

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-007-2023

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 30 de agosto de 2023, 11:20.

Comisionado sustanciador: Carl Pfistermeister Mora.

VISTOS

- [1] La Resolución SCPM-DS-2023-08, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió la siguiente reforma:

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, emitida por el Superintendente de Competencia Económica en la que resolvió la siguiente designación:

«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 extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante también «CRPI») de 21 de agosto de 2023, que dejó constancia de la designación de la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria *ad hoc* de la CRPI.

- [4] La disposición reformativa segunda de la Ley Orgánica Reformatoria de diversos cuerpos legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos, publicada en la edición 311 del Registro Oficial, de 16 de mayo de 2023:

«Sustitúyase en todo el texto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la frase: “Superintendente de Control del Poder de Mercado” por: “Superintendente de Competencia Económica”».

- [5] La Resolución SCE-DS-2023-01, de 23 de mayo de 2023, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica señaló:

«Artículo 1.- En todos los actos administrativos, de simple administración, actos normativos, guías, recomendaciones, convenios y contratos vigentes, en donde conste la frase: “Superintendencia de Control del Poder de Mercado”, entiéndase y léase como: “Superintendencia de Competencia Económica”».

»Artículo 2.- En todos los actos administrativos, de simple administración, actos normativos, guías, recomendaciones, convenios y contratos vigentes, en donde conste la frase: “Superintendente de Control del Poder de Mercado”, entiéndase y léase como: “Superintendente de Competencia Económica”».

- [6] El inciso final del artículo 20 de la Resolución SCPM-2013-027, de 30 de abril de 2013, reformada por la Resolución SCPM-DS-2019-36, de 23 de julio de 2019, que establece:

«De manera excepcional, en caso de ausencia temporal o definitiva de uno de los comisionados, podrán emitir las resoluciones los comisionados restantes siempre y cuando sus criterios sean concordantes».

- [7] La ausencia temporal del doctor Pablo Carrasco, por gozo de vacaciones, desde el 23 al 31 de agosto de 2023.

CONSIDERANDO

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [8] La **CRPI** es competente para conocer y resolver el presente caso, conforme con el señalamiento del literal h, número 2, del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante también «**LORCPM**»), en concordancia con el artículo 58, numeral 5 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante también «**IGPA**») de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante también «**SCE**»).

2. CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [9] El procedimiento es aquel determinado en el artículo 58 del IGPA de la SCE.

3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

- [10] Los operadores económicos involucrados son las siguientes empresas:

3.1 CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. (en adelante también «**CN**»)

- [11] El operador económico denunciado se identifica acorde al siguiente detalle:

- RUC: 0990023549001.
- Representante Legal: Santiago Benavides Gómez.
- Domicilio: Km. 16 ½, calle Cobre s/n entre Av. Río Daule y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas.

- Objeto social: “elaboracion de bebidas *malteadas como cervezas corrientes de fermentacion alta negras y fuertes incluida cerveza de baja graduacion cerveza artesanal*”¹
- Correos electrónicos: [REDACTED]

3.2 DINADEC S.A. (en adelante también «DN»)

[12] Los datos de identificación de este operador económico se presentan a continuación:

- RUC: 0992526742001.
- Representante Legal: José Luis González Quiroz.
- Domicilio: Km. 16 vía a Daule, calle Rosavin y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional CN S.A., cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas
- Objeto social: “venta al por mayor de bebidas alcohólicas, incluso el envasado de vino a granel sin transformación.”²
- Correos electrónicos: [REDACTED]

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1 EXPEDIENTE SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022

- [13] En el curso del expediente administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivos (en adelante también «**INICAPMAPR**») en uso de sus atribuciones investigativas, realizó varios requerimientos de información, con el objetivo de recabar elementos para analizar el comportamiento de actividades económicas relacionadas con las actividades de producción y distribución, en el canal *on* y canal *off*, de cerveza industrial, en sus distintas variedades, a nivel nacional; así como, información relevante para analizar su dinámica competitiva.
- [14] A través de Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, de 15 de marzo de 2022, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado (en adelante también «**DNICAPM**»), al término de la fase de investigación del expediente administrativo SCPM-IGTINICAPMAPR-018-2020, recomendó a la **INICAPMAPR**: «(...) *realizar un Informe sobre la procedencia de la apertura de una investigación por el posible cometimiento de la infracción prescrita en el numeral 2, literal h, del artículo 78 de la LORCPM*».
- [15] Por medio de Resolución de 15 de marzo de 2022, de las 17:10, la **INICAPMAPR** dispuso la elaboración de un informe por la presunta suministración de información engañosa o falsa, conforme con contenido del artículo 78 numeral 2 literal h) de la **LORCPM**.
- [16] Sobre la base del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008, de 12 de abril de 2022, la **INICAPMAPR** recomendó poner en conocimiento de la Intendencia General Técnica (en

¹ Portal de Información del Servicio de Rentas Internas. Consulta de RUC No. 0990023549001 desde el enlace: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

² Portal de Información del Servicio de Rentas Internas. Consulta de RUC No. 0992526742001 desde el enlace: <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>.

adelante también «**IGT**») la presunta infracción establecida en el artículo 78 numeral 2, literal h), de la LORCPM, por parte de los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y Beverage Brand & Patents Company S.A. (en adelante también «**BBPC**»).

- [17] A través del Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-073, de 13 de abril de 2022, la **INICAPMAPR** notificó a la **IGT** el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008, de 12 de abril de 2022, documento interno signado con trámite I.D.: 234640; y solicitó la autorización para la abrir del expediente de investigación correspondiente.
- [18] Mediante sumilla inserta en el sistema de gestión documental, dentro del trámite signado con I.D.: 234640, el 18 de abril de 2022, a las 18:10, la **IGT** autorizó el inicio del procedimiento, en los siguientes términos: «*Estimada Intendente, su solicitud ha sido autorizada. Por favor emprender el trámite correspondiente y cuidar el debido proceso*».
- [19] Con providencia de 20 de abril de 2022, a las 12:25, la **INICAPMAPR** avocó conocimiento del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022. Asimismo, dispuso que se corra traslado con el contenido del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 y sus anexos, a los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **BBPC**, para que en el término de quince (15) días remitieran sus explicaciones.
- [20] Con escrito de 17 de mayo de 2022, a las 14:23, signado con trámite I.D.: 237352, **CN** y **BBPC** presentaron sus explicaciones, dentro del término legal establecido.
- [21] Por medio de providencia de 19 de mayo de 2022, a las 10:58, en lo principal, la **INICAPMAPR** dispuso notificar nuevamente a **DN**, con el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 y anexos, a fin de que remitiera sus explicaciones. Además, dispuso remitir atento memorando a la **IGT** y a la Intendencia Regional, a fin de poner en su conocimiento sobre la supuesta falta de notificación a **DN**.
- [22] Con escrito de 14 de junio de 2022, a las 14:54, signado trámite I.D.: 240092, **DN** presentó sus explicaciones, dentro del término señalado mediante la providencia de 19 de mayo de 2022, de las 10:58.
- [23] A través de Resolución de 28 de junio de 2022, a las 17:11, la **INICAPMAPR** resolvió no considerar satisfactorias las explicaciones presentadas por **CN**, **DN**, y **BBPC**; en consecuencia, ordenó el inicio de la fase de investigación, por el plazo de cuarenta y cinco (45) días, en este sentido se realizaron requerimientos de información a los operadores económicos **DN**, **BBPC** y **CN**.
- [24] Con providencia de 5 de julio de 2022, a las 15:15, la **INICAPMAPR** dispuso atender el requerimiento de los operadores investigados sobre la procedencia de los recursos horizontales; y, se les informó que los requerimientos de información son motivados y realizados con base en las prerrogativas legales que la **LORCPM** otorga, en específico los artículos 38, 48, 49 y 50.
- [25] Por medio de providencia de 21 de julio de 2022, a las 10:04, la **INICAPMAPR** dispuso agregar y tomar en cuenta: los escritos de los operadores económicos **CN**, **BBPC** y **DN**; asimismo, se dispuso al Ministerio de Trabajo y al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social IESS remitir información.
- [26] Con providencia de 29 de julio de 2022, a las 16:25, en lo principal, la Intendencia dispuso: agregar y tomar en cuenta los escritos de los operadores económicos **CN**, **BBPC** y **DN**; agregar y tomar en cuenta el Recurso de Apelación presentado por **DN**.

- [27] Mediante providencia de 3 de agosto de 2022, a las 12:58, en lo principal, la **INICAPMAPR** realizó insistencias a sus pedidos de información ocasionados al Ministerio del Trabajo y el IESS.
- [28] Con la Resolución de 11 de agosto de 2022, a las 14:28, la Intendencia dispuso agregar y tomar en cuenta los escritos del IESS; el Ministerio de Trabajo, así como prorrogar el plazo de duración de la investigación, por un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días adicionales.
- [29] Por medio de la providencia de 14 de septiembre de 2022, a las 11:54, la **INICAPMAPR** realizó requerimientos de información a los operadores económicos **CN, BBPC y DN**.
- [30] A través de la providencia de 21 de septiembre de 2022, a las 17:10, la Intendencia agregó escritos presentados por el Ministerio de Trabajo, así como por los operadores económicos **DINADEC, CN y BBPC**.
- [31] Con Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-010, de 26 de septiembre de 2022, la **DNICAPM** recomendó a la **INICAPMAPR** formular cargos en contra de los operadores económicos **CN, DINADEC y BBPC**, de conformidad con el artículo 58 de la LORCPM y normas conexas.
- [32] Mediante Resolución de 26 de septiembre de 2022, a las 17:09, en lo principal, la Intendencia agregó el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-010, de 26 de septiembre de 2022, y resolvió formular cargos en contra de los operadores económicos **CN, DN, y BBPC**, como responsables de suministrar a la Superintendencia de Competencia Económica (anteriormente Superintendencia de Control del Poder de Mercado) información engañosa, conforme con la tipificación en el artículo 78 numeral 2, literal h.
- [33] Por medio de providencia de 19 de octubre de 2022, a las 15:05, en lo principal, la Intendencia agregó el escrito de excepciones presentado por los operadores económicos **CN, BBPC, y DN**; y, dispuso la apertura del término probatorio, por el término de sesenta (60) días.
- [34] Con providencia de 25 de octubre de 2022, a las 11:23, la **INICAPMAPR** dispuso a la Secretaría General de la **SCE** que remita copias certificadas de varias piezas procesales constantes en el expediente administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.
- [35] Con providencia de 14 de noviembre de 2022, a las 14:38, la Intendencia agregó el Memorando SCPM-DS-SG-2022-536 y sus anexos, remitido por la Secretaría General; así también dispuso la reproducción de varios medios probatorios.
- [36] A través de providencia de 18 de noviembre de 2022, a las 15:43, la Intendencia atendió la solicitud de copias certificadas del expediente por parte de **CN, BBPC y DN**, y dispuso a la Secretaría General de la **SCE** que certifique varias piezas procesales constantes en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022.
- [37] Con providencia de 25 de noviembre de 2022, a las 10:19, la Intendencia realizó requerimientos de información a los operadores económicos **CN, DN, y BBPC**; y solicitó a la Secretaría General de la **SCE** la emisión de copias certificadas de una pieza procesal.
- [38] Por medio de providencia de 6 de diciembre de 2022, a las 16:53, en lo principal, la **INICAPMAPR** agregó el Memorando SCPM-DS-SG-2022-589 y sus anexos, remitidos por la Secretaría General; y dispuso la reproducción de un medio probatorio.

- [39] Con providencia de 20 de diciembre de 2022, a las 15:17, en lo principal, la Intendencia agregó el escrito de los operadores económicos **CN**, **BBPC**, y **DN**, y dispuso que se presente el respectivo extracto no confidencial y se remita determinada información.
- [40] Con providencia de 27 de diciembre de 2022, a las 14:24, la **INICAPMAPR** dispuso agregar y tomar en cuenta el escrito de los operadores económicos **CN**, **BBPC**, y **DN**, y ordenó que estos remitan determinada información.
- [41] Con providencia de 17 de enero de 2023, a las 16:44, en lo principal, la Intendencia realizó requerimientos de información a los operadores económicos **CN**, **BBPC**, y **DN**; se ordenó la reproducción de varios medios probatorios; y, se dispuso prorrogar la duración del término probatorio por treinta días (30) adicionales.
- [42] Por medio de providencia de 18 de enero de 2023, a las 15:47, la Intendencia, en lo principal, ordenó la reproducción de varios medios probatorios; además, solicitó a la Secretaría General de la **SCE** que otorgue copias certificadas de varias piezas procesales constantes en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020; y, finalmente, realizó requerimientos de información a los operadores económicos **CN**, **BBPC** y **DN**.
- [43] Con providencia de 26 de enero de 2023, a las 12:36, se dispuso la reproducción de varios medios probatorios.
- [44] Con providencia de 16 de febrero de 2023, a las 10:22, en lo principal, la Intendencia requirió a los operadores económicos Heineken Ecuador S.A. (en adelante también «**HK**»); **CN** y **DN**, información con respecto a sus ingresos.
- [45] Por medio de providencia de 3 de marzo de 2023, a las 11:56, en lo principal, la **INICAPMAPR** agregó el escrito del operador económico **HK**, y el escrito de los operadores económicos **CN**, **BBPC** y **DN**, a quienes se les dispuso que remitieran determinada información.
- [46] Con providencia de 7 de marzo de 2023, a las 10:15, en lo principal, la **INICAPMAPR** informó a los operadores económicos **CN**, **BBPC** y **DN** respecto del fenecimiento del término probatorio.
- [47] Con providencia de 13 de marzo de 2023, a las 08:45, en lo principal, la Intendencia agregó los escritos de **CN**, **BBPC**, **DN**; y, **HK**.
- [48] A través de providencia emitida el 27 de marzo de 2023, la **INICAPMAPR** dispuso:

PRIMERO.- *Agréguese al expediente y tómese en cuenta el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-008, de 27 de marzo de 2023, en su versión reservada, signado con número de trámite ID 268353.*

(...) por ser el momento procesal oportuno, esta Autoridad al amparo de lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dispone remitir el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-008 de 27 de marzo de 2023, junto con el expediente de investigación a la COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA, para que prosiga con el trámite legal correspondiente.

4.2 EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-007-2023

- [49] La **INICAPMAPR**, mediante Memorando No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2023-023, de 27 de marzo de 2023, remitió a esta Comisión el Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-008 emitido el mismo día, así también, otorgó acceso al expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022.
- [50] Mediante Providencia emitida el 29 de marzo de 2023, 15:50, la **CRPI** dispuso avocar conocimiento de la causa contenida en el expediente SCPM-CRPI-007-2023, trasladó el Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-008, de 27 de marzo de 2023 a los operadores económicos **CN** y **DN** para que en el término de 10 días presenten sus alegatos.
- [51] Con escrito ingresado el 31 de marzo de 2023, las 16:35, signado con ID. 268765, los operadores económicos **CN** y **DN** solicitaron que acceso al expediente, así como copias certificadas del mismo.
- [52] En Providencia de 3 de abril de 2023, las 15:08 la **CRPI** agregó el escrito de 31 de marzo de 2023, con trámite I.D.: 268765 y solicitó a los operadores económicos **CN** y **DN**, la legitimación de la actuación de [REDACTED] y de [REDACTED] dentro del expediente SCPM-CRPI-007-2023.
- [53] Con escrito y anexos presentados el 11 de abril de 2023, a las 14:00, signado con trámite I.D.: 269451, los operadores económicos investigados dieron atención a lo solicitado en la providencia de 3 de abril de 2022, así también, insistieron en su solicitud de copias del expediente.
- [54] Mediante Providencia de 12 de abril de 2023, a las 13:35, la **CRPI** atendió favorablemente la solicitud de los operadores económicos **CN** y **DN**, respecto al acceso y copias del expediente.
- [55] Por medio de escrito ingresado el 13 de abril de 2023, a las 17:37, signado con trámite I.D.: 269639, los operadores económicos **CN** y **DN** presentaron los alegatos en defensa de sus intereses.
- [56] Con escrito de 14 de abril de 2023, a las 15:58, signado con trámite I.D.: 269692, los operadores económicos **CN** y **DN** solicitaron modificar la fecha de entrega de copias del expediente.
- [57] Mediante providencia emitida el 18 de mayo de 2023, a las 08:59, la **CRPI** agregó el escrito de alegatos de los operadores económicos investigados y atendió favorablemente su solicitud de copias y acceso al expediente.
- [58] Por medio de escrito presentado el 25 de mayo de 2023, a las 14:09, signado con trámite I.D.: 272286, los operadores económicos **CN** y **DN** solicitaron se disponga fecha y hora para la realización de la audiencia pública.
- [59] Mediante providencia emitida el 1 de junio de 2023, a las 15:05, la **CRPI** dispuso convocar a los operadores económicos **CN** y **DN**, así como a la INICAPMAPR, a la celebración de la audiencia pública, por vía telemática, el 8 de junio de 2023, a las 10:00.
- [60] Con escrito presentado el 7 de junio de 2023, a las 17:07, trámite signado con I.D.: 275062, los operadores económicos **CN** y **DN**, expusieron sus justificaciones respecto a los tiempos

procesales y, en base a estas, solicitaron a la **CRPI** que declare la caducidad de la potestad sancionatoria y en consecuencia se archive el expediente.

- [61] Por medio de escrito presentado el 19 de junio de 2023, a las 17:20, signado con trámite I.D.: 202302585, los operadores económicos, solicitaron una copia de la grabación de la audiencia pública realizada el 8 de junio de 2023.
- [62] Con escrito presentado el 19 de junio de 2023, a las 17:20, signado con trámite I.D.: 202302585, los operadores económicos **CN** y **DN** solicitaron copia de la grabación de la audiencia pública realizada el 8 de junio de 2023.
- [63] En providencia emitida el 21 de junio de 2023, a las 15:47, la **CRPI** dispuso, en lo principal, agregar al expediente el escrito de 19 de junio de 2023, a las 17:20 y conceder la copia a grabación de la audiencia pública realizada el 8 de junio de 2023 a los operadores económicos **CN** y **DN**, asimismo se les trasladó con el acta de migración datada el 15 de junio de 2023, en el presente expediente al nuevo Sistema de Gestión Procesal.
- [64] A través del escrito de 09 de agosto de 2023, a las 14:19, signado con trámite I.D.: 202304647, presentado por los operadores **CN** y **DN**, que en lo principal expusieron varios argumentos de defensa mencionados durante la Audiencia Pública celebrada el pasado 08 de junio de 2023.
- [65] La providencia emitida el 17 de agosto de 2023, 16:40, mediante la **CRPI** dispuso agregar al expediente el escrito de 09 de agosto de 2023, a las 14:19 y valorarlo en el momento procesal oportuno.
- [66] Mediante providencia emitida el 21 de agosto de 2023, 15:54, la **CRPI** dispuso agregar al expediente el escrito el 7 de junio de 2023, que ha sido signado con trámite I.D.: 275062 y anexo I.D.: 43514, el cual será valorado en el momento procesal oportuno.

5. DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVESTIGADOS

- [67] A continuación, se resume las principales alegaciones presentadas de manera conjunta por parte de los operadores económicos **CN** y **DN**:
- [68] Los operadores económicos han presentado alegaciones en cuanto a la actuación de la INICAPMAPR, que, de acuerdo con los investigados, generarían violaciones al procedimiento, y una consecuente caducidad del expediente, al respecto se señala en el escrito de alegatos, principalmente, lo siguiente:

“2.1. El Expediente se tramitó bajo un procedimiento no previsto en la LORCPM o su Reglamento, provocando una vulneración al derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso en la garantía de ser juzgado bajo el “trámite propio”

(...) toda vez que, pese a que la LORCPM y su Reglamento prevén de forma clara cuál es el procedimiento que se debe aplicar para la investigación (y eventual sanción) de infracciones administrativas, la Intendencia habría aplicado a las Compañías un procedimiento distinto, no previsto ni en el Reglamento ni en la

Ley, en el que se omitieron etapas procedimentales y se limitaron los plazos de otras, todo lo que, como esta Comisión comprenderá, genera una vulneración a nuestro derecho constitucional al debido proceso en la garantía a ser juzgado según el trámite correspondiente, con la consecuente vulneración al derecho a la seguridad jurídica, en sus dimensiones de certeza, previsibilidad y no arbitrariedad.

(...) resulta claro que el procedimiento, o más bien el “trámite propio” a seguirse para la investigación de infracciones administrativas contenidas en la LORCPM, viene dado por las normas procedimentales contenidas tanto en la Ley como en su Reglamento, siendo estas las normas que prevén las etapas procedimentales que necesariamente deben ser agotados, los términos en los cuales se deben desarrollar, y sobre todo, las facultades que en cada una de estas etapas la Administración puede ejercer.

Ahora bien, en el presente caso, y sin perjuicio de lo anteriormente anotado, la Intendencia inició y tramitó el Expediente bajo un trámite no previsto ni en la LORCPM, ni en su Reglamento, habiendo aplicado un trámite contenido en el IGPA de la SCPM, que en su capítulo octavo incluye el novísimo “procedimiento especial” para la sustanciación y aplicación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas.

En esta línea, sin entrar a discutir el hecho de que la LORCPM no hace una distinción entre infracciones administrativas e infracciones derivadas de conductas anticompetitivas (por lo que mal podría hacerlo la Administración), es necesario indicar que el procedimiento aplicado por la Intendencia al amparo del Instructivo, difiere sustancialmente del procedimiento previsto en la Ley y su Reglamento, pues no solo que suprime por completo la fase de investigación previa o investigación preliminar (misma que tiene un fin específico), sino que limita drásticamente la etapa de investigación y por ende el plazo con el que cuenta el Administrado para ejercer su derecho a la defensa durante la fase de investigación, reduciéndolo de 180 días a 45 días.

(...) resulta evidente que el Expediente fue tramitado bajo un procedimiento distinto al previsto en la Ley y su Reglamento, afectándose y transgrediéndose así sus derechos al debido proceso, en la garantía de ser juzgado bajo el trámite propio de cada procedimiento, y a la seguridad jurídica, en sus dimensiones de certeza, previsibilidad y no arbitrariedad, lo que vicia todas las actuaciones de la Intendencia, y determina por tanto la invalidez del Expediente.

2.2. Caducidad del procedimiento: incumplimiento de términos procedimentales establecidos en la LORCPM y su Reglamento

(...) pese a que el acto de inicio del expediente fue emitido 20 de abril de 2022, no fue sino hasta el 20 de mayo de 2022 que se notificó recién a DN con el informe respectivo. Es decir, DN fue notificado con dicho informe recién 30 días después de haber sido expedido, término que excede en demasía el término de 3 días concedidos por la Ley, y que vencían el 25 de abril de 2022.

(...) Y es que, en definitiva, en el presente caso la Intendencia habría incumplido con el término previsto en el artículo 55 del Reglamento, incumplimiento que genera ineludiblemente la caducidad de las facultades de la Intendencia, y por

tanto la pérdida de su competencia para seguir sustanciando el procedimiento, quedando de esta manera impedida de continuar con el procedimiento.

(...) En materia administrativa es categórico el principio bajo el cual, es la notificación formal de un acto lo que interrumpe sus plazos de caducidad, toda vez que no se puede exponer al particular a la incertidumbre de la notificación del acto. Es decir, para que el acto produzca efectos respecto al particular (en este caso interrumpir la caducidad), es necesario que el acto le sea debidamente notificado.

*El artículo 55 del Reglamento a la LORCPM es claro al prever que dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se **notificará** al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción. En tal sentido, resulta improcedente que la Intendencia permita justificar el incumplimiento de este término amparado en lo previsto en el IGPA que, como ya se ha dicho, ni siquiera es aplicable en el presente caso*

(...) Finalmente, y en cuanto a la afirmación de que la responsabilidad de la notificación de los Actos Administrativos no recae en la Intendencia, pues esta “no depende de la SCPM sino de las distintas empresas de courier que contratan con los organismos del Estado”, resulta inconcebible que una Autoridad Administrativa tenga la ligereza de sostener que la Administración Pública no es responsable por la notificación de sus actuaciones. Y es que en este punto la Intendencia parece olvidar que, independientemente de quien realice materialmente la notificación, este es un acto solemne y formal que forma parte de su actuación administrativa, o ¿es que acaso la Intendencia pretende sostener que la Ley concede a las empresas de courier el deber de notificar los actos administrativos, y las hace responsable por sus deficiencias? Es simplemente inadmisibles que la Autoridad Administrativa pretenda trasladar la carga y responsabilidad de notificación dispuesta en un término legal a un ente privado que ni siquiera ejerce una potestad pública.

(...) en el presente caso, en ningún momento se está discutiendo la validez o invalidez de la notificación practicada el 20 de mayo de 2022, sino que lo que se discute es que, aun cuando dicha notificación fuera válida, se realizó fuera del término concedido para el efecto por el artículo 55 del Reglamento, lo que genera la caducidad del procedimiento, y la pérdida de competencia de la Intendencia para seguirlo sustanciando; es decir, en el presente caso no se reclama o pretende que se declare la “invalidez” de la notificación del 20 de mayo, sino que se declare que, al haberse notificado el acto recién en dicha fecha, por fuera del término concedido para el efecto, se generó la caducidad.

(...) CN en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento a la LORCPM presentó sus explicaciones el 17 de mayo de 2022, con lo que de conformidad con el artículo 56 de la LORCPM la resolución de inicio del expediente se debía haber dictado hasta el 01 de junio de 2022; sin embargo, la resolución por medio de la cual, la Intendencia ordenó el inicio de la fase de investigación, fue emitida y notificada recién el 28 de junio de 2022, es decir, 19 días hábiles adicionales al término previsto por el artículo 56 de la LORCPM.

*Todo esto implica que la Intendencia perdió su competencia para resolver el inicio de la investigación (en razón del tiempo) respecto a CN pues, como se indicó en el punto anterior, el incumplimiento de los plazos previsto en la Ley o su Reglamento, generan la caducidad de las facultades de la SCPM. Esto, señores Comisionados, es un punto que no admite discusión, pues ha sido reiterado el criterio de esta institución en el sentido de que los plazos previstos en la Ley o su Reglamento generan caducidad. Así, por ejemplo, en el expediente de apelación No. SCPM-DS-INJ-RA-015-2019, la SCPM resolvió claramente que el incumplimiento de los términos procedimentales genera caducidad. Y vale anotar que, en el caso citado se declaró la caducidad del procedimiento por haber emitido la resolución de inicio de la investigación **tan solo un día después del vencimiento del término**, cuanto más en el presente caso, en que la SCPM emitió y notificó el acto de inicio 19 días hábiles después de vencido el término concedido para dicho fin.*

En definitiva, en el presente caso operó la caducidad en favor de CN, toda vez que del expediente se evidencia que la resolución de inicio del expediente se emitió y notificó por fuera del término previsto en la Ley, término que, conforme se ha demostrado es un término fatal por tratarse de un término previsto en la LORCPM, razón por la que su incumplimiento genera la caducidad del procedimiento e impide cualquier pronunciamiento sobre el fondo por parte de otro órgano de la SCPM.

Y en este punto vale anotar, respecto a la alegación de la Intendencia de que no habría operado la caducidad por cuanto el término para la expedición del acto contaba únicamente desde que todos los sujetos investigados se encontraran notificados, que aquello no es más que una “interpretación” que la Intendencia pretende dar a la norma.

(...) existe de la Intendencia un doble estándar para juzgar situaciones similares y relacionadas, puesto que, para ella, el término para que un sujeto investigado presente explicaciones no se afecta o interrumpe por la falta de notificación a los otros sujetos investigados; pero, su término para dictar un acto sí se afecta o interrumpe hasta que todos los sujetos investigados hayan sido notificados, y por tanto hayan presentado sus explicaciones. El doble estándar, en este punto, resulta evidente, lo que demuestra que la Intendencia pretende interpretar las normas procesales a su conveniencia, y de la forma más gravosa para el sujeto investigado.”

[69] Los operadores económicos CN y DN en su defensa han señalado una serie de cuestionamientos en cuanto a la conceptualización aplicada por la Intendencia al caso, señalando que existió una transgresión a los fines y principios del Derecho Administrativo Sancionador, en particular sobre el tipo de conducta investigada, al respecto se argumentó:

“3.1. Transgresión al fin y principios del derecho administrativo sancionador

(...) la conducta material objeto de la investigación -es decir el hecho material ocurrido- se limita a la entrega de información a la Intendencia, toda vez que la naturaleza de la información entregada, esto es, que sea “engañoso” no es una categoría objetiva o un hecho material, sino que es un elemento que requiere de una “calificación” subjetiva de parte de la Autoridad. Esto, como se anotará más

adelante, es un elemento de suma importancia dentro del análisis que debió realizar la Intendencia, y que deberá realizar la Comisión.

(...)respecto al “bien jurídico protegido”, es que debido a la amplitud e importancia que el “deber de colaboración” tiene dentro del derecho de la competencia, la LORCPM ha previsto varias alternativas para tutelarlos frente a eventuales lesiones, siendo las principales: (i) su sanción como “entrega de información engañosa o falsa” (art. 78 numeral 2 literal h de la LORCPM); (ii) su sanción como “entrega de información incorrecta o inexacta” (art. 79 penúltimo inciso de la LORCPM); o, (ii) su calificación como agravante en los procedimientos administrativos dentro de los cuales se “suministra” la información (art. art. 81 literal d) de la LORCPM); formas de tutela que, como se puede observar, pueden en uno u otro caso ser más o menos gravosas para el sujeto investigado, y más o menos onerosas para la Administración.

(...) en estos casos la selección de la vía de tutela dependerá básicamente del análisis que en cada caso la Administración pueda realizar a la luz de los principios rectores del procedimiento. Es decir, en cada caso corresponderá a la Administración motivar y justificar porqué la vía adoptada es la que mejor responde a los fines del procedimiento, y los principios que lo rigen, pues si aceptamos, como hemos hecho, que el fin del procedimiento no es sancionar por sancionar, resulta inevitable arribar a la conclusión de que la decisión dependerá en todos los casos de cuál es la vía más eficiente, racional y menos gravosa para el sujeto investigado.

Bajo esta perspectiva, en el caso concreto, era esto lo que debía realizar la Intendencia, toda vez que si no existían elementos objetivos claros que permitan discernir con precisión si lo entregado era información engañosa, incorrecta, o si simplemente de manera general existió una falta de colaboración con la Administración, para la selección de la vía de tutela del bien jurídico protegido la Intendencia debió haber aplicado los principios del derecho administrativo sancionador, y determinar en primer lugar si el inicio del procedimiento era necesario; y luego, cuál era la vía de tutela más eficiente y racional. Sin embargo esto no ocurrió. La Intendencia sencillamente omitió aplicar estos principios, transgrediéndolos en su totalidad.

Sostenemos esto debido a que iniciar un procedimiento administrativo sancionador por suministro de información engañosa no solo que no era necesario en el presente caso, sino que constituía la opción más desproporcionada, gravosa y onerosa para tutelar el bien jurídico.

En consecuencia, ¿era el inicio del procedimiento administrativo sancionador por información engañosa la opción que más se ajustaba a los fines del procedimiento, y a los principios que lo rigen? Pues la respuesta es que no. Y la respuesta es no debido a que:

- *Con el inicio del Expediente se vulneraron los principios de **oportunidad** y **mínima intervención**. Esto debido a que, si tomamos en cuenta que bajo estos principios el inicio del procedimiento y la imposición de sanciones deben ser la última opción para la tutela de los bienes jurídicos (ultima ratio), y solo cuando por la gravedad de la conducta y los daños que se producen se justifica hacerlo, el inicio del Expediente **no era necesario ni oportuno**, pues no solo que la conducta no era grave, sino que existían vías alternas de tutela del bien.*

- Con el inicio del Expediente se vulneró el principio de **favorabilidad**. Esto debido a que, si tomamos en cuenta que bajo este principio se deben emplear los medios menos gravosos para la tutela de los bienes jurídicos, el inicio del Expediente representaba la alternativa **más gravosa** de tutela del bien, pues las multas a las que se expone al sujeto investigado van desde los [REDACTED] de dólares, cuando en las otras alternativas la exposición de los sujetos investigados era sustancialmente menor (un leve ajuste a la posible multa en caso de agravante; y, multa de hasta 500 remuneraciones básicas unificadas en caso de información incorrecta).

- Con el inicio del Expediente se vulneró el principio de **proporcionalidad**. Esto debido a que, si tomamos en cuenta que bajo este principio la vía de tutela debe ser proporcional con la gravedad y relevancia de la conducta y daño producido, el inicio del Expediente **no es proporcional**, pues se podría imponer a los sujetos investigados multas de entre [REDACTED] de dólares por haber entregado información que aún en el hipotético y no consentido caso que se llegase a considerar engañosa, no generó un error ni produjo un daño en el funcionamiento de la Administración. Es decir, se podría imponer una sanción de entre [REDACTED] de dólares, (casi tan alta como la que propuso la Intendencia en el Expediente Principal) por una conducta que **no fue ni grave ni relevante**.

- Con el inicio del Expediente se vulneró el principio de **eficiencia**. Esto debido a que, si tomamos en cuenta que bajo este principio los recursos de la Administración deben emplearse de manera eficiente, y por tanto optar por las vías menos onerosas para la tutela de los bienes jurídicos protegidos, el inicio del Expediente **no era eficiente**, pues si existían vías alternas que permitían cumplir el mismo fin (como lo sería, por ejemplo, considerar esta conducta como agravante del expediente dentro del que se entregó la información), con un empleo más eficiente de recursos, haber iniciado el expediente representó **la forma más onerosa** de tutelar el bien jurídico.

En definitiva, en el presente caso resulta evidente que con el inicio del Expediente la Intendencia se desvió de los fines del procedimiento y transgredió sus principios rectores, toda vez que, inició el Expediente aun cuando la gravedad o relevancia de la conducta no lo ameritaba; y, optó por la vía más gravosa, ineficiente y onerosa de tutelar el bien jurídico protegido, todo lo que demuestra que la pretensión de la Intendencia no era tutelar el bien jurídico protegido, sino sancionar por sancionar a las Compañías.

Y sobre este punto es necesario anotar, adicionalmente, que la transgresión al fin y principios del procedimiento es evidente pues pese a que la Intendencia ya había activado un mecanismo de tutela ante la supuesta lesión del bien jurídico “deber de colaboración” en el contexto del Expediente Original, decidió activar una segunda vía de tutela (el Expediente). Sostenemos debido a que la Intendencia utilizó como circunstancia agravante dentro del Expediente Original, la “falta de colaboración” de las Compañías, pues a su criterio la conducta adoptada por estas habría retardado y entorpecido la adecuada sustanciación del procedimiento.

El que esta supuesta “falta de colaboración”, y por tanto la lesión al “deber de colaboración” haya sido empleada como un agravante en el Expediente Original, implica, como ustedes comprenderán, que la Intendencia ya estaba buscando la reparación del bien jurídico “deber de colaboración”. Y si ya se

estaba buscando la reparación del bien jurídico de esa manera (y por tanto sancionar a los sujetos por dicha lesión) vale preguntarse, ¿porqué iniciar entonces un procedimiento administrativo sancionador para tutelar la lesión del mismo bien jurídico, en el contexto del mismo procedimiento administrativo?

(...) 3.2. Sobre el factor subjetivo de atribución de responsabilidad en materia administrativa

(...) a diferencia de lo erradamente alegado por la Intendencia en el Informe, la “culpa” (en sentido estricto) no constituye el (único) elemento subjetivo de atribución de responsabilidad en materia administrativa, sino que en materia administrativa resulta admisible (también) la responsabilidad por culpa.

(...) En este sentido, resulta totalmente desacertado la referido por la Intendencia en los párrafos 112 y siguientes del Informe, pues con citas a medias parecería sugerir o afirmar que en materia administrativa el elemento subjetivo de atribución de responsabilidad se limita a la culpa o falta de debida diligencia (negligencia)³⁰, excluyendo así la posibilidad de infracciones administrativas dolosas.

Esta afirmación es equivocada, toda vez que carece de lógica sostener que toda infracción administrativa se verifica por mera culpa o falta de diligencia, cuando existen infracciones administrativas que, por su naturaleza, y por sus elementos constitutivos del tipo, exigen de un elemento volitivo, o la intención específica de producir un efecto.

(...) aquellas infracciones en las que se requiere que la conducta del agente genere un resultado específico, pues en estas será necesario valorar la intención del agente. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en infracciones como la de entrega de información engañosa, pues como se explica en el presente Informe, e inclusive es recogido por la propia Intendencia, en este tipo de infracción se requiere de una acción deliberada del agente, encaminada a la consecución de un resultado, lo que encaja precisamente en la definición de dolo.

Y es que ¿cómo podría hablarse de “engaño” sin que exista en el agente la intención o finalidad de generar el resultado específico en la víctima? Es decir, como podría existir un “suministro de información engañosa” y cómo podría hablarse de “engaño” si la intención del agente no fue distorsionar la percepción de la realidad de la víctima. En este caso, señores Comisionados, se podrá hablar en el peor de los casos de un suministro de información incorrecta (con lo que habría que demostrarse que efectivamente es incorrecta), pero no de un suministro de información engañosa, pues el engaño requiere del elemento volitivo del agente.

(...) la Intendencia no puede ni siquiera decidirse si la conducta de los sujetos investigados fue deliberada (dolosa) o culposa por falta de debida diligencia, lo que demuestra que la Intendencia no termina de tener certeza sobre si se configuró o no el elemento subjetivo de la conducta investigada, y por tanto el elemento de atribución de responsabilidad en el presente caso.

Por lo expuesto, las conclusiones arribadas en el informe trasgreden el principio de culpabilidad que le asiste a mi representada al aplicar sin fundamento el elemento subjetivo que no corresponde

4.1. Indeterminación de la “conducta típica”

(...) el concepto de engaño requiere el uso de criterios lógicos, o de experiencia para su definición y aplicación en el caso concreto; de ahí que la Intendencia recurra a un precedente de la Corte Nacional de Justicia, en el que se analiza el tipo normativo de estafa, y en el que se aborda una posible definición de engaño

(...) La cita de este pronunciamiento reafirma lo que hemos defendido desde el inicio de este expediente, esto es, que se debe probar que lo entregado es falso, y que además la actuación del agente sea capaz de inducir a error a una o varias personas producto del engaño y que el agente haya tenido la intención de engañar. De ahí que, no pueda aceptarse como estándar de engañoso, cualquier cosa que a criterio de la autoridad sea posiblemente engañoso, “basado en su propia convicción”.

4.2. Descripción de los elementos del tipo

(...) no cabe otra interpretación de la norma, que una que incluya los siguientes subelementos:

- i. La acción: Suministrar información a la SCPM.*
- ii. El elemento material: La información no se corresponda con la realidad objetiva.*
- iii. El elemento subjetivo: La voluntad de llevar a engaño a la autoridad.*
- iv. El resultado dañoso, que comprende tanto el engaño como tal, como el daño generado en la actividad administrativa.*

(...) Visto los errores y falencias argumentativas de la definición adoptada por la Intendencia, una interpretación favorable a los administrados y sistemática con la Constitución, el Derecho de la Competencia y el Derecho Administrativo Sancionador obliga a entender como “información engañosa” a la información que se suministra con la intención dolosa de conducir a la autoridad a engaño (desorientación o confusión) en la tramitación de un procedimiento administrativo y que, efectivamente, genera el engaño en la Autoridad y por tanto causa un daño real al interés público.

(...) la información engañosa se identifica como un medio para lograr un fin malintencionado: desorientar o confundir a la autoridad administrativa dentro de una investigación en curso. Y es precisamente por ello que se requiere la prueba de la intención para poder declarar la configuración de esta infracción en un caso concreto.

El ejercicio proporcional y necesario de una potestad sancionadora entonces debe encaminarse a proteger un bien jurídico cuando el posible daño es relevante y amerita por tanto una sanción.

*(...) En esta materia los precedentes aplicables son escasos, pues en otras legislaciones, como las que cita la Intendencia en su informe³⁹ no está sancionada la **información engañosa**, sino únicamente la información falsa, o la entrega de información incorrecta, incompleta o la falta de entrega de información.*

(...) En ese contexto, a la vista de las autoridades citadas por la Intendencia se puede afirmar: (i) que la información engañosa sí requiere la prueba del engaño; (ii) que la responsabilidad administrativa, incluso en los casos de defensa de la competencia requiere de un elemento subjetivo, ya sea título de negligencia o dolo. De ahí que

incluso para la imposición de sanciones por información incorrecta, los Tribunales españoles, como lo ha citado la Intendencia sí requieren al menos un principio de culpa.

[70] Por otra parte, los operadores económicos investigados han presentado argumentos para rebatir las afirmaciones e imputaciones realizadas en el Informe Final, al respecto se ha señalado:

5.1. Sobre los hechos imputados por la INICAPMAPR a los operadores económicos CN y DN. –

(...) 5.1.1. Las pruebas periciales sobre la plataforma [REDACTED] y el MSA

(...) lo que se discute es si lo que se dijo en las reuniones de trabajo es suministro de información, y si además lo que se dijo en estas reuniones es información engañosa.

Sobre ese punto lo que hemos sostenido es, entre otras cosas, que los talonarios no estaban ya disponibles para su recuperación al momento en que fueron solicitados por la Intendencia y esto se probó durante el expediente con el informe pericial del experto [REDACTED] con el que se prueba la existencia de un protocolo de borrado automático de la información generada por el uso de la plataforma [REDACTED], que la Intendencia descarta porque aduce que este protocolo debía constar en el [REDACTED] (MSA) entre AB-InBev y [REDACTED].

Luego la Intendencia toma como prueba el escrito y anexos presentados el 13 de diciembre de 2022 y afirma que el MSA continúa en vigor.

En el escrito del 13 de diciembre de 2023 lo que indicamos es que [REDACTED] es un proveedor de soluciones tecnológicas que se venden como “software as a service”, esto quiere decir que están diseñadas para usarse y adaptarse fácilmente a las necesidades de un negocio.

Una simple búsqueda de qué hace [REDACTED] en cualquier buscador de internet, hubiera arrojado luces al respecto de las funcionalidades de las plataformas de [REDACTED]. No obstante, y pese a las descripciones y explicaciones que se le ofrecieron a la Intendencia, ha decidido creer y considerar en este caso específico que el proveedor brinda servicios de almacenamiento en nube, lo cual no es correcto y eso no está indicado en el MSA proporcionado a la Intendencia.

Hasta ahí la Intendencia corrobora con el contrato que lo que se dijo en la reunión de trabajo es verosímil, pues efectivamente existe un contrato con un proveedor externo, que es [REDACTED]. También afirma que los talonarios sí se habrían digitalizado.

Posteriormente toma como prueba nuevamente un escrito, es decir un documento elaborado por el sujeto investigado, dentro de la investigación, y establecen que con este escrito del 23 de diciembre de 2022 se constataría que el contrato estaba vigente al momento en que la autoridad requirió los talonarios y que las compañías tenían la facultad de solicitar la entrega de la información a [REDACTED].

En este punto es necesario llamar la atención de la CRPI sobre un punto importante y es que el contrato con [REDACTED] es un contrato internacional suscrito por AB-InBev, compañía extranjera. [REDACTED]

[REDACTED]

Esta aclaración es importante porque, al tratarse de una compañía multinacional, los servicios de tecnología no se adquieren para una empresa en Ecuador solamente, sino que se administran a nivel internacional, por lo tanto los accesos a la plataforma son controlados por otras compañías extranjeras, quienes según sus planes de actualización, modernización etc., deciden qué herramientas tecnológicas asignarán a las demás empresas filiales de AB-InBev en otros países.

En el contrato además se hace referencia al término “organización”. Esto está definido en la primera cláusula del MSA, como:

_____”

Esto le permite a AB-InBev crear sitios separados, con accesos controlados por país o por departamento. En Ecuador la organización a la que tuvieron acceso las compañías mientras se llevaron a cabo los programas _____, se denominó _____

El uso de organizaciones les permite a los clientes de _____ reservar un dominio alojado en su sitio, en este caso el dominio _____ a través del cual la fuerza de ventas de las compañías ecuatorianas podía ingresar y hacer uso de la plataforma. _____. La extinción del dominio está probada con el informe pericial del experto _____. La Intendencia se ha negado a valorar, bajo el argumento de que esto no está en el MSA.

Como no escapará al conocimiento de la CRPI, cada sitio web usa un espacio de almacenamiento dispuesto para esto, es decir, un espacio en el servidor donde se alojan los datos. El almacenamiento tiene un costo, lo que implica que si no se controla la información que se almacena, ni se establecen reglas de depuración, aumenta el volumen de información almacenada, lo que, en términos prácticos ocasionaba el pago de montos altos por superar el espacio de almacenamiento previsto en el MSA.

Conscientes de la necesidad de depurar la información que se genera, los equipos de tecnología que administran estos servidores, en otras partes del mundo,

_____, sobre la cual _____
ni siquiera conoce. En ese sentido, si bien en el MSA con _____ se establece que los datos se pueden recuperar hasta 180 días, a solicitud del cliente, _____

De ahí que, para _____ sea indistinto el contenido de lo que se almacena, de la misma forma en la que, en el software de correo electrónico que utilizamos estableciéramos una regla de borrado automático de información antigua, de la que

Microsoft ni siquiera se enteraría por ser una configuración de usuario, por lo que lo único que pude conocer es el espacio de almacenamiento del correo electrónico contratado, es decir el tamaño utilizado, no así el contenido ni las reglas de depuración de la información que son libremente configurables.

En ese sentido, [REDACTED]

Esta descarga o exportación de datos está limitada a los datos que estén disponibles en el espacio de almacenamiento, no se refiere por tanto a la información que los usuarios hayan eliminado en distintos momentos con anterioridad a la fecha de terminación.

Para entender esto volvamos al ejemplo del correo electrónico: si el usuario ha eliminado la información, voluntariamente o a través de una regla de borrado automático, cuando se termine su licencia para el uso de correo electrónico lo que puede pedir que se le entregue para su descarga o exportación los mensajes de datos (correos electrónicos) que aún estaban disponibles en su cuenta de correo electrónico, no así todos los correos electrónicos que hubiera depurado desde hace años atrás.

La Intendencia infiere del MSA que CN y DN tienen poder de decisión sobre el acuerdo, o sobre los datos que se almacenan por el uso de la plataforma, para afirmar incluso, fuera de la realidad de ese servicio de tecnología, que [REDACTED] “no tiene una política de eliminación de datos, pues, justamente, el almacenar datos es el servicio que oferta”.

En ese punto la Intendencia se equivoca, pues como ya se ha dicho, [REDACTED] no ofrece un servicio de almacenamiento de datos (clouding), lo que ofrece es un espacio de almacenamiento para todos los datos que se crean por el uso de la plataforma de [REDACTED]. El producto de [REDACTED] es una plataforma para gestionar la CRM, y por tanto la plataforma tiene como objetivo principal gestionar el trabajo de la fuerza de ventas, y complementariamente, almacenar la información que se genera por el uso de la plataforma, no así, el almacenamiento de documentos o de ficheros, como podría ser el caso de Dropbox, OneDrive u otras soluciones de ese estilo.

Posteriormente la Intendencia se refiere a que el MSA estuvo vigente durante la investigación y que incluso sigue vigente. [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Cuando se indicó que se había terminado la relación con el proveedor, lo que se quiso decir es que para DN y CN la plataforma de [REDACTED] bajo el dominio [REDACTED], ya no estaba disponible porque esa organización, es decir, el sitio creado para el uso de Ecuador y otros países ya no existía más porque se decomisó para que los usuarios migraran a otra organización creada dentro de la plataforma de [REDACTED]

Para poner un ejemplo, digamos que una compañía tiene acceso al paquete de Office que ha contratado su par en otro país, es decir el contrato que le otorga acceso ha sido negociado por otra compañía en otro país, y lo que recibe la compañía nacional son las credenciales de acceso. Entre esos servicios, la compañía extranjera ha creado un sitio en SharePoint, para gestionar el soporte técnico de la compañía nacional. Ese sitio en SharePoint equivale a lo que es una organización en los términos del MSA.

La compañía que tiene control sobre el sitio es la compañía extranjera, que decide crear otro sitio en SharePoint para el soporte técnico, por lo cual elimina los accesos del antiguo sitio en SharePoint de los usuarios de la compañía local, con lo cual ningún usuario en el país puede volver a acceder a ese sitio en SharePoint, por lo cual, cuando requieran el soporte técnico de la compañía extranjera deben acceder al nuevo sitio creado para el efecto.

En ese sentido hay que diferenciar entre la vigencia del MSA, entre ABI y [REDACTED] y por otro lado, la disponibilidad de las herramientas tecnológicas para las compañías ecuatorianas. En el primer caso, esto es, sobre la vigencia, CN y DN no tienen ningún control pues es un contrato del que no son parte suscriptora, con lo cual, el contrato puede estar vigente y en tal sentido la plataforma de [REDACTED] [REDACTED], respecto de lo cual DN y CN no tienen ningún control ni poder de decisión. La disponibilidad de la herramienta entonces queda así controlada por AB-InBev a través de sus filiales en otros países, y lo único que DN y CN pueden demostrar es que esta herramienta ya no estaba disponible para las compañías nacionales, bajo la organización [REDACTED] durante el periodo de la investigación en el que la Intendencia solicitó los talonarios.

Cabe recalcar que aún en ese caso, es decir, aún si CN o DN hubieran solicitado nuevamente credenciales de acceso a la organización, esto no hubiera sido posible por cuanto el sitio ya no estaba disponible. Pero además, dada la existencia de la [REDACTED] incluso si el acceso hubiera sido posible, la recuperación de las fotografías era imposible dado que toda la información generada [REDACTED] [REDACTED] y que consta también explicada en la pericia elaborada por el experto [REDACTED], agregada como prueba dentro de este expediente.

Damos toda esta explicación porque la Intendencia en su Informe denota una incomprensión sobre la herramienta tecnológica de la que se trata, y del manejo de las herramientas en una compañía multinacional; ignora voluntariamente el hecho de que el MSA no está suscrito por las compañías nacionales y a pesar de su incomprensión sobre estos asuntos de tecnología, ha decidido sobreponer su convicción por sobre lo que informan los expertos en sus reportes de perito.

En cualquier caso, consideramos que los elementos aportados en la investigación respecto a las herramientas tecnológicas del proveedor [REDACTED] esto es, el informe pericial de [REDACTED] y el informe pericial de [REDACTED], prueban que las compañías nacionales CN y DN no tenían acceso a la organización [REDACTED] y que además, la información ya no existía como copia digital o respaldo digital, como consecuencia de la depuración automática de la información, y no como una consecuencia de la vigencia del MSA.

Sobre los talonarios además la Intendencia afirma que no se suministraron “a pesar de estar en poder de CN y DN”. Lo que implicaría que se trata de una falta de suministro de información y no de la provisión de información engañosa, algo ajeno a este expediente y que sería en ese caso, sancionable con una multa mucho más baja.

Sobre la regla de depuración la Intendencia sostiene que “la política de eliminación no consta en el contrato con [REDACTED] que es prueba en el expediente”, para luego referirse al tiempo de almacenamiento de los datos contemplado en el MSA, que, a decir de la Intendencia “ocurriría en el supuesto que el Master Subscription Agreement haya sido terminado o dado de baja”, y que al estar vigente el acuerdo “ni siquiera existiría la remota posibilidad que la información de los investigados haya sido eliminada, bajo las explicaciones dadas por los operadores económicos”.

Sobre estas conclusiones de la Intendencia hay que aclarar que las compañías en ningún caso han afirmado que el protocolo de depuración estuviera en el contrato o que [REDACTED] tuviera conocimiento de su existencia. En este punto conviene nuevamente mencionar que el dueño de la información, frente a [REDACTED] es AB-InBev. En ese sentido, una vez que las herramientas están disponibles para AB-InBev, en calidad de usuario AB-InBev puede hacer configuraciones dentro del sitio, como por ejemplo, establecer el nombre del sitio, utilizando el dominio que mejor le parezca. Asimismo, dado que el almacenamiento tiene un costo, es responsabilidad de AB-InBev administrar ese espacio de almacenamiento a su libre disposición. De ahí que se le permita, en ese escenario de adecuación o de diseño de su sitio, establecer reglas o protocolos de depuración, sin necesidad de que esto esté contemplado en el contrato, pues esto corresponde a una funcionalidad de la plataforma y su uso no requiere estar previsto en el contrato.

Las funcionalidades a detalle de las plataformas de [REDACTED] no están especificadas en el MSA, así como tampoco la licencia de Microsoft especifica todos los botones o funcionalidades de sus servicios como Word, Excel o Power Point. Esto no quiere decir que en la vida real el software tenga esas funcionalidades, sino que no consta en el contrato de licencia porque hacer ese detalle implicaría que ante cualquier actualización, se tuviera que hacer un adendum al contrato, además de los costos que estarían asociados a la explicación en detalle de cada una de las funcionalidades de los servicios de Microsoft.

Bajo ese entendido, la afirmación de la Intendencia ignora por completo la realidad del manejo de las herramientas tecnológicas asignadas por AB-InBev a CN y DN, y pretende sustentar esta conclusión en un argumento por demás formalista según el cual, al no estar previstas las funcionalidades de la plataforma en el contrato, en este caso en el MSA, estas funcionalidades no existen, pese a que, los informes periciales prueban su existencia y que como tal, son la prueba idónea para probar estos hechos, justamente ante la ausencia de una especificación en el contrato.

5.1.2. El análisis lingüístico de las expresiones supuestamente engañosas

Mediante escrito del 17 de enero de 2023 las compañías solicitaron que se practique como prueba una pericia lingüística elaborada por la doctora [REDACTED] que tuvo por objeto el análisis de las piezas procesales constantes en este expediente relativos a los hechos investigados.

a) De las expresiones relacionadas a los talonarios:

Respecto de los talonarios la perita analiza las expresiones de ambos interlocutores en las reuniones de trabajo, y pone de manifiesto, entre otras cosas, lo siguiente:

“MN hace una afirmación sobre los talonarios en 07:18.260 “los hemos buscado/ los tenemos”, seguida de una muletilla de duda y de la palabra ‘no’. A esto sigue una reelaboración que especifica lo que se tiene: unos talonarios que no se recuperan debido a la alta informalidad del mercado. Tanto la muletilla, como la negación inmediata son marcadores que expresan duda. Esta duda se relaciona con otras expresiones que se dan después (...)”

Esta conclusión del informe hace sentido si se considera justamente que la reunión de trabajo se solicitó para entender el alcance del requerimiento de información y además para proponer que, en reemplazo de los talonarios se acepte el listado de los clientes que participaron en los programas, y esta propuesta se repite en varias ocasiones en la reunión de trabajo.

Nuevamente, en este caso la propuesta del procurador está determinada a colaborar con la investigación de la Intendencia. Esto porque como bien lo explica el procurador en las reuniones de trabajo, lo que determina si los clientes pertenecieron o no a los programas, no es el talonario, sino las transacciones o compras realizadas por ellos en los que se pueden verificar los descuentos de los programas.

La propuesta del procurador era además más realista y útil frente a los talonarios solicitados por la Intendencia, que no eran más que documentos comerciales sin valor jurídico ni vinculantes para los suscriptores, dejando de aplicar ella misma la regla de la primacía de la realidad prevista en el art. 3 de la LORCPM.

Más adelante la perita se refiere a las últimas expresiones de la reunión de trabajo del 28 de junio de 2021, en el minuto 51:19 y concluye que el enunciado 8 “al inicio y al fin tiene una información repetida: la necesidad de consultar internamente cuántos talonarios hay. La información repetida es la que el emisor considera que tiene más valor para que llegue al receptor, en este caso, AE.

Frente a las conclusiones del peritaje la Intendencia no presenta ningún contrargumento, lo único que sostiene es que los talonarios existieron, que se escanearon y que se subieron a una nube. Ninguno de estos tres elementos está relacionado con el contenido ni las conclusiones del peritaje. El informe pericial lo que pretende probar es que las expresiones del procurador judicial denotan dudas sobre la disponibilidad de los talonarios, no sobre la existencia misma de los talonarios.

En ese sentido las afirmaciones de la Intendencia son impertinentes respecto de esta prueba y no alcanzan para restarle valor probatorio a este informe, pues lo único que tiene la Intendencia para contrarrestar el informe pericial es su propia convicción, y así lo expresa en su Informe. La convicción de la Intendencia no es un elemento probatorio, y por tanto no es suficiente para sustentar la imposición de una sanción.

b) El análisis lingüístico de la información relativa a los planogramas:

Con relación a los planogramas, en el informe pericial se concluye que respecto a las tres planimetrías:

La primera es la que consta en el [REDACTED]. Hay, por lo tanto, una concordancia entre lo escrito y los ejemplos gráficos: de los 3 ejemplos, uno es del [REDACTED]

*Esta conclusión es la más evidente de la lectura del escrito del 9 de marzo de 2022 presentado dentro del Expediente Principal en el que se dice lo siguiente: “Adjuntamos ejemplos de planimetrías, **incluyendo una** que consta en el Manual de distribución rural.”*

Esta afirmación se explica por sí sola: uno de los ejemplos que se adjunta consta en el Manual de distribución rural.

*(...) La Intendencia sobre este punto parte de un error: haber comprendido equivocadamente que en el escrito estarían todos los planogramas usados en el programa [REDACTED] y que todos los planogramas allí indicados deberían constar en el Manual, algo que se contradice con la literalidad de lo que se expresa en el escrito del 9 de marzo, en el que se afirma que **uno de los ejemplos consta en el Manual**, no todos.*

*En ese sentido basta con verificar que el primer ejemplo provisto en el escrito es el mismo que consta en el [REDACTED] para concluir **que no existe ninguna discordancia**, y que en este caso la convicción de la Intendencia está formada por un error en la interpretación del mensaje, que solamente le es atribuible a ella misma.*

c. Análisis lingüístico respecto al [REDACTED]

Sobre este punto en el informe pericial se hace notar que en el requerimiento de la Intendencia del 28 de diciembre de 2021 dentro del Expediente Principal, se solicita el manual de operación del contrato de [REDACTED]”, sin precisar el manual de [REDACTED]

Luego concluye que en el escrito del 3 de febrero de 2022, “la información anexada no se detalla, sino que se especifica que es solo la que tienen a su disposición. Entre ellos está el [REDACTED]” L y que mediante escrito del 4 de marzo de 2022 “se aclara que [REDACTED] no tiene manuales, mientras que [REDACTED] tiene dos manuales.”

En ese punto lo que se pretende probar con el informe pericial es que en ningún caso las compañías afirmaron que el manual de [REDACTED] es el manual de [REDACTED] y que en ese sentido, los enunciados del escrito del

3 de febrero de 2023 no contienen en sí mismos información engañosa, ni tampoco constituye un engaño, pues el enunciado es claro cuando se dice que se adjunta **lo que se tiene**.

Respecto de las conclusiones del informe pericial la Intendencia manifiesta que en el informe se puede apreciar “un craso error señalar que no hay una especificación; como se conoce el único programa de franquicia existente, o al menos que se tiene conocimiento, y ha sido analizado en el Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, era el [REDACTED], no otro programa de [REDACTED] o cualquier otro programa con una denominación similar.”

Para la Intendencia su requerimiento es claro y no podría referirse a ningún otro programa, sino al de [REDACTED], pero esta afirmación en nada contribuye a contrarrestar las conclusiones del informe.

Por otra parte, se debe destacar que la Intendencia sí conocía de la existencia de los programas [REDACTED] pues esto se le hizo saber cuando se respondió el requerimiento de información mediante escrito del 19 de febrero de 2021(...)

(...) al haberse detallado la existencia de los programas [REDACTED] y al haberse adjuntado los manuales de estos dos programas, la Intendencia estaba en la capacidad de entender este mensaje dado su conocimiento de los hechos.

En ese sentido, nótese una vez que la Intendencia pretende hacer responsable a las compañías de su comprensión errada de los hechos, que no es atribuible a ningún acto malintencionado de las compañías; todo lo contrario, en su afán de colaborar las compañías proporcionaron la información con la que contaban por cuanto lo solicitado por la Intendencia no existía.

Por lo indicado, ninguna de las afirmaciones de la Intendencia sirve para contrarrestar las conclusiones del Informe, el cual analizado en conjunto con el acervo probatorio permite descartar que en este caso haya existido la intención de engañar a la Intendencia.

5.1.2. Escrito del 19 de febrero de 2021 sobre los programas [REDACTED] y [REDACTED]

Este escrito fue agregado al expediente por pedido de las compañías como prueba documental. Este escrito fue presentado en el contexto de la investigación del Expediente Principal y en respuesta a un requerimiento de la Intendencia. Con esta prueba se pretendía probar: 1) que la Intendencia sí conocía la existencia de los programas [REDACTED], y 2) que las compañías proporcionaron a la Intendencia los folletos de los programas [REDACTED], que contenían talonarios.

El primer punto, esto es, sobre la existencia de los programas [REDACTED], esta prueba demuestra que las compañías sí pusieron en conocimiento de la Intendencia la existencia de los programas [REDACTED], sobre los cuales incluso se indicó el contexto en el que se armaron, con lo cual, al momento en el que se entregaron los Manuales, la Intendencia tenía la información

necesaria para entender que el documento entregado no era el documento de [REDACTED], pues sobre este programa ya se había afirmado en varias ocasiones que se trataba únicamente de un plan piloto.

Sobre esto la Intendencia afirma que en la investigación de abuso (Expediente Principal) no se investigaron los programas [REDACTED] sino [REDACTED] lo cual no contradice el hecho de que la Intendencia conocía de los programas, indistintamente de cuál haya sido el objeto de la investigación de abuso, cosa ajena y no discutida en este expediente.

Esta prueba es útil para poner en contexto la entrega del [REDACTED] ya que si la Intendencia no hubiera conocido de la existencia de los programas, entonces sí hubiera podido considerarse que existía un riesgo de que la información entregada sea confusa.

En ese sentido, lo afirmado por la Intendencia no contradice la prueba de que la Intendencia sí conocía sobre los otros programas.

En cuanto a los programas [REDACTED], el escrito demuestra que las compañías proporcionaron la información relativa a los programas e incluso los folletos informativos con los que contaban, lo cual fue útil para el análisis que realizó la Intendencia en el expediente principal. Lo que se contrasta, por otro lado, con la ausencia de necesidad de los talonarios, pues como se ha dicho varias veces, los talonarios no son instrumentos legales, ni implican la adherencia de las personas a los programas, pues para recibir los descuentos de los programas era necesario hacer transacciones sujetas a los beneficios.

Por lo que la insistencia en la obtención de estos talonarios en nada aportaba a la investigación, ya que la existencia de los programas no era un hecho controvertido; de ahí que, la ausencia de estos documentos no haya impedido que la Intendencia formule cargos y emita su informe final en el Expediente Principal, pues sobre estos programas las compañías proporcionaron toda la información que les fue materialmente posible conseguir, cumpliendo así su deber de colaboración.

5.2. Reparos sobre materia probatoria:

5.2.1. Sobre la aptitud probatoria de las reuniones de trabajo

(...) Para los casos en los que la Intendencia requiere recolectar información de forma verbal se le ha provisto de la facultad de tomar declaraciones, con y sin juramento. Para estas declaraciones la ley prevé varias formalidades que determinan su validez y con ello, la posibilidad de ser admitida como prueba. En ese orden de ideas, llama la atención que la Intendencia interprete con tanta ligereza el artículo 199 del COA, al punto en el que cualquier información pueda ser considerada prueba, incluso si no se han cumplidos las formalidades establecidas en la Ley para su práctica.

Esto es lo que acusamos en este caso, pues **objetamos el uso de las reuniones de trabajo como un elemento probatorio**, ya que no puede ser considerada como una declaración o testimonio (figuras bajo las cuales se puede suministrar información de forma verbal).

La CRPI debe declarar inadmisibles como prueba las reuniones de trabajo, porque lo que en la práctica pretende la Intendencia es que lo dicho en una reunión de trabajo sea considerada como un testimonio o una declaración, algo por demás insostenible si se considera que para que esto suceda, es decir, para recabar el testimonio es necesario que se cumplan las formalidades de Ley, entre otras, que la persona cuente con un abogado y esté informado de sus derechos y obligaciones, así como de las consecuencias de proveer información incorrecta, falsa o engañosa durante su testimonio.

(...) 5.2.2. Sobre la incorporación de nuevos medios de prueba, posterior al cierre del término concedido para tal efecto

Durante la investigación y específicamente en la extensión de la etapa de prueba, la Intendencia ordenó que se practiquen como prueba documentos presentados fuera del término probatorio.

(...) De acuerdo con los antecedentes, el 19 de octubre de 2022 la Intendencia dispuso el inicio del término probatorio por el término de 60 días, prorrogables por un término de 30 días adicionales, de ser el caso. El 17 de enero de 2023 la Intendencia, en aplicación de los artículos 69 del Reglamento LORCPM y 58 del IGPA prorrogó el término probatorio por 30 días hábiles adicionales. Finalmente, el 7 de marzo de 2023 la Intendencia dispuso el cierre del término probatorio.

*La Intendencia, a pesar de tener pleno conocimiento de la existencia de términos fatales para la práctica e incorporación de medios probatorios, incluyó **luego del 17 de enero de 2023**, en calidad de prueba documental, los siguientes documentos:*

- Escrito de 18 de enero de 2023, a las 17h05, ID 262855;
- Memorando SCPM-DS-SG-2023-033 y Anexo de 23 de enero de 2023, ID 263211;
- Escrito de 24 de enero de 2023, a las 17h09, ID 263369; y,
- Escrito de 25 de enero de 2023, a las 16h45, ID 263490.

*Estos medios de prueba fueron agregados por la Intendencia al expediente administrativo fuera del término previsto por el Reglamento LORCPM y el IGPA, **más grave aún, la Intendencia valoró integralmente estos insumos probatorios para formarse un criterio y emitir su voluntad administrativa.** No cabe duda de que la admisión de estos documentos como prueba conllevan necesariamente una vulneración al principio de paridad de armas, pues se habrían practicado durante un tiempo en el que los sujetos investigados ya no podían presentar pruebas para contradecirlas, pero además, al haber sido incorporados al análisis de la Intendencia, en los numerales 7.10, 7.11, 7.12 y 7.13 de su Informe, este hecho comportaría cuando menos la nulidad del Informe.*

Por lo indicado, solicitamos a la CRPI que rechace la admisión de los documentos antes indicados por haberse practicado fuera del término probatorio.

6. SOBRE EL SUPUESTO RESULTADO DAÑOSO DE LOS HECHOS INVESTIGADOS

(...) 6.1. De los talonarios: El inexistente daño derivado de no haber proporcionado las fotografías de los talonarios.

Respecto a los talonarios la Intendencia sostiene que la información presentada “sí engañó a la Autoridad y sí influyó en el curso de la investigación” porque “perdió tiempo valioso en una investigación que está sujeta a términos fatales.” De estas afirmaciones se deduce que el supuesto daño es el tiempo esperado para que se entreguen los talonarios. No obstante, no explica cómo supuestamente el tiempo influyó en los resultados de la investigación.

Sobre los talonarios recordemos, no estaba en discusión su existencia sino su disponibilidad. Estos talonarios buscados por la Intendencia eran documentos comerciales, no vinculantes para los socios y estaban relacionados con los programas [REDACTED] respecto a los cuales la teoría de la Intendencia era que establecían precios de reventa, exclusividades de facto por los descuentos y además, barreras a la entrada y expansión, por el pilar de equipos de frío.

(...) afirmaciones del Informe ponen en evidencia que las compañías sí cumplieron su deber de colaborar respecto de los programas [REDACTED] y que de haberse contado con los talonarios, el resultado de la investigación hubiera sido el mismo, pues para probar la teoría del daño relativa a los programas [REDACTED] se requería una prueba de los efectos de los incentivos creados por los programas [REDACTED], no las firmas de los socios. A esto debemos añadir que, la existencia de los programas [REDACTED] nunca fue un hecho controvertido sobre el que hubiera sido necesario presentar pruebas, de manera que los talonarios en nada hubieran podido aportar al análisis de efectos que está llamada a realizar la Intendencia.

6.2. De la lista de colaboradores: El inexistente daño derivado de la lista de colaboradores

Respecto de los colaboradores, la Intendencia no argumenta cuál es el engaño ni cómo esto pudo haber tenido resultados en la investigación. En ese punto únicamente afirma que el deber de colaboración es absoluto y que en este caso ese deber fue transgredido y que el daño sería que no se habría accedido a la información que se esperó.

Esta teoría de la Intendencia no se condice con los hechos del caso, pues en el Informe final de investigación, la Intendencia utiliza los testimonios de las personas que proporcionaron información útil (...)

(...) Esto evidencia que la lista de colaboradores que proveyeron las compañías fue útil y le permitió a la Intendencia recabar información sobre los programas, evidenciando de esta forma el cumplimiento del deber de colaboración.

Las compañías consideran que la utilidad de la mayoría de los testimonios es razón suficiente para rechazar la configuración de un supuesto engaño por dos motivos principales: (i) porque las compañías no sabían que el listado iba a ser utilizado para convocar a los colaboradores a rendir declaraciones, lo que anula en cualquier caso la voluntad de engañar, pues no habría tenido ningún propósito engañar por engañar sin saber ni siquiera para qué se utilizaría la información; y (ii) porque el resultado de la toma de testimonios no es imputable a las compañías, es decir, siendo la Intendencia la encargada de realizar las preguntas, el hecho de que no haya logrado obtener mayor información con esas

personas pudo deberse, entre otras cosas, a su propia inexperiencia en la realización de estas diligencias, resultado sobre el cual ninguna de las compañías tiene control.

6.3. De la planimetría: El inexistente daño por la provisión de un ejemplo de planimetría

Con respecto a la planimetría la Intendencia indica simplemente que los argumentos provistos por las compañías no tienen asidero jurídico, sin enunciar en este caso cuál sería el engaño y cómo se verificaría el engaño en este caso concreto, y sin explicar como el supuesto engaño habría influido en la investigación. Sobre este punto ya se ha evidenciado que la Intendencia incurrió en un error de interpretación frente a un mensaje claro respecto de la provisión de los ejemplos de planogramas. Asimismo no existe una teoría del daño que rebatir en este caso porque la Intendencia no provee ninguna; sin perjuicio de aquello, queremos demostrar cómo la información provista por las compañías sí fue utilizada en la investigación, cumpliéndose así el deber de colaboración. (...)

(...) la información proporcionada fue útil para la Intendencia, y que el ejemplo del [REDACTED], constante junto con otros ejemplos de planimetría, le sirvieron a la Intendencia para formular cargos por unas supuestas barreras de entrada y expansión en el Expediente Principal.

6.4. Del manual de operación: El inexistente daño sobre el manual de operación de la [REDACTED]

(...) el daño se verificaría porque la Intendencia no pudo utilizar la información requerida, al haber sido engañada. Esta teoría del daño es discordante con las propias actuaciones de la Intendencia, pues en el curso de la investigación del expediente principal, la Intendencia tuvo acceso a los documentos e información que las compañías le proveyeron, incluso los manuales de los programas [REDACTED]

(...) Es decir, no es cierto que la Intendencia no haya usado la información proporcionada, o que no haya podido utilizar cierta información. Por otro lado, se debe tener en cuenta que las compañías nunca negaron la existencia del programa [REDACTED], y no solo que no negaron, sino que proporcionaron todos los documentos que comprobaban su existencia, por lo que, de haber existido el [REDACTED] lo único que hubiera podido comprobar es la existencia del programa, mas no sus supuestos efectos anticompetitivos, de ahí que llama la atención que la Intendencia haya adoptado una postura en extremo formalista buscando documentos para producir prueba innecesaria en detrimento de la prueba económica que sí era necesaria para probar su teoría del daño.

[71] El operador económico también se refirió al agravante de falta de colaboración considerado por la Intendencia en su análisis, al respecto señaló:

(...) la Intendencia pretende que DN convalide los errores de procedimiento en la notificación del inicio del expediente. Es decir, se le exige a DN, al amparo del deber de colaboración, que renuncie a su derecho a la defensa y prescinda de los argumentos de defensa que le incomodan a la Intendencia.

(...) En el caso concreto se le hizo saber a la Intendencia el error de la notificación, como un acto de buena fe para que pudiera subsanar el error y el procedimiento continúe sin nulidades. Si DN no hubiera querido colaborar con la Intendencia simplemente hubiera podido optar por no comparecer al procedimiento debido a que no se le notificó en legal y debida forma.

En ese sentido, para que la Intendencia anteponga el deber de colaboración versus el ejercicio del derecho a la defensa, debe proveer el sustento normativo de esta pretensión, en la que además explique cómo en este caso en concreto a DN le era exigible una conducta contraria bajo el supuesto deber de colaboración.

Para esto no basta con que a la Intendencia le parezca lo adecuado, pues para que se agrave la situación de una persona investigada, es necesario que la Intendencia provea al menos un razonamiento lógico fundado en el régimen jurídico vigente, que le autorice a sobreponer el deber de colaboración por sobre el derecho a la defensa.

Nada de esto invoca la Intendencia, por lo que solicitamos a la CRPI que descarte la aplicación de este supuesto agravante al estar en contradicción con el ejercicio legítimo del derecho a la defensa y al no haberse motivado adecuadamente su aplicación al caso concreto.

[72] Finalmente, los operadores económicos investigados argumentaron en contra de las propuestas de multa presentadas en el informe de la Intendencia, de la siguiente manera:

*Como se evidencia de las definiciones que provee la Metodología, este instrumento se ha previsto para su aplicación a casos en los que las infracciones tuvieron **lugar dentro de un mercado relevante**, no así para las infracciones administrativas, como es el caso de una posible infracción en el curso de una investigación. Esta metodología además trata de recoger los criterios establecidos en la LORCPM y el Reglamento para la determinación del importe de la multa, los cuales también hacen referencia a los conceptos relacionados con un mercado relevante.*

Es de destacar que la Intendencia pone en evidencia la existencia de dudas en la aplicación de la Metodología. Esta duda se evidencia cuando la Intendencia propone tres escenarios de multa, bajo dos posibles fórmulas: la fórmula para el cálculo de infracciones relacionadas con el objeto de la LORCPM, y la fórmula por el incumplimiento de una resolución de la SCPM; una teniendo como base el volumen de ventas del 2021 y otra teniendo como base el volumen de ventas del año más reciente del que se tuviera información, esto es, el 2022.

*(...) **8.1. Fórmula de cálculo para infracciones leves, graves o muy graves relacionadas con el objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.***

En el primer caso, esto es, en el caso de la fórmula por infracciones relacionadas con el objeto de la LORCPM, la fórmula es inaplicable porque la infracción que se investiga y se pretende sancionar es una infracción administrativa.

Que la infracción sea administrativa supone que no se trata de una infracción relacionada con el objeto de la LORCPM, pues de lo contrario no se habría

aplicado en este caso, el procedimiento general del art. 58 del IGPA, antes referido.

Para que esta fórmula se pueda aplicar es un requisito sine qua non que la Intendencia haya definido el mercado relevante, dentro de este expediente, algo que no se hizo nunca en el presente caso a lo largo de toda la investigación.

Para suplir esta deficiencia la Intendencia acude al mercado relevante del expediente principal y pretende aplicarlo a este procedimiento, y para su aplicación ni siquiera provee argumentos que sustenten una vinculación entre los hechos que aquí se investigan y el mercado relevante del expediente principal.

En ese punto la omisión de la Intendencia de definir el mercado relevante de esta supuesta infracción no puede ni debe subsanarse en este punto donde las compañías ya no pueden actuar prueba para contradecir la definición planteada por la Intendencia.

Asimismo, en el supuesto no consentido de que se hubiera definido un mercado relevante, el análisis de la Intendencia para el caso concreto se contrapone absolutamente con la naturaleza de los hechos investigados, que como ya dijimos no se dieron en un mercado relevante sino en el transcurso de un proceso administrativo sancionador.

De ahí que deba rechazarse de plano la aplicación del mercado relevante del expediente principal a este caso.

No obstante, en el supuesto no consentido de que se superara el argumento de la indefensión al que hacemos alusión, entonces la aplicación de la fórmula supondría un valor igual a CERO pues no existe un mercado relevante sobre el que calcular la multa.

Empezando por el volumen de ventas, el RLORCPM hace alusión al volumen de ventas del mercado afectado, es decir, debe probarse dentro del expediente que existe un mercado relevante y que ese mercado se vio afectado con la infracción, para de este modo tomar como base el volumen de ventas del mercado afectado.

Al no existir una definición de mercado relevante afectado en este caso concreto, el valor de esta variable sería cero, y así sucedería con todas las demás variables de la fórmula que dependen de la definición del mercado relevante (...)

8.2. Fórmula aplicable para el incumplimiento de una resolución de la SCPM

La primera observación que hay que hacer respecto de esta fórmula es su uso y aplicación, pues la Metodología no la propuso para ser usada para todos los casos en los que se trate de infracciones supuestamente administrativas, sino específicamente del incumplimiento de resoluciones, lo que implica que su aplicación a este caso esté vetada por un principio básico de confianza legítima, seguridad jurídica y de legalidad.

(...) 8.3. Aplicación del principio de favorabilidad para calcular la multa

Luego del análisis de las fórmulas propuestas por la Intendencia no cabe si no concluir que la metodología es inaplicable, al no haberse previsto ninguna fórmula aplicable al caso concreto. Frente a esto, más allá de que con la defensa

se ha logrado desvirtuar el supuesto engaño, en el supuesto no consentido en el que la CRPI considere que sí se cometió la infracción, solicitamos que aplique y respete sus propios precedentes⁴⁹ en los que sostiene que cuando la metodología no propone una fórmula aplicable al caso debe, en virtud del principio de favorabilidad imponer la sanción menos gravosa.

Para este caso proponemos que el importe de la multa sea calculado en base a la opción subsidiaria prevista en el art. 79 de la LORCPM, esto es, tomando como base un monto determinado de remuneraciones básicas unificadas, y no el volumen de negocios.

El principio de favorabilidad autoriza a la CRPI a aplicar la segunda opción prevista en el artículo 79 de la LORCPM, pues podría afirmarse que el volumen de negocios ha sido imposible de determinar dada su intrínseca relación con el mercado relevante.

En ese escenario, esto es, para el cálculo de la multa en base a un número determinado de remuneraciones básicas unificadas, no se puede aplicar la fórmula del artículo 9 de la Metodología, pues la fórmula también presupone la existencia de un mercado relevante (...)

Lo dicho evidencia la inaplicabilidad de la Metodología para las infracciones no realizadas dentro de un mercado relevante; de ahí que, el escenario más favorable ante la inaplicabilidad de la Metodología es que la CRPI establezca, si acaso, una multa por el monto más bajo, en este caso, el equivalente a 2001 RBU, por tratarse de una infracción grave.

Esta propuesta la hacemos de forma subsidiaria y solo para el caso en el que la CRPI rechace motivadamente cada uno de nuestros argumentos y pruebas de descargo y considere que sí se han verificado todos los elementos de la infracción, pese a la inexistencia de prueba de cargo.

6. AUDIENCIA PÚBLICA

- [73] La audiencia se llevó a cabo en el día y hora indicados, con la asistencia de los abogados defensores de los operadores económicos **CN** y **DN**, los miembros de la Comisión de Resolución en Primera Instancia y los funcionarios de la **INICAPMAPR** que intervinieron de conformidad con la normativa y procedimiento establecido sobre la materia.
- [74] El archivo multimedia que contiene la grabación de la audiencia pública consta en el expediente con número de trámite: 275470.
- [75] En el desarrollo de la audiencia la **INICAPMAPR**, en lo principal, reiteró lo manifestado en su informe final, en el cual concluyó que, de las actuaciones y elementos procesales recabados a lo largo de la investigación, **CN** y **DN** habrían incurrido en lo prescrito en el artículo 78 numeral 2, literal h., de la LORCPM, al haber suministrado información engañosa a la SCPM (actual SCE) dentro del Expediente de Investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, respecto a cuatro elementos: a) los instrumentos legales de los programas de fidelización [REDACTED] (talónario), sobre los cuales los operadores económicos indicaron en un primer momento si disponían y posteriormente excusaron no tener respaldos de los mismos; b) listado de los

colaboradores de las empresas del Grupo Económico CN que presuntamente aportaron a las iniciativas comerciales y cuyas toma de testimonio sin juramento no aportaron a la investigación; c) planimetría usada en los programas de fidelización [REDACTED] que no corresponde a los efectivamente utilizados y distorsionó el análisis de barreras de entrada; y, d) respecto al manual de operación en el contrato de franquicia [REDACTED], que fue entregado y posteriormente se indicó que no correspondía a dicho programa.

[76] La **INICAPMAPR** en el espacio de réplica hizo énfasis en el resultado dañoso que habría generado los actos de los operadores económicos investigados, a pesar de que no estaría previsto en el tipo legal. Se señaló, en cuanto a los talonarios, que se usaron 117 días término para informar que no se entregaría la información, ante lo cual se tuvo que pedir información adicional y de todas formas no se pudo contrastar con el número de socios que aceptaron su fidelización. En cuanto a los testimonios, se señala que hubo desperdicio de recursos, teniendo que requerir a otras fuentes de información. Con respecto a las planimetrías, se creyó que la información entregada el 9 de marzo era real y no había barreras de entrada, posteriormente, se superó el engaño utilizando los planogramas constantes en el manual. Finalmente, en relación al manual [REDACTED], ocurrió un engaño pues se consideró que se habría presentado el Manual constante en el [REDACTED] sin que al momento se conozca otros requisitos de este instrumento legal.

[77] La defensa legal de los operadores económicos CN y DN inició su intervención señalando que la potestad sancionatoria de la **SCE** ha caducado en razón de lo determinado en el artículo 61, esto es, que ha transcurrido más de 90 días plazo desde el fenecimiento del término de prueba, sin que se desarrolle la audiencia pública.

[78] En cuanto a los hechos sobre los que se han formulado cargos, la defensa de los operadores económicos argumentó:

- La discordancia entre lo dicho en una reunión de trabajo y la información efectivamente suministrada, no constituyen engaño, como la Intendencia ha manifestado. Las reuniones de trabajo fueron solicitadas por CN y DN, estas no constituyen suministro de información, tampoco se pueden tomar como declaraciones, pues su objetivo era aclarar dudas respecto a ciertos requerimientos, por la misma razón la Intendencia insistió que la entrega de información se realice por escrito.

El peritaje lingüístico promovido por CN y DN, ha demostrado que lo indicado en las reuniones de trabajo no es conclusivo, en cambio demuestra duda y no se deduce una mala intención. En adición, un peritaje informático determinó que los talonarios no estaban disponibles, dado el [REDACTED] del servicio de almacenamiento contratado.

En todo caso, no se imposibilitó a la Intendencia el análisis de características, composición y vigencia de los programas de CN, los operadores investigados han aportado, incluso con propuestas, por ello no son hechos controvertidos la existencia de los programas. En adición, se investigaba una conducta unilateral donde era innecesario constatar la existencia de talonarios.

No existen prueba de la intención o la voluntad de engañar a la autoridad. Se ha cumplido con el deber de colaborar y la información proporcionada ha sido útil para la investigación, como la misma Intendencia ha señalado en sus informes.

- En cuanto a la lista de colaboradores, se destaca que apenas 4 de los 29 colaboradores serían los únicos que no proporcionaron información útil, a decir de la Intendencia. En este aspecto el pedido de la Intendencia no fue claro y muy amplió, bajo esta circunstancia los investigados remitieron una información completa de todos los nombres que podrían incluirse en el requerimiento. Nuevamente, la información proporcionada fue útil y utilizada por la Intendencia, por tanto no han afectación al bien jurídico protegido. Además que, los colaboradores tienen derecho a la defensa, sus declaraciones no son imputables a la compañía.
- Sobre la planimetría, tampoco existe el elemento subjetivo de engaño. La Intendencia dice que el ejemplo del escrito de 9 de marzo de 2022 no coincide con el ejemplo que consta en el [REDACTED]. En dicha respuesta se dejó claro que se hacía referencia a un ejemplo que consta en el [REDACTED] que efectivamente así es.

En este sentido, se insiste en que los investigados fueron claros al señalar que lo propuesto es un ejemplo, no un anunciado afirmativo, así lo confirma la pericia lingüística, se demuestra que no existe ninguna discordancia entre el ejemplo y el manual. En cambio, la Intendencia no ha probado la intención o la voluntad de engañar. Queda claro que se cumplió con el deber de colaborar al entregar la información solicitada.

- Con respecto a la entrega del manual de [REDACTED], no existe engaño. En primer lugar, la Intendencia conocía el programa [REDACTED], anteriormente denominado [REDACTED] en sus diferentes versiones. En este sentido, la Intendencia requirió el manual de [REDACTED] a lo que se contestó con los documentos que contamos y que corresponden al [REDACTED], sin especificar que se trate del [REDACTED], que de hecho este programa no tuvo un manual.

El pedido de la Intendencia, según la pericia lingüística, nuevamente no es específica, ante este, con el afán de colaborar se entregó la información que se disponía, por tanto, actuando de buena fe, no se entiende como esto constituye un engaño, más aún si se considera que claramente se identifica el documento como [REDACTED]. Así, no existe ninguna prueba respecto de la intención o la voluntad de engañar, pues la Intendencia conocía de los programas. Finalmente, no ha existido un efecto dañoso, se entregó todo con lo que se contaba con respecto a [REDACTED], como la propia Intendencia lo ha reconocido. Se ha cumplido con el deber de colaboración.

[79] En el espacio de réplica, la defensa de los operadores económicos **CN** y **DN**, insistió en sus argumentos, haciendo énfasis en que los requerimientos de información de la **INICAPMAPR** han sido amplias, así también que el contrato de almacenamiento en la nube, respecto a los talonarios, no involucra a las partes investigadas y los hechos investigados no se sujetan a este elemento. En cuanto a los manuales se insistió en que la Intendencia fue informada a detalle de los programas, sus variaciones, así como la existencia de otros programas, de manera que, cuando se entregó la información con afán de colaborar nunca se aseguró que correspondiera a [REDACTED] y el propio documento no se identifica como tal. Además se refirió a su argumento de caducidad respecto a la falta de notificación para la presentación de explicaciones respecto del operador económico **DN**.

[80] En el espacio de preguntas se desarrollaron las siguientes interrogantes y respuestas:

- [81] Comisionado Carl Pfistermeister: (...) quiero referirme a los talonarios y la pregunta va hacia los operadores económicos, han mencionado pues que habido esta programación en el algoritmo de [REDACTED] que [REDACTED] quisiera que nos compartieran ¿cuál fue la fecha de destrucción de los talonarios?
- [82] Por parte de CN y DN: (...) es una fecha que no se puede determinar porque la base de datos donde se almacenaban todo, todas las digamos, todo el uso de la plataforma de [REDACTED] que incluye [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
- [83] Comisionado Pablo Carrasco: (...) quería hacer una pregunta a la defensa técnica en y esto se refiere al bien jurídico protegido cuando se establece justamente a la aplicación del 79 se establece que en este caso pues el bien jurídico protegido específico por los actos de las posibles investigaciones de supuestos actos de engaño necesariamente exigen la intencionalidad, yo le pregunto a la defensa técnica si es que ¿el interés jurídico protegido no podría ser más amplio a nivel constitucional? justamente en virtud de que ante la falta de la entrega o peor aún a una entrega engañosa de información o de engaño directamente hacia la autoridad no afecta los principios constitucionales ya establecidos justamente en la protección o del deber de tener un mercado protegido o eh incluso pues de la obligación del estado de precautelar un correcto funcionamiento del mercado.
- [84] Por parte de CN y DN: (...) dentro de la teoría del derecho administrativo sancionador, como ustedes conocen, cada infracción tutela un bien jurídico específico de manera directa y podrían existir otro tipo de bienes jurídicos que tutelados de forma indirecta, pese a esa determinación teórica bajo la cual en un caso específico del suministro de información engañosa el bien jurídico directo y principal es tutelado es el deber de colaboración, eh si podrían existir casos en los cuales como consecuencia de la transgresión de ese bien jurídico protegido puedan existir otros tipos de bienes jurídicos transgredidos, casos específicos por así decirlos en los que se tiene que determinar dentro del procedimiento administrativo la consecuencia o el acto dañino o la repercusión en otro tipo de bien jurídico por eso es que nosotros durante el procedimiento administrativo y durante esta diligencia hemos insistido en la repercusión en el daño en que es lo que se ocasionó porque si existe un daño consecuente se podría hablar de una afectación indirecta y consecuente a otro bien jurídico protegido pero en este caso no ha ocurrido (...).
- [85] Comisionado Édison Toro: «(...) entiendo que estos talonarios eran físicos ¿cierto? son documentos pequeños físicos ¿cierto? (...)».
- [86] Por parte de CN y DN: «Ehh, sí entendemos (...) [REDACTED] porque no tienen ningún valor jurídico para la compañía».
- [87] Comisionado Édison Toro: «(...) eran físicos y alguien debió tomar fotografías de cada uno de esos talonarios ¿cierto?».

[88] Por parte de CN y DN: «No necesariamente, de cada uno de los talonarios no necesariamente».

[89] Comisionado Édison Toro: «Entonces, ¿de qué talonarios se tomaban fotos?»

[90] Por parte de CN y DN: (...) [REDACTED]

[91] Comisionado Édison Toro: «¿y que hacía con los talones?»

[92] Por parte de CN y DN: [REDACTED]

[93] Comisionado Édison Toro: *De acuerdo, porque de lo que se escucha de la reunión de trabajo eh el abogado Navarrete dice que si hay talonarios que los han tenido y que se esperarían escanearlos, es decir: ¿por qué se pidió entonces ante la cantidad de talones se eh no se certificaran sino que se permitieran copias simples? Es decir: ¿Se verificó la cantidad de talonarios, de talones pues?*

[94] Por parte de CN y DN: *Ehh, lo que entendemos es que en su momento se estuvo verificando que información la información con la que se contaba primero y segundo que a esa reunión de trabajo se acudió con una propuesta que era justamente entregar la lista para reemplazar el requerimiento porque lo que estaban consultado iba a ocasionar unos gastos desproporcionados para la compañía en el supuesto de que hubiera sido posible entregar los talonarios que solicitaba.*

[95] Por parte de CN y DN: (...) [REDACTED]

[96] Comisionado Édison Toro: «¿es política desechar esos documentos de las ventas?»

[97] Por parte de CN y DN: [REDACTED]

[98] Comisionado Édison Toro: *La segunda pregunta es ehh ¿las empresas tiene una estructura orgánica que de posibilite determinar las eh las funciones que cada trabajador y cada empleado tienen dentro de la compañía? ¿posibilita que se tenga un manejo de personal sabiendo que funciones tiene a que planes y a que programas eh tienen asignadas sus funciones? ¿es posible tener eso en las empresas?*

[99] Por parte de CN y DN: «(...) por supuesto eh la empresa es una empresa que tiene designada responsabilidades, pero como toda empresa ehh tiene no siempre una misma persona hace solo una cosa (...)».

[100] Comisionado Édison Toro: «(...) pero, ¿es posible definir sobre un programa de ventas un programa de comercialización o un programa de estrategia de márketing es posible definir qué personas están atrás de esto? ¿cierto? ¿es posible?»

[101] Por parte de CN y DN: «Sí».

7. VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

7.1 De la supuesta caducidad del procedimiento

- [102] Previo a revisar el fondo del presente caso, esta Comisión considera necesario realizar el análisis correspondiente respecto de las alegaciones esgrimidas por los operadores económicos **CN** y **DN**, respecto de los supuestos vicios en el procedimiento en los que habría incurrido la **INICAPMAPR** en la sustanciación de expediente de instancia, así como la **CRPI** en la sustanciación del presente expediente.
- [103] Los operadores económicos **CN** y **DN** alegan la supuesta existencia de caducidad del procedimiento en relación con el primero de ellos, porque la **INICAPMAPR** habría emitido su resolución de inicio de la etapa de investigación por fuera del término previsto en el artículo 56 de la **LORCPM**.
- [104] Por otra parte, los operadores económicos **CN** y **DN**, además alegan que la **CRPI**, dentro del presente expediente, habría incumplido los términos legales para llevar a cabo la audiencia pública señalada en la **LORCPM**, por lo que también habría provocado que opere la caducidad de la administración dentro del presente caso.
- [105] A continuación procederá a revisar y considerar las distintas alegaciones realizadas a la luz de las actuaciones obradas dentro de los respectivos expedientes y la normativa legal vigente.

De las actuaciones de la INICAPMAPR

- [106] Al respecto, esta Comisión precediere a analizar la normativa vigente y posteriormente revisará las distintas actuaciones procesales contenidas tanto la **LORCPM** como en el **IGPA**:
- [107] Los artículos 55 y 56 de la **LORCPM**, prescriben:

Art. 55.- Calificación de la denuncia.- Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si la denuncia no cumpliere los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciere dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo.

Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días.

Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley.

Art. 56.- Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario.

El procedimiento de investigación se registrará por las disposiciones constantes en la sección primera del presente capítulo.

El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas.

Cuando la investigación se refiera a entidades del Sistema Financiero Nacional, obligatoriamente deberá contarse con la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en sus ámbitos.

[108] En adición, el artículo 58 del **IGPA**, dispone:

***Art. 58.- Procedimiento General Para la Sustanciación y Aplicación de Sanciones No Derivadas de Conductas Anticompetitivas.-** (Sustituido por el Art. 4 de la Res. SCPM-DS2021-01, R.O. 374-S, 20-I-2021).- Ante el presunto cometimiento de una de las infracciones tipificadas en la LORCPM, que por su naturaleza no constituya una conducta anticompetitiva, la Intendencia respectiva emitirá un informe motivado, el cual será puesto en conocimiento del Intendente General Técnico (...)*

(...) La Intendencia General Técnica, en el término de tres (3) días de recibido el informe, autorizará la apertura del expediente y el inicio del procedimiento de investigación conforme las normas del Capítulo V, Sección 2a. de la LORCPM.

Conforme lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM, una vez abierto el expediente, la Intendencia en el término de tres (3) días correrá traslado al presunto o presuntos responsables con el informe de presunción del cometimiento de una infracción, a fin de que presente(n) explicaciones en el término de quince (15) días.

Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación, en el término de diez (10) días, se pronunciará mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación, o de ser el caso, su archivo.

[109] Es decir, conforme con las normas transcritas, la **INICAPMAPR** debe trasladar el conocimiento del presunto cometimiento de infracciones, mediante un informe. Sobre la base de aquél, el Intendente General Técnico debe pronunciarse, en el término de tres días, acerca de la autorización de apertura del respectivo expediente.

[110] Posteriormente, la **INICAPMAPR**, luego de proceder con la avocación de conocimiento del expediente autorizado, en el término de 3 días, debe correr traslado con el respectivo informe a las personas jurídicas presuntas responsables.

[111] La traslación del informe a los presuntos implicados en una supuesta infracción culmina con la notificación a éstos de un acto administrativo (resolución de apertura de un expediente) y sus anexos (en este caso el respectivo informe).

[112] Una vez efectuada la notificación, los presuntos implicados cuentan con hasta un término de 15 días para presentar las explicaciones que consideren oportunas. Aun cuando los presuntos implicados en una infracción no presenten explicaciones, el procedimiento podría continuar en rebeldía.

- [113] Finalmente –en relación con el inicio de la fase de investigación en este caso- el órgano de investigación competente, en este caso la **INICAPMAPR**, luego del agotamiento de los 15 días término de presentación de explicaciones, en el término de 10 días, debe pronunciarse acerca del inicio de la investigación o el archivo de la causa.
- [114] A continuación, serán revisadas las actuaciones realizadas dentro del expediente de instancia:

De las primeras actuaciones

- [115] En el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, consta el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008, signado con trámite I.D.: 234640, anexo I.D.: 432114, datado el 12 de abril de 2022, respecto de la posible infracción al artículo 78, numeral 2, literal h) de la **LORCPM** y por el que la **INICAPMAPR** solicita la autorización correspondiente para la apertura del expediente de investigación. El asunto de este documento muestra:

Informe sobre la posible infracción al artículo 78, numeral 2, literal h), de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por parte de los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., DINADEC S.A., y BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A., en el expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.

- [116] Mientras que en su sección más pertinente para esta fase de análisis se señala:

Que en el marco de las atribuciones, se autorice el inicio del expediente de investigación de oficio, conforme las normas del Capítulo V, Sección II, de la LORCPM, en contra de los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A.; BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A.; y, DINADEC S.A., por la entrega de información engañosa o falsa, respectivamente.

- [117] En el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, consta el Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-073, signado con trámite I.D.: 234640, anexo I.D.: 432114. El asunto de ese documento muestra:

«Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 referente al presunto cometimiento de una infracción a la LORCPM».

- [118] Mientras que su sección más pertinente, para esta fase de análisis, indica:

En atención a lo dispuesto en el artículo 58 de la Resolución No. SCPM-DS-2021-17 de 17 de mayo de 2021, mediante la cual se reformó el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remito en adjunto y pongo en su conocimiento, el informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 de 12 de abril de 2022, y anexos, referente al presunto cometimiento por parte de CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., DINADEC S.A., y BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A. de la infracción tipificada en el artículo 78 numeral 2, literal h) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a fin de que conforme la normativa citada ut supra, se proceda con la autorización de la apertura del expediente correspondiente.

- [119] En el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, consta una captura de pantalla del Sistema Integral de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Módulo Gestor Procesal, que da cuenta de las comunicaciones mantenidas entre la **INICAPMAPR** y la **IGT**, durante el lapso del 13 al 18 de abril de 2022.
- [120] En la misma se aprecia que el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008, fue enviado por la **INICAPMAPR**, el 13 de abril de 2022. Además se aprecia que el 18 de abril de 2022, la **IGT**, se manifiesta de la siguiente manera:

«Estimada Intendente, su solicitud ha sido autorizada. Por favor emprender el trámite correspondiente y cuidar el debido proceso».

- [121] Es decir, según el artículo 58 del **IGPA**, la **IGT** podía pronunciarse acerca de la aprobación de la apertura del expediente y el inicio del procedimiento de investigación hasta el 19 de abril de 2022.
- [122] Por tanto, la **CRPI** encuentra cumplimiento pleno del artículo 58 del **IGPA**, hasta esta fase del procedimiento de inicio de la investigación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, porque la autorización para la apertura del respectivo expediente fue emitida dentro del término previsto en la norma.

De la primera notificación

- [123] La continuación del análisis de legalidad de la apertura de la etapa de investigación, conduce a analizar la emisión del acto administrativo de avocación, su traslación, las respectivas notificaciones, las explicaciones y la resolución de inicio de la investigación como tal.
- [124] En el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, consta la providencia de 20 de abril de 2022, en la misma se dispuso:

2.1. Iniciar y avocar conocimiento del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022.

(...) 2.2. Correr traslado a los operadores económicos: i) CERVECERÍA NACIONAL CN S.A.; ii) DINADÉC S.A.; y, iii) BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A. con el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 y anexos, a fin de que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, remitan las explicaciones de las cuales se crean asistidos.

- [125] A continuación en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 constan dos juegos de boletas de notificación. Cada juego está compuesto por una boleta para cada operador económico al que se le corrió traslado con el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 y sus anexos.
- [126] Dentro del primer juego de boletas, se tiene el siguiente detalle:
- [127] Boleta de notificación a **DN**, con con trámite I.D.: 235452, anexo I.D.: 434092. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 vía a Daule, calle Rosavin y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional CN S.A., cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[128] La boleta de notificación a **DN** cuenta con una fe de recepción compuesta por un nombre [REDACTED] un número de cédula, la palabra recepción, la fecha y la hora (22 de abril de 2022, 11:47), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[129] Boleta de notificación a **CN**, con con trámite I.D.: 235455, anexo I.D.: 434093. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 ½, calle Cobre s/n entre Av. Río Daule y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[130] La boleta de notificación a **CN** cuenta con una fe de recepción compuesta por un nombre [REDACTED] un número de cédula, la palabra recepción, la fecha y la hora (22 de abril de 2022, 11:47), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[131] Boleta de notificación a **BBPC**, con con trámite I.D.: 235458, anexo I.D.: 434095. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 ½ vía a Daule, calle Cobre s/n y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[132] La boleta de notificación a **BBCP** cuenta con una fe de recepción compuesta por un nombre [REDACTED], un número de cédula, la palabra recepción, la fecha y la hora (22 de abril de 2022, 11:47), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[133] Dentro del segundo juego de boletas, se tiene el siguiente detalle:

[134] Boleta de notificación a **DN**, con con trámite I.D.: 235556, anexo I.D.: 434387. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 vía a Daule, calle Rosavin y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional CN S.A., cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[135] La boleta de notificación a **DN** cuenta con una fe de recepción compuesta por un nombre [REDACTED], un número de cédula, la palabra recepción, la fecha y la hora (25 de abril de 2022, 11:05), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[136] Boleta de notificación a **BBPC**, con con trámite I.D.: 235557, anexo I.D.: 434388. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 ½ vía a Daule, calle Cobre s/n y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[137] La boleta de notificación a **BBCP** cuenta con una fe de recepción compuesta por un nombre [REDACTED] un número de cédula, la palabra recepción, la fecha y la hora (25 de abril de 2022, 11:05), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[138] Boleta de notificación a **CN**, con con trámite I.D.: 235558, anexo I.D.: 434394. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 ½, calle Cobre s/n entre Av. Río Daule y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[139] La boleta de notificación a CN cuenta con una fe de recepción compuesta por un nombre [REDACTED], un número de cédula, la palabra recepción, la fecha y la hora (25 de abril de 2022, 11:05), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[140] Inmediatamente después en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 aparece una razón de notificación. Ésta consiste en una certificación, avalada por Arleth Duque, Secretaria de Sustanciación del expediente en referencia, en los siguientes términos:

RAZÓN.- Siento por tal que, a los 22 y 25 días del mes de abril de 2022, se notificó la Providencia de 20 de abril de 2022, a las 12h25, mediante boleta de notificación al operador económico CERVECERIA NACIONAL CN S.A., en la dirección: Kilómetro 16 Y2 calle Cobre sin entre Av. Río Daule y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia Guayas. **CERTIFICO.-**

RAZÓN.- Siento por tal que, a los 22 y 25 días del mes de abril de 2022, se notificó la Providencia de 20 de abril de 2022, a las 12h25, mediante boleta de notificación al operador económico BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A., en la dirección: Kilómetro 16 Y2 vía a Daule, calle Cobre s/n y Av. Pascuales, en el cantón Guayaquil, de la provincia Guayas. **CERTIFICO.-**

RAZÓN.- Siento por tal que, a los 22 y 25 días del mes de abril de 2022, se notificó la Providencia de 20 de abril de 2022, a las 12h25, mediante boleta de notificación al operador económico DINADEC. S.A., en la dirección: Kilómetro 16 vía a Daule, calle Rosavin y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional CN S.A., cantón Guayaquil, de la provincia Guayas. **CERTIFICO.-**

[141] Con la asunción de notificación a los operadores económicos los días 22 y 25 de abril de 2022, éstos contaban con un plazo máximo de presentación de explicaciones que se cumplió el 17 de mayo de 2022.

[142] Inmediatamente después en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, el 17 de mayo reposa un escrito, signado con trámite I.D.: 237352, anexo I.D.: 438465, firmado por Juan Pablo Roa, quien comparece en calidad de apoderado de los operadores económicos CN y BBPC, y manifiesta –entre otras aseveraciones- las siguientes afirmaciones:

1. Consideraciones preliminares: Falta de notificación a DINADEC:

Previo a pronunciarme sobre el contenido del Informe, resulta necesario señalar que la providencia del 20 de abril de 2022, el Informe y sus anexos, no fue notificado, en legal y debida forma, a todos los sujetos investigados dentro del presente procedimiento.

Tanto del contenido de la providencia del 20 de abril de 2022, como del Informe, se puede colegir que el presente expediente administrativo ha sido iniciado contra:

- Cervecería Nacional CN S.A. (en adelante referida simplemente como CN);

- *Beverage Brand & Patents Company BBPC S.A. (en adelante referida simplemente como BBPC); y,*
- *DINADEC S.A. (en adelante, DN).*

Este hecho determina que, siendo tanto CN como DINANDEC y BBPC los sujetos investigados dentro del presente procedimiento, cada uno de estos sujetos, individualmente considerados, debían y deben ser notificados con la providencia del 20 de abril de 2022, el Informe y sus Anexos; notificación que adquiere un matiz particular en el presente caso, debido a la trascendental importancia que para efectos de un pleno y adecuado ejercicio del derecho a la defensa tiene la notificación de dichos documentos, por ser precisamente los que se dan inicio al procedimiento, y a través de los cuales se pone en conocimiento de los sujetos investigados, por primera vez, la existencia, objeto, alcance y fundamentos de la investigación.

En el presente caso, sin embargo, la adecuada, debida y legal notificación a todos los sujetos investigados, individualmente considerados, no se habría verificado, toda vez que, pese a que CN y BBPC sí fueron notificados con los documentos en mención mediante boletas entregadas en su domicilio el 22 y 25 de abril de 2022, la compañía DN no lo fue, pues las boletas de notificación a ella dirigida fueron indebidamente entregadas en la dirección domiciliaria de CN a empleados de ésta. La dirección domiciliaria de DN constaba en la misma boleta, pero, a pesar de eso, no fue entregada en dicho domicilio, sino en el de CN, tal como se podrá constatar en el expediente administrativo.

(...) Como se puede apreciar en la imagen, el contenido de las boletas especifica que la dirección de DN es diagonal a las instalaciones de CN, y a pesar de esto fueron entregadas en una dirección equivocada y a personal que no pertenece a DN.

Ahora bien, esta falta de diligencia al momento de practicar la notificación, que derivó en que las boletas no sean entregadas a su destinatario en el lugar previsto para el efecto, tiene una incidencia directa sobre la validez del presente procedimiento, toda vez que si para efectos procedimentales DN no ha sido aun válidamente notificada, el presente procedimiento no podría continuar sustanciándose, pues lo contrario implicaría privar a este sujeto de la oportunidad de ejercer su legítimo derecho a la defensa .

Y es que, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional, una de las principales actuaciones a través de las cuales se garantiza el efectivo goce y ejercicio del derecho a la defensa es el acto de notificación, pues es precisamente a través de este acto que las partes de un procedimiento advierten su existencia y toman conocimiento de las decisiones que dentro del mismo se adoptan. Este se constituye en un elemento sustancial y requisito indispensable para el pleno ejercicio del derecho a la defensa, pues solo a través de este se podría asegurar un goce pleno de cada una de las garantías que constituyen el derecho a la defensa.

Ahora bien, sin perjuicio de lo antes anotado, y de la importancia sustancial otorgada por nuestro sistema procesal y constitucional al acto de notificación, es necesario tomar en consideración que, de conformidad con lo previsto en la

jurisprudencia constitucional ecuatoriana,² no toda falta de notificación genera de por sí una vulneración al derecho a la defensa, toda vez que existirán situaciones particulares y excepcionales en las que, pese a no existir tal notificación, la intensidad de la afectación generada no es suficiente para lesionar el núcleo esencial del derecho a la defensa y generar así una obligación de tutela o reparación.

En tal sentido, la falta de notificación dentro de un procedimiento sea este administrativo o judicial, vulnera el núcleo esencial del derecho a la defensa y por ende genera una obligación de tutela o reparación cuando: (i) no se haya notificado una actuación procesal; (ii) la actuación procesal no notificada sea relevante procesalmente; y, (iii) la falta de notificación haya generado indefensión.

En el presente caso, se cumplirían los dichos requisitos por cuanto:

- i. El haber entregado las boletas de notificación dirigidas a DN en las instalaciones de CN y a funcionarios dependientes de ésta, implica una omisión de notificación, con lo que se cumple el primer requisito.*
- ii. Los documentos que no se habrían notificado, esto es, la providencia de 20 de abril con el que se da apertura al expediente, adjuntando el Informe y sus anexos sobre los que se sustenta el expediente, son actuaciones de suma relevancia en el proceso, pues son precisamente los documentos donde constan las acusaciones vertidas en contra de DN y que, en ejercicio de su derecho a la defensa, deberá desvirtuar, cumpliéndose el segundo requisito; y,*
- iii. Esta falta de notificación genera una situación de indefensión en DN, toda vez que al no advertir ni la existencia del procedimiento ni el contenido y fundamento de las acusaciones vertidas en su contra, no solo que no contaría con los medios adecuados para ejercer su defensa, sino que ni siquiera se le daría la oportunidad de ser escuchado oportunamente, con lo que se cumple el tercer requisito establecido por la ce.*

Por lo anterior, resulta indispensable que se ordene la notificación inmediata a DN en su domicilio social con la providencia del 20 de abril de 2022, el Informe y sus anexos. De igual manera, y como consecuencia de aquello, se deberá disponer que el término de 15 días para la presentación de explicaciones para todos los investigados se contabilice de manera conjunta desde la fecha de la última notificación practicada.

[143] Es decir, a criterio del apoderado de CN y BBPC, a la fecha de 17 de mayo de 2022, la compañía **DN** no habría sido notificada adecuada, debida y legalmente, porque a los operadores económicos **CN** y **BBPC**, sí se les habría notificado en sus domicilios, mientras que la notificación a **DN** habría sido entregada en la dirección domiciliaria de **CN**, a empleados de ésta, a personal que no pertenece a **DN**.

[144] El apoderado afirma además que la equivocación en la notificación podrá ser constatada en el expediente, para lo cual exhibe la dirección de notificación de las boletas dirigidas a **DN**, que ya ha sido mostrada en esta Resolución.

De la Providencia de 19 de mayo de 2022

- [145] A continuación en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, aparece una providencia, fechada el 19 de mayo de 2022.
- [146] En primera instancia, mediante esa providencia se agrega el escrito presentado por el apoderado de **CN** y **BBPC**, y se apunta a que el mismo será tomado en cuenta por haber sido presentado dentro del término conferido a través de la providencia de 20 de abril de 2022, como se puede apreciar seguidamente:

***PRIMERO.-** Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito de explicaciones y anexos, ingresados en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 17 de mayo de 2022, a las 14h23, signado con el número de trámite ID 237352, suscrito por Juan Pablo Roa, en calidad de Apoderado, conjuntamente con Marco Elizalde Jalil, en calidad de abogado patrocinador, de los operadores económico CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., y BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A., en atención al mismo:*

1.1. Téngase en cuenta el escrito de explicaciones, por haber sido presentado dentro del término legal conferido, conforme el artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (IGPA), en concordancia con lo prescrito en el artículo 55 in fine del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado (RALORCPM).

- [147] En segunda instancia, la **INICAPMAPR**, admite que el apoderado de los operadores **CN** y **BBPC**, también es Secretario de Representación de **DN**, y por tanto representante legal de **CN**, **BBPC**, y **DN**; y también admite que la información de notificación a las tres compañías es la misma, y que el apoderado tendría pleno conocimiento de las notificaciones; además dispone que se practique una nueva notificación a **DN**, tal como se exhibe ulteriormente:

1.2. En virtud de lo indicado en el ordinal 1, del escrito que se agrega, esta Autoridad indica lo siguiente:

*1.2.1. Sin perjuicio de que es público y notorio, conforme consta en fuentes públicas, el señor JUAN PABLO ROA, quien suscribe el escrito de explicaciones que se agrega en el presente ordinal, a más de ser apoderado especial de **CN** y **BBPC**, también es Secretario de Representación de **DINADEC S.A.**, siendo representante legal de ésta; y, por tanto, al ser representante de las tres empresas, tendría pleno conocimiento de la información con la cual se corrió traslado a los tres operadores económicos que conforman el Grupo Económico **CN**, información que **es la misma** y fue enviada a las tres empresas del Grupo.*

*Esta Autoridad para salvaguardar el derecho al debido proceso **dispone que se notifique nuevamente al operador económico **DINADEC S.A.**, con el Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 y anexos, a fin de que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, remita las explicaciones de las cuales se crea asistido.***

(...) 1.2.2. Con base en lo expuesto en el ordinal PRIMERO de la presente providencia, remítase atento memorando a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Regional, a fin de poner en su conocimiento sobre la falta de

notificación al operador económico DINADEC S.A., en el presente expediente, a efectos de que dichas autoridades tomen las acciones y correctivos correspondientes.

[148] Más adelante, en la misma providencia, acerca de las notificaciones, se declaró:

1.2.3. En virtud de lo expuesto en el párrafo in fine del ordinal 1, del escrito que se agrega, que en su parte pertinente indica:

(...) De la normativa expuesta y lo abordado en el presente ordinal se colige lo siguiente: i) la norma no prevé la posibilidad de presentar, nuevamente, explicaciones una vez fenecido el término de quince (15) días, toda vez que opera la preclusión; ii) los efectos jurídicos y términos conforme lo prescrito en el COA, surten efecto y se computan desde la notificación a las partes; iii) los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A., fueron notificados; iv) los operadores económicos notificados presentaron sus explicaciones en el término correspondiente y las mismas han sido tomadas en cuenta; y, v) no existe norma que avale el disponer un término adicional de quince (15) días para que los operadores económicos que sí fueron notificados y sí presentaron sus explicaciones, nuevamente, presenten las mismas.

[149] Posteriormente, en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 aparecen dos boletas de notificación a **DN**, con las siguientes características:

[150] Boleta de notificación a **DN**, con con trámite I.D.: 237785, anexo I.D.: 439317. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 vía a Daule, calle Rosavin y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional CN S.A., en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[151] La boleta de notificación a **DN** cuenta con una aparente fe de recepción compuesta por un sello, un nombre [REDACTED], un número de cédula, sin la palabra recepción, cargo y la fecha (20 de mayo de 2022), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[152] Boleta de notificación a **DN**, con con trámite I.D.: 237895, anexo I.D.: 439549. La dirección de notificación es:

«Kilómetro 16 vía a Daule, calle Rosavin y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional CN S.A., en el cantón Guayaquil, de la provincia del Guayas».

[153] La boleta de notificación a **DN** cuenta con una aparente fe de recepción compuesta por un sello poco legible, un nombre poco legible, un número de cédula, sin la palabra recepción, la fecha (24 de mayo de 2022), y con un sello de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[154] Inmediatamente después en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 aparece una razón de notificación. Ésta consiste en una certificación, avalada por Cristina Tamayo, Secretaria de Sustanciación del expediente en referencia, en los siguientes términos:

RAZÓN.- *Siento por tal que, a los 20 y 24 días del mes de mayo de 2022, se notificó la providencia de 19 de mayo de 2022, a las 10h58, mediante boleta de notificación al operador económico DINADEC S.A., en la dirección Kilómetro*

*16 Vía a Daule, calle Rosavinn y calle Cobre, diagonal a Cervecería Nacional,
en el cantón Guayaquil, de la provincia Guayas. **CERTIFICO.-***

- [155] Finalmente, en relación con el inicio de la fase de investigación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, la **INICAPMAPR**, dio inicio a la misma mediante la resolución de 28 de junio de 2022.

Consideraciones de la CRPI

- [156] La **CRPI**, al atender la alegación de los operadores **CN** y **DN**, materia de análisis de esta sección de la presente Resolución, encuentra cómo forma posible de materialización de la misma, la emisión de la providencia de 19 de mayo de 2022, por tal razón, analizará las actuaciones de la **INICAPMAPR**, en ese momento, y en otros futuros momentos procesales puntuales del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022.
- [157] Ahora bien, la disposición de nueva notificación realizada mediante la providencia de 19 de mayo de 2022, está basada únicamente sobre la explicación del apoderado de **CN** y **BBPC**. Esta Comisión considera que la **INICAPMAPR** pudo haber basado su juicio en otros elementos, conjuntamente con la explicación aportada por los presuntos implicados **CN** y **BBPC**.
- [158] En ese momento procesal específico, la **INICAPMAPR** contaba con las boletas de dos juegos de notificación a los operadores económicos **CN**, **BBPC**, y **DN**. Cada una de éstas registraba una dirección distinta, respectiva a cada operador, y una fe de recepción que simboliza una aceptación absoluta de la notificación a cada presunto implicado.
- [159] En ninguna de esas boletas consta una reclamación, ajuste o enmienda acerca del lugar de notificación.
- [160] Por otro lado, la **INICAPMAPR** contaba con la certificación de notificación de esas boletas, misma que está avalada por la secretaria de sustanciación del caso, a esa fecha.
- [161] De forma adicional, la **CRPI** indica que el presente expediente tiene su origen en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, el segundo de éstos es considerado como el expediente principal, procedimiento en el que se investigó conductas de abuso de poder de mercado, y en el que supuestamente se habría suministrado información engañosa o falsa.
- [162] Es decir, la **INICAPMAPR** contaba con los registros del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, cuyos investigados eran **CN**, **BBPC**, y **DN**, cuya primera actuación tuvo lugar mediante la notificación de una denuncia clara y completa, por dos ocasiones en las direcciones domiciliarias de los operadores económicos **CN**, **BBPC**, y **DN**. Las direcciones de las boletas de notificación de esa primera actuación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, son las mismas que las direcciones de las boletas de la providencia de 20 de abril de 2022, del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022.
- [163] Concomitantemente, la **INICAPMAPR** pudo haber analizado la explicación relativa a **DN**, a la luz de la Sección IV, el Código Orgánico Administrativo, denominada convalidación del acto administrativo, cuya sección pertinente señala lo siguiente:

«Artículo 110.- Reglas generales de convalidación. El acto administrativo con vicios subsanables se considera convalidado cuando, previa rectificación de los

vicios, conste en el expediente la declaración de la administración pública, en este sentido o por preclusión del derecho de impugnación».

(...) »Artículo 114.- Convalidación por preclusión. Se produce la convalidación del acto administrativo con vicios subsanables por preclusión del derecho de impugnación en los siguientes casos»:

»1. La notificación viciada se convalida cuando el interesado ha realizado actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance del acto objeto de la notificación o interponga cualquier impugnación, respecto del acto al que se refiera la notificación».

- [164] Una vez invocados la alegación de los operadores **CN** y **DN**, las actuaciones de la **INICAPMAPR**, durante la etapa de evaluación de apertura de la investigación y otros elementos indicados anteriormente, esta Comisión señala que al momento procesal 20 de mayo de 2022, dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, salvo la explicación relativa a **DN**, no existe un solo elemento que permita presumir siquiera que se hubo efectuado las notificaciones de la providencia de 20 de abril de 2022, a sus presuntos implicados, de forma inadecuada, indebida o ilegal.
- [165] Las boletas de notificación de 22 y 25 de abril de 2022, dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, relacionadas con cada operador económico, son tan similares en sus características más importantes, que esta autoridad no logra determinar que unas en relación con otras sean correctas o incorrectas. La línea de esa lógica permite concluir que todas las boletas son correctas o todas las boletas son incorrectas.
- [166] Las direcciones de las boletas de la primera actuación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, son las mismas que las direcciones de las boletas de la primera actuación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022. En el expediente principal, aquel en el cual se habría configurado la suministración de información engañosa o falsa, no se contó con reclamación alguna por parte de **CN**, **BBPC**, y **DN**, que apuntara a posibles vicios en la notificación de su respectiva providencia inicial.
- [167] La comparecencia del apoderado de **CN** y **BBPC**, Juan Pablo Roa, a la fecha de 17 de mayo de 2022, implicó una referencia a la notificación a **DN**. El apoderado afirmó que **DN**, no fue notificado adecuada, debida y legalmente, porque a los operadores económicos **CN** y **BBPC**, sí se les habría notificado en sus domicilios, mientras que la notificación a **DN**, habría sido entregada en la dirección domiciliaria de **CN**, a empleados de ésta, a personal que no pertenece a **DN**. En su comparecencia, el señor Roa, además afirmó que **DN**, no fue notificado válidamente.
- [168] La lógica de las actuaciones del apoderado de **CN** y **BBPC**, implican que si el señor Roa, explicó que **DN**, no fue notificado en su dirección domiciliaria, fue porque tuvo conocimiento de la boleta de notificación, ergo, señalar lo contrario -que no tuvo conocimiento de la notificación de la providencia del 20 de abril de 2022- resulta incoherente. Si fuese al contrario, no habría habido pronunciamiento alguno que involucrara a **DN**, durante la presentación de las explicaciones de los operadores **CN** y **BBPC**.
- [169] Por tanto, al momento en el que la **INICAPMAPR**, reconoce que el señor Juan Pablo Roa, también es representante legal de **DN**, ya contó con los elementos necesarios y suficientes para aplicar el artículo 114 del Código Orgánica Administrativo, y declarar la convalidación de la supuesta notificación viciada -vicio que como ya se ha expuesto, no existe en el expediente

SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 al momento procesal de la emisión del acto administrativo de inicio de investigación o de archivo de la causa.

- [170] Momentos procesales más adelante, una vez que constaron las boletas de notificación de la providencia de 19 de mayo de 2022, en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, la **INICAPMAPR** pudo haberse percatado de que son esencialmente las mismas que las boletas de la providencia de 20 de abril de 2022. En este mismo sentido, la certificación de notificación a **DN**, de las boletas de la providencia de 19 de mayo es esencialmente igual a la certificación de notificación de la providencia de 20 de abril de 2022, ergo, siguiendo la línea de acción de la **INICAPMAPR**, ésta debió haber dispuesto una nueva notificación a **DN** -por tercera vez-, o alternativamente, haber declarado válidas las notificaciones de ambas providencias en mención.
- [171] Finalmente, y aunque en un momento procesal distante de la fase de inicio de la investigación, la **INICAPMAPR** debilita todavía más la explicación del señor Roa, en cuanto a la argumentación que indicó acerca del operador económico **DN**. En el informe final de investigación, la **INICAPMAPR** sostiene:

[258] Mediante providencia de 20 de abril de 2022, a las 12h25, BBPC y CN, conforme consta de los medios de verificación fueron notificados el 22 y 25 de abril de 2022 con el Informe respectivo. Por tanto, el término para que remitan sus explicaciones feneció el 17 de mayo de 2022, fecha en la cual remitieron las explicaciones, mediante escrito de 17 de mayo de 2022, a las 14h23, signado con ID 237352. En el mismo exponen que DINADEC no habría sido notificada, en los siguientes términos:

“[l]a compañía DN no lo fue, pues las boletas de notificación a ella dirigida fueron indebidamente entregadas en la dirección domiciliaria de CN a empleados de ésta. La dirección domiciliaria de DN constaba en la misma boleta, pero, a pesar de eso, no fue entregada en dicho domicilio, sino en el de CN, tal como se podrá constatar en el expediente administrativo. [...]” (Énfasis añadido).

[259] Es decir, como lo exponen los propios operadores económicos el Informe del cual debían presentar sus respectivas explicaciones habría sido recibido por “empleados de CN”, no de DINADEC.

[260] En la misma línea, cabe señalar que el escrito de explicaciones presentado por CN y BBPC, fue suscrito por Juan Pablo Roa, quien a la fecha, conforme consta de la información pública de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁵⁰, a su vez era representante legal interino, de DINADEC. Es decir, el Representante Legal Interino de DINADEC, Juan Pablo Roa, es quien informó que DINADEC, supuestamente, no habría sido notificada y que las boletas fueron recibidas en la dirección de CN por funcionarios de CN.

[261] Sin embargo, de los medios de verificación consta que las boletas de DINADEC, remitidas supuestamente a otra dirección, fueron recibidas por [REDACTED] quien según los propios operadores económicos, era un colaborador que no pertenece a DINADEC, sino a CN. Es así que, mediante providencia de 19 de mayo de 2022, a las 10h58, esta Autoridad, en el ordinal PRIMERO dispuso:

“[...] Esta Autoridad para salvaguardar el derecho al debido proceso dispone que se notifique nuevamente al operador económico DINADEC S.A., con el

Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-008 y anexos, a fin de que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, remita las explicaciones de las cuales se crea asistido. [...]” (Énfasis añadido).

(...) [263] De lo indicado, es imperativo mencionar que, en aras de contar con más información, esta Autoridad, en Resolución de 28 de junio de 2022, a las 17h11, dispuso:

“Solicítese a los operadores económicos DINADEC S.A., BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A., y CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., que en el término de cinco (05) días, contados a partir de la notificación con la presente Resolución, presenten a esta Autoridad la siguiente información: Un listado de todos los colaboradores que trabajan en relación de dependencia de sus representadas, indicando: i) nombre y apellidos; ii) datos de contacto; iii) cédula de ciudadanía; iv) para qué empresa del Grupo Económico CN trabajan y; v) tiempo de ejercicio en su cargo, durante el periodo 2022”.

(...) [265] Como se evidencia, [REDACTED] quien recibió las boletas de notificación de DINADEC, es colaborador de DINADEC y no de CN. Es decir, la realidad material difiere con lo expresamente indicado por los operadores económicos.

- [172] Por tanto, según los elementos del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, no sólo que se notificó debidamente la providencia de 20 de abril de 2022, sino que la notificación fue recibida por un empleado de **DN**, situación que refuerza más el hecho de que tal notificación se realizó en debida forma.
- [173] Dado que para esta Comisión, la notificación de la providencia de 20 de abril de 2022, dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, se realizó adecuadamente mediante las boletas de 22 y 25 de abril, se entiende que la disposición de esa misma providencia, aquella de contar 15 días término, desde la notificación a los presuntos implicados, y el posterior conteo de 10 días término, fenecido el término inicial, según el artículo 58 del **IGPA**, estuvo vigente hasta el 1 de junio de 2022, situación que contradice el hecho que la resolución de inicio de investigación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 haya sido emanada el 28 de junio de 2022.
- [174] Es decir, debido a que la **INICAPMAPR**, mediante el acto administrativo de 28 de junio de 2022, se apartó del cumplimiento del artículo 58 del **IGPA**, se apartó de la observancia del artículo 56 de la **LORCPM**, se apartó de sus propias disposiciones de la providencia de 20 de abril de 2022, inobservó los elementos de los expedientes SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 y SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022 para valorar un posible vicio en la notificación –o alternativamente, se apartó de la aplicación del artículo 114 del Código Orgánico Administrativo, en caso de que haya considerado que existía un vicio en la notificación-, esta Comisión admite la alegación relacionada con la operación de la caducidad del procedimiento SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, dado que todas las actuaciones procesales de ese expediente, posteriores al 1 de junio de 2022, tuvieron lugar en momentos procesales *exolegales*.

7.2 De la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de la CRPI

[175] Durante la audiencia pública correspondiente al presente expediente, los operadores económicos CN y DN manifestaron que la potestad sancionatoria de la SCE ha caducado, en razón de lo determinado en el artículo 61 de la LORCPM, esto es, que ha transcurrido más de 90 días plazo desde el fenecimiento del término de prueba, sin que se desarrolle la audiencia pública o se resuelva la causa.

[176] En cuanto a esta misma alegación, CN y DN expresaron, mediante su escrito de 7 de junio de 2023, signado con trámite I.D.: 275062 y anexo I.D.: 43514, la siguiente argumentación:

1. El 28 de junio de 2022 fuimos notificados con el acto de inicio del procedimiento administrativo sancionador No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022.

2. De conformidad con lo estipulado en el art. 59 LORCPM, el 19 de octubre de 2022 se inició el término de prueba por 60 días. Este término venció el 18 de enero de 2023.

3. El 17 de enero de 2023 se extendió el término de prueba por 30 días adicionales, contados a partir del fenecimiento del término inicial. Este término venció el 6 de marzo de 2023.

4. El 7 de marzo de 2023 la INICAPMAPR emite una providencia informando la conclusión del término probatorio dentro del expediente.

5. Respecto del plazo máximo para resolver, el art. 61 de la LORCPM establece:

Art. 61.- Una vez efectuada la audiencia o **concluido el término de prueba**, el órgano de resolución de la Superintendencia de Competencia Económica **dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días.** (el resaltado me pertenece).

6. En virtud de lo anterior, el plazo máximo que tenía la autoridad para resolver el presente expediente es de 90 días desde la conclusión del término de prueba, salvo que, dentro de ese mismo plazo, se efectúa la audiencia correspondiente, en cuyo caso, el plazo de 90 días empezaría a contar desde la fecha de la audiencia.

7. En el presente caso, **la autoridad debió hasta el 05 de junio de 2023:**

a. Dictar la resolución; o, b. Efectuar la audiencia. En este escenario, según el artículo citado, el plazo máximo para resolver se extendía por 90 días adicionales desde la fecha de la audiencia.

8. Sin embargo, mediante providencia de 01 de junio de 2023; 15:05, la CRPI decide:

CONVOCAR a los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y DINADec DN S.A., así como a la INICAPMAPR, a la celebración de una audiencia pública, por vía telemática, **el 8 de junio de 2023, a las 10:00** (...) (el resaltado es mío)

9. Es decir, hasta el 05 de junio de 2023 la SCPM no dictó la resolución o efectuó la audiencia.

10. Habiendo transcurrido el plazo máximo sin una respuesta de la SCPM, opera la caducidad de la potestad administrativa sancionadora, según lo estipulado en el art. 244 del COA, que dice:

Art. 244.- Caducidad de la potestad sancionadora. La potestad sancionadora caduca cuando la administración pública no ha concluido el procedimiento administrativo sancionador en el plazo previsto por este Código. Esto no impide la iniciación de otro procedimiento mientras no opere la prescripción.

Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del inculpado, una certificación en la que conste que ha caducado la potestad y se ha procedido al archivo de las actuaciones.

En caso de que la administración pública se niegue a emitir la correspondiente declaración de caducidad, el inculpado la puede obtener mediante procedimiento sumario con notificación a la administración pública.

11. Como conoce esta autoridad, la caducidad: (i) ocurre por el mero paso del tiempo, (ii) opera de puro derecho y (iii) no admite interrupciones, y así lo ha considerado la Corte Nacional de Justicia en sus sentencias, especialmente en la resolución emitida dentro del proceso No. 11803-2015-00066.

12. Asimismo, es claro que en **ningún caso** se podrá ampliar un plazo ya vencido; es decir, que incluso si se pretendiera considerar que la audiencia le otorga a la CRPI un nuevo plazo para resolver, el primero habría ya inexorablemente concluido por no estar sujeto a ampliaciones, ni interrupciones, caducándose así la potestad sancionadora.

13. Por lo anterior, solicitamos a su autoridad, respetuosamente, que, en aplicación de lo previsto en el artículo 244 del COA antes citado, declare la caducidad de la potestad sancionadora y ordene el archivo de los expedientes administrativos sancionadores objeto de la presente.

[177] Al respecto, esta Comisión precediere a analizar las actuaciones procesales a las que se refiere tanto la **LORCPM**, su Reglamento y el Código Orgánico Administrativo, con la finalidad atender la alegación exhibida *ut supra*.

[178] De acuerdo con la argumentación de **CN** y **DN**, el hecho de haber celebrado la audiencia una vez trascendidos los 90 días, contados desde el agotamiento de la etapa de prueba, equivale a que la facultad administrativa sancionadora de esta Comisión ha caducado.

[179] Los artículos 60 y 61 de la **LORCPM**, vigente a la fecha de apertura de este expediente, prescriben:

«**Art. 60.-** El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, si lo estimare conveniente para la marcha de las investigaciones, ordenará la convocatoria a audiencia pública en la que se señalará el día y hora de la misma.

»Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes».

»Art. 61.- Una vez efectuada la audiencia o concluido el término de prueba, el órgano de resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días».

[180] La lectura de los artículos invocados da cuenta de la facultad de convocatoria y señala un término que puede ser computado a partir de dos hitos procesales, previo a dictar una resolución. El agotamiento del término de prueba o la celebración de la audiencia pública.

[181] La **LORCPM** no indica explícitamente un plazo o término para el inicio de ninguno de esos dos hitos procesales. En el caso del agotamiento del término probatorio, existe una indicación implícita, pues este culmina luego de seguir el respectivo procedimiento de investigación; mientras que en el caso de la audiencia pública, según la **LORCPM**, no existe indicación alguna acerca del plazo o término desde la que esta pudiera ser convocada o celebrada.

[182] El artículo 244, contenido en el libro tercero, título I, capítulo primero, de la Sección IV del Código Orgánico Administrativo, referente a la caducidad de la potestad sancionadora, prescribe:

«Artículo 244.- Caducidad de la potestad sancionadora».

»La potestad sancionadora caduca cuando la administración pública no ha concluido el procedimiento administrativo sancionador en el plazo previsto por este Código. Esto no impide la iniciación de otro procedimiento mientras no opere la prescripción».

»Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del inculpado, una certificación en la que conste que ha caducado la potestad y se ha procedido al archivo de las actuaciones».

»En caso de que la administración pública se niegue a emitir la correspondiente declaración de caducidad, el inculpado la puede obtener mediante procedimiento sumario con notificación a la administración pública».

[183] La lectura del artículo 244 expone claramente que la potestad sancionadora de la administración pública caduca, en los términos y efectos de dicha norma, cuando se ha seguido un procedimiento que exceda un plazo previamente determinado en las normas que componen el ordenamiento jurídico.

[184] En la argumentación de la alegación de una supuesta caducidad de la facultad de sanción de la **CRPI**, los operadores **CN** y **DN** no han indicado el plazo o término determinado en la **LORCPM**, que ha sido excedido por esta Comisión, porque tal plazo o término no existe en la norma, ergo, un plazo o término inexistente no puede ser excedido, y acorde con el presente silogismo, no puede presentarse un escenario de caducidad.

[185] Por tanto, la tesis derivada de la interpretación de **CN** y **DN**, que sostiene que la inhibición de la celebración de la audiencia pública por fuera del plazo de 90 días contados a partir del agotamiento de la etapa de prueba es infundada; porque la **LORCPM** no determina que el plazo

para celebrar la audiencia pública corresponda a esos 90 días. En consecuencia, simplemente no es posible que opere la caducidad de la facultad sancionatoria de la **CRPI**, en este caso.

[186] Aunque el análisis de los artículos de la **LORCPM** y del Código Orgánico Administrativo, invocados por los operadores **CN** y **DN**, ya han sido suficientes para atender su alegación, esta Comisión considera oportuno recordar a los operadores económicos lo dispuesto en el artículo 71 del Reglamento a la **LORCPM**:

[187] El artículo 71 del Reglamento a la **LORCPM**, prescribe:

Art. 71.- Etapa de resolución.- Una vez recibido el informe final y en el término de tres (3) días, el órgano de sustanciación y resolución correrá traslado con el mismo a las partes, las que podrán presentar alegatos ante dicho órgano en el término de diez (10) días.

Si el órgano de sustanciación y resolución lo estimare conveniente, ordenará que se convoque a audiencia pública señalando el día y hora de la misma. Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Habiéndose corrido traslado a las partes con el informe final; o, una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de sustanciación y resolución, dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días.
(Énfasis propio)

[188] Pese a que el artículo 71 en mención no indica un plazo para la convocatoria o celebración de la audiencia pública, éste aporta con un tercer hito procesal desde el cual contar el plazo de 90 días para resolver un caso de la **SCE**. Es decir, de conformidad con la norma transcrita, la **CRPI** podrá expedir su eventual resolución dentro de los 90 días contados desde el trasladado del respectivo Informe Final.

[189] Por tanto, aun si se aplicase la tesis -no consentida- derivada de la interpretación de los operadores **CN** y **DN**, acerca del supuesto plazo para la celebración de la audiencia pública dentro de los 90 días, a la luz del del Reglamento a la **LORCPM**, en el presente caso no podría operar la caducidad, tal como se explica a continuación.

[190] A través de la Providencia de 29 de marzo de 2023, de las 15:50, la **CRPI** dispuso correr traslado a los operadores económicos **CN** y **DN**, con el Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-008, para que de considerarlo oportuno, en el término de 10 días, presentaran sus alegatos.

[191] Mediante Providencia de 1 de junio de 2023, de las 15:05, la **CRPI**, en consideración del artículo 71 del Reglamento a la **LORCPM**, convocó a los operadores económicos **CN** y **DN**, así como a la **INICAPMAPR**, a la celebración de una audiencia pública, el 8 de junio de 2023, a las 10:00.

[192] Es decir, en estricto cumplimiento del artículo 71 del del Reglamento a la **LORCPM** –norma clara, pública y vigente-, la **CRPI** corrió traslado a los investigados **CN** y **DN**, con el respectivo Informe Final, en el término de 2 días de la recepción de aquél, y posteriormente, convocó y celebró la audiencia pública correspondiente, luego del transcurso de un plazo de 64 y 71 días desde tal traslación, respectivamente.

[193] Por tanto, incluso si la tesis del plazo de celebración de las audiciones públicas argumentado por los operadores económicos **CN** y **DN** fuese fundada, la **CRPI**, a la luz del Reglamento a la

LORCPM, convocó a la audiencia pública del expediente SCPM-CRPI-007-2023, dentro de los 90 días de plazo de uno de los hitos procesales válidos para el efecto.

- [194] En síntesis, en consideración a los hechos expuestos, y en consideración de los artículos 60 y 61 de la **LORCPM**, artículo 244 del Código Orgánico Administrativo, y artículo 71 del Reglamento a la **LORCPM**, esta Comisión concluye que en el presente caso no ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la **CRPI**, en los términos señalados por los operadores económicos, en tanto que las actuaciones de esta Comisión se adecuan a los términos y plazos previstos en las normas que rigen el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

En mérito de la exposición precedente, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia:

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la caducidad del procedimiento del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022, de acuerdo con la parte motiva de esta Resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos: CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., y DINADEC DN 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 Restrictivos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Firmado electrónicamente por:
CARL MARTIN PFISTERMEISTER
MORA
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-007-2023
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-08-30T12:33:44.302028-05:00

COMISIONADO



Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO
CALDERON

**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**