

EXPEDIENTE No. SCE-CRPI-15-2024

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 31 de mayo de 2024, 14:28.

Comisionado sustanciador: María Alejandra Egüez Vásquez

VISTOS.-

- [1] La Resolución No. SCE-DS-2024-08, de 08 de marzo de 2024, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió lo siguiente:

***Artículo único.-** Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022 - reformada mediante Resolución No. SCPM-DS-2023-08 de 31 de enero de 2023 -, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por el siguiente:*

***“Artículo 1.-** Designar como miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, a los siguientes servidores:*

- ✓ *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- ✓ *Economista Alejandra Egüez Vásquez; y,*
- ✓ *Abogado Darío Vidal Clavijo Ponce. ”*

- [2] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado (actual Superintendente de Competencia Económica) resolvió lo siguiente:

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

- [3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 03 de enero de 2024, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.

- [4] La disposición reformativa segunda de la Ley Orgánica Reformativa 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 No. SCE-DS-2023-01 de 23 de mayo de 2023, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió lo siguiente:

"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 escrito ingresado por el operador económico DINADEC S.A. el 20 de mayo de 2024, mediante el cual ejerce su derecho a la defensa y presenta sus observaciones al informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

[7] La CRPI en uso de sus atribuciones legales para RESOLVER, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

[8] La CRPI es competente para conocer y resolver el presente caso, conforme a lo señalado en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM) y literales c) y d) del artículo 105 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM (en adelante, RLORCPM). Así como el artículo 68 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante, IGPA) de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante, SCE).

2. CLASE DE PROCEDIMIENTO

[9] El procedimiento corresponde al determinado en el artículo 68 del IGPA.

3. IDENTIFICACIÓN DEL PRESUNTO RESPONSABLE

[10] El presunto responsable es el operador económico DINADEC S.A. (en adelante, DINADEC), persona jurídica de derecho privado, con los siguientes datos:

- *Representante legal:* Juan Pablo Roa Echeverría
- *Registro Único de Contribuyentes (RUC):* 0992526742001
- *Actividad económica principal:* Venta, comercialización y distribución de cervezas, bebidas alcohólicas y otras bebidas de consumo humano, así como todo tipo de productos en general.¹
- *Domicilio:* Provincia del Guayas, en la ciudad de Guayaquil, en las calle Rosavin y Av. Cobre, carretero vía Daule Km 16.

¹ Consultado el 13 de mayo de 2024, en el portal web de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. Disponible en: <https://appscvssoc.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>

- *Direcciones para notificación:* martin.espinosae@ab-inbev.com, jose.peraltap@ab-inbev.com, jose.jarin@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, jdarquea@pbplaw.com y kbarona@pbplaw.com.²

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

4.1. Del Expediente SCE-IGT-INCCE-14-2023 de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas:

- [11] En el marco de las actuaciones previas llevadas a cabo por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones (también INCCE o Intendencia) en el Expediente SCE-IGT-INCCE-14-2023, conforme a lo establecido en los artículos 175, 176 y 177 del Código Orgánico Administrativo (COA), emitió una providencia el del 29 de febrero de 2024 a las 16h15. En dicha providencia, basada en los artículos 48 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la INCCE solicitó a DINADEC la entrega de determinada información.
- [12] Ante la falta de respuesta al requerimiento por parte del operador económico y tras constatar que la providencia del 29 de febrero de 2024 fue notificada una sola vez a DINADEC, la INCCE mediante providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02, requirió nuevamente la información al mencionado operador económico, procediendo de acuerdo con el artículo 166 del COA, es decir a notificar por boletas.
- [13] Posteriormente, en providencias del 2 de abril de 2024 a las 10h23, 10 de abril de 2024 a las 12h10 y 17 de abril de 2024 a las 12h54, la INCCE reiteró en tres ocasiones la petición de entrega de la información requerida en la providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02 a DINADEC.
- [14] Ante los requerimientos, el 22 de abril de 2024, DINADEC comparece al expediente y solicitó una prórroga por el término de veintinueve (29) días para la entrega de la información, basándose en el artículo 47 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica.
- [15] En la providencia del 23 de abril de 2024 a las 17h55, la INCCE rechazó la solicitud de prórroga realizada por el operador económico, basándose en el tiempo transcurrido desde el requerimiento del 21 de marzo de 2024 y el límite de tiempo para la investigación. En su lugar, se otorgó un plazo adicional e improrrogable de cinco (5) días para que DINADEC cumpla con la entrega de la información solicitada en la providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02.
- [16] Mediante escrito ingresado el 30 de abril de 2024, signado con trámite ID: 202407897, DINADEC proporcionó información que a criterio de la Intendencia no se ajustaba a lo solicitado en la providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02, y considera que a pesar del tiempo transcurrido desde la solicitud inicial, el operador económico habría enviado datos incompletos e imprecisos, lo que habría resultado en una entrega deficiente después de un tiempo prolongado.

² Conforme el escrito ingresado el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530, se señalan los correos electrónicos para notificaciones.

- [17] Mediante providencia de 6 de mayo de 2024 a las 15h47, se agrega el escrito señalado *ut supra* y se dispone la elaboración de un informe respecto del presunto incumplimiento por parte del operador económico DINADEC.
- [18] Mediante providencia de 9 de mayo de 2024 a las 18:35, la INCCE agrega al expediente el informe de incumplimiento signado con número SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 y anexos, y dispone que se ponga en conocimiento y remita a la CRPI el mismo, para su tramitación e imposición de multas coercitivas.

4.2. Del Expediente SCE-CRPI-15-2024 de la Comisión de Resolución de Primera Instancia:

- [19] Mediante memorando No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-064, de 9 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202408615, anexo 229876, se notifica a la CRPI el 10 de mayo de 2024, la Providencia de 9 de mayo de 2024, a las 18:35, y su anexo.
- [20] La Providencia de 9 de mayo de 2024, a las 18:35, correspondiente al expediente No. SCE-IGT INCCE-14-2023, suscrita por el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas en lo principal, manifiesta:

“(…)SEXTO: AGRÉGUESE al expediente el Informe de incumplimiento en la entrega de la información requerida al operador económico DINADEC S.A., signado con número SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 y sus anexos, realizado por la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas, constante con numero de tramite interno ID. 202408458.

SÉPTIMO: De conformidad a lo previsto en las letras c) y d) del artículo 85 de la LORCPM, en concordancia con las letras c) y d) del artículo 105 y letras c) y d) del artículo 106 del RLORCPM; y, artículos 67 y 68 del IGPA, PÓNGASE en conocimiento y REMÍTASE a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los Informes (...) SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 y sus anexos, a fin de que, respetando el debido proceso se impongan las multas coercitivas a (...) y DINADEC S.A., a fin de que den cumplimiento a los requerimientos ordenados por esta Autoridad y cumplan con su deber de colaboración de este órgano de control.”

- [21] El Informe de incumplimiento No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de 8 de mayo de 2024, y sus anexos, remitidos en archivo multimedia signado con trámite ID. 202408615, anexo 229877, por parte de la INCCE.
- [22] Con providencia de 10 de mayo de 2024, a las 16:04, la CRPI dispuso:

“PRIMERO.- AVOCAR conocimiento del informe de incumplimiento No. SCE-INCCE- DNCCE-2024-005 de 8 de mayo de 2024 y sus anexos, remitidos en archivo multimedia por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, mediante memorando No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-064 de 9 de mayo de 2024.

SEGUNDO.- APERTURAR el expediente No. SCE-CRPI-15-2024.

(...)QUINTO.- NOTIFICAR al operador económico DINADEC S.A. en su domicilio principal verificado en el portal de la SUPERCIAS, de acuerdo al artículo 166 del COA; esto es en la provincia del Guayas, en la ciudad de Guayaquil, en las calle Rosavin y Av. Cobre, carretero vía Daule Km 16.

Además de conformidad con los artículos 164 y 165 del COA, se notificará a los correos electrónicos señalados por la INCCE en el Informe No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 y sus anexos, siendo estos: martin.espinosae@ab-inbev.com, jose.peraltap@ab-inbev.com, jose.jarrin@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, kbarona@pbplaw.com, jdarquea@pbplaw.com y mnavarrete@pbplaw.com”

- [23] Mediante escrito ingresado por el operador económico DINADEC S.A. el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530, ejerce su derecho a la defensa y presenta sus observaciones al informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

5. VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO.-

- [24] A lo largo del procedimiento administrativo, en la fase de resolución tramitada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se respetó los derechos constitucionales de la parte procesal, incluyendo el derecho al debido proceso, que es un conjunto de reglas fundamentales a favor de los administrados, mediante las cuales, en todo proceso, se asume el compromiso de observar, aplicar y respetar las garantías contenidas en el Art 76 de la Constitución de la República del Ecuador. Y se actuó conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante también: LORCPM), el Reglamento para su aplicación (en adelante también: RLORCPM) y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante también: IGPA).
- [25] Por lo que en el presente expediente no existen actuaciones o circunstancias que vicien la legalidad del presente procedimiento administrativo.

6. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN.-

6.1. Fundamentos de hecho:

- [26] La INCCE está llevando a cabo actuaciones previas en el expediente SCE-IGT-INCCE-14-2023 de acuerdo con los artículos 175, 176 y 177 del COA, para investigar un presunto incumplimiento a lo dispuesto en una resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El propósito de estas acciones es determinar si procede o no el inicio de un procedimiento sancionador.
- [27] En este contexto, la INCCE ha solicitado a CERVECERÍA NACIONAL y a DINADEC S.A., operadores vinculados entre sí, la entrega de información para comprender los hechos bajo análisis y recabar elementos necesarios para esclarecer las circunstancias relevantes. Es

importante destacar que, dado que se trata de actuaciones previas, DINADEC no es considerado parte procesal en el expediente SCE-IGT-INCCE-14-2023.

[28] Mediante providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02, la INCCE solicitó la siguiente información a CN y DINADEC:

“i. Señale si su empresa o empresas vinculadas implementaron, en Ecuador, un programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza, denominado "Bodegas Pilsener". En caso de que dicho nombre no corresponda al programa en cuestión proporcione la denominación del mismo y atienda los siguientes pedidos considerando dicha denominación.

ii. Detalle el proceso de implementación del programa "Bodegas Pilsener", en el cual conste la fecha exacta de inicio en la que se implementó, el proceso de comunicación de las condiciones a los franquiciados de las "Bodegas Pilsener" y en general proporcione toda la información relevante del mismo hasta la fecha actual, abordando incluso cómo se gestiona actualmente.

iii. Remitir una lista de los criterios que debían cumplir los establecimientos para formar parte del programa "Bodegas Pilsener", por ejemplo: capacidad de almacenamiento, cantidades adquirida, stock, ubicación geográfica, y cualquier otra característica que se haya utilizado para la selección de los mismos. Adicional a esto, deberán proporcionar cualquier información, análisis o estudio, que verifique, que dichos criterios fueron sobre los cuales eligieron el programa "Bodega Pilsener".

iv. Remita el original o copia certificada de los contratos del programa "Bodega Pilsener" que fueron suscritos, desde su implementación hasta la presente fecha.

v. Base de datos en formato Excel, no protegido, en la que se identifique: a) el nombre de la persona, establecimiento o razón social del beneficiario del programa "Bodega Pilsener"; b) Registro Único de Contribuyente; c) nombre comercial; d) año desde que mantiene relación comercial con la persona o establecimiento, antes de que forme parte del programa Bodega Pilsener; e) fecha de suscripción del contrato de franquicia Bodega Pilsener; f) monto de inversión expresado en Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica desembolsado para la adecuación del establecimiento al programa Bodega Pilsener; y, g) descripción de las inversiones realizadas.

vi. Base de facturación en formato Excel, no protegido, en la que se especifique: a) El nombre de la persona, establecimiento o razón social del beneficiario del "Bodega Pilsener" (si el establecimiento forma parte del programa, deben presentar toda la información para el periodo solicitada); b) Registro Único de Contribuyente; c) número de la factura; d) provincia; e) cantón; f) parroquia; g) dirección; y, h) descripción del producto vendido, se deberá desglosar por cada ítem lo siguiente: i) cantidades; ii) precio unitario; iii)

descuento, en caso de aplicar. Esta base de datos deberá contener información correspondiente al período comprendido entre enero de 2017 al 2023.”

- [29] Estas solicitudes de información se realizaron por la Intendencia de acuerdo con lo establecido en los artículos 48, 49 y 50 de la LORCPM, lo que implicaba que DINADEC estaba legalmente obligado a cumplir con dichas solicitudes de información. Esto incluía cumplir con su deber de colaboración con la SCE y, por consiguiente, proporcionar la información requerida por la INCCE según los términos y condiciones establecidos en la solicitud de información.
- [30] Considerando lo anterior, a continuación se detalla los requerimientos realizados al operador económico por la INCCE:

a) Pedido inicial en providencia 21 de marzo de 2024, a las 09h02.-

- [31] Mediante la disposición QUINTA de la providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02, la INCCE solicitó a DINADEC la entrega de información, estableciendo un plazo de tres (3) días para su cumplimiento.
- [32] De acuerdo con el artículo 166 del COA, la notificación se llevó a cabo por la Intendencia mediante boletas entregadas en días separados en el domicilio de la compañía destinataria, ubicado en la Avenida Cobre Carretero, Vía Daule, Km. 16 calle ROSAVIN Km 16 (Diagonal a Cervecería Nacional CN) en Guayaquil. Por consiguiente, la notificación se realizó el 22 de marzo de 2024 a las 14h30, siendo recibida por Miguel Mera; y en una segunda instancia, el 25 de marzo de 2024 a las 10h08, recibida por Lismary Tarlano.
- [33] Así también, el 21 de marzo de 2024 la INCCE notificó a los correos electrónicos obtenidos del portal web de Información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, específicamente a: freddy.ortiz@ab-ibev.com y mishelle.pozo@ab-inbev.com³.
- [34] A partir de la segunda notificación física realizada el 25 de marzo de 2024, se contabilizaron los tres (3) días otorgados para cumplir con lo solicitado por la INCCE, dicho término venció el 28 de marzo de 2024.

b) Primera insistencia providencia de 02 de abril de 2024, a las 10h23.-

- [35] En la disposición PRIMERA de la providencia del 02 de abril de 2024 a las 10h23, se llevó a cabo la primera insistencia a DINADEC para la entrega de la información solicitada en la providencia del 21 de marzo de 2024, otorgando un plazo de dos (2) días para su cumplimiento.
- [36] De conformidad con el artículo 166 del COA, la Intendencia realizó la notificación en la Avenida Cobre Carretero, Vía Daule, Km. 16 calle ROSAVIN Km 16 (Diagonal a Cervecería Nacional CN) en Guayaquil, el 04 de abril de 2024 a las 11h00, siendo recibida por Lismary Tarlano; y en una segunda instancia, el 05 de abril de 2024 a las 10h32, también recibida por Lismary Tarlano.

³ Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas. Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005. Página 4.

- [37] Además, el 02 de abril de 2024 la INCCE notificó a los correos electrónicos obtenidos del portal web de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, específicamente a: freddy.ortiz@ab-ibev.com y mishelle.pozo@ab-inbev.com.
- [38] A partir de la segunda notificación física realizada el 05 de abril de 2024, empezaron a transcurrir los dos (2) días otorgados para cumplir con lo solicitado por la INCCE y vencieron el 09 de abril de 2024.

c) Segunda insistencia providencia 10 de abril de 2024, a las 12h10.-

- [39] En la disposición PRIMERA de la providencia del 10 de abril de 2024 a las 12h10, se dispuso la segunda insistencia a DINADEC para la entrega de la información requerida según lo establecido en la providencia del 21 de marzo de 2024, otorgando un plazo de un (1) día para su cumplimiento.
- [40] Siguiendo el artículo 166 del COA, la notificación se realizó en medios físicos en la Avenida Cobre Carretero, Vía Daule, Km. 16 calle ROSAVIN Km 16 (Diagonal a Cervecería Nacional CN) en Guayaquil y se efectuó el 11 de abril de 2024 a las 16h33, siendo recibida por Lismary Tarlano; y en una segunda instancia, el 12 de abril de 2024 a las 11h16, también recibida por Lismary Tarlano.
- [41] Además, el 10 de abril de 2024 se notificó a los correos electrónicos obtenidos del portal web de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, específicamente a: freddy.ortiz@ab-ibev.com y mishelle.pozo@ab-inbev.com.
- [42] A partir de la segunda notificación física realizada el 12 de abril de 2024, el plazo otorgado para cumplir con lo solicitado por la INCCE venció el 15 de abril de 2024.

d) Tercera insistencia providencia de 17 de abril de 2024, a las 12h54.-

- [43] En la disposición SÉPTIMA de la providencia del 17 de abril de 2024 a las 12h54, la INCCE realizó la tercera insistencia a DINADEC para la entrega de la información requerida según lo establecido en la providencia del 21 de marzo de 2024, otorgando un plazo de un (1) día para su cumplimiento.
- [44] La notificación se realizó en medios físicos en la Avenida Cobre Carretero, Vía Daule, Km. 16 calle ROSAVIN Km 16 (Diagonal a Cervecería Nacional CN) en Guayaquil el 22 de abril de 2024 a las 14h50, y fue recibida por Lismary Tarlano. De los medios de verificación se desprende que la Intendencia no realizó la segunda notificación ya que el 22 de abril de 2024, DINADEC envió un escrito en referencia a lo requerido, signado con ID: 202407016.
- [45] Además, el 17 de abril de 2024 la INCCE notificó a los correos electrónicos obtenidos del portal web de información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, específicamente a freddy.ortiz@ab-inbev.com y mishelle.pozo@ab-inbev.com. También tomó en cuenta los correos electrónicos informados por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado: santiago.espinosa@ab-inbev.com, roberto.moreno@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com; martin.espinosae@ab-inbev.com; dperez@pbplaw.com.

e) Prórroga providencia de 23 de abril de 2024, a las 17h55.-

- [46] Considerando que en su escrito del 22 de abril de 2024, el operador económico DINADEC solicitó a la Intendencia una prórroga de veintinueve (29) días para la entrega de la información, la INCCE, mediante providencia de 23 de abril de 2024 a las 17h55, rechazó la petición realizada por el operador económico. En su lugar, se concedió un término adicional e improrrogable de cinco (5) días para cumplir con la entrega de la información requerida en la providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02.
- [47] La notificación de la providencia en mención se realizó a los correos electrónicos indicados por DINADEC en su escrito del 22 de abril de 2024, siendo los mismos a los que se notificó la providencia del 17 de abril de 2024: santiago.espinosa@ab-inbev.com, roberto.moreno@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com; martin.espinosae@ab-inbev.com; dperez@pbplaw.com.
- [48] Posteriormente, el 30 de abril de 2024, DINADEC presentó cierta información que no cumpliría con lo requerido en la providencia del 21 de marzo de 2024 a las 09h02. Los cinco (5) días adicionales otorgados como prórroga para la entrega de la información vencieron el 30 de abril de 2024, coincidiendo con la entrega de información por parte de DINADEC.
- [49] En consecuencia, mediante providencia de 06 de mayo de 2024 a las 15h47, el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas determinó que la información presentada por DINADEC el 30 de abril de 2024 no se encontraba acorde a lo solicitado, resultando en un incumplimiento del requerimiento inicial y dispuso la elaboración del informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005.

6.2. Fundamentos de Derecho:

a) Constitución de la República del Ecuador.-

- [50] El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCE y específicamente de la CRPI.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal,*

administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

4. *Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.*

5. *En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.*

6. *La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.*

7. *El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:*

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su

aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

- [51] Los artículos 213, 335 y 336 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados:

“Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. (...)”

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

- [52] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCE; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

b) Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

[53] Los artículos 48, 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que disponen:

“Art. 48.-Normas generales.- La Superintendencia de Competencia Económica, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. [...]

Art. 49.-Facultad de investigación de la Superintendencia de Competencia Económica.- La Superintendencia de Competencia Económica, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos:

- 1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza. [...]*

Art. 50.- Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Competencia Económica.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Competencia Económica y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos.

Las autoridades y servidores públicos a los que se refiere el inciso precedente están obligados a prestar su colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas en la ley que regule el servicio público por el incumplimiento de sus deberes esenciales y la presente Ley. Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley.[...].”

[54] Los literales c) y d) del artículo 85 de la LORCPM, que establecen:

“Art. 85.- Multas coercitivas.- La Superintendencia de Competencia Económica, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general,

multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:

[...]

c. Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Superintendencia de Competencia Económica.

d. Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 50.

[...]"

c) Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

[55] El artículo 105 literales c) y d) del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, que indica:

“Art. 105.- Multas coercitivas.- *En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando:*

(...)

c) Se ha dejado de cumplir lo ordenado en resoluciones, requerimientos o acuerdos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

d) Se ha incumplido con la obligación de suministrar la información que requiere la Superintendencia así como prestar la colaboración que esta requiera.

(...)

El incumplimiento de la obligación de suministrar información requerida, su suministro incompleto o tardío dentro de un expediente o procedimiento, será perseguible solamente bajo lo reglado en esta sección, en aplicación del principio de tipicidad.”

[56] El artículo 106 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, que contempla:

Art. 106.- Declaratoria de incumplimiento.- *Previo informe del órgano competente que determine que existe incumplimiento de una obligación contemplada en el artículo precedente, el órgano de sustanciación y resolución emitirá una resolución que declare el incumplimiento y requerirá su cumplimiento en el plazo que determine en su resolución.*

d) Instructivo de Gestión Procesal Administrativa.-

[57] El artículo 68 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica el cual ordena:

“Art. 68.- DISPOSICIÓN COMÚN SOBRE MULTAS COERCITIVAS.- Para la imposición de la multa coercitiva se observará el siguiente procedimiento:

1. La CRPI una vez recibido el Informe de incumplimiento emitido por la Intendencia emitirá en el término de un (1) día, la correspondiente providencia, avocando conocimiento, disponiendo la apertura de un expediente independiente; y notificará al Operador Económico con el Informe de Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;

2. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido; se le concederá, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que deberá ser proporcional al requerimiento; y dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución;

3. Una vez vencido el término otorgado al operador la Intendencia en el término de un día (1) verificará si se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Comisión; y, en el término de un (1) día remitirá el informe correspondiente a la CRPI;

4. Recibido el informe, la CRPI en el término de un (1) día emitirá la correspondiente providencia y notificará al Operador Económico con el Informe de Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;

5. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido del nuevo plazo otorgado y se le impondrá la multa coercitiva que corresponda conforme a la metodología prevista en el artículo 7 este instructivo;

6. Pese a la implementación de la multa, la comisión en la resolución referida en el numeral anterior, requerirá nuevamente al operador económico concediéndole, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para que cumpla con la obligación; y, dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución, para lo cual se observará el procedimiento establecido en los numerales 3, 4, 5 y 6 de este artículo.

En caso que el operador económico persista en el incumplimiento de la disposición emitida por la CRPI, habrá incurrido en reincidencia conforme lo establecido en el artículo 108 del RLORCPM, norma que será aplicada por la CRPI hasta que el operador cumpla con su obligación.”

e) **Código Orgánico Administrativo.-**

[58] Los artículos 164, 165 y 166 del Código Orgánico Administrativo establecen algunos de los medios para realizar notificaciones, los cuales se señalan a continuación:

Art. 164.- Notificación. *Es el acto por el cual se comunica a la persona interesada o a un conjunto indeterminado de personas, el contenido de un acto administrativo para que las personas interesadas estén en condiciones de ejercer sus derechos.*

La notificación de la primera actuación de las administraciones públicas se realizará personalmente, por boleta o a través del medio de comunicación, ordenado por estas.

La notificación de las actuaciones de las administraciones públicas se practica por cualquier medio, físico o digital, que permita tener constancia de la transmisión y recepción de su contenido.

Art. 165.- Notificación personal. *Se cumplirá con la entrega a la persona interesada o a su representante legal, en cualquier lugar, día y hora, el contenido del acto administrativo.*

La constancia de esta notificación expresará:

La recepción del acto administrativo que la persona interesada otorgue a través de cualquier medio físico o digital.

La negativa de la persona interesada a recibir la notificación física, mediante la intervención de un testigo y el notificador.

La notificación a través de medios electrónicos es válida y produce efectos, siempre que exista constancia en el procedimiento, por cualquier medio, de la transmisión y recepción de la notificación, de su fecha y hora, del contenido íntegro de la comunicación y se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario.

Art. 166.- Notificación por boletas. *Si no se encuentra personalmente a la persona interesada, se le notificará con el contenido del acto administrativo por medio de dos boletas que se entregarán en días distintos en su domicilio o residencia a cualquier persona de la familia. Si no se encuentra a persona alguna a quien entregarlas se fijarán en la puerta del lugar de habitación.*

La notificación por boletas a la o el representante legal de una persona jurídica se hará en su domicilio principal, dentro de la jornada laboral, entregándolas a uno de sus dependientes o empleados, previa constatación de que se encuentra activo.

La notificación de las actuaciones posteriores se efectuará mediante una sola boleta, en caso de que la persona interesada haya fijado su domicilio de conformidad con este Código. (...)

[1] El artículo 172 sobre la comparecencia de la persona interesada:

Art. 172.- Comparecencia. *La persona interesada, al momento de comparecer al proceso, determinará donde recibirá las notificaciones. Serán idóneos:*

- 1. Una dirección de correo electrónico habilitada.*
 - 2. Una casilla judicial ubicada en el lugar en el que se tramita el procedimiento administrativo.*
 - 3. Una casilla o dirección postal, únicamente, en los casos en que la administración pública haya habilitado previamente un sistema de notificación por correo certificado.*
 - 4. La misma sede de la administración pública, en cuyo caso, el acto administrativo se entenderá notificado a los tres días de que el órgano competente lo haya puesto a disposición de la persona interesada.*
- Mientras la persona interesada no haya fijado su domicilio de conformidad con este artículo, la administración pública dejará constancia de esto en el expediente y continuará con el procedimiento.*

7. SINGULARIZACIÓN DE LA PRESUNTA INFRACCIÓN COMETIDA.-

7.1. Informe de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas:

[59] La INCCE en el informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005, manifestó que procedió a iniciar actuaciones previas, de acuerdo con el COA, con el fin de determinar si existía un posible incumplimiento de lo establecido en la resolución del 06 de mayo de 2016 en el expediente SCPM-CRPI-2016-017. Para esclarecer las circunstancias relevantes de esta presunta infracción, se solicitó la misma información a CN y DINADEC S.A., mediante providencias de 21 de marzo de 2024 a las 09h02, 2 de abril de 2024 a las 10h23, 10 de abril de 2024 a las 12h10, 17 de abril de 2024 a las 12h54 y 23 de abril de 2024 a las 17h55, respectivamente.

[2] Las referidas providencias fueron notificadas respectivamente por la secretaria de sustanciación de la INCCE a la siguiente dirección⁴:

- Km. 16,5 vía a Daule, Edificio Cervecería Nacional, Avenida Pascuales y Avenida Rio Daule en la Ciudad de Guayaquil.

[60] En el presente caso, a criterio de la INCCE el operador económico DINADEC no habría proporcionado la información solicitada a pesar de las múltiples insistencias de la INCCE y de tener pleno conocimiento del requerimiento, lo cual habría obstaculizado las labores de investigación de la SCE.

⁴ Con excepción de la providencia de 23 de abril de 2024, a las 17h55, toda vez que se notificó a las direcciones electrónicas indicadas por el operador económico.

Tabla No. 1. Días de incumplimiento de entrega de información

Pedido e insistencias	Providencia requiriendo información	Notificación	Días transcurridos
Pedido original	21 de marzo de 2024	25 de marzo de 2024	28 días laborales
Primera	02 de abril de 2024	05 de abril de 2024	
Segunda	10 de abril de 2024	12 de abril de 2024	
Tercera	17 de abril de 2024	22 de abril de 2024	
Prórroga	23 de abril de 2024	23 de abril de 2024	

Fuente: INCCE- Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005

[61] Sin tener en cuenta que el 29 de febrero de 2024 la INCCE notificó a DINADEC con una providencia que incluía un requerimiento idéntico, y considerando únicamente el pedido original realizado en la providencia del 21 de marzo de 2024, se puede observar que hasta la fecha de emisión del informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 habrían transcurrido veintiocho (28) días.

[62] Además, dado que el 30 de abril de 2024 DINADEC presentó un escrito, signado con ID: 202407897, en respuesta al requerimiento de información del 21 de marzo de 2024, la INCCE en su informe realiza un análisis sobre la solicitud y la información proporcionada, para concluir que no se habría cumplido con lo ordenado en los requerimientos de información, incumpliendo así con su obligación de colaboración con la Superintendencia de Competencia Económica.

[63] Al respecto, la INCCE en el literal (i) requirió:

i. Señale si su empresa o empresas vinculadas implementaron, en Ecuador, un programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza, denominado "Bodegas Pilsener". En caso de que dicho nombre no corresponda al programa en cuestión proporcione la denominación del mismo y atienda los siguientes pedidos considerando dicha denominación.

[64] En contestación, DINADEC mediante escrito de 30 de abril de 2024, señaló:

"8. El pedido de información de esta Superintendencia inicia con una pregunta que condiciona todas las demás. Así, requiere que identifiquemos "un programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza". Después, aclara que debemos proporcionar la denominación del programa de fidelización y nos solicita atender los siguientes pedidos considerando dicha denominación. Es claro, también, que esta información sobre programas de fidelización está relacionada con una investigación previa realizada por esta Superintendencia, donde se reafirmó que las prácticas de CN y DN son legales; así lo confirma la providencia de 23 de abril cuando explica que "la información requerida responde también a aquella que ya fue presentada en la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos Prácticas Restrictivas".

9. Los programas a los que el pedido se refiere son los llamados programas "Socio", tanto Socio CN como Socio Pilsener."

[65] Al respecto la Intendencia ha manifestado que:

“A fin de eludir la atención del requerimiento de la INCCE, DINADEC ha respondido sobre otros programas de fidelización (socio Pilsener y Socio CN) que no fueron consultados por esta Intendencia, cuando esta Intendencia expresamente solicitó información respecto al programa denominado “Bodegas Pilsener”. Solo hace falta revisar la redacción de la respuesta de DINADEC para determinar que intencionalmente omitieron algo relevante y esto es que, la pregunta está enfocada al programa denominado “Bodegas Pilsener”, al cual no hacen ni siquiera referencia en el escrito. “

[66] Así también, la INCCE mencionó que en el transcurso de las actuaciones previas llevadas a cabo, se identificó de manera pública en el sitio web de la SCE la resolución emitida por la CRPI en el expediente SCPM-CRPI-025-2022, el cual hace mención al programa "Bodegas Pilsener". Por lo cual a criterio de la Intendencia, DINADEC tiene pleno conocimiento de la existencia de este programa, pero habría optado por omitirlo en su respuesta, ocultando información e intentando engañar al órgano de investigación al proporcionar una respuesta incorrecta e incompleta.

[67] Adicionalmente, la INCCE indica que DINADEC al no haber respondido a la pregunta inicial, tampoco se han sido atendidas las preguntas relacionadas que se detallarán a continuación. En este contexto, a criterio de la INCCE, la respuesta proporcionada por DINADEC no podría considerarse en ningún caso como un cumplimiento de su deber de colaboración o de atención a un requerimiento de la autoridad.

[68] Ahora bien, en relación con lo requerido en el numeral (ii):

“ii. Detalle el proceso de implementación del programa “Bodegas Pilsener”, en el cual conste la fecha exacta de inicio en la que se implementó, el proceso de comunicación de las condiciones a los franquiciados de las “Bodegas Pilsener” y en general proporcione toda la información relevante del mismo hasta la fecha actual, abordando incluso cómo se gestiona actualmente.”

[69] Por su parte, el operador económico DINADEC en su escrito de 30 de abril de 2024, señaló:

“11. El programa de fidelización, en su primera iteración, se implementó en junio del 2018. El propósito del programa era generar incentivos para alinear los objetivos de CN y DN como productores, importadores y comercializadores, con los puntos de venta. Se trata de un típico diseño comercial que pretende aminorar los problemas agente-principal, y potencializar el crecimiento del punto de venta en una relación vertical.

12. La comunicación de los cambios y condiciones de los programas se hacía a través de la fuerza de ventas.

Durante su vigencia, los programas Socio estaban dirigidos a puntos de venta del canal on-premise y off-premise que vendieran una cantidad de productos que los

clasificase como minoristas. El programa no estaba dirigido a mayoristas o canales con ventas con volúmenes similares.

13. Finalmente, en la actualidad, los programas Socio ya no existen.”

[70] En razón de lo cual, la Intendencia manifestó que la respuesta de DINADEC no hace mención al programa de fidelización "Bodegas Pilsener", sino que se refiere a los programas Socio CN y Socio Pilsener, por lo que, el detalle proporcionado por el operador no respondería a lo que fue consultado o requerido por la INCCE.

[71] Sobre lo requerido en el número (iii) :

iii. Remitir una lista de los criterios que debían cumplir los establecimientos para formar parte del programa "Bodegas Pilsener", por ejemplo: capacidad de almacenamiento, cantidades adquirida, stock, ubicación geográfica, y cualquier otra característica que se haya utilizado para la selección de los mismos. Adicional a esto, deberán proporcionar cualquier información, análisis o estudio, que verifique, que dichos criterios fueron sobre los cuales eligieron el programa "Bodega Pilsener".

[72] En respuesta DINADEC mediante escrito de 30 de abril de 2024, manifestó:

“Los puntos de venta que deseaban ser parte de los programas Socio debían cumplir, principalmente, con los siguientes criterios:

- Vender más de 20 cajas de cerveza al mes. Este requisito es uno de volumen marginal, que permite asegurar que quien adquiere es en realidad un minorista.*
- No ser mayorista o caer en una categoría similar.*
- No tener cartera vencida.”*

[73] La INCCE, ha manifestado que de acuerdo con la respuesta de DINADEC, no menciona el programa de fidelización "Bodega Pilsener", sino que se hace referencia a los programas Socio CN y Socio Pilsener. Por lo tanto, la información proporcionada de forma concisa por el operador no se ajusta a lo solicitado o requerido por la Intendencia.

[74] Respecto a lo requerido en el número (iv):

iv. Remita el original o copia certificada de los contratos del programa "Bodega Pilsener" que fueron suscritos, desde su implementación hasta la presente fecha.

[75] En este sentido el operador DINADEC mediante escrito de 30 de abril de 2024, ha señalado:

“En la cuarta pregunta se solicita remitir el original o copia certificada de los contratos del programa, desde su implementación hasta la presente fecha.

Informamos que los programas Socio no tienen como base de su dinámica un contrato.”

- [76] Así también, la Intendencia mencionó que la respuesta de DINADEC no hace referencia al programa de fidelización "Bodega Pilsener", sino que se centra en los programas Socio CN y Socio Pilsener, lo cual no cumple con lo que fue solicitado.
- [77] Sobre este punto la INCCE manifiesta que dentro de las actuaciones previas realizadas por la Intendencia, fue encontrada en la página web de la SCE la resolución emitida por la CRPI en el expediente SCPM-CRPI-025-2022, donde se menciona el programa "Bodegas Pilsener", por lo que la Intendencia indica que el operador económico DINADEC tiene pleno conocimiento de la existencia de este programa, y se sabe que en el expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, sustanciado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas se presentaron los contratos de dicho programa por parte de CN y DINADEC.
- [78] Ante lo antes expuesto, la INCCE solicitó a la INICAPMAPR, mediante una providencia del 04 de abril de 2024, a las 16h15, la información relacionada con el programa en cuestión, como sigue:

“ÚNICO: De conformidad a lo dispuesto en el artículo 17 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Competencia Económica, que dispone: “[...] Para reproducir y utilizar información en otro trámite, la unidad requirente de dicha información expondrá su necesidad a la unidad que obtuvo la información, solicitando se permita su reproducción; esta última deberá verificar que la información solicitada no corresponda a un expediente de exención o reducción del importe de la multa, en cuyo caso se negará el pedido; y procederá a solicitar mediante oficio la autorización de quién proporcionó la información [...]”, a fin de asegurar la eficiencia administrativa y considerando, que:

- I. *MEDIANTE escrito de 20 de octubre de 2023, el operador económico HEINEKEN ECUADOR S.A. presentó una denuncia ante la Superintendencia de Competencia Económica en contra del operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV, alegando que el programa denominado “Bodegas Pilsener” habría infringido la condición No. 11, establecida mediante la Resolución del 6 de mayo de 2016, a las 16h21, así como del compromiso aprobado mediante Resolución del 22 de julio de 2016, a las 14h00, por los miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente SCPM-CRPI-2016-017.*
- II. *Dicha condición impuesta al operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV, consistía en:*

[q]ueda expresamente prohibido a los operadores económicos concentrados y sus marcas establecer condiciones de exclusividad en los contratos establecidos en los canales

tradicionales y no tradicionales, afectando o que pudieran afectar a otros competidores, inclusive a los cerveceros artesanales [...] (subrayado agregado)

- III. *Mediante Auto de 17 de enero de 2024, a las 16h25, esta Intendencia dio inicio a las actuaciones previas a fin de realizar un análisis detallado de los hechos que podrían motivar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.*
- IV. *Mediante resolución pública publicada en el portal de Resoluciones de la Superintendencia de Competencia Económica, se identificó que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas llevó a cabo una investigación en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, involucrando a los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y DINADEC S.A. por un programa denominado “Franquicia Bodega Pilsener”.*
- V. *En el párrafo 428 de la mencionada resolución, se señaló que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mantiene como prueba dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020: i) Contratos de Franquicia “Bodega Pilsener”; ii) y la Terminación por mutuo acuerdo de los contratos de Franquicia Bodega Pilsener; iii) la solicitud de franquicia de bodega Pilsener; iv) manual de distribuidor Pilsener Rural.*
- VI. *Esta Intendencia considera imperativo disponer de la información constante en los archivos de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.*

Con base en las consideraciones expuestas, SOLICÍTESE a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas que, en el término de diez (10) días contados a partir de la emisión de la presente providencia, remita a esta Intendencia la siguiente información:

1. **INDIQUE** si los contratos de la denomina Franquicia “Bodega Pilsener” y sus terminaciones que constan dentro del expediente SCPM-IGT- INICAPMAPR-018-2020 son documentos originales, copia simple o copia certificada. En caso de que se encuentren en copia certificada, solicitamos que se indique en qué notaría se llevaron a cabo dichas certificaciones.
2. **REPRODUZCA** y **REMITA** a esta Intendencia copias certificadas digitales de los contratos de Franquicia “Bodega Pilsener”, de las terminaciones de contrato de Franquicia “Bodega Pilsener”, la

solicitud de franquicia de bodega Pilsener; iv) manual de distribuidor Pilsener Rural.

- [79] Ante el pedido, la INICAPMAPR requirió a DINADEC la autorización para la reproducción de los documentos solicitados por la INCCE, mediante providencia del 10 de abril de 2024, a las 16h35. En respuesta a esta solicitud, el operador económico emitió un escrito el 12 de abril de 2024, en el cual expresó lo siguiente:

“2. Dado que en el memorando en cuestión, elaborado por la INCCE, no se ha expuesto la necesidad de reproducir y utilizar los documentos sino que solo se ha limitado a identificarlos y solicitarlos, la INCCE no ha cumplido con el requisito del segundo párrafo del artículo 17 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Competencia Económica.

3. En vista de que dicha oficina administrativo no ha cumplido con su deber de motivación y de que la autorización de reproducción no es una obligación de los operadores económicos sino su prerrogativa, ni CN ni DN autorizan la reproducción de ningún documento de este expediente en ningún otro, especialmente pero sin limitarse, en el expediente administrativo identificado como SCPM-IGT-INCCE-14-2023 y/o cualquiera relacionado.”

- [80] Para la INCCE, el operador económico se niega a proporcionar acceso a los contratos relacionados con el programa "Bodega Pilsener", tratando de justificar su negativa por una supuesta falta de motivación en la solicitud. Sin embargo, aducen que la solicitud de la Intendencia está claramente explicada y detallada, indicando el propósito de la petición y el objeto de análisis de la Intendencia.

- [81] Además, la INCCE indicó que el operador económico DINADEC está plenamente consciente de los contratos mencionados en el punto (iv) de la providencia del 21 de marzo de 2024, y que su intención al responder en el escrito del 30 de abril de 2024 es evitar entregar la información solicitada, lo que constituiría un intento de engaño y obstrucción del proceso de investigación. Incluso, señalan que el propio operador económico reconoce en su respuesta el pedido específico de la INCCE:

“Como la Superintendencia conoce, la información y documentos que son aportados en sus investigaciones pertenecen a quien los aporta, y sus dueños pueden negarse, válidamente, a que sean reproducidos en un nuevo expediente.

Esta prerrogativa es una expresión de las garantías constitucionales que protegen a CN y DN y deben observarse con especial cuidado. Negarse a la reproducción de la información para tener la oportunidad de explicar, contextualizar y matizar la información materializa esas garantías.”

- [82] La INCCE, indica que la empresa sabe que se intentó obtener dichos contratos del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 tramitado por la INICAPMAPR, pero se ha negado a permitir su reproducción, argumentando su derecho a "tener la oportunidad de explicar, contextualizar y matizar la información", y limitándose a bloquear el acceso a la información.

[83] En relación con lo requerido en el número (v):

v. Base de datos en formato Excel, no protegido, en la que se identifique: a) el nombre de la persona, establecimiento o razón social del beneficiario del programa “Bodega Pilsener”; b) Registro Único de Contribuyente; c) nombre comercial; d) año desde que mantiene relación comercial con la persona o establecimiento, antes de que forme parte del programa Bodega Pilsener; e) fecha de suscripción del contrato de franquicia Bodega Pilsener; f) monto de inversión expresado en Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica desembolsado para la adecuación del establecimiento al programa Bodega Pilsener; y, g) descripción de las inversiones realizadas.

[84] El operador económico DINADEC mediante escrito de 30 de abril de 2024, ha señalado:

“En este punto nos permitimos aclarar varios asuntos. Primero, sobre la letra (d), no es posible reconstruir una base de datos exacta, considerando migraciones de sistemas ocurridas en el pasado y el hecho de que en ciertos casos los clientes cambian de código (CN y DN identifican a sus clientes, principalmente, a través de estos códigos internos). Segundo, como no existe contrato en los programas Socio, no se puede contestar la letra (e). Tercero, en relación con las letras (f) y (g) no existe una inversión en dólares para la adecuación del establecimiento al programa. Existieron inversiones menores para ciertos canales específicos, por ejemplo, la entrega de vasos o menús, pero esas inversiones no se entregaron como parte de la ejecución del programa Socio. Entendemos, entonces, que no debemos reportar nada en esta columna.”

[85] La INCCE, afirmó que en la respuesta de DINADEC, no se menciona el programa de fidelización "Bodega Pilsener", sino que se hace referencia a los programas Socio CN y Socio Pilsener. Por lo tanto, los argumentos presentados a la Intendencia sobre los datos que poseen o no, carecen de relevancia para la solicitud realizada y no pueden ser considerados.

[86] En relación a lo requerido en el número (vi):

vi. Base de facturación en formato Excel, no protegido, en la que se especifique: a) El nombre de la persona, establecimiento o razón social del beneficiario del “Bodega Pilsener” (si el establecimiento forma parte del programa, deben presentar toda la información para el periodo solicitada); b) Registro Único de Contribuyente; c) número de la factura; d) provincia; e) cantón; f) parroquia; g) dirección; y, h) descripción del producto vendido, se deberá desglosar por cada ítem lo siguiente: i) cantidades; ii) precio unitario; iii) descuento, en caso de aplicar. Esta base de datos deberá contener información correspondiente al período comprendido entre enero de 2017 al 2023.

[87] El operador económico DINADEC mediante escrito de 30 de abril de 2024, ha señalado:

21. Esta intendencia debe conocer (al estar coordinando con el resto de la Superintendencia) que el número de clientes de los programas Socio rondó

aproximadamente 90 000 establecimientos. Cada establecimiento tiene, a su vez, cientos de transacciones anuales y varios miles de transacciones en el periodo requerido. En un escenario conservador, la Superintendencia estaría solicitando varios millones de datos desagregados a partir de facturas individuales, lo que es un pedido claramente irrazonable y desproporcionado. (énfasis propio del texto).

22. Si bien la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado impone a CN y DN un deber de colaboración, ese deber está condicionado por garantías constitucionales básicas. Cuando se superan esas garantías, el ejercicio de las potestades de la Superintendencia es inconstitucional. De cualquier manera, e incluso frente a este irrazonable pedido, CN y DN están dispuestos a colaborar, primero, buscando alternativas para entregar información útil, pero reduciendo su carga a un límite sensato. Y, segundo, contando con el tiempo suficiente para hacerlo. En su formato actual, el pedido requiere no menos de 6 meses de trabajo (asumiendo, en primer lugar, que sea posible).

[88] La Intendencia, ha indicado que en la respuesta de DINADEC, no se hace mención al programa de fidelización "Bodega Pilsener", sino que se refiere a los programas Socio CN y Socio Pilsener, lo que invalida los argumentos presentados sobre la extensión de la información, ya que no está relacionada con lo solicitado y, por ende, no puede ser considerada.

[89] Adicionalmente, la INCCE en relación a la afirmación del operador económico, de que el pedido de información versaría sobre más de 90.000 establecimientos y requeriría al menos seis (6) meses de trabajo, contrasta con la información disponible en la página web de la SCE, donde se establece que el programa "Bodegas Pilsener" cuenta solo con 605 afiliados o franquiciados, aludiendo que ese argumento pone en duda la veracidad de la información proporcionada por el operador económico, quien parece estar mezclando otros programas de fidelización de su grupo económico para evitar cumplir con el requerimiento específico.

[90] Finalmente la INCCE indica:

(...) DINADEC al momento, pese a haber recibido en cinco ocasiones el requerimiento de información por parte de esta autoridad y haber hecho uso de la prórroga concedida para su presentación, no ha cumplido con su entrega, lo cual da cuenta que a su vez también ha existido un incumplimiento con respecto a la obligación legal del operador económico de colaborar con la Superintendencia de Competencia Económica (...)"

[91] La INCCE, en el Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005, concluyó y recomendó:

"CONCLUSIONES

DINADEC ha tenido conocimiento del requerimiento de información efectuado por la INCCE, producto de las notificaciones físicas y electrónicas realizadas en el domicilio del operador económico.

Desde la notificación de la providencia de 21 de marzo de 2024, hasta la presente fecha, ha transcurrido un término de veintiocho (28) días, sin que DINADEC, dé cumplimiento al requerimiento ordenado por Autoridad Competente.

DINADEC, HA INCUMPLIDO con la obligación de colaboración con la Superintendencia de Competencia Económica contemplada en el artículo 50 de la LORCPM.

DINADEC, HA INCUMPLIDO con lo ordenado en requerimientos de información.

Se HA CONFIGURADO las causales establecidas en las letras c) y d) del artículo 85 de la LORCPM en contra de DINADEC.

RECOMENDACIÓN

Al amparo de lo previsto en las letras c) y d) del artículo 85 de la LORCPM, en concordancia con las letras c) y d) del artículo 105 y letras c) y d) del artículo 106 del RLORCPM; y, artículos 67 y 68 del IGPA, se recomienda poner en conocimiento de la CRPI, el contenido del presente Informe y sus anexos, a fin de que, respetando el debido proceso se impongan multas coercitivas a DINADEC S.A., y dé cumplimiento a los requerimientos ordenados por Autoridad Competente, y por ende, como cumpla con su obligación de colaborar con esta Autoridad.”

7.2. Justificativos presentados por el operador económico DINADEC:

- [92] El operador económico DINADEC S.A. mediante su escrito ingresado el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530, presenta sus observaciones respecto al informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas. Las mismas versan sobre las notificaciones realizadas por la Intendencia, la información entregada con base en su entendimiento del requerimiento y sobre el deber de colaboración con la Autoridad.
- [93] Sobre las notificaciones realizadas por la Intendencia respecto a las distintas providencias emitidas para efectuar el requerimiento de información, el operador económico hace mención a la providencia de 29 de febrero de 2024, la cual habría sido notificada mediante una sola boleta, indicando:

“1. El 1 de marzo de 2024 la INCCE emitió el oficio SCE-IGT-INCCE-2024-161, dirigido a DN. Dicho oficio contenía el extracto de una providencia dictada a las 16h15 del 29 de febrero de 2024 dentro del expediente SCE-IGT-INCCE-14-2023, misma que planteaba un requerimiento de información relativo a los programas de fidelización de la compañía.

2. El oficio fue entregado en el domicilio de DN el 4 de marzo de 2024 (primera boleta); una segunda boleta nunca fue entregada. En otras palabras, DN nunca fue legalmente informada del oficio SCE-IGT-INCCE-2024-161, no pudiéndose exigir su cumplimiento.

3. El 21 de marzo de 2024 (09h02), la INCCE reconoció su error señalando que:

“[...] tras revisar el expediente actual, se ha identificado que la providencia de 29 de febrero de 2024, a las 16h15, en la que se solicitó información a los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y DINADEC S.A., fue notificada una vez a dichos operadores económicos y que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 166 del Código Orgánico Administrativo, corresponde a la administración realizar la notificación mediante dos boletas, entregadas en días distintos, en el domicilio de la compañía destinataria.”

[94] En lo referente a las notificaciones de las providencias de 21 de marzo de 2024, de 2 y 10 de abril de 2024, DINADEC S.A. indica las fechas en las que fue notificado con dos boletas de conformidad con el 166 del COA.

[95] En cuanto a la notificación de la providencia de 17 de abril de 2024, el operador económico señala:

“(...) 7. El 17 de abril de 2024 (12h54), la INCCE dictó una providencia insistiendo por tercera ocasión en su requerimiento. Dicha providencia fue entregada físicamente a DN, mediante primera boleta, el 22 de abril de 2024. Nunca se entregó una segunda boleta de este documento. En otras palabras, hasta la fecha DN no ha sido legalmente notificada con una tercera insistencia. Este solo hecho ya deslegitima la recomendación de la INCCE de que DN sea sancionada. (...)”⁵

[96] Explicando que a pesar de que se haya notificado por una sola vez, el operador económico compareció el 21 de abril de 2024 y solicitó, con base en el artículo 47 del IGPA, se le otorgue el máximo plazo para responder el requerimiento planteado por la INCCE. En este orden de ideas, señala que la Intendencia le concedió una prórroga de cinco (5) días hábiles para que atienda el requerimiento.

[97] Mediante escrito de 30 de abril de 2024, a criterio del operador económico, presentó dentro del tiempo concedido, el requerimiento realizado por la INCCE en los términos exactos en los que fue planteado, excepto la información respecto de las bases de datos, toda vez que:

“(...) según fue explicado oportunamente, se requería aclaraciones del ámbito del pedido y, de otro lado, el número de clientes del programa de fidelización de DN – ‘Socio’, no ‘Bodegas Pilsener’, valga desde ya decir– rondó aproximadamente los 90 mil establecimientos. Como cada establecimiento tiene, a su vez, cientos de transacciones anuales y varios miles de transacciones en el período requerido (2017 a 2023), era imposible cumplir con el deseo de la INCCE de que se le reporten varios millones de

⁵ Escrito ingresado por DINADEC S.A. el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530. Párrafo 7, página 2.

*datos desagregados a partir de facturas individuales en un período de cinco días hábiles.
(...)*⁶

- [98] Adicionalmente, DINADEC S.A. manifiesta que a pesar de haber cumplido con el requerimiento en tiempo y forma, la Intendencia envió el informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de 9 de mayo de 2024 a la Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- [99] En lo referente al requerimiento de información, el operador económico señala que la solicitud de la INCCE trata sobre programas de fidelización y afirma:

15. En el párrafo 20 de su Informe, la INCCE señala que:

“[...] la INCCE solicitó información a CN y DINADEC, referente a la implementación de un programa de fidelización denominado “Bodegas Pilsener” [...]

16. Esa afirmación, sobre la que la INCCE construye toda su acusación, es, por decir lo menos, engañosa (una ironía, considerando la actual pretensión de ese órgano). Así, a través de su Informe, la INCCE pretende modificar el sentido original de su requerimiento de información en perjuicio de DN y maquillar uno de los múltiples errores en la tramitación del expediente SCE- IGT-INCCE-14-2023.

*17. Contrario a lo señalado por el órgano de investigación, aquél no solicitó, jamás, a DN información sobre un programa comercial con una denominación concreta –sobre el programa ‘Bodega Pilsener’ o “Bodegas Pilsener”– sino en general sobre sus programas de fidelización – “un programa de fidelización”– en establecimientos de venta de cerveza, **independientemente de su denominación** (...)” (énfasis propio del texto).*

- [100] En este orden de ideas, DINADEC en su escrito cita textualmente el literal (i) del requerimiento de información de la INCCE e indica que expresamente el objeto de la solicitud es acceder a información sobre “un programa de fidelización”. Asimismo, sostiene que expresamente la INCCE señala que la denominación del programa de fidelización podría ser cualquier otro al denominado “Bodega Pilsener” y que éste estaría siendo utilizado únicamente de manera referencial, facultando al operador económico a que no se ciña a esa denominación, sino a la que corresponda a un “programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza”.

- [101] En relación con esta afirmación, el operador económico manifiesta que sería falso lo dicho por la INCCE en el párrafo 20 de su informe así como en el párrafo 58, en donde señala que (énfasis propio del texto):

⁶ Escrito ingresado por DINADEC S.A el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530. Párrafo 11, página 2.

- [58] A fin de eludir la atención del requerimiento de la INCCE, DINADEC ha respondido sobre otros programas de fidelización (socio Pilsener y Socio CN) que no fueron consultados por esta Intendencia, cuando esta Intendencia expresamente solicitó información respecto al programa denominado “Bodegas Pilsener”. Solo hace falta revisar la redacción de la respuesta de DINADEC para determinar que intencionalmente omitieron algo relevante y esto es que, la pregunta está enfocada al programa denominado “Bodegas Pilsener”, al cual no hacen ni siquiera referencia en el escrito.
- [102] Por otro lado, el operador económico señala que la INCCE desconocería el significado preciso de los términos técnicos como “programa de fidelización”, “franquicia”, “exclusividad” y la diferencia entre ellos y alega que:
- “[...] (2) Ni para la SCE en general ni para la INCCE en particular es desconocido el alcance y la naturaleza del programa comercial denominado ‘Bodega Pilsener’, por lo que no cabría tampoco interpretarse que al requerirse información sobre “un programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza” se debía responder sobre una cosa distinta que, precisamente, sobre un programa de fidelización; no cabría tampoco esperar que el administrado interprete que la agencia que lleva años analizando el programa ‘Bodega Pilsener’ desconoce de qué se trata aquél. [...]”*
- [103] Y complementa sus argumentos, citando la definición que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, así como la Comisión de Resolución de Primera Instancia, habría dado a un programa de fidelización, como sigue:
- “Un programa de fidelización es, una iniciativa comercial, mediante la cual, una empresa, a través de la entrega de beneficios o descuentos, retiene y fideliza a sus clientes hacia su marca logrando compras repetidas de cierto producto. En los programas SOCIO CN y SOCIO CN 2. O., los beneficios son los premios, mientras en los programas SOCIO PILSENER D.A.L.E. y SOCIO PILSENER D.R.E.A.M., se entregaba SOCIO DÓLARES, en ambos casos dichos beneficios se podían cambiar por la acumulación de puntos gracias a la compra mínima de cajas y el cumplimiento de pilares [...] Como se ha indicado en el presente Informe los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, en sus distintas modalidades, fueron un programa de FIDELIZACIÓN [...]”⁷.*
- [104] En tal sentido, DINADEC indica que Bodega Pilsener no es un programa de fidelización y que la SCE lo conoce y confirma que la entrega de información realizada sobre los programas “SOCIO” al requerimiento realizado por la INCCE, respecto a los programas de fidelización, estaría correcta.
- [105] Tomando en cuenta lo anterior, el operador económico alude que:

“(...) el órgano de investigación se ha decidido a acusar a DN de ocultamiento de información y a presumir, sin ninguna base jurídica ni fáctica que lo respalde, un intento de engaño, cosa que debe ser rechazada de plano por la CRPI”

⁷ Escrito ingresado por DINADEC S.A el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530, cita al expediente No. SCPM-CRPI-025-2022. Resolución de 13 de marzo de 2023 (16h15). §89, §1180

[106] Con respecto al deber de colaboración, estipulado en el artículo 50 de la LORCPM, el operador económico señala que los precedentes de la SCE impide que los administrados entreguen información distinta a la estrictamente solicitada y cita a lo señalado por la INICAPMAPR dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-2-2022:

“En este punto se indica que el requerimiento de esta Autoridad fue claro y específico, señalando así que se remita el Manual de Operación para la calificación de Franquiciados, que se menciona en varias ocasiones en el CONTRATO DE FRANQUICIA PILSENER, como uno de los programas que estaban siendo investigados. Y, tomando en cuenta que esta Autoridad actúa de buena fe, esperando que los operadores económicos cumplan con su deber de colaboración prescrito en el artículo 50 y entreguen información verdadera y veraz, en un inicio considero que la información suministrada por los operadores económicos efectivamente era el Manual de Operación del PROGRAMA DE FRANQUICIA que estaba siendo investigado, no otro.

Por tanto, argumentar que se remitió con lo que contaban, a pesar de no ser parte de la investigación; como argumentar que la “información entregada era tan distinta y su distinción tan evidente” que los operadores económicos no podían esperar que conllevaría a la INICAPMAPR a creer que se trataba del requerimiento dispuesto; como a argumentar que la Autoridad podía requerir, en caso de duda, la aclaración de la información remitida no tiene asidero.”⁸ (énfasis propio del texto).

[107] Considerando lo anterior, para el operador económico es un asunto zanjado que el deber de colaboración, que espera la SCE, sea cumplido a través de una atención estricta a lo solicitado y que en caso de duda se espera que los administrados respondan a partir de una interpretación literal de lo requerido y que las entregas se limiten a lo específicamente mencionado en sus oficios y providencias. Así, DINADEC manifiesta que sería justamente lo que realizó en el presente caso y evidenciaría que la acusación de la INCCE carece de asidero e ignora la práctica de sus pares dentro de la SCE, e indica que las recomendaciones dadas por la Intendencia no podrían ser válidamente acogidas por la CRPI.

[108] A continuación y respecto al deber de colaboración, el operador económico se refiere a que es inadmisibles que la INCCE sugiera que el ejercicio de un derecho del administrado implique un ánimo de engaño y manifiesta, entre otros argumentos, los siguientes:

“32. En efecto, la INCCE envió el Memorando SCE-INCCE-DNCCE-2024-049 a la INICAPMAPR, quien a su vez solicitó a DN autorizar la reproducción de ciertos documentos aportados a ese expediente en el que ahora está a cargo de la INCCE (SCPM-IGT-INCCE-14-2023).

33. Como fue señalado oportunamente, dado que el memorando en cuestión la INCCE no se encontraba motivado según lo exige el marco jurídico aplicable –esto es, dado que la INCCE no expuso la necesidad de reproducir y utilizar los documentos solicitados sino que solo se limitó a identificarlos, la INCCE no cumplió con el requisito del segundo

⁸ Escrito ingresado por DINADEC S.A el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530. Párrafo 29, página 6, cita: §357 y 358. Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-008. Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2- 2022.

párrafo del artículo 17 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Competencia Económica.

34. Como la INCCE no cumplió con su deber de motivación y como la autorización de reproducción no es de ninguna manera una obligación de los operadores económicos sino su prerrogativa, DN en efecto no autorizó dicha reproducción de documentos. ¿Es eso acaso una violación al deber de colaboración? Claro que no. Más importante: ¿qué tiene que ver que la INCCE haya solicitado ciertos documentos a través de cierta vía procesal para decidir sobre el cumplimiento o no de un pedido a través de otra vía procesal distinta? No se entiende, como tampoco parece entender la INCCE, el alcance y los límites del deber de colaboración ni la independencia de los caminos procesales activados. (...)

[109] En línea con lo señalado, el operador económico concluye indicando que en el presente caso no hay incumplimiento al deber de colaboración ni intención de engaño alguna por parte de DINADEC y que *“aceptar lo contrario implicaría condonar el actuar arbitrario y, aparentemente, poco prolijo de la INCCE.”*⁹

[110] El operador económico en su escrito, solicita a la CRPI:

“(a) Rechace las recomendaciones del informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de la INCCE, esto es, que no se impongan multas de ninguna clase a DN.

(b) En complemento a lo anterior, que rechace las recomendaciones del informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de la INCCE en lo relativo al cumplimiento del requerimiento en cuestión, pues éstos ya han sido atendidos³.

(c) Si se estima que lo que requiere la INCCE es información sobre el programa Bodega Pilsener y no sobre programas de fidelización, le ordene plantear su requerimiento de manera adecuada y precisa, en cumplimiento de todos los requisitos aplicables y, en observancia del artículo 47 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, otorgue a DN un término razonable para su atención a partir de que el requerimiento sea adecuadamente articulado por el órgano de investigación (esto es, no menos de 30 días hábiles, prorrogables por 20 días hábiles adicionales, de ser necesario).”

8. ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

[111] Conforme lo expuesto en líneas anteriores, en el presente expediente se analiza un presunto incumplimiento por parte del operador económico DINADEC a los requerimientos realizados por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, bajo el procedimiento previsto en el artículo 68 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE, referente a multas coercitivas.

⁹ Escrito ingresado por DINADEC S.A el 20 de mayo de 2024, signado con trámite ID 202409530. Párrafo 35, página 7.

[112] En relación con el Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005 de 9 de mayo de 2024, se evidencia que la Intendencia en el marco de las actuaciones previas que se encuentra realizando en el expediente SCE-IGT-INCCE-14-2023 efectuó un requerimiento de información al operador económico DINADEC, mediante el cual solicitaba, entre otros, lo siguiente:

“i. Señale si su empresa o empresas vinculadas implementaron, en Ecuador, un programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza, denominado "Bodegas Pilsener". En caso de que dicho nombre no corresponda al programa en cuestión proporcione la denominación del mismo y atienda los siguientes pedidos considerando dicha denominación. (...)”

[113] Dicho requerimiento se realizó en una primera ocasión el 21 de marzo de 2024 y mediante tres (3) insistencias con providencias de 2, 10 y 17 de abril de 2024. Ante la notificación de la tercera insistencia, el operador económico compareció y solicitó una prórroga para la entrega de información. La INCCE otorgó una prórroga y el operador económico entregó la información, mediante escrito de 30 de abril de 2024, que a su entender cumplía con el requerimiento de información. No obstante, a criterio de la INCCE, la información no se adecuaba a lo solicitado por el órgano de investigación y se habría configurado un incumplimiento con la obligación de suministrar la información que requiere la Superintendencia así como a prestar colaboración.

[114] Ante los señalamientos de la INCCE, el operador económico ha manifestado que la información es correcta y que se ajusta al sentido de la petición realizada por la Intendencia, en la que habría solicitado información referente a un programa de fidelización y, a su vez, afirma que no habría el incumplimiento alegado en el informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005.

[115] Considerando lo anterior, el análisis de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se enfocará en dos aspectos que han sido invocados tanto por la Intendencia como por el operador económico DINADEC y que comprenden el fondo del presente asunto.

8.1. Sobre las facultades de investigación de los órganos de investigación: los requerimientos y el deber de colaboración.-

[116] Los requerimientos de información que realizan los órganos de investigación de la SCE y el deber de colaboración, se encuentran reglamentados en los artículos 48, 49 y 50 de la LORCPM. Con base en las facultades allí descritas, las distintas Intendencias notifican a los distintos operadores económicos así como entidades públicas con las diligencias y/o requerimientos de información necesarios para el desarrollo de sus investigaciones.

▪ De los requerimientos y notificaciones.-

[117] El procedimiento para los requerimientos de información se encuentra normado en el artículo 47 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, que establece:

“(...) Cuando se solicite información, dentro de los procedimientos investigativos (...), el Intendente correspondiente dispondrá al operador económico que entregue la

*información, para lo cual le concederá un término **de hasta treinta** (30) días para el cumplimiento de la entrega de información, el cual podrá prorrogarse, de oficio o a petición de parte, y por una sola vez **hasta por el término de veinte** (20) días.*

*Si los operadores económicos no remitiesen la información solicitada en el término dispuesto, la Intendencia Correspondiente **realizará una insistencia**, previniéndole al operador económico que en el caso de incumplimiento se le impondrá la sanción prevista en el artículo 79 de la LORCPM. (énfasis añadido)”*

- [118] Al respecto conviene señalar que si bien se establecen términos para los requerimientos de información, estos son máximos, dado que la normativa establece que se “*concederá un término de hasta*”, facultando a cada Intendencia establecer el término correspondiente acorde al tipo de requerimiento, volumen de la información, fases y tiempos procesales. A su vez, el mismo artículo establece que si los operadores económicos no remitiesen la información, se deberá hacer una insistencia.
- [119] En línea con lo expuesto, en el presente expediente se observa que la Intendencia habría realizado tres (3) insistencias, evidenciándose que en la tercera se previene al operador económico tanto con el artículo 79 como con el 85 de la LORCPM. Sobre el número de notificaciones, el operador económico ha confirmado la recepción de los oficios en físico, lo cual también se corrobora con los medios de verificación que constan como anexos al informe de la Intendencia. De lo indicado se desprende, que si bien en la tercera insistencia recién se previene al operador económico sobre la entrega de información, éste apenas en esa ocasión compareció y conforme lo alega habría sido porque: “*Habiendo recibido su comunicación del 17 de abril de 2024 a través de los correos electrónicos que tanto CN como DN fijaron dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, comparecemos a este expediente (...)*”; evidenciando que a pesar de que tenía conocimiento del requerimiento previamente, por las tres (3) notificaciones anteriores –requerimiento inicial y dos insistencias-, el mismo no compareció de manera oportuna.
- [120] En cuanto a las notificaciones, el procedimiento no se encuentra previsto en la normativa específica de la Superintendencia, no obstante, al existir norma supletoria, se considera las reglas establecidas en el Código Orgánico Administrativo (COA), en el capítulo IV, y en particular, para el presente caso, lo establecido en los artículos 164, 165, 166 y 172.
- [121] Con esto en mente, la INCCE en su informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-005, señala que habría realizado los requerimientos de información a través de providencias de 21 de marzo, 2 de abril y 10 de abril del año en curso, mediante notificación por boletas; argumento con el cual concuerda el operador económico.
- [122] En lo que respecta a la notificación de la providencia de 17 de abril de 2024, toda vez que si bien se notificó mediante dos (2) boletas en días distintos a DINADEC las otras tres (3) providencias y el operador económico aún no comparecía, la Intendencia dispuso la notificación, también en los correos electrónicos que habrían sido señalados por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado.

[123] Sobre la notificación de la citada providencia, DINADEC en su escrito de observaciones al informe de la Intendencia, señaló:

“7. El 17 de abril de 2024 (12h54), la INCCE dictó una providencia insistiendo por tercera ocasión en su requerimiento. Dicha providencia fue entregada físicamente a DN, mediante primera boleta, el 22 de abril de 2024. Nunca se entregó una segunda boleta de es te documento. En otras palabras, hasta la fecha DN no ha sido legalmente notificada con una tercera insistencia. Este solo hecho ya deslegitima la recomendación de la INCCE de que DN sea sancionada. (énfasis propio del texto).

(...)

Como se ve, lo que la secretaria considera “dos (2) notificaciones físicas” se trató en realidad de una sola notificación a dos compañías distintas (!).

*9. A pesar de aquello, DN compareció **el 21 de abril de 2024** y solicitó que, sobre la base de lo establecido en el artículo 47 del IGPA, se le otorgue el máximo plazo para responder al requerimiento planteado, que era extensísimo. (énfasis añadido)”*

[124] En este punto conviene destacar, que si bien conforme lo determinado por el COA procedía una segunda notificación en un día distinto, la Intendencia explica que no se realizó una segunda notificación dado que DINADEC compareció mediante escrito de 22 de abril de 2024, aplicándose lo previsto en el artículo 172 de la norma citada *ut supra*.

[125] En relación con esto, de la revisión de los anexos del informe se desprende que el operador económico ingresó un escrito el 22 de abril de 2024 conforme consta en la providencia de 23 de abril de 2024 a las 17h55¹⁰, día en el que se realizó la primera notificación (a las 14h50 conforme consta en el medio de verificación)¹¹, siendo contrario a lo indicado por DINADEC, ya únicamente en el escrito consta la fecha 21 de abril de 2024, mientras que el ingreso a través de la ventanilla electrónica se realizó al día siguiente a las 16h28.

[126] Adicionalmente, conforme lo señalado en el numeral 1 del artículo 114 del COA, que manda:

“Art. 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.

(...) En los supuestos previstos en los números 1 y 3 de este artículo se considera que el acto ha sido convalidado en la fecha de la actuación por parte del interesado”.

¹⁰ Anexo 23 del informe No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-005.

¹¹ Anexo 19 del informe No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-005.

[127] Por lo indicado, la presunta ilegalidad alegada por el operador económico en cuanto a la segunda notificación de la providencia de 17 de abril de 2024, quedaría convalidada al haber comparecido el 22 de abril de 2024, en donde claramente se hace referencia al requerimiento de la providencia, siendo posible aseverar que tenía conocimiento del contenido.

▪ **De la obligación de colaboración con los órganos de la SCE.-**

[128] Dentro de los argumentos esbozados tanto por la Intendencia como por DINADEC, se encuentra la obligación de colaboración que tienen, entre otras, las personas jurídicas con la Administración Pública a suministrar datos, documentación e información de manera verdadera, veraz y oportuna. Desde la perspectiva de la Intendencia, el operador económico habría incumplido con su deber de colaboración dado que no habría entregado la información requerida. Por el contrario, DINADEC alega que el deber de colaboración se habría cumplido a través de la atención estricta de lo solicitado.

[129] Si bien como se analiza en párrafos posteriores, se determina que el requerimiento de información habría sido atendido por DINADEC, si llama la atención el tiempo transcurrido para que el operador económico comparezca al expediente, pese a las notificaciones realizadas en debida forma (providencias de 21 de marzo de 2024, 2 de abril de 2024 y 10 de abril de 2024). Por lo cual conviene enfatizar que en cumplimiento del deber de colaboración al que están sometidos los operadores económicos lo esperable es que se atienda los requerimientos en el tiempo oportuno.

8.2. Sobre el requerimiento de información realizado por la INCCE:

[130] En lo correspondiente al requerimiento de información realizado por la INCCE, este órgano concuerda con el operador económico en que el pedido se encontraba condicionado por la instrucción dada en el literal (i). En consecuencia, el presente análisis se concentrará en fragmentar el primer requerimiento para una mejor comprensión del mismo y así determinar su alcance. Bajo este enfoque, el pedido está compuesto por las siguientes indicaciones:

- *Señale si su empresa o empresas vinculadas implementaron, en Ecuador, un programa de fidelización relacionado con establecimientos donde se expende cerveza, denominado "Bodegas Pilsener".*- De la lectura del mismo, se desprende que la INCCE está requiriendo al operador económico que señale si en Ecuador, han implementado **un programa de fidelización** relacionado con establecimientos donde se expende cerveza, **denominado "Bodegas Pilsener"**.
- *En caso de que dicho nombre no corresponda al programa en cuestión proporcione la denominación del mismo.*- Asimismo, se observa que se indica que si dicho nombre, es decir **"Bodega Pilsener"**, no corresponde al programa en cuestión, entendiéndose que el programa en cuestión sería el **"programa de fidelización"**, se requiere al operador que indique cual es la denominación del mismo.
- *(...) atienda los siguientes pedidos considerando dicha denominación.*- Finalmente la INCCE, solicita que se atienda los siguientes pedidos (del ii. al vi.) considerando la

denominación que se haya dado al “programa de fidelización” del cual se entiende se requiere la información.

- [131] En línea con lo anterior, queda claro que el requerimiento estaba sujeto a la denominación que otorgaría DINADEC al programa de fidelización y como se indica en el escrito de 30 de abril de 2024¹², este haría referencia a los programas llamados “Socio”, tanto Socio CN como Socio Pilsener.¹³ En este sentido, las demás respuestas otorgadas debían realizarse en relación al programa de fidelización “Socio”.
- [132] Por lo indicado, esta CRPI concuerda con lo expuesto por el operador económico, en lo referente a que el pedido de información se lo realizó respecto a los programas de fidelización, información que habría sido entregada, de manera parcial, al haberse realizado petitorios puntuales a la INCCE para la entrega de la información solicitada en los literales v. y vi. por parte del operador económico y que de ser el caso, deberán ser atendidos por la Intendencia.
- [133] En razón de lo cual, esta Autoridad determinará que los justificativos presentados por el operador económico DINADEC son válidos y que habría entregado la información conforme lo requerido por la INCCE, desvirtuándose la configuración de las causales establecidas en las letras c) y d) del artículo 85 de la LORCPM. A su vez, la CRPI dispondrá a la Intendencia, que realice, de ser el caso, una nueva petición de información en la que se especifique la iniciativa comercial del operador económico requiere la información.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR válidos los justificativos presentados por el operador económico DINADEC S.A. referente a la entrega de información solicitada por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

SEGUNDO.- ARCHIVAR el presente expediente por cuanto no existirían fundamentos jurídicos para la declaratoria de un incumplimiento y de ser el caso imposición de multas coercitivas.

TERCERO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, de considerarlo necesario, adecue el requerimiento de información conforme el análisis realizado en la presente resolución.

CUARTO.- AGREGAR al expediente el escrito y anexo ingresado por el operador económico DINADEC S.A. el 20 de mayo de 2024, signado con ID 202409530.

QUINTO.- TOMAR en cuenta la autorización conferida los abogados Diego Pérez Ordóñez, Mario Navarrete Serrano, Andrés Rubio Puente, Juan Carlos Darquea Suárez y Karla Barona

¹² Anexo 26 informe No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-005

¹³ Anexo 26 informe No. SCE-INCCE-DNCCE-2024-005. Escrito de CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y DINADEC S.A. de 30 de abril de 2024, Párrafo 8, Página 2.

Villalva para que, de forma individual o conjunta, comparezcan en representación de DINADEC S.A. para la promoción y defensa de sus intereses dentro del presente expediente.

SEXTO.- TOMAR en cuenta para notificaciones los correos electrónicos señalados por DINADEC S.A.: martin.espinosae@ab-inbev.com, jose.peraltap@ab-inbev.com, jose.jarrin@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, jdarquea@pbplaw.com y kbarona@pbplaw.com.

SÉPTIMO.- NOTIFICAR la presente resolución al operador económico DINADEC S.A., a la Intendencia General Técnica y la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas de la Superintendencia de Competencia Económica.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

COMISIONADA

COMISIONADO

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