EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-025-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 21 de marzo de 2023, 15:05.

Comisionado sustanciador: Carl Pfistermeister.

VISTOS

[1] La Resolución SCPM-DS-2023-008, de 31 de enero de 2023, 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-2022-016 de 23 de marzo de 2022, 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 Edison René Toro Calderón;*
> - *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
> - *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui (…)*

[2] La Resolución SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> *"**Artículo 2.-** Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022".*

[3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 7 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.

[4] El escrito de 16 de marzo de 2023, signado con I.D.: 267714, anexo: 499395, suscrito por Andrés Rubio Puente, apoderado especial de los Cervecería Nacional CN S.A. (en adelante CN) y DINADEC S.A. (en adelante DN).

[5] La Providencia de 17 de marzo de 2023, emitida por la CRPI a las 10:30.

CONSIDERANDO

[6] Las manifestaciones siguientes del escrito de 17 de marzo de 2023:

> *I. Primera solicitud de aclaración*
>
> *1. En el párrafo 296 de la resolución, la CRPI afirma que el escrito de 30 de julio de 2020 no sería una denuncia respecto de la comisión de abusos de poder de mercado porque en él el operador económico "Heineken del Ecuador [sic] señala*

como su principal argumentación, el supuesto incumplimiento de las condiciones por las que se autorizó la concentración económica [...]".

2. Sobre esta conclusión solicitamos que aclare ¿cuál es la argumentación secundaria plasmada por Heineken Ecuador S.A. en dicho documento? El hecho de afirmar que existe algo principal implica, necesariamente, que exista algo secundario.

3. En este sentido, solicitamos que amplíe su argumentación y provea razones por las cuales concluyó que, a pesar de que en el documento de Heineken Ecuador S.A. se realizó una solicitud expresa para que se investiguen, entre otras, las conductas comerciales objeto de este expediente, aquel documento no constituiría una denuncia para efectos de este caso.

4. Además, respecto del escrito de 30 de julio de 2020, solicitamos a la CRPI que aclare cuál es la naturaleza de ese escrito y cuál es el efecto jurídico que produjo su presentación.

II. Segunda solicitud de aclaración

5. En el párrafo 372, la CRPI ha declarado que:

La Comisión concuerda con el análisis realizado por el operador económico en cuanto a que, desde la vigencia del COA, y al tener reglas propias para la valoración probatoria en procedimientos administrativos, la SCPM debe aplicarlos con preeminencia del COGEP.

6. Sin embargo, en los párrafos 537 y 558, la CRPI hace suya la lógica de la intendencia y dice que las pruebas de descargo solicitadas por CN y DN mediante escritos de 1 de julio de 2022 y 4 de julio de 2022 habrían sido correctamente inadmitidas porque se tratarían de "actuaciones y documentos que se encuentran por fuera del expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 [...] [y] no han aportado a su análisis que sustenta la formulación de cargos". De manera expresa, en el párrafo 558, dice: " [...] las pruebas de otros expedientes no serían útiles, pertinentes ni conducentes para contradecir los hechos anticompetitivos investigados".

7. En esta línea, solicitamos que se aclare por qué, en oposición a lo declarado por la propia Comisión, se han aplicado requisitos del COGEP para la admisibilidad de la prueba (utilidad, pertinencia, conducencia) en lugar de la regla del artículo 256 del COA, según la cual "solo pueden declararse improcedentes aquellas pruebas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la o del presunto responsable".

8. Solicitamos además que se aclare si la CRPI considera que elementos probatorios tendientes a demostrar la incompetencia temporal del órgano instructor serían incapaces de alterar la resolución de un caso.

9. Tampoco son claros los motivos por los que la CRPI coincide con la intendencia y considera adecuado que se haya negado a CN y DN la actuación de prueba de descargo. Por eso pedimos que se aclare lo siguiente: ¿Considera la CRPI que la prueba de descargo solamente puede ser aquella que ha sido utilizada en la formulación de cargos del órgano investigador? ¿O acaso la CRPI considera que solamente se pueden presentar como documentos de descargo aquellos documentos que ya existen dentro del expediente de investigación específico, en este caso el SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020? ¿Considera entonces la CRPI que las partes imputadas no pueden solicitar la actuación de prueba de descargo que consista en documentos que no formen parte del expediente, en este caso, el SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020?

III. Tercera solicitud de aclaración

10. Finalmente, solicitamos que aclare qué tipo de "elemento probatorio" constituyen las reuniones de trabajo y bajo qué parámetros se analizó su validez y aptitud probatoria; es decir, si tales reuniones constituyen prueba testimonial, documental o de qué tipo.

[7] El siguiente pasaje de la Providencia de 17 de marzo de 2023, de las 10:30:

> [12] *El escrito de 16 de marzo de 2023, signado con I.D.: 267714, que contiene 3 solicitudes de aclaración, es admisible y será atendido en el término de 3 días, de acuerdo con el artículo 133 del Código Orgánico Administrativo.*

ANÁLISIS

[8] Los operadores económicos dentro de su escrito realizaron tres solicitudes de aclaración, por lo que esta Comisión procederá a revisar y contestar cada de una de ellas:

Primera solicitud de aclaración

[9] Con relación a la primera solicitud, los operadores económicos manifestaron:

1. En el párrafo 296 de la resolución, la CRPI afirma que el escrito de 30 de julio de 2020 no sería una denuncia respecto de la comisión de abusos de poder de mercado porque en él el operador económico "Heineken del Ecuador [sic] señala como su principal argumentación, el supuesto incumplimiento de las condiciones por las que se autorizó la concentración económica […]".

2. Sobre esta conclusión solicitamos que aclare ¿cuál es la argumentación secundaria plasmada por Heineken Ecuador S.A. en dicho documento? El hecho de afirmar que existe algo principal implica, necesariamente, que exista algo secundario.

3. En este sentido, solicitamos que amplíe su argumentación y provea razones por las cuales concluyó que, a pesar de que en el documento de Heineken Ecuador S.A. se realizó una

solicitud expresa para que se investiguen, entre otras, las conductas comerciales objeto de este expediente, aquel documento no constituiría una denuncia para efectos de este caso.
4. Además, respecto del escrito de 30 de julio de 2020, solicitamos a la CRPI que aclare cuál es la naturaleza de ese escrito y cuál es el efecto jurídico que produjo su presentación.

[10] Esta Comisión considera que la resolución de 13 de marzo de 2023, es clara en relación con la primera solicitud realizada por el operador económico; al respecto en el párrafo 296 la CRPI manifestó:

> *(296) Esta Comisión se distancia de dicha posición, ya que en el escrito de 30 de julio de 2020 el operador económico Heineken del Ecuador señala como su principal argumentación, el supuesto incumplimiento de las condiciones por las que se autorizó la concentración económica de Concentración económica de Anheuser-Busch lnBev SA/NV (ABI), contenidas en la resolución de 6 de mayo de 2016.*

[11] En este sentido, es importante notar que la argumentación realizada continúa en párrafos posteriores en los que se citan diferentes secciones del escrito del 30 de julio de 2020, y en párrafos 300 y 301, esta autoridad concentra su análisis respecto de la petición concreta realizada por el operador Heineken Ecuador S.A., en su escrito, el cual a continuación es reproducido nuevamente:

5.4. Potencial investigación por la existencia de prácticas anticompetitivas.

Finalmente, en caso de que del análisis del cumplimiento y eficiencias de las Condiciones establecidas su Autoridad encuentre evidencia o indicios del cometimiento de una práctica anticompetitiva por parte de CN, respetuosamente solicito que se dé inicio a la correspondiente investigación.

5.5. Fundamento de las peticiones.

Las peticiones son realizadas por HEINEKEN ECUADOR al amparo del derecho constitucional de petición establecido en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución y como persona interesada de conformidad con el numeral 1 del artículo 149 del Código Orgánico Administrativo (en adelante, "COA"). En el presente caso, HEINEKEN ECUADOR es una persona interesada al tener intereses legítimos en este caso, dado que gran parte de los Condicionamientos tienen relación directa como Nuevo Operador y los otros generan un efecto directo en el mercado en el que opera. De conformidad con el artículo 151 del COA, como persona interesada con legítimos intereses, debe permitirse la participación de HEINEKEN ECUADOR en el presente caso.

[12] Del cual esta Comisión en el párrafo 301 concluyó: *"Es decir, la solicitud realizada por el operador económico Heineken en su escrito de 30 de julio de 2020 se encuentra necesariamente atada a la verificación de cumplimiento y eficiencias de las condiciones dispuestas en la resolución de 16 de mayo de 2016"*.

[13] Esta situación permite identificar el argumento y petición principal realizado por el operador económico Heineken Ecuador S.A., sin embargo, el análisis de la Comisión en su resolución de 13 de marzo de 2023 no termina en dicho punto; por el contrario, la CRPI en el párrafo 302[1]

[1] La resolución de 13 de marzo de 2023 expresa:

señala cuáles son las argumentaciones secundarias contenidas en el escrito de 30 de julio de 2023 en el que se refirió a su acápite 4.2 respecto del "*Análisis de prácticas comerciales que podrían afectar a la competencia"* del que esta Comisión identificó que se hace referencia a posibles actos de abuso de poder de mercado y competencia desleal.

[14] Sin embargo, conforme con la línea argumental realizada por el operador económico Heineken Ecuador S.A., y en particular de su petición concreta, cualquier análisis posterior debió tener lugar una vez que se hubiere analizado el cumplimiento y eficiencias de las Condiciones establecidas en el marco de la autorización de la concentración económica.

[15] Por las consideraciones anotadas, esta Comisión no concuerda con la afirmación de que Heineken Ecuador S.A. hubiere realizado en su escrito de 30 de julio de 2020 una solicitud "expresa" para que se investiguen las conductas comerciales objeto de este expediente.

[16] Por el contrario, la petición del operador económico es clara e inequívoca respecto de la solicitud expresa de investigación respecto del cumplimiento de las condiciones y eficiencias dictadas en la resolución de 6 de mayo de 2016, y si de su análisis se encuentran posibles conductas anticompetitivas, se dé inicio a las investigaciones correspondientes.

[17] Finalmente, respecto de la naturaleza jurídica y posterior efecto jurídico del escrito de 30 de julio de 2020, esta Comisión fue clara en determinar que la misma constituye una denuncia en ámbito de concentraciones económicas, lo indicado se puede revisar a lo largo del análisis del acápite de "Validez del Procedimiento Administrativo", pero en especial se desprende del párrafo 294:

> *(294)Ahora bien, esta Comisión en su resolución de 6 de diciembre de 2022, dictada dentro del expediente No. SCPM-CRPI-023-2022 consideró que el escrito de 30 de julio de 2020, efectivamente es un denuncia, en el que el operador económico Heineken del Ecuador solicitaba la activación de la competencias de la SCPM que tuvo lugar por el supuesto incumplimiento de condiciones en la aprobación de la Concentración económica de Anheuser-Busch lnBev SA/NV (ABI) y que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas debió proceder con el trámite correspondiente contenido en el artículo 54 de la LORCPM con la finalidad de que, una vez calificada, se corriera traslado al operador económico denunciado y éste pudiera ejercer su efectivo derecho a la defensa.*

---

(302). Por las consideraciones expresadas, esta Comisión no evidencia que el escrito de 30 de julio de 2020 sea una denuncia por supuestos de actos de abuso de poder de mercado, y aunque si bien dicho escrito tiene un acápite respecto de "4.2 Análisis de prácticas comerciales que podrían afectar a la competencia" en los que se mencionan posibles actos de abuso de poder mercado y de competencia desleal cualquier actuación administrativa que tuviere lugar, conforme la solicitud del operador solicitante, sería una vez que hubiere sido agotado el análisis de correspondiente en la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas en el cumplimiento de las condiciones impuestas en la resolución de 16 de mayo de 2016.

[18] Por lo que esta autoridad considera contestada la primera solicitud realizada por los operadores económicos.

Segunda solicitud de aclaración

[19] En relación con la segunda solicitud de aclaración, los operadores económicos manifestaron:

> *5. En el párrafo 372, la CRPI ha declarado que: La Comisión concuerda con el análisis realizado por el operador económico en cuanto a que, desde la vigencia del COA, y al tener reglas propias para la valoración probatoria en procedimientos administrativos, la SCPM debe aplicarlos con preeminencia del COGEP.*
>
> *6. Sin embargo, en los párrafos 537 y 558, la CRPI hace suya la lógica de la intendencia y dice que las pruebas de descargo solicitadas por CN y DN mediante escritos de 1 de julio de 2022 y 4 de julio de 2022 habrían sido correctamente inadmitidas porque se tratarían de "actuaciones y documentos que se encuentran por fuera del expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 […] [y] no han aportado a su análisis que sustenta la formulación de cargos". De manera expresa, en el párrafo 558, dice: "[…] las pruebas de otros expedientes no serían útiles, pertinentes ni conducentes para contradecir los hechos anticompetitivos investigados".*
>
> *7. En esta línea, solicitamos que se aclare por qué, en oposición a lo declarado por la propia Comisión, se han aplicado requisitos del COGEP para la admisibilidad de la prueba (utilidad, pertinencia, conducencia) en lugar de la regla del artículo 256 del COA, según la cual "solo pueden declararse improcedentes aquellas pruebas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la o del presunto responsable".*
>
> *8. Solicitamos además que se aclare si la CRPI considera que elementos probatorios tendientes a demostrar la incompetencia temporal del órgano instructor serían incapaces de alterar la resolución de un caso.*
>
> *9. Tampoco son claros los motivos por los que la CRPI coincide con la intendencia y considera adecuado que se haya negado a CN y DN la actuación de prueba de descargo. Por eso pedimos que se aclare lo siguiente: ¿Considera la CRPI que la prueba de descargo solamente puede ser aquella que ha sido utilizada en la formulación de cargos del órgano investigador? ¿O acaso la CRPI considera que solamente se pueden presentar como documentos de descargo aquellos documentos que ya existen dentro del expediente de investigación específico, en este caso el SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020? ¿Considera entonces la CRPI que las partes imputadas no pueden solicitar la actuación de prueba de descargo que consista en documentos que no formen parte del expediente, en este caso, el SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020?*

[20] En atención a la petición contenida en el párrafo séptimo, la cual se sustenta en una aparente contradicción, en el texto de la resolución de 13 de marzo de 2023, esta Comisión en su análisis consideró y valoró las pruebas que resultaban procedentes que, por su relación con los hechos,

efectivamente podrían alterar la resolución final, es decir, valoró las pruebas que estaban relacionadas con la investigación realizada por la Intendencia.

[21] En este contexto, los hoy recurrentes solicitaron en el momento procesal correspondiente la actuación de diferentes pruebas que no estaban relacionadas con el expediente en sí; por el contrario, la mayoría de las pruebas solicitadas tuvieron lugar en virtud de expedientes ajenos al presente, las cuales no podían incidir en la conclusión final de esta autoridad.

[22] En este orden de ideas, ciertas pruebas solicitadas, y a pesar de haber sido negadas por la Intendencia, fueron objeto de consideración de esta Comisión, como es el caso del escrito y su anexo presentados por ABI el 20 de octubre de 2016 (I.D.: 25957), el cual era el elemento de prueba esencial de su defensa respecto de los contratos de comodato en los programas de frío2.

[23] Solo pueden declararse improcedentes aquellas pruebas que, por su relación con los hechos, no puedan alterar la resolución final a favor de la o del presunto responsable.

[24] Respecto de la solicitud contenida en el párrafo octavo, esta Comisión considera que solicitud de aclaración realizada es en ámbito teórico, por lo que no cabe que tenga lugar una aclaración no aterrizada en el acto administrativo recurrido. Sin perjuicio de lo indicado, la Resolución de 13 de marzo de 2023 fue lo suficientemente clara en determinar que no existieron elementos mínimos que permitan concluir que exista falta de competencia temporal por caducidad en los órganos de esta Superintendencia en el presente expediente. Por lo tanto, no es posible aclarar respecto de elementos probatorios inexistentes.

[25] Las tres preguntas planteadas por el operador económico en el apartado 9 de su escrito buscan, en definitiva, que la CRPI se pronuncie respecto a que si en la fase de resolución dentro de un procedimiento administrativo es posible jurídicamente atender peticiones de actuación probatoria por parte de los operadores económicos investigados.

[26] A pesar de que las preguntas así planteadas rebasarían el objetivo de una aclaración en el marco del artículo 133 del COA, es necesario recordar que una de las garantías fundamentales de los procedimientos administrativos sancionadores es que exista una debida separación entre la función instructora y la sancionadora, con funcionarios distintos (artículo 248 del COA). En este sentido, la función instructora o de investigación está instituida para que el órgano administrativo pueda realizar todas las actuaciones necesarias para encontrar pruebas suficientes y certeras sobre la existencia de una infracción administrativa y sobre la responsabilidad de los sujetos investigados. Implica, por tanto, que las pruebas actuadas también comprendan aquellas que puedan ser procedentes para desvirtuar las conductas investigadas, de tal suerte que, cuando llegue un informe a conocimiento del órgano que resuelve, en esta fase de resolución, se cuenten con los elementos necesarios y suficientes para un pronunciamiento que se ajuste a Derecho.

[27] Sin embargo, por el carácter de informalidad con el que se reviste el procedimiento administrativo y dada su naturaleza, es posible que el órgano resolutor requiera elementos adicionales devenidos de aquellos actuados en el expediente de investigación, dentro de los límites fijados en la fase instructora para tomar su decisión. En este sentido, es posible por autorización expresa de la Ley

[2] Revisar párrafo 915 de la Resolución de 13 de marzo de 2023.

que se ordenen actuaciones complementarias debidamente fundamentadas sin que implique una violación al procedimiento previsto normativamente.

[28] Con lo expuesto, la CRPI considera que el límite de sus actuaciones está en el procedimiento previsto y en las garantías previstas para el mismo.

Tercera solicitud de aclaración

[29] En relación con la tercera solicitud de aclaración, los operadores económicos manifestaron:

> *10. Finalmente, solicitamos que aclare qué tipo de "elemento probatorio" constituyen las reuniones de trabajo y bajo qué parámetros se analizó su validez y aptitud probatoria; es decir, si tales reuniones constituyen prueba testimonial, documental o de qué tipo.*

[30] Respecto de esta solicitud, la CRPI no considera plausible desde el punto de vista jurídico determinar las categorías de las pruebas actuadas en relación a los objetivos de un procedimiento administrativo sancionador. El artículo 199 del COA es determinante al señalar que los hechos para la decisión en un procedimiento pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho con la excepción de la declaración de parte de los servidores públicos, sin hacer una distinción sobre estos medios probatorios.

[31] Finalmente, se reitera que el análisis de validez de la prueba fue realizado de acuerdo con los parámetros establecidos en la propia resolución.

En mérito de lo expuesto, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia:

RESUELVE

PRIMERO.- ACLARAR la resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15, en los términos contenidos en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente providencia a los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., DINADEC S.A. y HEINEKEN ECUADOR S.A.; así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI

Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI, SERIALNUMBER=0908211116l6, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2023.03.21 15:19:56-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.0

COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
CARL MARTIN PFISTERMEISTER MORA
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-025-2022
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-03-21T15:14:14.636408-05:00

COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA