

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-032-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 22 de octubre de 2021 a las 10h17.

Comisionado Sustanciador: Édison Toro Calderón.

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 11 de octubre de 2021, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca Secretaria Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-305 de 07 de octubre de 2021, signado con Id. 209851, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”), remite el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 y anexos, desarrollado dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.
- [5] El Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 de 06 de octubre de 2021.
- [6] La providencia emitida por la CRPI el 13 de octubre de 2021 a las 09h43.
- [7] El escrito presentado por parte del operador económico **HEINEKEN ECUADOR S.A.** el 18 de octubre de 2021 a las 17h15, signado con ID 210705.
- [8] La providencia emitida por la CRPI el 20 de octubre de 2021 a las 11h09.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [9] La CRPI es competente para conocer y resolver las solicitudes de medidas preventivas, conforme a lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y lo determinado en los artículos 65, 66 y 67 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”) de la SCPM.

2. SOLICITANTE DE LA MEDIDA PREVENTIVA

- [10] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-305 y anexos de 07 de octubre de 2021, dentro del trámite signado con Id. 209851, la INICAPMAPR remite a esta Comisión el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029, así como la solicitud presentada dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 el 15 de septiembre de 2021 a las 11h51, trámite signado con Id. 207389, por parte del operador económico **HEINEKEN ECUADOR S.A.** (en adelante “**HEINEKEN**”), operador económico identificado con RUC No. 0991343709001.
- [11] En dicha solicitud el operador económico **HEINEKEN** solicitó la adopción de medidas preventivas de la siguiente forma:

“5. Petición de medidas preventivas:

(...)

Por esto, a criterio de HEINEKEN ECUADOR, es fundamental que su Autoridad, solicite a los Operadores Económicos Denunciados lo siguiente:

- *Que no borren ningún documento con relación a sus planes o programas -so pretexto de que cada tanto se eliminan por temas de archivo y organización-;*
- *Que guarden cualquier comunicación, en cualquier medio o soporte, que tenga relación sobre los referidos planes o programas;*
- *Que no alteren sus políticas ni cambien las instrucciones que dan a sus empleados con relación a cómo se maneja el abastecimiento, distribución y venta de sus productos; y,*
- *Que comuniquen las acciones que vaya a realizar con relación a estos programas o planes a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pero, especialmente, a su Autoridad y a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas para evitar que se tomen decisiones como la de terminar los contratos de franquicia "Bodega Pilsener" sin que su Autoridad pueda arbitrar, de ser el caso, las medidas correspondientes.”*

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

[12] Conforme consta en los expedientes y datos públicos registrados en el Servicio de Rentas Internas (en adelante “SRI”) y Superintendencia de Compañías Valores y Seguros (en adelante “SCVS”), se detalla a continuación la información que identifica a cada uno de los involucrados.

3.1 OPERADOR ECONÓMICO DENUNCIANTE Y SOLICITANTE DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[13] Conforme consta en el expediente de investigación, el operador económico denunciante es **HEINEKEN**, empresa constituida en el año 1996, con RUC No. 0991343709001, domiciliado en Km. 14 ½ de la vía Daule y Ave. de las Iguanas del cantón Guayaquil. El operador económico **HEINEKEN** señala que recibirá notificaciones en el Casillero Judicial No. 239 de la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura o en las direcciones de correo electrónico: mrfabara@fabara.ec, dcastelo@fabara.ec y edavila@fabara.ec.

[14] De acuerdo con la información que consta de los registros públicos, la actividad principal del operador **HEINEKEN** corresponde a: “(...) *LA PRODUCCION, ELABORACION, FRACCIONAMIENTO, CONSIGNACION, COMPRAVENTA Y ENVASADO DE CERVEZAS, MALTA, VINOS, LICORES, BEBIDAS MALTEADAS, BEBIDAS ESPIRITUOSAS, CARBONATADAS, ...ETC..*”¹

3.2 OPERADORES ECONÓMICOS DENUNCIADOS Y CUYO ACCIONAR ES OBJETO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[15] En el presente caso la denuncia recae sobre las actuaciones del **GRUPO ECONÓMICO CN**, constituido al menos por los tres operadores económicos que se señalan a continuación:

3.2.1 CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. (en adelante “CERVECERÍA NACIONAL”)

[16] El operador económico **CERVECERÍA NACIONAL** se trata de una sociedad identificada con RUC No. 0990023549001, domiciliada en Ave. Cobre y Ave. Río Daule en el cantón Guayaquil. La denunciada señaló² a efectos de notificación las direcciones de correo electrónico: santiago.espinosa@ab-inbev.com, roberto.moreno@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, acobo@pbplaw.com, gvillacreses@pbplaw.com, martin.espinosae@ab-inbev.com, ecarmi@cplaw.ec y eperez@cplaw.ec.

¹ Portal Web Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appsconvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=75346&tipo=1. Consultado el 18 de octubre de 2021.

² Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020. Escritos presentados por CERVECERÍA NACIONAL el 05 de febrero de 2021 a las 18h03, trámite signado con Id. 184338 y 27 de abril de 2021 a las 12h24, trámite con Id. 192681.

- [17] De acuerdo con la SCVS la actividad principal del operador **CERVECERÍA NACIONAL** es la (...) *ELABORACION, DISTRIBUCION Y VENTA DE CERVEZA, ASI COMO DE BEBIDAS SIN ALCOHOL Y OTRAS BEBIDAS PARA CONSUMO HUMANO*”³

3.2.2 DINADEC S.A. (en adelante “DINADEC”)

- [18] El operador económico es una empresa identificada con RUC No. 0992526742001, domiciliada en lotización Inmacosa 3222 y Dr. Emilio Romero Menendez del cantón Guayaquil. El operador económico informó a efectos de notificación las mismas direcciones de correo electrónico señaladas por el operador económico **CERVECERÍA NACIONAL**.
- [19] El operador económico **DINADEC** tiene por actividad principal el comercio, en específico la “(...) *Venta, comercialización y distribución de cervezas, bebidas alcohólicas y otras bebidas de consumo humano, así como todo tipo de productos en general.*”⁴

3.2.3 BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A. (en adelante “BBPC”)

- [20] Sociedad identificada con RUC No. 0993220574001, domiciliada en Ave. Cobre, Solar 13 y Ave. Pascuales del cantón Guayaquil. El operador económico informó a efectos de notificación las mismas direcciones de correo electrónico señaladas por el operador económico **CERVECERÍA NACIONAL**.
- [21] El operador económico **BBPC** registra por actividad económica: “(...) *CUSTODIAR, ADMINISTRAR, DEFENDER, PROTEGER Y GENERAR VALOR EN DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y AFINES; GESTIONAR EL LICENCIAMIENTO, CESIÓN, VENTA Y CUALQUIER OTRA FORMA DE TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL.*”⁵

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020

- [22] Mediante escrito y anexos presentados el 21 de diciembre de 2020 a las 14h05, trámite con Id. 180179, el operador económico **HEINEKEN**, presentó una denuncia en contra de los operadores económicos **CERVECERÍA NACIONAL**, **DINADEC** y **BBPC** por el supuesto cometimiento de conductas que constituyen prácticas de abuso de poder de mercado, en concordancia con los numerales 1, 3, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 21 y 22 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, proceso en trámite de investigación

³ Portal Web Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=2448&tipo=1. Consultado el 18 de octubre de 2021.

⁴ Portal Web Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=128168&tipo=1. Consultado el 18 de octubre de 2021.

⁵ Portal Web Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=75346&tipo=1. Consultado el 18 de octubre de 2021.

por parte de la INICAPMAPR dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.

- [23] Mediante escrito presentado el 11 de enero de 2021 a las 16h59, trámite con Id. 181584, el operador económico **HEINEKEN**, aclaró la denuncia en contra de los operadores económicos **CERVECERÍA NACIONAL, DINADEC y BBPC**.
- [24] Mediante providencia emitida por la INICAPMAPR el 13 de enero de 2021 se declara la denuncia como clara y completa, trasladando la misma a los operadores económicos denunciados.
- [25] Mediante Resolución de 23 de febrero de 2021, la INICAPMAPR resolvió el inicio del procedimiento de investigación en contra de los operadores económicos **CERVECERÍA NACIONAL, DINADEC y BBPC** por el presunto cometimiento de prácticas calificadas como abuso de poder de mercado.
- [26] Mediante escrito y anexos ingresados el 15 de septiembre de 2021 a las 11h51, trámite signado con Id. 207389 el operador económico **HEINEKEN** solicitó a la INICAPMAPR que se impongan una serie de medidas preventivas a los operadores económicos **CERVECERÍA NACIONAL, DINADEC y BBPC**.
- [27] Mediante Resolución de 16 de septiembre de 2021, la INICAPMAPR dispuso la elaboración del informe de procedencia de las medidas preventivas solicitadas por parte del operador económico **HEINEKEN**.

4.2 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SCPM-CRPI-032-2021

- [28] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-305 y anexos de 07 de octubre de 2021, tramite signado con Id. 209851, la INICAPMAPR remite a la CRPI el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 respecto a la solicitud de medidas preventivas presentada por el operador económico **HEINEKEN**.
- [29] A través de providencia de 13 de octubre de 2021 a las 09h43, la CRPI avoca conocimiento de la causa contenida en el expediente No. SCPM-CRPI-032-2021 y dispone trasladar al operador económico **HEINEKEN** el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 de 06 de octubre de 2021, a fin de que en el término de tres (3) días se pronuncie sobre el mismo.
- [30] Mediante escrito presentado el el 18 de octubre de 2021 a las 17h15, **HEINEKEN** presentó sus observaciones al Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 de 06 de octubre de 2021, ratificando que la solicitud de medidas preventivas busca preservar la existencia de documentos y pruebas relevantes para la investigación principal que se lleva a efecto en la INICAPMAPR.
- [31] Por medio de providencia de 20 de octubre de 2021, la CRPI dispuso agregar al expediente el referido escrito y considerarlo al momento de resolver.



5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

5.1 LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

[32] El artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece la figura en relación con la aplicación de las medidas preventivas, e indica a manera ejemplificativa algunas que se podrían adoptar, así:

“Art. 62.- Medidas preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días.”

5.2 REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

[33] El artículo 73 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina las clases de medidas en el cual se detalla una lista no taxativa de las medidas a imponerse:

“Art. 73.- Clases de medidas preventivas.- Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:



a) *Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.*

b) *La imposición de condiciones.*

c) *La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.*

d) *La adopción de comportamientos positivos.*

e) *Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.*

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento.”

[34] En relación con el procedimiento de aplicación de las medidas preventivas y su adopción, el artículo 74 del RLORCPM señala ciertas reglas básicas del mismo, así:

“Art. 74.- Adopción de medidas preventivas.- *El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.*

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.”



5.3 INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SCPM

[35] La Primera Sección del Capítulo X del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas. Los artículos 65, 66 y 67 determinan de manera específica dicho procedimiento, así:

“Primera Sección

PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN Y GESTIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

Art. 65.- CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al proceso investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar mediante resolución motivada las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM.*

Art. 66.- SUGERENCIA O SOLICITUD.- *El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante informe motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la Ley. La sugerencia de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.*

El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.

Si el denunciante presenta la solicitud de medidas preventivas ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la Comisión de Resolución de Primera Instancia requerirá a la Intendencia competente que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, concediéndole para el efecto el término de quince (15) días. En el caso de que la denuncia aún no haya sido calificada de clara y completa, el término de quince (15) días empezará a correr a partir de la fecha en que se realice dicha calificación.

Art. 67.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para resolver respecto de*



las medidas preventivas sugeridas o solicitadas. La resolución motivada, entre otros, contendrá los siguientes elementos:

- a. Identidad completa del operador económico;
- b. Nombres y apellidos del o los representantes legales;
- c. Dirección que incluirá números telefónicos y correos electrónicos, de tenerlos;
- d. La determinación clara, objetiva y concreta de las medidas preventivas;
- e. La disposición a la Intendencia para que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas, con instrucciones claras y precisas de la forma y periodicidad en la que se debe realizar este seguimiento;
- f. Prevención legal de que en caso de desacato, de ser procedente, se podrá ordenar la clausura de uno o varios establecimientos en los que se llevó a cabo la actividad objeto de la investigación, sin perjuicio de otras sanciones administrativas;
- g. Los demás que sean pertinentes.

Emitida la resolución de adopción de medidas preventivas, la Intendencia competente deberá iniciar el procedimiento investigativo en el plazo previsto en el inciso tercero del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, caso contrario las medidas caducarán.”

6. DETERMINACIÓN PREVIA DEL MERCADO SUJETO DEL PRESENTE PROCESO

[36] De la revisión de Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 emitido por la INICAPMAPR se destaca que no existe mención alguna al mercado relevante en el que actúan los sujetos procesales, ni siquiera de forma preliminar. Sin embargo, a partir de experiencia previa en el área, las actividades económicas de los operadores económicos involucrados, así como las actuaciones en el expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 es posible determinar de manera preliminar el mercado relevante correspondiente al presente caso de acuerdo a lo siguiente:

[37] Es importante para el presente caso considerar la determinación previa de mercado relevante desarrollada por la CRPI en la Resolución de 06 de mayo de 2016 a las 16h21 dentro del expediente SCPM-CRPI-2016-017, pues esta se relaciona estrechamente con la naturaleza de la estructura comercial y económica de los operadores económicos denunciados. En esta Resolución se consideró que el mercado relevante corresponde a:

*“(…) la producción, comercialización y distribución de la cerveza en el Ecuador segmentado de acuerdo a la percepción del consumidor en las tres categorías: - **Marcas Globales:** Este segmento incluye Marcas Globales que son reconocidas en todo el mundo y quien y que tiene una presencia internacional. En el Ecuador los consumidores ecuatorianos perciben esta marca como de alta calidad de cerveza con más amplia variedad de producto en relación a los productos domésticos. Estas marcas son predominantes adquiridas por consumidores que buscan un gusto diferente del sabor estándar y son identificadas con [sic] el marketing internacional e imagen de marcas asociadas con Marcas Globales (...).- **Marca Doméstica Premium:** Las marcas domésticas Premium tiene su*



*origen en el Ecuador. Estas Marcas Domésticas, venden un rango limitado de productos que son percibidos como cerveza estándar (...).- **Maracas** [sic] **económicas**: Este segmento incluye tanto marcas domésticas (Dorada Zenda) y la Marca extranjera Brahma (...). Estas marcas están [sic] direccionadas a los segmentos de la población de bajos ingresos.”*

- [38] Definición que segmenta el mercado bajo las siguientes especificaciones: las marcas Premium (globales) ofertan productos más elaborados, con mayor calidad y variedad; las marcas domésticas Premium ofertan cerveza de buena calidad a un precio asequible para todos los consumidores; y, las marcas económicas ofertan productos a bajos precios y enfocando su distribución en zonas geográficas pequeñas con características de ingresos económicos bajos.
- [39] De la revisión de las actividades de los operadores económicos es posible determinar que el **GRUPO ECONÓMICO CN** a través de sus empresas conformantes participa a lo largo de la cadena de producción, distribución y comercialización de cerveza en el país, ofertando variedad de productos que se incluyen dentro de las categorías previamente señaladas. Por su parte el operador económico **HEINEKEN** participa en la elaboración de bebidas malteadas entre las que se encuentra la cerveza en sus diferentes variedades, así como su distribución y comercialización en Ecuador. Por lo cual la definición previa es coherente para el presente caso.
- [40] En este sentido es adecuado determinar de forma preliminar que las empresas involucradas en el presente caso confluyen en las actividades de producción y distribución de cerveza, principalmente dentro del segmento de “*cerveza industrial*”, cuyo enfoque es hacia el consumo masivo, a nivel nacional, acompañado de grandes volúmenes de producción y la utilización de conservantes en la misma. Bajo esta consideración el mercado de producto al momento estaría comprendido por la cerveza ofertada tanto por el operador económico denunciante, como por el grupo económico denunciado en el territorio nacional, sin perjuicio del análisis y definición que la INICAPMAPR establezca en el momento procesal oportuno.
- [41] Conforme las actividades económicas de los operadores económicos involucrados en el presente caso y habiendo identificado que los productos sujetos de la denuncia preliminarmente, se determina que el mercado relevante para la presente investigación correspondería a la producción y distribución de cervezas a nivel nacional. Sin perjuicio de que la Intendencia en su investigación defina una parametrización distinta.

7. DETERMINACIÓN CLARA OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

- [42] El operador económico **HEINEKEN**, solicitó la adopción de las siguientes medidas preventivas:

“(…)

Por esto, a criterio de HEINEKEN ECUADOR, es fundamental que su Autoridad, solicite a los Operadores Económicos Denunciados lo siguiente:



- *Que no borren ningún documento con relación a sus planes o programas -so pretexto de que cada tanto se eliminan por temas de archivo y organización-;*
- *Que guarden cualquier comunicación, en cualquier medio o soporte, que tenga relación sobre los referidos planes o programas;*
- *Que no alteren sus políticas ni cambien las instrucciones que dan a sus empleados con relación a cómo se maneja el abastecimiento, distribución y venta de sus productos; y,*
- *Que comuniquen las acciones que vaya a realizar con relación a estos programas o planes a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, pero, especialmente, a su Autoridad y a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas para evitar que se tomen decisiones como la de terminar los contratos de franquicia "Bodega Pilsener" sin que su Autoridad pueda arbitrar, de ser el caso, las medidas correspondientes."*

[43] Solicitud de medidas preventivas que a criterio del operador económico **HEINEKEN** son necesarias para el desarrollo integral del procedimiento investigativo.

8. INFORME No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 DE 06 DE OCTUBRE DE 2021, EMITIDO POR LA INICAPMAPR.

[44] El Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 de 06 de octubre de 2021 luego del análisis pertinente concluyó lo siguiente:

"(i) El operador económico HEINEKEN en su requerimiento de medidas preventivas (...) no ha expuesto o demostrado los requisitos mínimos que deben reunir cualquier solicitud de medidas preventivas, como son: el peligro en la demora o la apariencia de buen derecho.

(ii) Dos de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico HEINEKEN, contravendrían la finalidad misma del otorgamiento de medidas, recogida en el artículo 62 de la LORCPM."

[45] La INICAPMAPR realiza la siguiente recomendación a la CRPI:

*"En mérito del análisis realizado en el presente Informe, al momento la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia **NO CONCEDER** las medidas preventivas solicitadas por el requirente."*



9. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS

- [46] De conformidad con lo que establece el artículo 62 de la LORCPM, la adopción de las medidas preventivas están encaminadas a garantizar y preservar las condiciones de competencia y evitar el daño que se pudiere causar por la aplicación de conductas anticompetitivas, en este caso prácticas desleales. De igual manera se establece que las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar.
- [47] Asimismo la adopción de las medidas preventivas, bajo la doctrina generalmente aceptada, establece el cumplimiento de dos requisitos básicos como condicionantes para el estudio y la adopción de las medidas preventivas, estos son: la apariencia de buen derecho “*fumus boni iuris*” y la existencia de un riesgo derivado del tiempo que pueda demorarse la entidad en la resolución del asunto “*periculum in mora*”.

9.1 APARIENCIA DE BUEN DERECHO – “*FUMUS BONI IURIS*”.

- [48] La CRPI en sus estudios precedentes ha indicado de manera reiterada que el presupuesto de este principio doctrinario de la apariencia de buen derecho “*fumus boni iuris*”, basado en el trabajo de Calamandrei⁶, se presenta cuando existe: “(...) cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio del cual la administración no requerirá una demostración plena de veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero.”
- [49] A través de indicios razonables el derecho controvertido debe obrar como verosímil. Por “indicio razonable” se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de la existencia del derecho controvertido. Esto quiere decir que el derecho controvertido, *prima facie*, se debe desprender de elementos que obren en el expediente sin realizar análisis probatorios complejos, lo que sí debe hacerse al emitir la resolución final. Por lo tanto, el análisis que se debe hacer en estos casos no es de certeza, sino simplemente de apariencia de veracidad.
- [50] En este sentido, al decretarse una medida cautelar no se está prejuzgando sino protegiendo un derecho que “podría” verse conculcado en extremo. Sobre esto la doctrina especializada ha dicho lo siguiente:

“Fumus boni iuris: en segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del fumus boni iuris «hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza».

⁶ La CRPI en las Resoluciones anteriores, citando a Calamandrei, indica lo siguiente: “Al respecto, Piero Calamandrei sostiene “(...) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (...). Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Ref: Buenos Aires 1996. Página 77.”

(...)

... Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.”⁷

[51] En la doctrina nacional también se sigue la misma línea:

“*fumus boni iuris*, (humo – apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y el interés público (...)”.⁸

[52] El operador económico **HEINEKEN**, en su escrito de solicitud de medidas preventivas y en su respuesta al traslado del Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2021-029 de 06 de octubre de 2021, consideró justificados los presupuestos necesarios para la adopción de las medidas preventivas señaladas que, en definitiva, buscan preservar la existencia de documentos y pruebas relevantes para la investigación.

9.2 PELIGRO EN LA DEMORA – “*PERICULUM IN MORA*”.

[53] Es el daño que se produciría o se incrementaría si la medida preventiva no fuera adoptada. El tiempo que transcurre entre la solicitud y la resolución final, de conformidad con la naturaleza del asunto, debe entrañar un riesgo real en la generación o ahondamiento del daño que se pretendería evitar con las medidas. Para evaluar la existencia del mencionado presupuesto, se debe atender a la finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: (i) preservar las condiciones de competencia afectadas; (ii) evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere; (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

[54] Este presupuesto es fundamental para dictar las medidas preventivas y da razón de la propia existencia de las mismas, ya que se basa en la prevención y en la urgencia como dinamizadores de su adopción.⁹

⁷ FOLGUER CRESPO, Jaime y otros. *Las Normas de Defensa de la Competencia: Medidas Cautelares en su aplicación Judicial Directa*. Publicado en Derecho de la Competencia y los Jueces. Págs. 254 a 255. En https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf. Consultado el 16/02/2020.

⁸ Secaira Durango, Patricio. Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito – Ecuador 16 a 19 de noviembre de 2015. Pág. 212.

⁹ Sobre esto se puede ver: CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Págs. 40 a 43.

- [55] El *periculum in mora* tiene su fundamento en cuanto aquel que solicite medidas preventivas “deberá invocar, razonar y/o justificar las circunstancias en las que se concreta en cada caso el genérico riesgo de ineffectividad de la sentencia y solicitar, en consecuencia, las medidas cautelares que estime adecuadas para conjurarlo.”¹⁰

9.3 ANÁLISIS DE LA NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS

- [56] La LORCPM en el artículo 62, así como el artículo 74 del RLORCPM, establecen que las medidas preventivas deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar.

9.3.1 Necesidad

- [57] Las medidas preventivas deben estar fundamentadas en la necesidad de su adopción en relación a lo que se pretende evitar. Es decir, las medidas preventivas serán necesarias si se confirma lo que establece nuestra normativa respecto a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores. Si esto no está plenamente justificado, esta condición de la necesidad no estaría confirmada.

9.3.2 Proporcionalidad

- [58] Las medidas cautelares deben adoptarse teniendo en cuenta la importancia, la naturaleza, la intensidad y el grado de los intereses que se pretenden precautelar. No pueden ser excesivas o generar perjuicios injustificados al administrado. Es decir que, debe existir un adecuado balance entre la medida a imponer y el perjuicio que se pretende evitar. En este sentido, el inciso 3 del artículo 73 del RLORCPM prevé que: “No se podrán dictar medidas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales”.¹¹

- [59] Con lo expuesto la CRPI realiza el siguiente análisis para su resolución:

- a) El análisis de las medidas preventivas debe, en general, ajustarse estrictamente a los requisitos de procedencia legalmente establecidos. Particularmente, en materia de Derecho de Competencia en el Ecuador su adopción debe ajustarse a los que la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone. Si estos requisitos no se cumplen, el órgano resolutorio debe abstenerse de ordenarlas.
- b) En el caso en análisis la Intendencia ha realizado en su informe señalamientos que sostienen la inexistencia de los requisitos de apariencia de buen derecho y de peligro en la demora. Adicionalmente, sobre dos de las medidas solicitadas considera que en lugar de prevenir una afectación en la investigación conforme a la normativa, provocarían un daño a la propia investigación y a los objetivos que persigue la actuación de la SCPM.
- c) La CRPI concuerda con la Intendencia en cuanto a que las medidas solicitadas estarían enfocadas a asegurar actuaciones probatorias que ayudarían a la tesis del denunciante que es el mismo solicitante de estas medidas. En efecto, tanto en su solicitud como en el escrito de observaciones al Informe de la Intendencia, **HEINEKEN** señala que existe

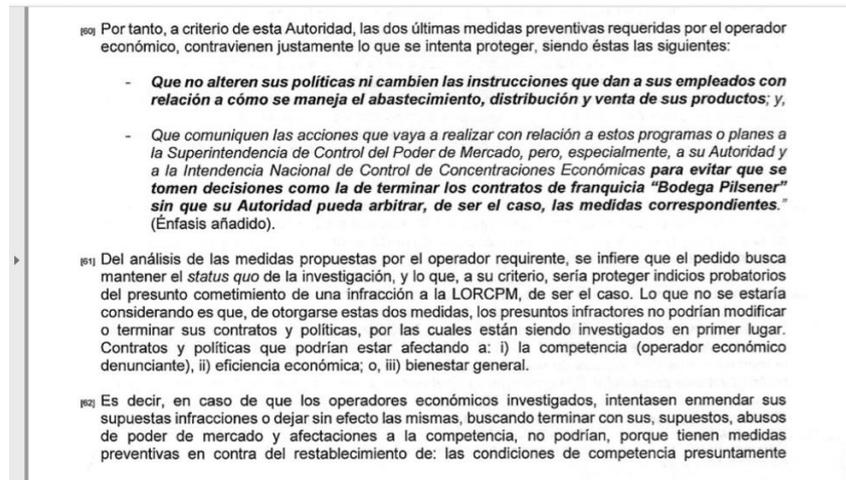
¹⁰ ORTELLIS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R.: *Las medidas cautelares en derecho de la competencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 109.

¹¹ Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.



un peligro en perder elementos probatorios que supuestamente existen. Sin embargo, no se encuentra en sus aseveraciones certeza efectiva de su existencia y de la manera en que su actuación sería determinante para la investigación.

- d) A lo expresado se suma el hecho de que la propia Intendencia que lleva la investigación no considera necesario el aseguramiento probatorio y aún más sostiene que puede ser contrario a los objetivos que se persigue en el procedimiento de control de la SCPM. En este sentido, no se ve probada la apariencia de buen derecho. La Intendencia en su informe señale lo siguiente:



afectadas; del presunto daño realizado; de la competencia; de la eficiencia económica; del bienestar general. Situación que claramente contravendría el fin mismo de cualquier medida preventiva.

- e) Respecto al peligro en la demora, lo expuesto ayuda a sostener que tampoco las medidas preventivas se justifican mirando un riesgo respecto a lo que se decidiría en el procedimiento de investigación. Si no se evidencia la apariencia de buen derecho sobre el aseguramiento de unas piezas probatorias o actuaciones que deban ser ordenadas, mucho menos se puede llegar a sostener que pueda haber un riesgo en no ordenar medidas preventivas. Además, se entiende que la Intendencia, al no ver justificada la solicitud realizada por **HEINEKEN**, debe considerar que su investigación puede sostenerse sobre otros elementos de convicción que serán expuestos en su momento.
- f) En cuanto a las condiciones de necesidad y proporcionalidad, la CRPI considera innecesario su análisis al fallar los requisitos esenciales como queda expuesto en los literales anteriores.
- g) En todo caso, la Intendencia cuenta normativamente con las atribuciones y facultades suficientes para actuar pruebas y ordenar elementos probatorios y actuaciones como inspecciones o requerimientos documentales lo que evitaría, de ser el caso, lo que el solicitante argumenta en su solicitud.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR la solicitud de adopción de medidas preventivas requerida por el operador económico **HEINEKEN ECUADOR S.A.**



SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos **HEINEKEN ECUADOR S.A., CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., DINADEC S.A. y BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A.**, así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE