comtrib.co.za/assets/Uploads/INBEV/Final-Conditions-PUBLIC-VERSION-signature-document-2.pdf>>.
 3. Anheuser-Busch InBev SA/NV, “Anheuser-Busch InBev Announces Completion of Combination with SABMiller”. Comunicado de prensa, 10 de octubre de 2016. Disponible en <<http://hugin.info/133959/R/2048106/765703.pdf>>.
 4. El *Financial Times* la calificó como la tercera adquisición más grande de la historia, y la más grande en el Reino Unido. Scheherazade Daneshkhu, “Hard work on AB InBev mega deal begins now”, *The Financial Times*, 9 de octubre de 2016. Disponible en <<https://www.ft.com/content/7fa29f5a-8ae4-11e6-8cb7-e7ada1d123b1>>.

titivos de la concentración, la SCPM resolvió aprobarla, no sin antes sujetarla a varias condiciones de cumplimiento obligatorio por parte de las empresas concentradas.

Más allá de las discusiones que se pudieren presentar en torno a la calidad de ciertos análisis efectuados por la SCPM (como, por ejemplo, en la definición del mercado relevante), este artículo se centrará en examinar las soluciones –denominadas condiciones en el derecho ecuatoriano– que la SCPM impuso a AB InBev y SABMiller al aprobar la concentración. Para ello, primero se revisará la teoría sobre los compromisos a los que las autoridades de competencia pueden subordinar la aprobación de concentraciones económicas que el Derecho de la competencia ha desarrollado, tomando como base la legislación europea y la argentina.

A continuación, se examinarán las condiciones impuestas por la SCPM a la concentración de AB InBev y SABMiller y se las confrontará con la teoría internacional y resoluciones de otras autoridades de competencia respecto del mismo caso. De esa forma, será posible concluir si las condiciones a las que se subordinó a la concentración en Ecuador permiten cumplir los objetivos que la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia empírica internacional han reconocido.

LOS COMPROMISOS A LOS QUE SE SUBORDINAN LAS CONCENTRACIONES

Una de las preocupaciones del Derecho de la competencia radica en la posibilidad de que una concentración de operadores económicos, la cual puede ser horizontal, vertical o conglomerada, así como jurídica o de hecho,⁵ lleve a que el mercado sea menos competitivo en el futuro de lo que actualmente es, provocando efectos adversos.⁶ Por ello, muchos gobiernos han decidido efectuar un control *ex ante* de dichas operaciones⁷ con el fin de prevenir el nacimiento o fortalecimiento del poder de mercado de grandes operadores económicos, antes de que este ocurra.⁸

5. Al hablar de concentraciones de hecho, nos referimos a los casos en los que exista una concentración *de facto*, a través de la toma de control de un operador económico a otro otrora independiente.

6. Richard Whish y David Bailey, *Competition Law*, 7a. ed. (Oxford-New York: Oxford University Press, 2012), 810.

7. De acuerdo con los autores Cervio y Rópolo, hasta 2010 los países que tienen un régimen de control de concentraciones económicas son aproximadamente unos ochenta, de los cuales muchos introdujeron dicho régimen en la primera década del 2000. Guillermo J. Cervio y Esteban P. Rópolo, *Ley 25.156, defensa de la competencia: comentada y anotada* (Buenos Aires: La Ley, 2010), 316.

8. Whish y Bailey, *Competition Law*, 817.

Este control *ex ante* se considera un complemento de los controles *ex post*, por cuanto trata de predecir efectos anticompetitivos, y así prevenir que una o varias empresas adquieran un poder de mercado tal que los incentivos para competir desaparezcan.⁹ En este sentido, las leyes les han otorgado a sus autoridades de competencia la posibilidad de tomar una de las siguientes resoluciones: “a) autorizar la operación; b) subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que establezca la autoridad de aplicación; c) denegar la autorización”.¹⁰

Ya que el control de concentraciones se basa principalmente en predicciones, la autoridad nacional de competencia de un país debe ser muy cuidadosa al realizar este control, siendo, en palabras de Cervio y Rópolo, “saludable que se utilice un criterio sumamente restrictivo para decidir la prohibición de una concentración”.¹¹ Así, en virtud de este carácter restrictivo, en muchas ocasiones los aspectos de una concentración no traen preocupaciones en materia de competencia.¹²

Sin embargo, puede haber ocasiones en las que haya ciertas partes de los negocios de A y B que se superpongan. En ese caso, en lugar de prohibir la transacción en su totalidad, la autoridad de competencia puede aceptar compromisos de las partes de modificar las transacciones notificadas con el fin de calmar o disminuir preocupaciones en materia de competencia, causando así que estas –eventualmente– sean autorizadas.¹³

Estos compromisos han sido referidos por la Comisión Europea como “soluciones” y se encuentran actualmente detallados en la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión, de octubre de 2008 –en adelante, la “Comunicación de la Comisión” o simplemente la “Comunicación”–. La idoneidad de estas soluciones, de acuerdo con la Comunicación, se determina sobre la base de que cumplan ciertos principios generales.

El primero de ellos radica en que las soluciones tengan por fin evitar lo que, como premisa fundamental, el control de concentraciones pretende impedir: que “una concentración obstaculice significativamente la competencia efectiva en el mercado co-

9. Luis Ortiz Blanco, *Manual de derecho de la competencia* (Madrid: Tecnos, 2008), 279.

10. Guillermo Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, t. 2, 2a. ed. (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 137.

11. Cervio y Rópolo, *Ley 25.156, defensa de la competencia*, 316.

12. En Europa, por ejemplo, ha sido muy raro que la Comisión Europea prohíba totalmente una concentración. A junio de 2011, prohibiciones totales solo ocurrieron en 21 casos desde que el control de concentraciones estuvo vigente, 4 de los cuales fueron anulados en apelación. Whish y Bailey, *Competition Law*, 884.

13. *Ibid.*

mún o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante”.¹⁴ Por ello, estos compromisos deben tender a: a) eliminar enteramente los problemas de competencia; b) ser completos y efectivos desde todos los puntos de vista; y c) poder ser ejecutados de manera efectiva en un breve plazo.¹⁵

Algunos de los compromisos más importantes que los operadores económicos concentrados pueden asumir son compromisos estructurales, cuyo ejemplo más claro son las cesiones –también denominadas desinversiones– de activos. La comunicación señala que estos compromisos estructurales solo cumplirán las medidas arriba señaladas en cuanto “la Comisión pueda concluir con el grado suficiente de certeza que será posible ejecutarlos y que será probable que las nuevas estructuras que resulten de ellos sean lo suficientemente realizables y sostenibles para garantizar que el importante obstáculo a la competencia efectiva no se materialice”.¹⁶ La comunicación aclara que el grado de certeza puede verse afectado por los riesgos relativos a la transferencia de la actividad empresarial a cederse, como en el caso de condiciones específicas en la cesión, derechos de terceros, o facilidad para encontrar un comprador.

Por su parte, en cuanto a la probabilidad de que los compromisos se realicen, la Comisión debe considerar todos los factores de la solución propuesta, incluyendo la estructura y características particulares del mercado. Así, en caso de que se presenten soluciones extensas y complejas sobre las cuales no se pueda determinar un verdadero grado de certeza, la Comisión puede rechazar esas decisiones y no autorizar la concentración.

Por último, la comunicación menciona que, dado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo ha sido clara en cuanto a que el objetivo básico de los compromisos es garantizar una estructura de mercado competitiva,¹⁷ los compromisos de naturaleza estructural son, por regla general, preferibles a otra clase de compromisos. Estos previenen, de manera sostenible, los problemas de competencia que serían provocados por la concentración, y por otra parte, no requieren medidas de supervisión

14. Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión”, *Diario de la Unión Europea*, 22 de octubre de 2008, sección II, numeral 4.

15. *Ibid.*, sección II.

16. *Ibid.*, sección II, numeral 10.

17. Al respecto, la comunicación cita los siguientes casos como fundamento para su afirmación: sentencia del Tribunal Penal Internacional en el asunto T-102/96, Gencor/Comisión, Rec. 1999 II-753, apartado 316; sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto C-12/03-P, Comisión/Tetra Laval, Rec. 2005 I-987, apartado 86; y la sentencia del Tribunal Penal Internacional en el asunto T-158/00, ARD/Comisión, Rec. 2003 II-3825, apartado 192 y subsiguientes.

a mediano o largo plazo. Estos pueden consistir, además de cesiones, en acceso a infraestructura clave (sobre la base de la teoría de las facilidades esenciales), acceso a insumos con carácter no discriminatorio, y en general, a soluciones equivalentes a cesiones en sus efectos.

En cambio, desde el punto de vista de la Comisión, los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad resultante de la concentración (por ejemplo, compromisos para no reducir precios, no reducir gamas de productos, o suprimir marcas) no eliminan los problemas de competencia. Por ello, solo son aceptables en circunstancias excepcionales y muy específicas.

El segundo principio aplicable a las soluciones, según la Comunicación de la Comisión, radica en que si bien la Comisión es responsable de demostrar que una concentración es capaz de obstaculizar la competencia, esta no puede imponer unilateralmente condiciones a una decisión de autorización, sino solo sobre la base de los compromisos de las partes. Así, la comunicación sigue la misma línea de pensamiento determinada por el Tribunal Europeo de Justicia en dos de sus casos, *General Electric contra Comisión*¹⁸ y *EDP contra Comisión*,¹⁹ reconociendo de esta forma la imposibilidad de imponer condiciones unilaterales.

Las disposiciones de la Comunicación de 2008 son una actualización de la comunicación emitida en 2001 respecto de la misma materia, la cual estuvo fuertemente influenciada por los hallazgos encontrados en el *DG COMP Merger Remedies Study* de 2005, en el cual la Comisión revisó el diseño, implementación y efectividad de noventa y seis remedios que había aceptado en 40 casos bajo su Regulación de Concentraciones, desde 1996 hasta 2000.²⁰ Su principal descubrimiento radicó en que el mayor problema que afecta la efectividad de las soluciones estructurales es la inadecuada delimitación del negocio desinvertido.

Si el negocio a desinvertir es muy grande o muy pequeño, el compromiso puede resultar inútil al no conseguir un posible comprador independiente del negocio que sea adecuado y que, al mismo tiempo, no afecte la estructura del mercado. El estudio hace un especial énfasis en los casos en los que la cesión de una de las marcas puede provocar una pérdida importante en la cuota de mercado, pues esto necesita ser espe-

18. Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-210/01 (2005) ECR II-5575, (2006) 4 CMLR 686, apartado 52.

19. Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-87/05 (2005) ECR II-3745, (2005) 5 CMRL 1436, apartado 105.

20. Alex Kopke y otros, "Merger Remedies Study", *DG COMP y Comisión Europea*, versión pública, octubre de 2005, 140-3.

cíficamente considerado cuando se determine el alcance requerido del negocio a ser desinvertido.²¹

Igualmente, el estudio demostró que si no existe un adecuado seguimiento y formas específicas de monitoreo en un relativo corto plazo de los compromisos propuestos por los operadores concentrados, las soluciones se tornan ineficaces.²² Por esta razón, si bien las soluciones estructurales continúan siendo la herramienta más importante para eliminar los efectos anticompetitivos de las concentraciones, estas deben regirse por principios que permitan su eficacia y eviten que, por el contrario, se transformen en posibles afectaciones en contra del mercado.

Una nación latinoamericana que ha plasmado los conceptos arriba mencionados es Argentina. En su legislación, las soluciones se denominan “condiciones”, y siguen una lógica similar, pues una condición “podrá y deberá ser impuesta si es necesaria para que una concentración no resulte restrictiva de la competencia”.²³ Estas condiciones pueden consistir en la ejecución de prestaciones de dar, hacer o no hacer, y su contenido es del más variado. Al igual que en el régimen europeo, pueden consistir en órdenes de desinversión u otras de orden estructural, así como en condiciones suspensivas o resolutorias.

Asimismo, la visión de autores del país latinoamericano respecto de la preeminencia de la desinversión como el método más idóneo, sobre todo en cuanto a compromisos de desinversión de una cantidad significativa de activos, es cautelosa. Guillermo Cabanellas, por ejemplo, afirma que en el caso de condiciones que consistan en la desinversión de activos, “un problema recurrente [...] es la dificultad para encontrar adquirentes que estén dispuestos a pagar un precio razonable por tales participaciones y activos”.²⁴

Guillermo Cervio y Esteban Rópolo son más tajantes al considerar que, en mercados pequeños como el argentino, las órdenes de desinversión pueden ser ineficaces e ineficientes, principalmente por la imposibilidad de los operadores económicos de cumplirlas:

Debe analizarse a fondo el tema de los condicionamientos, y en especial de las órdenes de desinversión, en el proceso de aprobación de concentraciones económicas. En general, el argentino es un mercado pequeño, con pocos competidores presentes y con no muchos potenciales interesados de ingresar al mismo. En estas condiciones, sujetar la operación al

21. *Ibid.*, 145.

22. *Ibid.*, 169-71.

23. Cabanellas, *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, 150.

24. *Ibid.*, 151.

cumplimiento de un compromiso de venta a favor de un tercero, incluso si el mismo está presente en el mercado, puede resultar una condición de cumplimiento dificultoso, sino imposible.²⁵

Sobre la base de todo lo expuesto, es posible concebir las condiciones o soluciones como prestaciones de dar, hacer o no hacer a las que se subordina una concentración económica con el objetivo de disminuir las preocupaciones en materia de competencia que esta podría generar. Estas condiciones pueden ser de diversos tipos, identificándose principalmente a las soluciones estructurales y de compromiso futuro, las cuales, independientemente de su eficacia, deben cumplir ciertos principios generales. Estos son, esencialmente, la efectividad de la medida para evitar efectos anticompetitivos en el mercado, la probabilidad de que la medida pueda ser implementada y cumplida por el operador económico concentrado, y el corto plazo en la implementación de la medida a ser tomada por los operadores.

A continuación, se verificará si las condiciones establecidas en el procedimiento de concentración económica de AB InBev y SABMiller en Ecuador cumplieron estos principios.

LOS REMEDIOS ADOPTADOS POR LA AUTORIDAD ECUATORIANA

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –en adelante, LORCPM– dispone que las operaciones de concentración económica que estén obligadas a realizar una notificación previa pueden ser examinadas, reguladas y controladas por la SCPM.²⁶ Por su volumen de negocios,²⁷ AB InBev mantuvo esta obligación,²⁸ y, en virtud de ello, el 19 de noviembre de 2015 presentó un escrito de notificación que fue analizado por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones. La Intendencia emitió el informe respectivo, y el 29 de abril de 2016 la Comisión de Resolución de Primera Instancia avocó conocimiento de la causa.

25. Cervio y Rópolo, *Ley 25.156, defensa de la competencia*, 438.

26. Art. 15 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555, 13 de octubre de 2011.

27. El volumen de negocios de AB InBev correspondía a un monto de USD 107.987.419.532,92, el cual fue informado por la misma AB InBev en su notificación de concentración.

28. La notificación se hizo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la LORCPM y la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de Control del Poder de Mercado.

El 6 de mayo de 2016, casi 6 meses después de que la notificación fue presentada, la Comisión tomó una resolución sobre la concentración, en ejercicio de sus facultades legalmente atribuidas,²⁹ y decidió subordinar su aprobación al cumplimiento de once condiciones. Las primeras cuatro consistieron en la desinversión total de varios activos en el mercado ecuatoriano de AB InBev y SABMiller, los cuales estaban bajo la titularidad de sus subsidiarias, Compañía Cervecería Ambev Ecuador S. A. y Cervecería Nacional CN S. A., a favor de terceros independientes. Estos activos incluyeron la planta de producción, el canal de distribución y las marcas Zenda, Biela y Maltín de Compañía Cervecería Ambev S. A., así como la marca Dorada de Cervecería Nacional CN S. A.

Adicionalmente, AB InBev y/o su filial debían licenciar todos los derechos de propiedad intelectual en conexión con la producción y distribución de la marca “Brahma” en Ecuador al comprador independiente de esta marca, debiendo ser posible que el control que ejerza el nuevo operador sea lo suficientemente fuerte para que este pueda desplegar una competencia efectiva ante Compañía Cervecería Ambev S. A., Cervecería Nacional CN S. A., o la nueva empresa que surgiere a partir de su concentración.

Por último, AB InBev o la nueva empresa que surgiese, que a su vez ejerza control sobre DINADEC S. A., empresa distribuidora de su grupo económico para el Ecuador, debía garantizar al tercero independiente adquiriente, como parte del paquete de inversión formado por los productos anteriormente mencionados, el acceso a su red de comercialización y distribución por un período de al menos 3 años, bajo los mismos precios, uso de servicio y alcance territorial que el que tendría Cervecería Nacional CN S. A.

La quinta condición buscó fortalecer las 4 primeras condiciones, imponiendo un límite de publicidad en las marcas Pilsener, Club, Budweiser, Bud66 y Pony Malta por un período de 3 años contados a partir de la entrada efectiva del nuevo operador económico adquiriente. Siguiendo una línea similar, en la séptima condición, con el fin de “evitar la consolidación y operación de un monopolio en el mercado cervecero ecuatoriano”, la Comisión requirió que AB InBev suscriba un convenio de competencia *hold separate*, a través del cual la empresa garantice que:

Mientras se implementan las condiciones 1, 2, 3 y 4, que en su conjunto implican el ingreso de un nuevo operador económico en el mercado, las dos empresas bajo su control Compañía Cervecería Ambev Ecuador S. A. (Ambev) y Cervecería Nacional CN S. A. operarán

29. El artículo 21 de la LORCPM dispone que, en todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa, la SCPM puede autorizar la operación, denegarla o subordinarla al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca.

de manera competitiva entre ellas, evitando cualquier tipo de comportamiento colusorio, manteniendo estructuras competitivas separadas y diferenciadas, estrategias publicitarias y comerciales independientes y autónomas.

Adicionalmente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia impuso una décima primera condición a AB InBev, la cual consistió en una prohibición genérica de establecer condiciones de exclusividad en sus contratos, que afecten o pudieren afectar a otros competidores, considerando incluso como competidores a los cerveceros artesanales.

Al analizar detenidamente cada una de estas condiciones, es posible determinar que las tres primeras son estructurales (específicamente, de desinversión), mientras que las otras son compromisos relativos al comportamiento futuro. Las condiciones de desinversión estuvieron enfocadas principalmente en que el operador concentrado se desprenda del negocio que AB InBev tenía, antes de la concentración, en Ecuador (a través de las marcas Brahma, Zenda, Biela y Maltín).

Esto se asimiló al compromiso que AB InBev asumió ante la Comisión Europea en el procedimiento de notificación obligatoria de su concentración, donde se comprometió a desinvertir la totalidad del negocio de SABMiller en una importante cantidad de países europeos.³⁰ Estos compromisos, en su conjunto, fueron capaces de mitigar las preocupaciones de la Comisión, ya que los compromisos de AB InBev significaron esencialmente la desinversión de los negocios que en un principio planeaba adquirir en Europa.

No obstante, a diferencia de la autoridad europea, para quien bastaron las soluciones estructurales, la SCPM incluyó las condiciones cuarta, quinta, séptima y décima primera en su resolución para dar –a su criterio– mayor fuerza a la desinversión. En ellas, buscó comprometer al operador concentrado a realizar prestaciones de hacer y no hacer, imponiendo una obligatoriedad de uso de sus canales de distribución para el nuevo operador que adquiriera los activos desinvertidos, límites de publicidad a las marcas del operador concentrado e incluso la suscripción de un convenio donde las subsidiarias de AB InBev se comprometían a no cometer actos colusorios.

Si bien estas últimas condiciones reflejan una importante intención por parte de la SCPM de prevenir conductas anticompetitivas en el mercado, la evidencia empírica

30. Los países en los que AB InBev se comprometió a desinvertir las actividades de SABMiller fueron Francia, Italia, los Países Bajos, el Reino Unido, la República Checa, Hungría, Polonia, Rumania y Eslovaquia. Comisión Europea, “Mergers: Commission approves AB InBev’s acquisition of SABMiller, subject to conditions”. *Press Release Database*, 24 de mayo de 2016. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1900_en.htm>.

de la Comisión Europea ha demostrado que los compromisos enfocados en la realización de conductas futuras se tornan, por regla general, en ineficaces; más aún, si no existe un adecuado seguimiento por parte de las autoridades. Además, estos compromisos son fácilmente confundibles con controles que la autoridad de competencia pudiera efectuar *ex post*, por lo que su efectividad queda inmediatamente en tela de duda.

En otro orden de ideas, al analizar las condiciones sexta, octava, novena y décima impuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, es posible concluir que estas no guardan relación con soluciones estructurales o de comportamiento futuro. Su fin, a diferencia de lo que ocurrió con las condiciones anteriores, indudablemente va más allá de mantener las presiones competitivas y las estructuras en el mercado: este consiste en el apoyo de los operadores concentrados a la economía popular y solidaria y a la apertura de su capital social a favor de los trabajadores. Por un lado, la sexta condición, según la cual Cervecería Nacional CN S. A. debía permitir a los comerciantes del canal tradicional de comercialización colocar productos del sector de cervezas artesanales y/o bebidas alcohólicas y/o no alcohólicas de productores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, se basó en las siguientes consideraciones:

i) el cumplimiento de una Política Institucional, derivada de una Política de Estado, basada en principios constitucionales, de apoyo a la producción nacional y a la economía popular y solidaria; y ii) el hecho de que los representantes de Anheuser-Busch InBev SA/NV (ABInBev) manifestaron durante las entrevistas realizadas –y a través de sus propuestas– que estaban dispuestos a ejecutar acciones concretas para apoyar al sector de las cervezas artesanales y a otras iniciativas de desarrollo económico tales como fomento de empleo y producción local entre otras.

Un fundamento similar se efectuó a favor de los actores de la economía popular y solidaria para las condiciones 8 y 10, dirigidas a los productores y comercializadores de cervezas artesanales, las cuales involucraron un proceso de implementación, por parte de AB InBev, de una plataforma denominada de “*e-commerce*” para la comercialización de cervezas artesanales, así como acceso al proceso de embotellado de los operadores económicos concentrados a precios de costo, a los diseños de botellas, al sistema de distribución, capacitación y promoción a favor de los productores artesanales.

Por su parte, la novena condición, justificándose a través del cumplimiento del artículo 22 de la LORCPM,³¹ dispuso textualmente que:

31. Este artículo dispone que, para emitir la decisión de subordinar la concentración al cumplimiento de

Los trabajadores de las empresas que componen el modelo de negocio cervecero intervinientes en la presente concentración tendrán una participación al menos del 5% del capital social concentrado, independiente de la participación de los trabajadores que, eventualmente, existiere en la actualidad en dicho capital social.

Esta condición se aparejó con la obligatoriedad de que el operador económico concentrado mantenga el mismo número de plazas de trabajo existentes, incluyendo cargos gerenciales y de confianza, así como que garantice los derechos adquiridos de los trabajadores.

Ejemplos de condiciones como estas no se pueden evidenciar en las guías, directrices y comunicaciones de la Comisión Europea, pues su concepción no se subsume a principios comunes en la materia ni tampoco permite alcanzar el objetivo por el cual las condiciones nacieron en primer lugar: evitar un posible efecto anticompetitivo en el mercado. Por el contrario, son el resultado de una política pública que se fundamenta en concretar conceptos como los de desarrollo económico e impulso de la economía popular y solidaria, basados en una noción abstracta de justicia, solidaridad, y desarrollo económico equitativo, reconocidos a nivel constitucional.³²

Estas condiciones ya no buscan prevenir que la concentración afecte una estructura competitiva –lo cual fundamentó en un principio su existencia y aplicación–, sino que pretenden que los operadores concentrados, por ese poder de mercado que han adquirido, retribuyan a la sociedad. Por ello, subordinan la concentración a la apertura del capital social de los trabajadores –quienes no son los más aptos para concretar al corto plazo y de forma eficiente una verdadera desinversión en el capital de la empresa– o ayudar al crecimiento y desarrollo de cerveceras artesanales, que al final del día no son competidores directos de los operadores concentrados.³³

Sobre esta base, resulta difícil conciliar la clasificación de estos compromisos de carácter social como condiciones o soluciones, cuando en ningún momento cumplen

condiciones, uno de los criterios a ser tomados en cuenta debe ser la contribución que la concentración puede aportar a la diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.

32. Art. 283, 284, 319 y 320 de la Constitución de la República del Ecuador, *Registro Oficial* 449, 20 de octubre de 2008.

33. Se parte de la premisa de que AB InBev y una productora de cerveza artesanal no son competidores en virtud de que, a criterio del autor, se encuentran en mercados relevantes diferentes. No se trata de verdaderos sustitutos dentro del mercado, sobre todo si se toma en cuenta la preferencia particular de ciertos consumidores por las cerveza artesanal, la cual va mucho más allá del precio. En todo caso, al realizar esta comparación solo se busca ilustrar la diferencia de condiciones con un enfoque social, mas no determinar la correcta definición de un mercado relevante en este tipo de concentraciones. Al respecto, podría caber un estudio dedicado exclusivamente a ello; para efectos de este trabajo, sin embargo, vale tan solo dejarlo anunciado.

su finalidad primigenia. Es más, su naturaleza podría permitirles ser añadidos a cualquier concentración que deba ser aprobada por las autoridades de competencia, independientemente de la incidencia de la concentración en la competitividad del mercado, pudiendo clasificarse así como otra categoría a la que las autoridades podrían darle cabida al momento de analizar concentraciones.

En todo caso, por más que estos compromisos, que podríamos denominar “sociales”, parecen ajenos a la naturaleza de las concentraciones y de alguna forma son incompatibles con su finalidad, es importante señalar que su existencia no se restringe solo a Ecuador. Uno de los ejemplos más claros de esto es Sudáfrica, país en el cual se subordinó a AB InBev a “condiciones sociales” muy similares a las ecuatorianas, relacionadas con empleo, adquisiciones a productores nacionales y capacitación y fomento a pequeños productores de cerveza, con el propósito de apoyar y promover a estos grupos.³⁴ En el caso sudafricano, la existencia de estas condiciones sociales como parte de su política pública fue justificable por el hecho de que SABMiller se constituyó en Johannesburgo hace más de 121 años, y para el año 2016 empleaba alrededor de nueve mil trabajadores.³⁵

Estas condiciones fueron aceptadas por AB InBev, y el 22 de julio de 2016 la Comisión de Resolución de Primera Instancia decidió autorizar la concentración económica entre los operadores económicos Compañía Cervecera Ambev Ecuador S. A., subsidiaria de AB InBev, y Cervecería Nacional CN S. A., DINADEC S. A. y CERN-YT S. A., subsidiarias de SABMiller.

Sin embargo, después de esta aprobación, una serie de operadores económicos presentaron recursos administrativos que el Superintendente de Control del Poder de Mercado, en última instancia administrativa, resolvió negar.³⁶ Sin embargo, de forma absolutamente sorpresiva, el Superintendente resolvió, en la misma providencia, incluir de oficio, además de las once condiciones a las que ya se había subordinado la operación, la orden de desinversión a AB InBev de la marca “Club”, y ordenó a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas realizar el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad de competencia.

34. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, Caso No. LM211JAN16 (023283), entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y SABMiller plc.

35. Ben Martin, “SAB-Miller-AB InBev beer merger secures key South African approval”, *The Telegraph*, 30 de junio de 2016. Disponible en <<http://www.telegraph.co.uk/business/2016/06/30/sabmiller-ab-inbev-beer-merger-secures-key-south-african-approval/>>.

36. La resolución del Superintendente se emitió el 21 de julio de 2016.

La inclusión sorpresiva de esta condición trajo varias preocupaciones importantes para el operador económico concentrado. Su imposición extemporánea y unilateral permitió observar claramente un ejemplo de lo que la teoría en materia de condiciones hacia concentraciones tanto teme: un requerimiento de desinversión cuya falta de análisis adecuado sea capaz de producir una afectación en el mercado mayor que la que la misma concentración podría generar.

Al ordenarse la desinversión de la marca Club, no se buscó mantener la estructura del mercado –el cual es el objetivo de estas soluciones estructurales–, sino que se propendió dejar al operador que se concentró con un poder de mercado menor que con el que contaba antes de la concentración.³⁷ Con las condiciones aceptadas en julio de 2016, AB InBev mantendría la cuota que SABMiller tenía en el país al desprenderse de los activos de su subsidiaria Ambev del Ecuador S. A. Sin embargo, con la obligación de desinvertir en Club, AB InBev no solo no ganaría, sino que perdería una cuota aproximada del 9%.

Esto claramente atentó contra los principios y la fundamentación misma de las condiciones de aprobación. En el caso de Europa, las preocupaciones de la Comisión fueron subsanadas por AB InBev cuando decidió desinvertir los activos de SABMiller en varios países de Europa, provocando que el mercado no sea alterado. En Ecuador, la autoridad de competencia fue más allá, no simplemente previniendo efectos anti-competitivos futuros derivados de la concentración de las compañías cerveceras, sino utilizando la situación para disminuir el poder de mercado previo de una de las subsidiarias que AB InBev había adquirido.

CONCLUSIONES

A través de la teoría del Derecho de la competencia, fue posible identificar la naturaleza y fines de las condiciones a las cuales se puede subordinar la aprobación de una concentración económica. Estas condiciones pueden ser de diversos tipos y deben

37. De acuerdo a datos obtenidos por encuestadoras de mercado internacionales, como la consultora de mercado *Euromonitor*, y reproducidos por la prensa nacional ecuatoriana, la participación en el mercado de la marca Club ascendía a alrededor del 9% en 2014, siendo la segunda marca más vendida a escala nacional (con Pilsener con un 82,3% del mercado). Ambas marcas pertenecían a SABMiller y su subsidiaria Cervecería Nacional CN S. A. antes de efectuarse la concentración, otorgándole con ellas una cuota de más del 91% en el mercado relevante. Datos obtenidos de: Diego Bravo y Mónica Orozco, “Fusión global de dos cervezas mueve el mercado local”. *El Comercio*, noviembre de 2016. Disponible en <<http://www.elcomercio.com/actualidad/fusion-cerveceras-mercado-ecuador-club.html>>.

cumplir varios principios generales para justificar su procedencia. Los principios más importantes son la efectividad de la medida para evitar efectos anticompetitivos en el mercado, la probabilidad de que la medida pueda ser implementada y cumplida por el operador económico concentrado y el corto plazo en la implementación de la medida a ser tomada por los operadores.

Sobre la base de esta identificación, se analizaron las condiciones impuestas por la SCPM en la concentración de AB InBev y SABMiller. Se observó que las condiciones impuestas fueron estructurales, de futuro comportamiento y de orden social. Las condiciones estructurales inicialmente planteadas siguieron una línea similar a las aceptadas por la Comisión Europea, desprendiéndose AB InBev del negocio que tenía en Ecuador para mantener el de SABMiller y así no afectar el mercado.

En cambio, la condición posterior de desinvertir la marca Club rompió la lógica de estos compromisos, pues no cumplió los principios y fundamentos que la doctrina plantea en torno a las soluciones. Esta no buscó limitar el incremento del poder de mercado del AB InBev después de la concentración, sino disminuir el poder del que gozaba antes de que esta se materialice.

Las condiciones de futuro comportamiento impuestas por la SCPM nacieron con el fin de fortalecer las condiciones estructurales iniciales; sin embargo, la evidencia empírica y la aproximación de normativa como la de la Unión Europea permite que se generen dudas sobre la eficacia de su aplicación.

Finalmente, las condiciones sociales impuestas en este caso deben observarse desde una óptica distinta, pues siguen objetivos diferentes al resto de condiciones. Buscan generar un desarrollo de la economía popular y solidaria y apoyo a afectados por la concentración como, por ejemplo, los trabajadores. En este sentido, es posible dudar incluso si se trata de verdaderas condiciones como la teoría del derecho de la competencia las entiende, o como retribuciones que el operador concentrado debe efectuar por haberse permitido su concentración en primer lugar.

BIBLIOGRAFÍA

- Anheuser-Busch InBev SA/NV. “Anheuser-Busch InBev Announces Completion of Combination with SABMiller”. Comunicado de prensa, 10 de octubre de 2016. Disponible en <<http://hugin.info/133959/R/2048106/765703.pdf>>.
- Blekinsop, Philip, y Martinne Geller. “AB InBev launches SAB bid, to sell MillerCoors stake”. *Reuters* (Bruselas-Londres), 11 de noviembre de 2015. Disponible en <<http://www.reuters.com/article/us-sabmiller-m-a-abinbev idUSKCN0T00RN20151111>>.

- Bravo, Diego, y Mónica Orozco, “Fusión global de dos cervezas mueve el mercado local”. *El Comercio*, noviembre de 2016. Disponible en <<http://www.elcomercio.com/actualidad/fusion-cerveceras-mercado-ecuador-club.html>>.
- Cabanellas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, t. 2, 2a. ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.
- Cervio, Guillermo J., y Esteban P. Rópolo. *Ley 25.156, defensa de la competencia: comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Daneshkhu, Scheherazade. “Hard work on AB InBev mega deal begins now”, *The Financial Times*, 9 de octubre de 2016. Disponible en <<https://www.ft.com/content/7fa29f5a-8ae4-11e6-8cb7-e7ada1d123b1>>.
- Kopke, Alex, y otros. “Merger Remedies Study”, *DG COMP y Comisión Europea*, versión pública, octubre de 2005.
- Martin, Ben. “SAB-Miller-AB InBev beer merger secures key South African approval”, *The Telegraph*, 30 de junio de 2016. <<http://www.telegraph.co.uk/business/2016/06/30/sabmiller-ab-inbev-beer-merger-secures-key-south-african-approval/>>.
- Ortiz Blanco, Luis. *Manual de derecho de la competencia* (Madrid: Tecnos, 2008).
- Whish, Richard, y David Bailey. *Competition Law*, 7a. ed. Oxford-New York: Oxford University Press, 2012.

OTROS

- Comisión Europea, “Mergers: Commission approves AB InBev’s acquisition of SABMiller, subject to conditions”. Press Release Database, 24 de mayo de 2016. Disponible en <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1900_en.htm>.
- Comisión Europea. “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión”. *Diario de la Unión Europea* de 22 de octubre de 2008.
- Constitución de la República del Ecuador*. Decreto Legislativo 0. *Registro Oficial* 449 (20 de octubre de 2008).
- Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. *Registro Oficial, Suplemento*, No. 555 (13 de octubre de 2011).
- Sudáfrica. Tribunal de Competencia de Sudáfrica, [Caso No. LM211JAN16 (023283), entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y SABMiller plc], Anexo de condiciones, 30 de junio de 2016. Disponible en <<http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/INBEV/Final-Conditions-PUBLIC-VERSION-signature-document-2.pdf>>.
- Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-210/01 (2005) ECR II-5575, (2006) 4 CMLR 686.
- Tribunal de Justicia Europeo. Caso T-87/05 (2005) ECR II-3745, (2005) 5 CMRL 1436.

Fecha de recepción: 4 de junio de 2017
Fecha de aprobación: 26 de junio de 2017

Colaboradores

Viviana Cárdenas Garzón: ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Funcionaria del Consejo de la Judicatura. *<vivianacardenas89@gmail.com>*.

Eddy De la Guerra Zúñiga: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; magíster en Docencia Universitaria, Escuela Politécnica del Ejército (ESPE); magíster en Derecho, mención Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Docente e investigadora, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<eddy.delaguerra@uasb.edu.ec>*.

María Elena Jara Vásquez: ecuatoriana, abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Tributación, y magíster en Derecho, mención en Derecho Económico, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; máster en Derecho, mención en Medios Alternativos de Solución de Conflictos, University of Missouri; doctora en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Docente e investigadora, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<mariaelena.jara@uasb.edu.ec>*.

Ricardo Montalvo Lara: ecuatoriano, abogado, Universidad San Francisco de Quito; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Asociado del Estudio Jurídico ML Abogados. Autor de publicaciones en materias de Derecho económico, Derecho tributario y Derecho de las inversiones. *<remontalvo@mlabogados.com.ec>*.

Francisco Eugenio Olavarria: argentino, abogado, Universidad de Buenos Aires, máster en Derecho Penal, Universidad Austral de Argentina; LL.M. Advance Legal Science, Universitat Pompeu Fabra. Miembro del Estudio Jurídico Fontan Balestra y Asociados. *<folavarria@fbya.com>*.

Patricio Pozo Vintimilla: ecuatoriano, abogado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; LL.M. Advance Legal Science, Universitat Pompeu Fabra. Abogado asociado en EXPERTISE Abogados & Consultores. *<pato-91pozo@hotmail.com>*.

David Sperber Vilhelm: ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; máster en Derecho, Har-

vard Law School; doctor en Derecho Mercantil, Universidad de Barcelona. Socio en AntiTrust Consultores & Abogados. Autor de libros y artículos en materia de competencia. *<dsperber@antitrust.ec>*.

Carlos Alfredo Trujillo Viteri: ecuatoriano, abogado, Universidad San Francisco de Quito; especialista superior en Derecho de la Empresa, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *<carlostrujilloviteri@gmail.com>*.