Superintendencia de Control del Poder de Mercado

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-025-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 13 de marzo de 2023; 16:15.

Comisionado sustanciador: Carl Pfistermeister Mora.

VISTOS

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-008, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo único.-*** *Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:*
>
> - *Doctor Edison René Toro Calderón;*
> - *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
> - *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.*

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

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

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

[4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

Autoridad Competente.-

[5] A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en los artículos 36 y 38, numeral 2, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), artículo 58 y 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), y el artículo 16 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante "IGPA") de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM").

Identificación de la Clase de Procedimiento.

[6] El procedimiento es el determinado en los artículos 16 a 19 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa -en adelante IGPA- de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -en adelante SCPM-.

Identificación de los Operadores Económicos Involucrados.-

Operador económico denunciante: HEINEKEN DEL ECUADOR S.A. (en adelante "HEINEKEN")

[7] El operador económico denunciante se encuentra identificado con los siguientes datos:

- RUC: 0991343709001.
- Representante Legal: Ludovic Auvray.
- Domicilio: Km. 14 ½ vía a Daule y calle de las Iguanas, cantón Guayaquil.
- Objeto social: *"(...) produccion, elaboracion, fraccionamiento, consignacion, compraventa y envasado de cervezas, malta, vinos, licores, bebidas malteadas, bebidas espirituosas, carbonatadas, (...)"* [1].
- Casillero Judicial núm.: 239 de la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura.
- Correos electrónicos para notificaciones: mrfabara@bustamantefabara.com, dcastelo@bustamantefabara.com, edavila@bustamantefabara.com y andres.garcia@heineken.com.

Operadores económicos denunciados:

[8] Los operadores económicos denunciados son las siguientes empresas:

1.1.1 CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. (en adelante "CN")

[9] Este operador económico denunciado se identifica con los siguientes datos:

- RUC: 0990023549001.
- Representante Legal: Santiago Benavides Gómez.
- Domicilio: Km. 16 ½ vía a Daule, calle Cobre S/N, entre Av. Río Daule y Av. Pascuales, cantón Guayaquil.

[1] Portal de Información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Consultado el 14 de septiembre de 2022, con expediente No. 75346, desde el enlace: https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/informacionCompanias.jsf.

- Objeto social: *"(...) la elaboracion, distribucion y venta de cerveza, asi como de bebidas sin alcohol y otras bebidas para consumo humano"*[2].
- Casillero Judicial núm.: 226 de la Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales del Palacio de Justicia de Quito.
- Correos electrónicos: santiago.espinosa@ab-inbev.com, roberto.moreno@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, acobo@pbplaw.com, gvillacreses@pbplaw.com, martin.espinosae@ab-inbev.com, ecarmi@cplaw.ec, eperez@cplaw.ec, jose.peraltap@ab-inbev.com, osantosd@santosburbano.com y eregalado@pbplaw.com.

1.1.2 **DINADEC S.A.** (en adelante "**DINADEC**")

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

- RUC: 0992526742001.
- Representante Legal: José Luis González Quiroz.
- Domicilio: Km. 16 vía a Daule, calle Cobre S/N y calle Rosavin, cantón Guayaquil.
- Objeto social: *"(...) Venta, comercialización y distribución de cervezas, bebidas alcohólicas y otras bebidas de consumo humano, así como todo tipo de productos en general."*[3]
- Casillero Judicial No.: 226 de la Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales del Palacio de Justicia de Quito.
- Correo electrónico: santiago.espinosa@ab-inbev.com, roberto.moreno@ab-inbev.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, acobo@pbplaw.com, gvillacreses@pbplaw.com, martin.espinosae@ab-inbev.com, ecarmi@cplaw.ec, eperez@cplaw.ec, jose.peraltap@ab-inbev.com, osantosd@santosburbano.com y eregalado@pbplaw.com.

[11] En adelante se referirá de manera conjunta a los operadores económicos señalados como **GRUPO CN** o como los operadores denunciados, estas son empresas del operador económico **ANHEUSER-BUSCH INBEV SA/NV** (en adelante "**ABI**").

---

2 Portal de Información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Consultado el 14 de septiembre de 2022, con expediente No. 2448, desde el enlace: https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/informacionCompanias.jsf.

3 Portal de Información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Consultado el 20 de septiembre de 2022, con expediente No. 128168, desde el enlace: https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/informacionCompanias.jsf.

DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES. -

Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020

[12] Mediante escrito y anexos, presentados el 21 de diciembre de 2020, a las 14h05; trámite signado con I.D.: 180179, el operador económico **HEINEKEN**, denuncia a los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **BEVERAGE BRAND & PATENTS COMPANY BBPC S.A.** (en adelante "**BBPC**") por las presuntas conductas tipificadas en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 21 y 22, del artículo 9 de la LORCPM.

[13] Mediante providencia de 06 de enero de 2021, a las 16h53, la Intendencia Nacional De Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante "INICAPMAPR" o "Intendencia) dispone al operador económico **HEINEKEN**, completar y aclarar su denuncia conforme con los requisitos del artículo 54 de la LORCPM.

[14] Mediante escrito de 11 de enero de 2021, a las 16h59, trámite con I.D.: 181584, el operador económico **HEINEKEN** completó y aclaró la denuncia presentada el 21 de diciembre de 2020.

[15] Con providencia de 13 de enero de 2021, de las 08:41, la INICAPMAPR calificó la denuncia y avocó conocimiento de la causa, disponiendo correr traslado a los operadores económicos denunciados, **CN**, **BBPC** y **DINADEC**, con la denuncia y sus anexos, para que presenten sus explicaciones en el término de 15 días.

[16] Por medio de escrito de 05 de febrero de 2021, a las 18:03, trámite signado con I.D.: 184338, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** presentan en conjunto sus explicaciones, dentro del término legal establecido.

[17] Mediante escrito y anexo de 05 de febrero de 2021, de las 18:09; trámite con I.D.: 184339, el operador económico **BBPC** presenta sus explicaciones, dentro del término legal otorgado.

[18] Mediante providencia de 12 de febrero de 2021, de las 12:41, la INICAPMAPR dispone a los operadores económicos **HEINEKEN**, **CN**, **DINADEC** y **BBPC**, remitir la información contenida en el Cuestionario A; además, a los operadores económicos denunciados, remitir la información del Cuestionario B, y una copia del contrato modelo del programa "SOCIO CN"; finalmente, dispone al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante "SENADI"), remitir los nombres comerciales, signos distintivos y marcas de servicios registrados por **BBPC**, **CN** y **DINADEC**.

[19] Mediante Resolución de 23 de febrero de 2021, de las 17:08, la INICAPMAPR dispone ordenar el inicio de la investigación en contra de los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **BBPC**, por el presunto cometimiento de abuso del poder de mercado, de acuerdo a lo numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 21 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

[20] Mediante providencia de 24 de febrero de 2021 a las 13h39, la INICAPMAPR, requiere a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante "INCCE"), remitir

copias certificadas digitales del Informe o Informes de seguimiento de la Condición 11, impuesta por la CRPI en la Resolución de 06 de mayo de 2016, de las 16:21, dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-2016-017.

[21] Con providencia de 12 de marzo de 2021, a las 12:21, la INICAPMAPR dispone al SENADI, por segunda ocasión, que remita los nombres comerciales, signos distintivos y marcas de servicios registrados por **BBPC**, **CN** y **DINADEC**. Asimismo, se dispone que se agregue y que se tome en cuenta el Memorando SCPM-IGT-INCCE-2021-080, remitido por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, signado con I.D. 187631.

[22] Por medio de la providencia de 08 de abril de 2021, a las 16;42, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta el escrito de **CN**, **BBPC** y **DINADEC** al cual se realizan varias puntualizaciones sobre la solicitud de la declaración de nulidad parcial del acto administrativo de 23 de febrero de 2021; se dispone a **HEINEKEN** que remita todos los documentos, cifras y, en general, la información con la que se construyó el Estudio Económico titulado "MERCADO DE CERVEZAS EN ECUADOR", preparado por Humboldt Management en enero de 2020; Asimismo, se dispone agregar y tomar en cuenta los escritos del SENADI.

[23] Mediante la providencia de 22 de abril de 2021, de las 12:30, la INICAPMAPR dispone: agregar y tomar en cuenta el escrito de **CN**, **BBPC** y **DINADEC**; además, se dispone que **CN** y **DINADEC** remitan la información del Cuestionario C.

[24] Con la providencia de 23 de abril de 2021, a las 11:05, la INICAPMAPR en cumplimiento de la Resolución No SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, suscrita por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, suspende el cómputo de los términos y plazos dentro del expediente administrativo, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo de 2021.

[25] Por medio de la providencia de 21 de mayo de 2021, a las 10:20, la INICAPMAPR dispone que se reanude el cómputo de los términos y plazos dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020; además; que se tome en cuenta los correos electrónicos designados por **CN**, **BBPC** y **DINADEC** para futuras notificaciones, así como otras disposiciones operativas.

[26] Mediante la providencia de 16 de julio de 2021, de las 15:45, la INICAPMAPR dispone, entre otras, que **CN** y **DINADEC** entreguen la información solicitada en el Cuestionario C. Además, se convoca a una reunión de trabajo a las partes por separado.

[27] Con Memorando SCPM-IGT-INCCE-2021-191, de 22 de julio de 2021, la INCCE remite la información solicitada por la INICAPMAPR en providencia de 16 de julio de 2021, de las 15:45.

[28] Mediante providencia de 27 de agosto de 2021, a las 12:22, la INICAPMAPR dispone a **CN**, **BBPC** y **DINADEC** que completen y aclaren la información del Cuestionario C; además, se dispone a **CN** y **HEINEKEN** que remita la información contenida en el Cuestionario D; y **DINANDEC** la información del Cuestionario E.

[29] Mediante Resolución de 16 de septiembre de 2021, a las 17:10, la INICAPMAPR dispone a **CN** y **DINADEC**, remitir lo siguiente: copias certificadas de los documentos de TERMINACIÓN

POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, todos los contratos de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, una explicación detallada respecto a la asignación de códigos a los franquiciados, así como, un detalle de cada uno de los franquiciados a los que corresponda cada código; En adición, se dispuso desarrollar el informe de procedencia de las medidas preventivas solicitadas por **HEINEKEN**; y, se resolvió prorrogar el plazo de duración de la investigación, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días adicionales.

[30] Con providencia de 19 de octubre de 2021, de las 15:58, la INICAPMAPR dispone a los operadores económicos **CN**, **BBPC**, **DINADEC**, remitir copias simples de los talonarios donde sus distintos socios comerciales hayan aceptado las condiciones de los programas: SOCIO PILSENER o SOCIO CN; además, se solicitó al Servicio de Rentas Internas (en adelante "SRI"), remita la información del Cuestionario F.

[31] Por medio de la providencia de 29 de octubre de 2021, a las 11:54, la INICAPMARPR dispuso al operador económico **HEINEKEN**, remitir un listado detallado de sus clientes que haya identificado, habría perdido o habrían sido afectados por el programa comercial SOCIO CN, acompañado de copia simple de la TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, y de las TERMINACIONES POR MUTUO ACUERDO del CONTRATO DE FRANQUICIA "BODEGA PILSENER", que tenga en su poder; además, se dispone a la INCCE, remitir copias certificadas del escrito y anexos de 26 de marzo de 2021, de las 16:13, copias certificadas del escrito y anexos de 08 de junio de 2021, a las 23:09, y copias certificadas de los escritos y anexos, que hayan ingresado los operadores económicos y que se encuentren vinculados con la información remitida en los trámites 189321 y 195881.

[32] A través de la providencia de 28 de diciembre de 2021, de las 14:30, la INICAPMAPR dispone a los operadores económicos investigados presentar los originales de la totalidad de documentos suscritos o que hayan emitido en los que conste una terminación por mutuo acuerdo entre las partes del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, así como las facturas, originales de los contratos, ya sea qué estos hayan sido suscritos o solo emitidos, del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, original del Manual de Operación para la calificación de Franquiciados.

[33] Mediante providencia de 17 de enero de 2022, a las 14:05, la INICAPMAPR dispone a los operadores investigados entregar la información de los Cuestionarios G y H, y remitir los originales o copias certificadas de los documentos, suscritos o que hayan emitido, en los que conste una TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO ENTRE LAS PARTES DEL CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER.

[34] Con providencia de 11 de febrero de 2022, de las 10:00, la INICAPMAPR dispone a los operadores económicos **CN**, **BBPC**, **DINADEC**, aclarar ciertas inconsistencias respecto a la información de contratos de franquicia, terminaciones por mutuo acuerdo y numero de franquiciados reportados. Además, se dispone que indiquen la ubicación geográfica y alcance de la totalidad de los centros de distribución (plantas) en el periodo 2018-2021.

[35] Por medio de la providencia de 15 de febrero de 2022, de las 08>41, la INICAPMAPR dispone la comparecencia para la tomadura de testimonios sin juramento a colaboradores de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**; a **CN**, **BBPC**, **DINADEC**, remitir el original o copia certificada del MANUAL DISTRIBUIDOR PILSENER URBANO, la estrategia de descuentos y promociones aplicables, un reporte de los franquiciados que consten en la aplicación Sistema de *Sell Out* o facturación.

[36] Con providencia de 18 de febrero de 2022, de las 15>44, la INICAPMAPR dispuso a **CN**, **BBPC**, **DINADEC** remitir los originales o copias certificadas de los PLANOGRAMAS y su correspondiente PLANOMETRÍA utilizada en los programas: i) Socio CN; ii) Socio CN 2.0; iii) Socio Pilsener D.A.L.E; iv) Socio Pilsener D.R.E.A.M.; y, v) Socio Pilsener 2.0.

[37] Con providencia de 22 de febrero de 2022, a las 16:46, la INICAPMAPR dispuso a los operadores económicos **CN**, **BBPC**, **DINADEC**, remitir la información actualizada al primer semestre del año 2021, respecto a "COSTOS" y "ACTIVOS"; Además, dispuso tomar en cuenta el Acta de la tomadura de testimonio sin juramento, por parte del señor Gastón Román Yungaicela, Diego Valenzuela Napolitano, Álvaro Nicolás Lora Molina, Osmán Viloria, Santiago Martín Espinosa Espinosa, María Fernanda Yánez Aguilar.

[38] Mediante providencia de 02 de marzo de 2022, a las 16.58, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta el Acta de la tomadura de testimonio sin juramento, por parte del señor Juvenal Antonio Farah Reyes, José Luis González Quiroz, Jorge Antonio Viteri Palan, Eddy Xavier Cepeda Juez, Juan Carlos Vásconez Castillo, Juan Pablo Córdova Paredes, Roberto Andrés Moreno Arévalo; Además, se dispone al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante "SENAE") remitir la información del Cuestionario I.

[39] Por medio de la providencia de 04 de marzo de 2022, a las 08;45, la INICAPMAPR dispone a los operadores económicos **CN**, **BBPC** y **DINADEC** aclarar y completar la información del Cuestionario H y G, además de remitir una copia simple de los contratos de entrega de los equipos de frío utilizados para cada una de las 38 tipologías de clientes.

[40] A través de la providencia de 11 de marzo de 2022, de las 16:25, la INICAPMAPR dispone a **CN**, **BBPC** y **DINADEC** indicar si la TABLA DE EQUIVALENCIA DE CAJAS, utilizada en los PROGRAMAS SOCIO CN y SOCIO CN 2.0., es la misma que se utilizó en los programas comerciales SOCIO PILSENER D.A.L.E. y, SOCIO PILSENER D.R.E.A.M., y en caso de que esta difiriera, presentar una copia simple de la TABLA DE EQUIVALENCIA DE CAJAS utilizada en los programas SOCIO PILSENER D.A.L.E. y SOCIO PILSENER D.R.E.A.M.

[41] Mediante Resolución de 15 de marzo de 2022, a las 17:10, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta el Informe de Resultados, SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, de 15 de marzo de 2022, mismo que se declara con el carácter de confidencial; asimismo, se agrega y toma en cuenta el extracto no confidencial del Informe de Resultados. La INICAPMAPR resuelve ordenar el ARCHIVO de la investigación en contra del operador económico **BBPC** y FORMULAR CARGOS en contra de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, como presuntos responsables del cometimiento de conductas de abuso del poder de mercado, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, con la

concurrencia de circunstancias agravantes conforme lo prescrito en el artículo 81 literales c., y d., *ejusdem*. Finalmente, dispone elaborar el informe por la posible presentación de información engañosa o falsa por parte de los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **BBPC**, en cuanto a los instrumentos facilitados al análisis.

[42] Con la providencia de 06 de abril de 2022, a las 17:12, la INICAPMAPR dispone continuar el procedimiento en rebeldía de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, y dar inicio al término probatorio, por el término de sesenta (60) días, prorrogables por un término de treinta (30) días adicionales, de ser el caso.

[43] Mediante la providencia de 17 de mayo de 2022, de las 10:25, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta los escritos de **CN** y **DINADEC**, por lo que, al amparo de lo prescrito en los artículos 38 numeral 4; y 49 numeral 2 de la LORCPM, en concordancia con lo prescrito en los artículos 174, 175, 176 y 177 del COGEP, dispone llamar a tomadura de testimonio al autor del Estudio Económico de Mercado de Cervezas en el Ecuador de HUMBOLDT MANAGEMENT PARTNERS S.A. HUMAPAR.

[44] A través de la providencia de 27 de junio de 2022, a las 16:03, la INICAPMAPR dispone la reproducción de medios probatorios que constan en varias piezas procesales del Expediente de Investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.

[45] Por medio de Resolución de 29 de junio de 2022, de las 14:08, la INICAPMAPR resuelve la reproducción íntegra de medios probatorios que constan en piezas procesales en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.

[46] Con providencia de 30 de junio de 2022, a las 15:08, la INICAPMAPR dispone al MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO y a la MUNICIPALIDAD DE GUAYAQUIL remitir determinada información.

[47] Mediante la providencia de 01 de julio de 2022, de las 16:15, la INICAPMAPR dispone se prorrogue la duración del término probatorio, por un término de treinta días (30) adicionales, contados a partir del fenecimiento del término de los sesenta (60) días iniciales.

[48] Por medio de providencia de 04 de julio de 2022, a las 12:15, la INICAPMAPR agrega varios escritos de los operadores económicos y atiende solicitudes de estos.

[49] A través de la providencia de 06 de julio de 2022, a las 10:30, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta los escritos de la Procuraduría Metropolitana del GAD del Distrito Metropolitano de Quito, así como de los operadores económicos.

[50] Por medio de la providencia de 20 de julio de 2022, a las 10:36, la INICAPMAPR dispone la reproducción de medios probatorios los cuales constan como piezas procesales del expediente en mención; además, se dispone por segunda ocasión a la Municipalidad de Guayaquil que remitan lo dispuesto en providencia de 30 de junio de 2022, a las 15:08.

[51] Con la providencia de 02 de agosto de 2022, de las 17:04, la INICAPMAPR dispone admitir o rechazar las pruebas solicitadas por **CN**, **DINADEC**, **BBPC** y **HEINEKEN**.

[52] Como se expone en la providencia de 09 de agosto de 2022, de las 10:52, la INICAPMAPR dispone la entrega de información por parte denunciante como denunciada, en cuanto al volumen de ventas de sus operaciones.

[53] Con providencia de 16 de agosto de 2022 a las 16h49, la INICAPMAPR dispone a los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **BBPC** atender un requerimiento de información.

[54] Con providencia de 17 de agosto de 2022 a las 12h36, la INICAPMAPR, de conformidad con el artículo 59 de la LORCPM, da por terminado el término probatorio el día 16 de agosto de 2022.

[55] Con providencia de 02 de septiembre de 2022, a las 13h19, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta el escrito de alegatos de **HEINEKEN**.

[56] Mediante providencia de 06 de septiembre de 2022 a las 17h00, la INICAPMAPR dispone agregar y tomar en cuenta el Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020 emitido el mismo día, así como la versión reservada de este. Consecuentemente, se dispone remitir el Informe Final en su versión confidencial como reservada, junto con el expediente de investigación, a la CRPI para su conocimiento y resolución.

Expediente SCPM-CRPI-025-2022

[57] Por medio de Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-2022-099, datado el 6 de septiembre de 2022, contenido en el trámite cuyo I.D. es 234192, la INICAPMAPR remitió a la Comisión de Resolución de Primera Instancia -en adelante CRPI o Comisión- la Providencia de 6 de septiembre de 2022, a las 17:00, así como el Informe Final núm.: SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020, emitido el mismo día, en sus versiones confidencial y reservada. Además, se otorgó acceso al expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.

[58] Mediante Providencia emitida por la CRPI, el 09 de septiembre de 2022, a las 09:25, se dispuso avocar conocimiento de la causa contenida en el expediente SCPM-CRPI-025-2022, trasladando la versión confidencial del Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020, de 6 de septiembre de 2022, a los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, así como la versión reservada del mismo informe al operador económico **HEINEKEN**, con la finalidad de que las partes presenten, en el término de diez días, sus alegatos de conformidad con el inciso primero del artículo 71 del Reglamento a la LORCPM y el literal a. del artículo 16 del IGPA.

[59] Con escrito presentado el 14 de septiembre de 2022, a las 17:05, trámite signado con I.D.: 250133, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitaron una copia en versión digital del Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020.

[60] Por medio del escrito presentado el 19 de septiembre de 2022, a las 16:25, trámite signado con I.D.: 250318, el operador económico **HEINEKEN** solicita una copia a color de la versión reservada del Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020.

[61] Mediante Providencia emitida el 19 de septiembre de 2022, a las 12:37, la CRPI dispuso solicitar a la INICAPMAPR que remita, a la brevedad posible, el Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020, en sus versiones confidencial y reservada, en formato pdf y digital, de forma tal que resulten legibles en su integridad según corresponda.

[62] Por medio del Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-109 y anexos de 20 de septiembre de 2022, escrito signado con I.D.: 250407, la INICAPMAPR notificó la providencia emitida el 20 de septiembre de 2022, de las 11:00, dentro del expediente administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, que a su vez dispone remitir a la CRPI el Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020, en su versión confidencial como reservada, en formato pdf con un mayor grado de legibilidad.

[63] Mediante Providencia emitida el 21 de septiembre de 2022, a las 09:59, la CRPI dispuso remitir la versión confidencial en digital y formato pdf del Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020 de 6 de septiembre de 2022 a los operadores económicos **CN** y **DINADEC**; así también, remitir la versión reservada en digital y formato pdf del mismo informe al operador económico **HEINEKEN**, con la finalidad de que las partes presenten, en el término de diez días, los alegatos en defensa de sus intereses.

[64] Con escrito de 23 de septiembre de 2022, de las 17:09, trámite signado con I.D.: 250860, el operador económico **HEINEKEN** presentó sus alegaciones al informe final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020 y solicitó copia de las alegaciones que sean presentadas por la contraparte.

[65] A través del escrito y anexos ingresados el 6 de octubre de 2022, a las 16:13, trámite signado con I.D.: 254849, los operadores económicos **DINADEC** y **CN** presentaron los alegatos respecto al informe final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020 y en defensa de sus intereses. Además, solicitaron copias del escrito de alegatos de HEINEKEN y una solicitud de actuaciones complementarias.

[66] Por medio del escrito presentado el 11 de octubre de 2022, a las 10:15, trámite signado con I.D.: 255008, los operadores económicos **DINADEC** y **CN** solicitaron copia digital simple, de las versiones originales y completas, de toda la información que haya sido presentada por **HEINEKEN** en el expediente de resolución.

[67] Con escrito ingresado el 13 de octubre de 2022, a las 13:45, trámite signado con I.D.: 255333, los operadores económicos **DINADEN** y **CN** solicitaron la práctica de una actuación probatoria complementaria, concerniente en la incorporación del escrito de contestación presentado por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, el 07 de abril de 2022 dentro del proceso judicial 09802-2021-01393.

[68] Con escrito entregado el 21 de octubre de 2022, a las 10:56, trámite signado con I.D.: 256094, el operador económico **HEINEKEN** solicitó copias de los alegatos presentados por los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, así como también copia íntegra del expediente de resolución.

[69] Mediante Providencia de 21 de octubre de 2022, emitida por la CRPI a las 16:55, se dispuso:

> ***SEGUNDO.- SOLICITAR*** *al operador económico* ***GRUPO CN*** *que, conforme la parte motiva de la presente providencia remita en el término de tres (3) días, debidamente justificada y motivada la solicitud de confidencialidad del escrito y anexos de alegatos de 06 de octubre de 2022 registrados a las 16h13, trámite signado con I.D.: 254849, así como los extractos no confidenciales correspondientes, previo a dar atención a la petición de* ***HEINEKEN****.*
>
> ***TERCERO.- CONCEDER*** *al operador económico* ***GRUPO CN*** *las copias de toda la información presentada por el operador económico* ***HEINEKEN*** *dentro del presente expediente, que incluye los alegatos presentados sobre el Informe Final. En este sentido, conforme la petición realizada, se remitirá la información pertinente de manera telemática a las direcciones electrónicas registradas.*

[70] Con escrito ingresado el 26 de octubre de 2022, a las 17:07, trámite signado con I.D.: 256530, el operador económico **HEINEKEN** reiteró el pedido realizado en su escrito de 23 de septiembre de 2022, de que se le confiera una copia de los alegatos que presenten los operadores económicos investigados y, en el caso que contengan información confidencial, se le corra traslado con una versión no confidencial.

[71] A través del escrito presentado el 27 de octubre de 2022, a las 16:46, trámite signado con I.D.: 256599, los operadores económicos **DINADEC** y **CN** solicitaron una prórroga de dos días para cumplir con lo dispuesto por la CRPI en providencia de 21 de octubre de 2022.

[72] Mediante Providencia emitida por la CRPI el 28 de octubre de 2022, a las 09:50, la Comisión dispuso conceder al operador económico **CN** la prórroga solicitada.

[73] Mediante Providencia expedida el 28 de octubre de 2022, a las 10:08, la CRPI dispuso:

> ***PRIMERO.- SOLICITAR*** *al operador económico* ***HEINEKEN****, que en el término de diez (10) días, ratifique las actuaciones de los abogados: Mará Rosa Fabara, Daniel Castelo y Esteban Dávila, y se les autorice en forma debida para futuras representaciones.*
>
> ***SEGUNDO.- SOLICITAR*** *al operador económico* ***GRUPO CN*** *que en el término de diez (10) días, ratifique las actuaciones del abogado Gustavo Villacreses Brito y se le autorice en forma debida para futuras representaciones.*
>
> ***TERCERO.- SOLICITAR*** *a la INICAPMAPR que en el término de cinco (5) días remita una copia digital del Anexo con número 333445 al escrito signado con trámite I.D.: 184338, que consta dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 con la finalidad de que se incorpore al presente expediente.*

[74] Con escrito de 31 de octubre de 2022, de las 10:13, trámite signado con I.D.: 256719, el operador económico grupo **CN** ratificó todas las actuaciones realizadas por el abogado Gustavo Villacreses Brito en defensa de los intereses de **CN** y **DINADEC** dentro del expediente SCPM-CRPI-25-2022. Además, autorizó al abogado Eduardo Regalado Mantilla.

[75] Por medio de escrito y anexo ingresados el 31 de octubre de 2022, a las 14:27, tramite signado con I.D.: 256771, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** atendieron lo solicitado por la CRPI en providencia de 21 de octubre de 2022, en cuanto a la confidencialidad de sus alegatos y anexos.

[76] Mediante Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-270, datado el 2 de noviembre de 2022 y anexos, remitidos en trámite signado con I.D.: 256660, la INICAPMAPR remite el anexo con número 333445 constante en el trámite con I.D.: 184338, según lo solicitado por la CRPI en providencia de 28 de octubre de 2022.

[77] Por medio de escrito de 08 de noviembre de 2022, de las 12:45, trámite signado con I.D.: 257272, el operador económico **HEINEKEN** solicitó a la CRPI que realice la convocatoria a la diligencia de audiencia pública, conforme el artículo 60 de la LORCPM.

[78] Mediante Providencia emitida por la CRPI el 11 de noviembre de 2022 a las 12:18, se dispuso:

> ***PRIMERO.- AGREGAR*** *al expediente en su parte confidencial el escrito y anexos de alegatos presentado por el operador económico* ***GRUPO CN*** *el 06 de octubre de 2022, trámite signado con I.D.: 254849, en las siguientes partes declaradas como confidenciales:*
>
> *i. Las páginas 206 a la 213 contenidas en el escrito de alegatos signado con el Id 254849 anexo 470349.*
> *ii. Las últimas 10 páginas contenidas dentro del anexo 1 signado con el anexo 470350 del Id 254849.*
> *iii. El anexo 3 signado con anexo 470352 del Id 254849.*
> *iv. El anexo 4 signado con anexo 470353 del Id 254849.*
> *v. La foja 11 que contiene la lámina 15, del anexo 16 signado con anexo 470365 del Id 254849.*
> *vi. La foja 12 que contiene la lámina 18, del anexo 17 signado con anexo 470366 del Id 254849.*
> *vii. El anexo 18 signado con el Id 254849 anexo 470367.*
> *viii. El anexo 29 signado con Id 254849 anexo 470378.*
>
> ***SEGUNDO.- AGREGAR*** *al expediente, toda la información que no ha sido declarada como confidencial contenida en el escrito de 06 de octubre de 2022, trámite signado con I.D.: 254849.*
>
> ***TERCERO.- DISPONER*** *que en el término de cinco (05) días el analista realice el extracto no confidencial de la información detallada en el ordinal primero de la presente providencia. A excepción del literal iv.*

> ***CUARTO.- SOLICITAR*** *a la INICAPMAPR que en el término de cinco (05) días, remita copia certificada de la versión reservada, del Informe SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, de resultados de la investigación dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.*
>
> *(...)*
>
> ***SEXTO.- TOMAR*** *en cuenta dentro del presente expediente las ratificaciones de actuaciones de los abogados Gustavo Villacreses Brito y Eduardo Regalado Mantilla en defensa del operador económico* ***GRUPO CN****.*
>
> ***SÉPTIMO.- CONCEDER*** *al operador económico* ***HEINEKEN*** *las copias del escrito y anexos de 06 de octubre de 2022, trámite signado con I.D.: 254849, en su parte reservada, así como los extractos no confidenciales correspondientes. Par* (sic) *lo cual se fija el 18 de noviembre de 2022 a las 15:00 la entrega de las copias concedidas, en este sentido el operador económico proporcionará un dispositivo electrónico con el espacio suficiente.*
>
> ***OCTAVO.- CONVOCAR*** *a los operadores económicos* ***HEINEKEN*** *y* ***GRUPO CN****, así como a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a una audiencia pública el 24 de noviembre de 2022 a las 10:00, que se realizará conforme el procedimiento indicado en la parte motiva de la presente providencia.*

[79] Con escrito presentado el 14 de noviembre de 2022, a las 13:01, trámite signado con I.D.: 257796, el operador económico **ABI**, por medio de su apoderado especial, otorga autorización a los abogados Martín Espinosa Espinosa, Roberto Moreno Arévalo, Diego Pérez Ordóñez, Andrés Rubio Puente, Eduardo Regalado Mantilla, Eduardo Carmigniani Valencia, Esteban Pérez Medina y Oswaldo Santos Dávalos para que comparezcan en representación de **ABI**, asimismo solicita que las notificaciones que correspondan se direccionen a la casilla judicial 226 del Palacio de Justicia de Quito y a los correos electrónicos: martin.espinosae@ab-inbev.com; roberto.moreno@ab-inbev.com; jose.peraltap@ab-inbev.com; dperez@pbplaw.com; mnavarrete@pbplaw.com; arubio@pbplaw.com; eregalado@pbplaw.com; ecarmi@cplaw.ec; eperez@cplaw.ec; osantosd@santosburbano.com; kbarona@pbplaw.com.

[80] Por medio de escrito presentado el 14 de noviembre de 2022, a las 17:15, trámite signado con I.D.: 257863, el operador económico **HEINEKEN** solicita a la CRPI se concedan copias de la totalidad del expediente.

[81] A través de escrito ingresado el 15 de noviembre de 2022, a las 10:51, trámite signado con I.D.: 257910, el operador económico **HEINEKEN** ratificó las actuaciones realizadas por la doctora María Rosa Fabara Vera y los abogados Daniel Castelo Guerrero y Esteban Dávila Caicedo en defensa de sus intereses, y de igual manera, designó a dichos profesionales en calidad de abogados patrocinadores para que presenten a nombre de **HEINEKEN** cualquier escrito o realicen cualquier gestión en atención de los intereses del denunciante.

[82] Por medio de Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-288, datado el 15 de noviembre de 2022, signado con I.D.: 257999, la INICAPMAPR solicita copias simples del escrito de alegatos presentado por los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **HEINEKEN**, al Informe Final SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020.

[83] Mediante Providencia emitida el 16 de noviembre de 2022, a las 12:18, la CRPI dispuso tomar nota de las autorizaciones de abogados patrocinadores y direcciones para notificaciones señaladas por parte del operador económico **ABI,** en su escrito de 14 de noviembre de 2022. Además, la CRPI dispuso las siguientes solicitudes y concesiones:

> ***CUARTO.- SOLICITAR*** *al operador económico* ***Anheuser-Busch InBev SA/NV (ABI)*** *que en el término de tres (3) días aclare si revoca también los demás casilleros y correos electrónicos fijados previamente para notificaciones.*
>
> ***QUINTO.- CONCEDER*** *al operador económico* ***HEINEKEN*** *conforme la parte motiva de la presente providencia las copias del presente expediente. Para lo cual se fija el 18 de noviembre de 2022 a las 15:00 la entrega de las copias concedidas, en este sentido el operador económico proporcionará un dispositivo electrónico con el espacio suficiente.*
>
> ***SEXTO.- SOLICITAR*** *al operador económico* ***HEINEKEN****, que en el término de tres (3) días, de acuerdo con la parte motiva de la presente providencia, remita a la CRPI el Anexo conforme lo indicado en su escrito de 15 de noviembre de 2022 registrado a las 17:15, trámite signado con I.D.: 257910.*
>
> ***SÉPTIMO.- CONCEDER*** *a la INICAPMAPR las copias simples en formato digital, de los escritos de alegatos al Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020, presentados por los operadores económicos* ***CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., DINADEC S.A. (GRUPO CN)****, y* ***HEINEKEN****, identificados con I.D.: 250860 e I.D.: 254849 y anexos, trasladando la confidencialidad de los mismos.*

[84] Con escrito y anexos presentados el 17 de noviembre de 2022, a las 10:34, trámite signado con I.D.: 258190, el operador económico **HEINEKEN** solicitó el diferimiento de la audiencia pública convocada para el 24 de noviembre de 2022 por la CRPI en providencia de 11 de noviembre de 2022, en razón de su participación como tercero coadyuvante en la audiencia pública dentro del proceso de apelación de acción de protección No. 09292-2022- 00977, el mismo día, así como debido al gran volumen de información que debería revisar. El operador económico también solicita copia del escrito presentado por ABI el 14 de noviembre de 2022, y entrega el nombramiento del señor Ludovic Auvray, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de **HEINEKEN**.

[85] Con escrito presentado el 17 de noviembre de 2022, a las 11:17, trámite signado con I.D.: 258199, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitaron en lo principal lo siguiente:

> *"**I. Revisión de la información que se entregará a Heineken Ecuador S.A.***
>
> *(...)*

2. Debido a que se ha presentado información en extremo sensible, respetuosamente solicitamos que se nos otorgue un tiempo prudencial para revisar y, de ser el caso, pronunciarnos sobre las versiones no confidenciales preparadas por la CRPI, pues serán entregadas al principal competidor de las denunciadas.

3. En esta línea, para salvaguardar nuestros derechos, solicitamos asimismo que mientras no se haya otorgado a CN y a DN esta oportunidad de revisar las versiones editadas, la CRPI se abstenga de entregárselas a Heineken Ecuador S.A.

II. Solicitud de diferimiento de la audiencia

4. En su providencia de 11 de noviembre, la CRPI ha fijado como fecha de audiencia el 24 de noviembre del 2022. En vista de nuestra solicitud de la sección previa, de la de Heineken Ecuador S.A. de revisar las versiones editadas con anticipación, de la de la INICAPMAPR en similar sentido, así como debido a compromisos profesionales previamente adquiridos por la defensa de las denunciadas, respetuosamente solicitamos por este medio que la CRPI difiera dicha audiencia y que, oportunamente, fije una nueva fecha y hora para su realización.

III. Actualización de notificaciones

(...) Según lo solicitado por la CRPI, confirmamos que no deberán continuarse enviando notificaciones a casilleros judiciales o correos electrónicos distintos a los enlistados aquí, por lo que se revoca el señalamiento de todo otro lugar."

[86] Mediante Providencia expedida el 17 de noviembre de 2022 a las 15:15, la CRPI dispuso:

***SEGUNDO.- CONVOCAR** a los operadores económicos **HEINEKEN** y **GRUPO CN**, así como a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a una audiencia pública el 08 de diciembre de 2022 a las 10:00, que se realizará conforme el procedimiento indicado en la Providencia de 11 de noviembre de 2022 emitida por la CRPI a las 12:18.*

***TERCERO.- TOMAR** en cuenta conforme la parte motiva de la presente providencia que una vez se ha remitido el nombramiento del señor Ludovic Auvray, en su calidad de Presidente Ejecutivo y como tal Representante Legal del operador económico **HEINEKEN**, las ratificaciones señaladas a través de escrito presentado el 15 de noviembre de 2022 a las 17:15, trámite signado con I.D.: 257910.*

***CUARTO.- OTORGAR** al operador económico **GRUPO CN**, un término de dos (2) días para la revisión de las versiones no confidenciales preparadas por la CRPI en relación con el escrito de alegatos y sus anexos. Asimismo, mientras se realice el procedimiento mencionado, se suspenderá la entrega de las copias en su parte reservada de los alegatos presentados por el **GRUPO CN**, y del expediente íntegro también en su parte reservada, que estaba dispuesto se entregue al operador económico **HEINEKEN**.*

> ***QUINTO.- TOMAR*** *en cuenta lo señalado por el operador económico* ***GRUPO CN*** *dentro del escrito de 17 de noviembre de 2022, en relación a la actualización de las notificaciones, para que no se continúe enviando notificaciones a casilleros judiciales o correos electrónicos distintos a los enlistados en el escrito de 14 de noviembre de 2022, trámite signado con I.D.: 257796, por lo que se revoca el señalamiento de cualquier otro correo.*

[87] Por medio de escrito de 18 de noviembre de 2022, de las 14:48, trámite signado con I.D.: 258385, el operador económico **GRUPO CN** indica que la providencia de 17 de noviembre de 2022 fue erróneamente notificada a la dirección a: jose.peraltap@abinbev.com., cuando lo correcto debe ser jose.peraltap@ab-inbev.com.

[88] Con Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-291 y anexos, de 18 de noviembre de 2022, trámite signado con I.D.: 257753, la INICAPMAPR, en atención a la solicitud realizada por la CRPI en la Providencia de 11 de noviembre de 2022, adjunta las copias certificadas de la versión reservada del Informe SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, correspondiente al Memorando SCPM-DS-SG-2022-564, de la Secretaría General de la SCPM.

[89] Mediante la Providencia expedida el 23 de noviembre de 2022, a las 14:49, la CRPI dispuso agregar los documentos aportados por la INICAPMAPR con Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-291, así también, en atención a lo indicado por **GRUPO CN** en escrito signado con I.D.: 258385, informó que se realizó nuevas notificaciones de las providencias de 16 y 17 de noviembre de 2022, expedidas a las 12:18 y 15:15, al correo: jose.peraltap@ab-inbev.com.

[90] A través del escrito y anexos presentados el 23 de noviembre de 2022, a las 16:19, trámite signado con I.D.: 258797, el operador económico **HEINEKEN** solicita fijar la audiencia para una nueva fecha a partir del lunes 12 de diciembre de 2022.

[91] Mediante Providencia emitida el 25 de noviembre de 2022 a las 09:19, la CRPI dispuso:

> ***SEGUNDO.- ENTREGAR*** *al operador económico* ***HEINEKEN****, conforme la parte motiva de la presente providencia las copias del presente expediente en su parte reservada, el cual contiene el escrito y anexos de 06 de octubre de 2022, trámite signado con I.D.: 254849, en su parte reservada, así como los extractos no confidenciales correspondientes. Para lo cual se fija el 28 de noviembre de 2022 a las 15:00 la entrega de las copias señaladas, en este sentido el operador económico proporcionará un dispositivo electrónico con el espacio suficiente.*
>
> ***TERCERO.- CONVOCAR*** *a los operadores económicos* ***HEINEKEN*** *y* ***GRUPO CN****, así como a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a una audiencia pública el 13 de diciembre de 2022 a las 10:00, que se realizará conforme el procedimiento indicado en la Providencia de 11 de noviembre de 2022 emitida por la CRPI a las 12:18.*

[92] Con escrito ingresado el 28 de noviembre de 2022, a las 09:58, trámite signado con I.D.: 259071, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** señalan que no se ha remitido las versiones no

confidenciales preparadas por la CRPI conforme los dispuesto en providencia de 17 de noviembre de 2022, por tanto, solicitan revisar dichas versiones no confidenciales en un tiempo prudencial, mientras que la CRPI se abstenga de entregárselos a **HEINEKEN**.

[93] Mediante Providencia emitida el 28 de noviembre de 2022 a las 12:31, la CRPI dispuso:

> ***SEGUNDO.- TRASLADAR*** *al operador económico* ***GRUPO CN*** *las versiones no confidenciales del escrito de alegaciones y sus anexos de 06 de octubre de 2022 registrados a las 16:13, trámite signado con I.D.: 254849, para que en el término de (2) días se pronuncié sobre los mismos. Para el efecto, se remitirá a través de la nube institucional lo mencionado.*
>
> *Cabe anotar que debe trasladarse dentro de la información referida, el Memorando SCPM-IGTINICAPMAPR-2022-291 y anexos de 18 de noviembre de 2022, trámite signado con I.D.: 257753.*
>
> *Asimismo, mientras se realice el procedimiento mencionado, se suspenderá la entrega de las copias en su parte reservada de los alegatos presentados por el* ***GRUPO CN****, y del expediente íntegro también en su parte reservada, que estaba dispuesto se entregue al operador económico* ***HEINEKEN****.*

[94] A través del escrito ingresado el 30 de noviembre de 2022, a las 16:05, trámite signado con I.D.: 259319, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** presentan su pronunciamiento respecto de las versiones no confidenciales remitidas en providencia de 28 de noviembre de 2022, de las 12:31, solicitando la emisión de nuevas versiones confidenciales y se suspenda la entrega de copias al operador económico **HEINEKEN**.

[95] Mediante providencia emitida el 02 de diciembre de 2022 a las 11:19, la CRPI dispuso:

> ***SEGUNDO.- RECHAZAR*** *por improcedente conforme la parte motiva de la presente providencia, la solicitud de reforma de los extractos no confidenciales solicitados por el operador económico* ***GRUPO CN*** *a través de escrito presentado el 30 de noviembre de 2022 a las 16:05, trámite signado con I.D.: 259319.*
>
> ***TERCERO.- ENTREGAR*** *al operador económico* ***HEINEKEN S.A.*** *las copias concedidas del presente expediente en su parte reservada, el cual contiene el escrito y sus anexos de 06 de octubre de 2022 a las 16:13, trámite signado con I.D.: 254849 en su parte reservada, así como los extractos no confidenciales correspondientes. Para lo cual, se fija para el 06 de diciembre de 2022 a las 16:00 la entrega de las copias señaladas, en este sentido el operador económico proporcionará un dispositivo electrónico con el espacio suficiente.*

[96] Con escrito ingresado el 06 de diciembre de 2022, a las 16:06, trámite signado con I.D.: 259797, el operador económico **HEINEKEN** autorizó a su colaborador para la recepción de las copias digitales del expediente SCPM-CRPI-025-2022.

[97] Por medio del escrito presentado el 07 de diciembre de 2022, a las 17:05, trámite signado con I.D.: 259861, el operador económico **HEINEKEN** manifestó:

> ***SOBRE LAS COPIAS ENTREGADAS A HEINEKEN ECUADOR***.
>
> *15. Sin embargo, al revisar la declaratoria de confidencialidad realizada por su Autoridad mediante providencia de 11 de noviembre de 2022, a las 12:18, es posible concluir que la versión no confidencial de los alegatos presentados por GRUPO CN preparada por su Autoridad – y que HEINEKEN ECUADOR entiende su autoridad entregó al GRUPO CN- no es la misma a la que HEINEKEN ECUADOR tuvo acceso el 6 de diciembre de 2022.*
>
> *16. Sino que, por el contrario, al acceder al Expediente únicamente tuvo acceso a la versión no confidencial preparada por el propio GRUPO CN y que fue presentada el 31 de octubre de 2022, misma que, como su Autoridad señaló, tiene información que no cumple con lo que prevé la normativa de derecho de competencia ecuatoriana para ser declarada como confidencial.*
>
> ***CONFIGURACIÓN DE LAS AFECTACIONES***
>
> *17. Resulta en extremo inaudito que GRUPO CN tenga acceso a la información confidencial de HEINEKEN ECUADOR desde el 23 de septiembre de 2022, con la que probablemente utilizó para realizar su alegato y que HEINEKEN ECUADOR no ha podido acceder a un versión no confidencial de sus alegatos –en los términos en los que manda la normativa de derecho de competencia ecuatoriano- que le permita ejercer correctamente su derecho a la defensa.*
>
> *(...)*
>
> ***PETICIÓN***
>
> *22. Por lo expuesto, para poder ejercer correctamente su derecho constitucional a la defensa, HEINEKEN ECUADOR solicita que, **inmediatamente**, se le entregue la versión no confidencial elaborada por su Autoridad de los alegatos presentados por GRUPO CN y que entiende su Autoridad entregó al GRUPO CN.*

[98] Mediante Providencia expedida el 08 de diciembre de 2022, a las 15:24, la CRPI dispuso remitir al operador económico **HEINEKEN,** las copias del extracto no confidencial, elaborado por la analista jurídica, signado con el I.D.: 257939, a través de la nube institucional, dejando a salvo su derecho a solicitar una nueva fecha para la realización de la audiencia pública.

[99] Con fecha 13 de diciembre de 2022, a partir de las 10:00 se desarrolló la audiencia pública, conforme con la disposición de la Comisión comunicada a través de la providencia de 25 de noviembre de 2022.

[100] Por medio de escrito y anexo presentados el 13 de diciembre de 2022, a las 15:46, trámite signado con I.D.: 260288, el operador económico **HEINEKEN** presentó materializaciones de páginas

web sobre resoluciones de autoridades de competencia a fin de que sean consideradas por la CRPI.

[101] A través de escrito presentado el 14 de diciembre de 2022 a las 12:26, trámite signado con I.D.: 260361, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitaron copias de la grabación de la audiencia de 13 de diciembre de 2022.

[102] Mediante Providencia expedida el 19 de diciembre de 2022, de las 16:12, la CRPI dispuso agregar al expediente la información presentada por el operador económico **HEINEKEN** y conceder al operador económico **GRUPO CN** la copia de la audiencia pública realizada el 13 de diciembre de 2022, de las 10:00.

[103] Con escrito y anexo ingresado el 03 de enero de 2023 a las 12:46, tramite signado con I.D.: 261565, el operador económico **HEINEKEN** entrega la presentación exhibida en la audiencia pública realizada el 13 de diciembre de 2022 a las 10:00 y solicita se le entregue: (i) una copia de la totalidad del expediente salvo aquello que haya sido debidamente declarado como confidencial y (ii) una copia de la grabación en audio y video de la audiencia pública de 13 de diciembre de 2022.

[104] Mediante Providencia expedida el 05 de enero de 2023 a las 15:58, la CRPI dispuso agregar al expediente escrito y anexo presentado por el operador económico **HEINEKEN** y concederle copias del expediente que se encuentra clasificada como reservada y copia de la audiencia pública realizada el 13 de diciembre de 2023 a las 10:00. (SIC)

[105] Por medio de escrito y anexo ingresado el 09 de enero de 2023 a las 16:10, los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, presentan alegaciones dentro del presente expediente, solicita que se requiera a la **INICAPMAPR** actuaciones complementarias y solicita la declaración de confidencialidad en relación con este último pedido señalo lo siguiente:

> *"(...)*
>
> ***Solicitud de declaración de confidencialidad***
>
> *71. Es necesario enfatizar que, en los documentos que acompaño, se evidencia que Heineken entregó a la SCPM información comercial sensible (e.g., contratos, listados de clientes, condiciones comerciales, descuentos, incentivos, etc.) de titularidad de ABI, CN, DN y BBPC, según la misma SCPM reconoció. Esta información fue entregada sin ninguna objeción ni cuestionamiento por parte de la SCPM (de hecho, fue alentada por ciertos funcionarios). Por tanto, los daños, de carácter patrimonial y extrapatrimonial, causados a mis representadas ya fueron provocados.*
>
> *72. En cualquier caso, por su naturaleza, solicitamos que, al menos, mientras se aclara la fuente de la información y la forma en que Heineken la obtuvo, se declare la confidencialidad: de los anexos del escrito de 13 agosto de 2020 (ID 167056); los anexos del escrito de 4 de septiembre (ID 169520); y, del escrito de 22 de*

octubre (ID 174238-313208). De nuevo, esta petición se realiza pese a que el daño mayor –el acceso por parte de nuestros competidores directos a estos datos sensibles– ya se produjo.

73. En lo principal, solicitamos la declaración de confidencialidad de los anexos que contendrían el listado de «distribuidores» de CN y DN (sus clientes); el contrato de Bodega Pilsener; y, el detalle de los puntos de venta con la información de los acuerdos comerciales que CN y DN suscriben con sus clientes, que contiene los detalles de negociaciones con diferentes locales comerciales, como restaurantes.

74. Conviene reiterar que esta petición la realizamos a pesar de que Heineken ya accedió a esta información sensible de CN y DN; es decir, el daño a mis representadas ya se causó y, en este momento, no es susceptible de subsanarse.

75. Finalmente, deberá declararse la confidencialidad del informe SCPM-IGT-INCCE-2020-022 del 7 de octubre de 2020, emitido dentro del expediente SCPMICC-2015-040-S-001-2016, porque se trata de un expediente al que Heineken no tiene ni podría tener acceso; por ende, se requiere que sea declarado confidencial.

(...)"

[106] Mediante Providencia expedida el 12 de enero de 2023 a las 12:15, la CRPI dispuso solicitar al operador económico **GRUPO CN** que en el término improrrogable de dos (2) días, dado que existe un procedimiento a seguir, justifique y motive de manera fundamentada la solicitud de confidencialidad presentada, asimismo, remita los extractos no confidenciales correspondientes para valoración de la Comisión.

[107] Con escrito y anexo ingresado el 16 de enero de 2023 a las 16:22, tramite signado con I.D.: 262639, el operador económico **GRUPO CN** en atención a la providencia expedida por la CRPI el 12 de enero de 2023 a las 12:15, solicita se declare la confidencialidad de los siguientes documentos:

"(...)
31. La diapositiva 18 del anexo 1 del escrito de Heineken de 13 de agosto de 2020 (ID 167056).

32. El cuadro que consta en la página 5 del escrito de 4 de septiembre de 2020 (ID 169520).

33. Los anexos 2 y 3 del escrito de 4 de septiembre de 2020 (ID 169520).

34. Los anexos 1 y 2 del escrito de 22 de octubre de 2020 (ID 174238-313208).

35. El informe SCPM-IGT-INCCE-2020-022 del 7 de octubre de 2020, emitido dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

[108] Mediante escrito ingresado el 18 de enero de 2023 a las 14:27, tramite signado con I.D.: 262809, el operador económico **HEINEKEN** solicita lo siguiente:

> *"(...)*
>
> *Con base en lo expuesto, HEINEKEN ECUADOR respetuosamente solicita se le confiera una copia del escrito de 9 de enero de 2023, a las 16:10, presentado por GRUPO CN y todos sus anexos. Lo anterior, salvo aquello que debidamente sea declarado como confidencial, con la aclaración –por demás evidente- que únicamente debe ser declarado como confidencial aquella información que, en aplicación del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM, así lo justifique, no por el simple pedido de GRUPO CN."*
>
> *(...)"*

[109] Con escrito y anexo ingresado el 19 de enero de 2023 a las 16:43, tramite signado con I.D.: 262961, el operador económico **GRUPO CN** en lo principal solicitó lo siguiente:

> "(…)
>
> III. ***Solicitud de declaración de confidencialidad***
>
> *(...)*
>
> *31. En consecuencia, por su naturaleza, solicitamos que se declare confidencial:*
>
> *i. El anexo 4 del escrito de 26 de noviembre de 2021, que contiene el «acuerdo comercial» que, según afirma Heineken, habría sido suscrito por DN con un «punto de venta donde se vende cerveza de las marcas de CN». En particular, porque este anexo evidencia detalles de los términos comerciales (como auspicios promocionales, entrega de materiales y equipos) y, en general, una descripción de relaciones con comerciales con «puntos de venta/agentes de distribución», conforme lo prevé el art. 6.2 del Instructivo.*
> *La difusión de este acuerdo por su naturaleza comercial y, en general, incluir condiciones comerciales (haya sido aplicado o no) provocaría un daño a CN y DN, podría afectar su posición competitiva y, en lo principal, en manos de un competidor -como Heineken- le podría otorgar una ventaja competitiva.; y,*
>
> *ii. Los anexos 2 y 6 del escrito de 15 de septiembre de 2021. En el caso del anexo 2, la supuesta terminación unilateral, porque constituye información no divulgada ni pública, de conformidad con el art. 6 del Instructivo. En el caso del anexo 6, porque constan los términos comerciales que, según Heineken, habría suscrito DN y CN con uno de sus puntos de venta en el*

que se evidencian detalles de los términos comerciales (como auspicios promocionales, entrega de materiales y equipos) y, en general, una descripción de relaciones con comerciales con «puntos de venta/agentes de distribución», conforme lo prevé el art. 6.2 del Instructivo.
La difusión de estos documentos por su naturaleza comercial y, en general, incluir condiciones comerciales (haya sido aplicado o no) provocaría un daño a CN y DN, podría afectar su posición competitiva y, en lo principal, en manos de un competidor como Heineken le podría otorgar una ventaja competitiva.

(...)

IV. Solicitud

34. Por lo expuesto, solicitamos se incorpore y se tome en cuenta en el procedimiento la documentación anexa y los extractos no confidenciales respectivos.

35. Finalmente, solicitamos, como actuación complementaria, que se disponga a Heineken que explique, de forma detallada y pormenorizada, cómo accedió y obtuvo la información comercial sensible (confidencial) de titularidad de CN, DN y su grupo económico, que adjuntó en sus escritos de 26 de noviembre de 2021; y, los anexos del escrito de 15 de septiembre de 2021. Una vez se aclare la forma en que Heineken obtiene esta información, se nos permita alegar sobre las consecuencias jurídicas que ello acarrea en relación con la evidencia que consta en este expediente."

[110] Mediante Providencia expedida el 20 de enero de 2023 a las 11:12, la CRPI dispuso:

***PRIMERO.- AGREGAR** al presente expediente lo siguiente:*

i. El anexo del escrito presentado por el operador económico GRUPO CN, de 9 de enero de 2023 a las 16h10, trámite signado con Id. 262118, anexo 486663, en la parte reservada con el siguiente detalle:

- *Anexo 1-Denuncia Heineken 30 julio 2020 ID 165978*
- *Anexo 2-Informe IGT-INCCE-2020-022 ID 172783-310520.pdf*
- *Anexo 3- Escrito Heineken 13 de agosto de 2020 ID 167056 a excepción de la lámina 18 de la presentación en Power Point del anexo 1 con nombre de archivo "20200811 Anexo No. 1 HEINEKEN_Presentación Superintendente Análisis Condiciones.pptx".*
- *Anexo 4 - Informe SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2020-010_HEINEKEN.pdf*

- *Anexo 5 - Escrito Heineken 4 septiembre 2020 ID 169520 a excepción de la página 5 del escrito de 4 de septiembre de 2020, el anexo 2 que contiene fotografías del Contrato de Franquicia BODEGA PILSENER y el anexo 3 que contiene el listado de distribuidores contenidos.*
- *Anexo 6- Reunión Heineken 30082020.mp4*
- *Anexo 7- Reunión Heineken 15102020.mp4*
- *Anexo 8- Toma de Testimonio - Santiago Alejandro Caviedes Guzman.MP3*
- *Anexo 9 - Escrito Heineken 22 octubre 2020 174238-313208 a excepción del anexo 1 (20201021 Anexo 1 Base Punto Venta.xlsx) y el anexo 2 (20201021 Anexo 2 Clientes Franquicias.xlsx).*
- *Anexo 10 - Oficio IGT SCPM-IGT-2022-024 (2022-09-23) (notif 2022-09-26).pdf*
- *Anexo 11 - Oficio SCPM-DS-INJ-2022-085_signed 20 octubre 2022*
- *Anexo 12 - Oficio SCPM-DS-INJ-2022-082_signed 14 octubre 2022*
- *Anexo 13 - Sentencia 28 abril 2022 CND c. Procompetencia.pdf.*

ii. *El escrito y anexos presentados por el operador económico GRUPO CN, remitidos el 16 de enero de 2023, signado con Id. 262639 en la parte reservada.*

iii. *El escrito presentado por el operador económico **HEINEKEN ECUADOR S.A.** trámite signado con Id. 262809.*

iv. *El escrito (Anexo 488706) y fe de recepción (Anexo 488707) presentados por el operador económico **GRUPO CN** el 19 de enero de 2023 a las 16h43, trámite signado con Id. 262961.*

***SEGUNDO.- DECLARAR** como confidencial:*

i. *La lámina 18 que contiene detalles de la concentración o adquisición de CEREC HOLDING –COMPANY S.A., respecto de las acciones de AMBEV ECUADOR, que se encuentra como anexo 1 dentro del Id. 167056 constante en el anexo 3 Id. 262118, en el anexo 486663.*

ii. *La página 5 del escrito de 4 de septiembre de 2020, el anexo 2 que contiene fotografías del Contrato de Franquicia BODEGA PILSENER y el anexo 3 que contiene el listado de distribuidores*

signado con el Id. 169520 que consta como anexo 5 dentro del Id. 262118 con anexo 486663.

iii. *El anexo 1 y 2 del escrito signado con Id. 174238, que contienen la base punto de venta y listado de franquiciados, que constan dentro del anexo 9 del Id. 262118 anexo 486663.*

TERCERO.-TOMAR EN CUENTA *los extractos no confidenciales de las piezas procesales enlistadas en el numeral segundo de la presente providencia, remitidos operador económico CN mediante Id. 262639, anexo 487914.*

CUARTO.- SOLICITAR *a la Secretaria Ad hoc extraer y clasificar en la parte confidencial del expediente:*

i. *La lámina 18 de la presentación en Power Point del anexo 1 ("20200811 Anexo No. 1 HEINEKEN_Presentación Superintendente Análisis Condiciones.pptx), contenido en el anexo 3 contenido en el Id. 262118, en el anexo 486663.*

ii. *La página 5 del escrito de 4 de septiembre de 2020, el anexo 2 que contiene fotografías del Contrato de Franquicia BODEGA PILSENER y el anexo 3 que contiene el listado de distribuidores contenidos en el anexo 5 dentro del Id. 262118 con anexo 486663.*

iii. *El anexo 1 (20201021 Anexo 1 Base Punto Venta.xlsx) del escrito signado con id. 174238, y el anexo 2 (20201021 Anexo 2 Clientes Franquicias.xlsx) del Id. 174238 que consta dentro del* ***anexo 9*** *del Id 262118 anexo 486663.*

QUINTO.- RECHAZAR *el pedido de confidencialidad del anexo 2, que contiene la copia del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-022 del 7 de octubre de 2020, de acuerdo con la parte motiva de la presente providencia.*

SEXTO.- CONCEDER *al operador económico* ***HEINEKEN S.A****, la copia del escrito de 9 de enero de 2023 presentado por el operador económico* ***GRUPO CN*** *y sus anexos, a excepción de la información declarada como confidencial, de conformidad con el ordinal CUARTO de la parte dispositiva de la presente providencia. Para el efecto, se remitirá las copias solicitadas a través de la nube institucional, para lo cual se hará llegar al operador económico de manera oportuna el acceso correspondiente.*

SÉPTIMO.- SOLICITAR *al operador económico* ***GRUPO CN*** *que en el término de tres (3) días, justifique y motive de manera fundamentada la solicitud de confidencialidad presentada con escrito de 19 de enero de 2023 trámite signado con Id. 262961. Asimismo, remita los extractos no confidenciales correspondientes para valoración de esta Comisión.*

(...)"

[111] A través de escrito ingresado el 23 de enero de 2023 a las 16:57, tramite signado con I.D.: 263216, el operador económico **HEINEKEN**, solicita que se confiera copias simples de todos los documentos y anexos que conforman el Expediente No. SCPM-CRPI-025-2022, en especial una copia de los escritos presentados por Cervecería Nacional **CN S.A. y DINADEC S.A**. el 16 y 19 de enero de 2023, con excepción de aquellos que ha sido debidamente declarados como confidenciales.

[112] Con escrito y anexo ingresado el 25 de enero de 2023 a las 11:27, tramite signado con I.D.: 263413, el operador económico **GRUPO CN,** solicitó:

"(...)

III. Solicitud

14. Con la justificación específica indicada en el apartado II precedente, solicitamos que se declare confidencial:

i. El anexo 4 del escrito de 26 de noviembre de 2021, que contiene el «acuerdo comercial» que, según afirma Heineken, habría sido suscrito por DN con un «punto de venta donde se vende cerveza de las marcas de CN». En particular, porque este anexo evidencia detalles de los términos comerciales (como auspicios promocionales, entrega de materiales y equipos) y, en general, una descripción de relaciones con comerciales con «puntos de venta/agentes de distribución», conforme lo prevé el art. 6.2 del Instructivo. La difusión de este acuerdo por su naturaleza comercial y, en general, incluir condiciones comerciales (haya sido aplicado o no) provocaría un daño a CN y DN, podría afectar su posición competitiva y, en lo principal, en manos de un competidor -como Heineken- le podría otorgar una ventaja competitiva, conforme lo previsto en el art. 6 del Instructivo; y,

ii. Los anexos 2 y 6 del escrito de 15 de septiembre de 2021. En el caso del anexo 2, la supuesta terminación unilateral, porque constituye información no divulgada ni pública, de conformidad con el art. 6 del Instructivo. En el caso del anexo 6, porque constan los términos comerciales que, según Heineken, habría suscrito DN y CN con uno de sus puntos de venta en el que se evidencian detalles de los términos comerciales (como auspicios promocionales, entrega de materiales y equipos) y, en general, una descripción de relaciones con comerciales con «puntos de venta/agentes de distribución», conforme lo prevé el art. 6.2 del Instructivo.

La difusión de estos documentos por su naturaleza comercial y, en general, incluir condiciones comerciales (haya sido aplicado o no) provocaría un

daño a CN y DN, podría afectar su posición competitiva y, en lo principal, en manos de un competidor –como Heineken- le podría otorgar una ventaja competitiva, conforme lo previsto en el art. 6 del Instructivo.

15. Se reitera que esta solicitud se hace considerando las propias afirmaciones de Heineken, por las que estos documentos incluirían términos comerciales que DN ofrecería a punto de venta y, en general, detalla o describe relaciones comerciales con «puntos de venta/agentes de distribución ». Esto se encuadra en el art. 6.2 del Instructivo de la SCPM, en particular, su artículo 6.

(...)"

[113] Mediante Providencia expedida el 02 de febrero de 2023 a las 16:50, la CRPI dispuso lo siguiente:

***PRIMERO.- AGRÉGUESE** al presente expediente:*

(i) El anexo del escrito presentado por el operador económico GRUPO CN, de 19 de enero de 2023 a las 16:43, trámite signado con Id. 262961, anexo 488708, en la parte no confidencial del expediente.

(ii) El escrito y anexos presentados por el operador económico Heineken, el 25 de enero de 2023, signado con Id. 263616, anexos: 489300 y 489301 en la parte no confidencial del expediente. (SIC)

(iii) El escrito y anexos presentados por el operador económico grupo CN, presentado el 25 de enero de 2023, signado con Id. 263413, anexos 489704, 489705 489706 en la parte no confidencial.

***SEGUNDO.- TÓMESE** por desistida la petición de clasificación de información confidencial del grupo CN, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 10 de la Resolución SCPM-DS-2020-41, por no haber fundamentado y justificado en debida forma el perjuicio significativo; y por cuanto los extractos no confidenciales no cumplen con la normativa aplicable.*

***TERCERO.-CONCÉDASE** las copias simples de la parte reservada del presente expediente que contendrán de forma específica las copias de los escritos y anexos reservados del 16 y 19 de enero de 2023 presentados por grupo CN, al operador económico Heineken. Se fija para el día 10 de febrero, a las 15:00, a fin de que asista a las oficinas la Superintendencia con un dispositivo digital con suficiente espacio para el efecto.*

(...)"

[114] Mediante providencia de 23 de febrero de 2023 a las 14:29, la CRPI dispuso lo siguiente:

> ***PRIMERO.- SOLICÍTESE*** *a la Intendencia de Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, que remita en un término de 4 días contados a partir del día siguiente de la notificación de esta providencia, un informe con las siguientes actuaciones complementarias:*
>
> *i. De ser posible, la presentación de un test de diferencia de medias de las características empleadas en la segmentación de los grupos de tratamiento y de control.*
> *ii. De ser posible, la estimación de un modelo de diferencia en diferencias que permita apreciar los supuestos efectos de las supuestas conductas de abuso de poder de mercado detalladas en el Informe Final.*

[115] Con providencia de 23 de febrero de 2023 a las 16:46, la CRPI dispuso lo siguiente:

> ***PRIMERO.- SUSTITÚYASE*** *la segunda disposición de la Providencia de 23 de febrero, a las 14:29, identificada con el I.D.: 265783 anexo: 495093, por la siguiente disposición:*
>
> > *(ii) De ser posible, la estimación de un modelo de diferencia en diferencias que permita apreciar los supuestos efectos de las supuestas conductas de abuso de poder de mercado, detalladas en el Informe Final, relacionadas con el programa Franquicia Bodega Pilsener.*
>
> *(...)*

[116] Mediante providencia de 24 de febrero de 2023 a las 14:41, la CRPI dispuso lo siguiente:

> ***PRIMERO.- SOLICITAR*** *a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INCCE) que en el término de tres días remita copias certificadas de los siguientes documentos:*
>
> *(i) Escrito y anexos presentados por la matriz del Grupo CN –Anheuser-Busch InBev SA/NV– el 20 de octubre de 2016 (ID 25957), dentro del expediente SCPM-ICC2015-040-S-001-2016.*
> *(ii) Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017 (16:30), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.*
> *(iii) Modelo de Contrato de Comodato, referido en la Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017 (16:30), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001- 2016.*
> *(iv) Acuerdo de Competencia "Hold Separate", referido en la Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017 (16:30), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015- 040-S-001-2016.*
> *(v) Contrato firmado entre AB InBev y el agente de monitoreo designado (MAZARS LLP).*

(vi) Escrito y anexos presentados por la matriz de Grupo CN –Anheuser-Busch InBev SA/NV– el 24 de febrero de 2017 (ID 37034), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040- S-001-2016.

(vii) Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017 (17:15), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(viii) Modelo de comunicado "Pro Competencia", referido en la Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017 (17:15), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S001-2016.

(ix) Adhesivo a ser colocado en equipos de frio, referido en la Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017 (17:15), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S001-2016.

***SEGUNDO.- SOLICITAR** a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que en el término de tres días remita una copia certificada del:*

i. Oficio SCPM-IGT-2022-024, de 23 de septiembre de 2011.

(...)

[117] Con escrito ingresado el 28 de febrero de 2023 a las 15:53, tramite signado con I.D.: 266166, el operador económico **HEINEKEN,** solicitó:

(...)

II. Petición:

6. Con base en lo señalado, HEINEKEN ECUADOR respetuosamente solicita que se le corra traslado con los informes y documentos sobre actuaciones complementarias que han sido dispuestas por su Autoridad a la Intendencia y a la INCCE y que se le otorgue un tiempo prudencial para, de ser el caso, presentar observaciones a estos.

(...)

[118] Mediante Memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2023-039, de fecha 01 de marzo de 2023, remitido en trámite signado con I.D.: 266617, la INCCE remite lo solicitado por la CRPI en providencia de 24 de febrero de 2023 a las 14:41.

[119] Con memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-069 de 01 de marzo de 2023, remitido en trámite I.D. 266618, la INICAPMAPR solicita se confiera una prórroga de un día adicional al término inicialmente otorgado.

[120] Mediante memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-070 de 02 de marzo de 2023, tramite I.D. 266619, la INICAPMAPR, elevo a conocimiento de la CRPI el Informe Complementario

SCPMIGT-INICAPMAPR-2023-006 de 02 de marzo de 2023, tanto en su versión reservada como confidencial.

[121] A través de providencia de 03 de marzo de 2023 a las 16:15, la CRPI dispuso lo siguiente:

> ***PRIMERO.- AGREGAR*** *al expediente:*
> *(i) El Memorando SCPM-DS-SG-2023-144, de 27 de febrero de 2023, firmado por Henry Jami, Secretario General, numerado con el trámite 265939, y su anexo de copias certificadas, que atiende la segunda disposición de la providencia de 24 de febrero de las 14:41.*
> *(ii) El escrito de 28 de febrero de 2023, signado con I.D.: 266166, anexo: 495919, suscrito por Esteban Dávila Caicedo, abogado autorizado de Heineken Ecuador S.A.*
> *(iii) El Memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2023-039, de 1 de marzo de 2023, suscrito por Dominique Angélica Benalcázar Palacios, secretaria de sustanciación de la DNCCE, signado con el I.D.: 266295, que atiende la primera disposición de la providencia de 24 de febrero de las 14:41.*
> *(iv) Los anexos del Memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2023-039, según el siguiente detalle:*
> - *Escrito y anexo Anheuser-Busch InBev SA/NV el 20 de octubre de 2016, signado con número de trámite interno ID. 25957, a la parte confidencial del expediente.*
> - *Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017, a las 16h30, signada con número de anexo 105448 del número de trámite interno ID. 50609, a la parte reservada del expediente. Tómese en cuenta que ésa calidad de información (reservada) no fue conferida por esta Comisión, por tal, la misma debe ser respetada en caso de otorgamiento de copias en relación con el expediente SCPM-CRPI025-2022. De igual manera, tómese en cuenta esta calidad de la información en la nomenclatura del documento al ingresarlo al expediente para que se marque la distinción de este documento en su tramitación.*
> - *Modelo de Contrato de Comodato adjunto al escrito de 20 de octubre de 2016, presentado por el operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV, signado con número de trámite interno ID. 25958, a la parte confidencial del expediente.*
> - *Acuerdo de Competencia "Hold Separate", adjunto al escrito de 14 de diciembre de 2016, presentado por el operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV, signado con número de trámite interno ID. 352939, signado con número de trámite interno ID. 25958, a la parte confidencial del expediente.*
> - *Contrato firmado entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y el agente de monitoreo designado (MAZARS LLP), signando dentro del presente expediente con número de anexo 103064 del número de trámite interno ID. 49427, a la parte confidencial del expediente.*

• Escrito y anexo presentados por Anheuser-Busch InBev SA/NV el 24 de febrero de 2017, signado con número de trámite interno ID 37034., a la parte confidencial del expediente.

• Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017, a las 17h15, signado con número de anexo 105446 del número de trámite ID. 50609, a la parte reservada del expediente. Tómese en cuenta que ésa calidad de información (reservada) no fue conferida por esta Comisión, por tal, la misma debe ser respetada en caso de otorgamiento de copias en relación con el expediente SCPM-CRPI025-2022. De igual manera, tómese en cuenta esta calidad de la información en la nomenclatura del documento al ingresarlo al expediente para que se marque la distinción de este documento en su tramitación.

• Modelo de comunicado "Pro Competencia", signado con número de trámite interno ID. 25958 (administrativo) e ingresado al presente expediente con número de anexo 102954 del número de trámite interno ID. 49367, a la parte confidencial del expediente.

• Adhesivo a ser colocado en equipos de frio, constante con número de anexo 80898 del número de trámite interno ID. 37034, a la parte confidencial del expediente.

(v) El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-069, de 1 de marzo de 2023, suscrito por María Alejandra Egüez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, numerado con el trámite 265804.

(vi) El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2023-070, de 2 de marzo de 2023, suscrito por María Alejandra Egüez, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, signado con el I.D.: 266364, y su anexo denominado Informe Complementario Reservado al expediente, mientras que el anexo denominado Informe Complementario Confidencial a la parte confidencial del expediente.

Tómese en cuenta que ésa calidad de información (reservada) no fue conferida por esta Comisión, por tal, la misma debe ser respetada en caso de otorgamiento de copias en relación con el expediente SCPM-CRPI-025-2022.

De igual manera, tómese en cuenta esta calidad de la información en la nomenclatura del documento al ingresarlo al expediente para que se marque la distinción de este documento en su tramitación.

***SEGUNDO.- SOLICITAR** a la Secretaria Ad Hoc del expediente, en el término de un día, contado a partir del día siguiente a la expedición de esta providencia, la realización de los extractos no confidenciales de los siguientes documentos:*

- *Escrito y anexo Anheuser-Busch InBev SA/NV el 20 de octubre de 2016, signado con número de trámite interno ID. 25957.*

- *Modelo de Contrato de Comodato adjunto al escrito de 20 de octubre de 2016, presentado por el operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV, signado con número de trámite interno ID. 25958.*

- *Acuerdo de Competencia "Hold Separate", adjunto al escrito de 14 de diciembre de 2016, presentado por el operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV, signado con número de trámite interno ID. 352939.*

- *Contrato firmado entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y el agente de monitoreo designado (MAZARS LLP), signando dentro del presente expediente con número de anexo 103064 del número de trámite interno ID. 49427.*

- *Escrito y anexo presentados por Anheuser-Busch InBev SA/NV el 24 de febrero de 2017, signado con número de trámite interno ID 37034.*

- *Modelo de comunicado "Pro Competencia", signado con número de trámite interno ID. 25958 (administrativo) e ingresado al presente expediente con número de anexo 102954 del número de trámite interno ID. 49367.*

- *Adhesivo a ser colocado en equipos de frio, constante con número de anexo 80898 del número de trámite interno ID. 37034*

Posterior a la elaboración de esos extractos, éstos le serán trasladados al operador económico Heineken

***TERCERO.- CORRER** traslado a las partes, para que éstas se pronuncien en caso de considerarlo pertinente, en el término de 4 días, contados a partir del día siguiente a la expedición de esta providencia:*

- *Informe complementario reservado al operador económico Heineken Ecuador S.A.*

- *Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017, a las 16h30, signada con número de anexo 105448 del número de trámite interno ID. 50609, al operador económico Heineken Ecuador S.A.*

- *Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017, a las 17h15, signado con número de anexo 105446 del número de trámite ID. 50609, al operador económico Heineken Ecuador S.A.*

- *Informe complementario confidencial al operador económico grupo CN.*

• *Anexos del Memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2023-039, al operador económico grupo CN.*

(...)

[122] Con escrito ingresado el 08 de marzo de 2023 a las 17:03, tramite signado con I.D.: 266878, el operador económico **CN y DINADEC,** manifiesta lo siguiente:

1. *Con ocasión de una reciente solicitud de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la que se nos solicitó el volumen de negocios de cerveza industrial en los canales on y off, hemos podido reconfirmar los valores reportados a esta SCPM en escrito de 15 de agosto de 2022 (ID 247272). Ese escrito se presentó dentro del expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, que se convirtió en el expediente de resolución SCPM-CRPI-025-2022.*

(...)

[123] Con escrito ingresado el 09 de marzo de 2023 a las 11:36, tramite signado con I.D.: 266944, el operador económico **HEINEKEN,** solicita lo siguiente:

(...)

IV. PETICIÓN.

[100]. Con base en lo señalado en este escrito de alegatos, HEINEKEN ECUADOR respetuosamente solicita:

*a. **Acoja** las conclusiones del Informe Final sobre la existencia de prácticas anticompetitivas e infracciones a la LORCPM.*

*b. **Imponga** las sanciones pertinentes por el incumplimiento a la LORCPM; es decir, una sanción muy grave.*

*c. **Imponga** las medidas correctivas recomendadas por la Intendencia y HEINEKEN ECUADOR. Para esto, que tome en cuenta las propuestas de medidas correctivas descritas por HEINEKEN ECUADOR en su escrito de 23 de septiembre de 202225.*

*d. En **adición** a la multa que se imponga a GRUPO CN por el cometimiento de prácticas de abuso de poder de mercado, conforme lo previsto en el artículo 79 de la LORCPM, al ser una infracción muy grave, se imponga una multa de 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en las decisiones adoptadas por CN y DINADEC, según el grado de intervención o participación de dichos*

representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.

(...)

[124] Con escrito ingresado el 09 de marzo de 2023 a las 16:19, tramite signado con I.D.: 267091, el operador económico **CN y DINADEC,** manifiesta y solicitan lo siguiente:

(...)

10. Declaración final

[158] Nada de lo afirmado en este escrito supone una renuncia a reclamar por otros graves defectos materiales y procesales, como el ocultamiento de la denuncia de 30 de julio de 2020, otros errores en el cálculo de la multa o el hecho que no se ha probado el elemento subjetivo en la determinación de responsabilidad.

11. Confidencialidad

[159] En virtud Instructivo para el tratamiento de información dentro de la SCPM (Instructivo), solicitamos se declare la confidencialidad de los datos de CN y DN sobre los que, como explicamos, se calculó la multa en el Informe final e Informe Complementario. En específico, solicitamos la confidencialidad de:

- Los valores detallados en la Tabla N°2 relativa a los descuentos respecto del volumen de compras en los programas Socio CN y Socio CN 2.0. detallan la estrategia comercial de las empresas. Su publicación revelaría la operación competitiva de CN y DN y afectaría su participación en el mercado, según el numeral 1 y 2 del artículo 6 del Instructivo.

- La información relativa a los clientes de CN y DN, además del volumen de ventas y porcentajes de producción detallada en varios párrafos, según el numeral 2 del artículo 6 del Instructivo. La confidencialidad de esta información es necesaria por contener un detalle pormenorizado de la operación y estrategia competitiva de las empresas. Su revelación brindaría ventajas ilegítimas a sus competidores y, afectaría su participación y estructura en el mercado.

(...)

[125] Con escrito ingresado el 10 de marzo de 2023 a las 12:59, tramite signado con I.D.: 267185, el operador económico **HEINEKEN,** solicita lo siguiente:

(...)

VII. Petición:

[80]. Con base en lo señalado en este escrito, HEINEKEN ECUADOR respetuosamente solicita a su Autoridad que se abstenga de declarar cualquier nulidad por supuestos vicios procesales en este Expediente; y, por el contrario, sobre los méritos del proceso, resuelva motivadamente sancionar al GRUPO CN por el cometimiento de prácticas de abuso de poder de mercado.

(...)

DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVESTIGADOS

[126] Los alegatos de los operadores denunciados, son resumidos a continuación:

[127] **III. Relato incompleto de los hechos que propone la SCPM**

[128] En ese punto, **GRUPO CN** señala que el expediente tiene origen en un relato acomodado de los hechos, como un recuento conscientemente fragmentado de antecedentes, por parte de la SCPM, para proponer la acusación contra **CN**. Argumenta que su propósito es ocultar el, presunto, verdadero e ilegal origen de la investigación.

[129] Así el operador económico argumenta que, según la SCPM, el procedimiento inició a partir de la denuncia y anexos de 21 de diciembre de 2020, presentados por el operador económico HEINKEN en contra de los operadores económicos CN, DINADEC y BBPC por las conductas tipificadas en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 16, 19, 20, 21 y 22 del artículo 9 de la LORCPM. En dicha denuncia se habrían establecido indicios de la posible existencia del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER; del programa SOCIO CN; la entrega de equipos de frío en comodato; y, descuentos e incentivos en distintos programas. Señala también que, la SCPM habría trasladado a CN estos supuestos documentos y, recién desde febrero de 2021, habría empezado a realizar actuaciones previas para reunir información o identificar indicios razonables de infracciones a la Ley, que posteriormente, sería la base para la prosecución de la investigación contra CN.

[130] Sin embargo, a decir de los denunciados, este es un relato incompleto de los hechos, al afirmar que el único origen de esta investigación es la denuncia de Heineken de diciembre de 2020.

[131] **IV. Lo verdaderos antecedentes de este caso**

[132] Los operadores económicos denunciados se empeñan en enumerar el, presunto, verdadero origen de la investigación, haciendo alusión a escritos y reuniones entre HEINEKEN y la SCPM, señalando que esos documentos constituyen verdaderas denuncias y debieron ser tratados como tales. Argumentan que la SCPM recibió la denuncia de HEINEKEN el 30 de julio de 2020 pero, en lugar de darle el trámite adecuado, fue ocultada para adelantar pruebas y, a su vez, reformar normas internas con el propósito de imponer varias multas a CN.

[133] Con respecto al primer punto, CN hace un repaso sobre hechos que preceden al expediente y que señala han sido conscientemente ocultados por la SCPM. Indican que el 13 de marzo de 2020 se produce el primer contacto entre la SCPM y HEINEKEN, a través de la presentación de una denuncia, que si bien no trataría del presente asunto, es prueba de la estrategia de ocultamiento de la información.

[134] La denuncia, originalmente, fue calificada por la SCPM como un procedimiento nuevo, con siglas "PN" en su fe de recepción. Sin embargo, el sello fue alterado para registrarla como un documento administrativo, al que le corresponde la sigla "A". Alterar un sello para reclasificarlo como un documento administrativo no es una mera violación archivística, sino una desviación con graves consecuencias. Así, la SCPM ocultó la denuncia, no le dio el trámite que la LORCPM ordena, no lo vinculó a expediente alguno e hizo imposible que CN conozca de su existencia.

[135] Los denunciados señalan que, el 30 de julio de 2020 HEINEKEN presenta una nueva denuncia y, en la cual, acusa, entre otras cosas, los actos anticompetitivos investigados en este expediente. Todas las páginas de este documento llevan la marca "ESTRICTAMENTE CONFIDENCIAL - Para uso exclusivo de la SCPM". A esta denuncia se adjunta un estudio económico preparado por Humboldt Management y se presentaron directamente ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Estos documentos también habrían sido ocultados, clasificándolos como administrativos. Esta denuncia, a decir de los investigados, sería el verdadero antecedente del expediente, sin embargo, no forma parte del acervo procesal porque la SCPM se niega a añadirlo, incluso negándose a actuarlo como prueba.

[136] Los denunciados también hacen alusión a las reuniones de trabajo que habrían sido desarrolladas entre HEINEKEN y la SCPM, excluyendo a CN, como aquellas de 7 de agosto de 2020, 15 de octubre; así como a escritos presentados por HEINEKEN, como el escrito de 4 de septiembre de 2020, cuyos anexos tienen información de contratos de CN, pero que sin embargo, se ha impedido el acceso a CN a pesar que se tratan temas concernientes a la empresa y el asunto investigado. CN, una vez que pudo acceder a la denuncia original solicitó se reproduzca como prueba, obteniendo una negativa sobre la base de argumentos circulares.

[137] Con respecto al segundo punto, de las reformas normativas que efectuó la SCPM y que presuntamente tuvieron por finalidad afectar a CN, el operador económico señala que el 13 de noviembre de 2020, el Intendente General Técnico de la SCPM consultó a la Intendencia Nacional Jurídica cuál era el proceso creado para multar a una compañía por el incumplimiento de las condiciones impuestas como parte de una autorización de concentración económica, la pregunta se referiría de manera específica a ABI y a la resolución de 22 de julio de 2016. La Intendencia Nacional Jurídica responde que la LORCPM no contempla procesos especiales. Sin embargo, la SCPM reformó el IGPA el 20 de enero de 2021, de formas que afectan a CN,a través de la creación de un proceso ad-hoc de sanción para violaciones de resoluciones de la SCPM, acortando los tiempos de investigación. De manera que la SCPM preparaba sus argumentos para permitir que Bodega Pilsener sea multado dos veces, una por violación a las condiciones y otra por abuso de poder de mercado.

[138] **V La SCPM ocultó información y documentación que es el origen y causa de este expediente: este procedimiento se originó en la denuncia de Heineken de 30 de julio de 2020**

[139] Los operadores económicos denunciados señalan que el escrito de 30 de julio de 2020 es el verdadero inicio de la investigación y constituye una denuncia conforme la ley.

[140] Al respecto, señala que cuando Heineken presentó el escrito de 3 de marzo de 2020, la Secretaría General registró el documento como un trámite nuevo de denuncia y colocó las siglas "PN", dado que revisó el documento y concluyó que se trata de una denuncia. Sin embargo, la SCPM habría alterado el sello como un documento administrativo, ocultándolo a CN.

[141] Por otra parte, señalan que, bajo la LORCPM y el COA, los escritos de HEINEKEN son denuncias, en particular, la presentada 30 de julio de 2020, la cual sería compatible con el artículo 187 del COA y acusa hechos e infracciones por conductas anticompetitivas que son las mismas que se investigan en este expediente, por tanto, se trata de una denuncia, no obstante la SCPM no la valoró así y habría usado vías de hecho que terminarían por perjudicar a CN.

[142] La SCPM acepta, explícitamente, que el escrito y los anexos presentados el 21 de diciembre de 2020 cumplen con los requisitos legales de una denuncia. Pero, si estos indicios fueron suficientes, ¿por qué no lo fueron el 30 de julio cuando se presentaron ante el Superintendente? El COA y la LORCPM no se contradicen en su definición de una denuncia, y de cualquier manera, el documento de 30 de julio de 2020 cumple los requisitos de los artículos 53 y 54 de la LORCPM.

[143] **VI. La denuncia de 30 de julio de 2020, oculta por la SCPM, demuestra que, en este procedimiento, caducó su potestad de investigación y sanción**

[144] Los operadores económicos denunciados consideran que, cualquier resolución sancionatoria sería nula por dictarse sin competencia en razón del tiempo, en este sentido, argumentan que la denuncia que se presentó el 21 de diciembre de 2020, en realidad estuvo en conocimiento y poder de la SCPM desde el 30 de julio de 2020.

[145] Al respecto señalan que, la denuncia del 30 de julio de 2020 aborda exactamente los mismos temas, conductas, hechos y acusaciones que la del 21 de diciembre de 2020, además que secciones enteras de las denuncias simplemente se tomaron de un documento y se trasladaron al otro.

[146] En la providencia del 08 de abril de 2021 la INICAPMAPR habría sostenido que el inicio de la investigación se justificó en los indicios entregarlos en los cuatro elementos presentados por el denunciante: i) Estudio Económico ['Mercado de Cervezas en Ecuador' elaborado por Humboldt Management], ii) Copia simple de la materialización notarial del programa Bodega Pilsener, iii) Copia del Contrato de Franquicia 'Bodega Pilsener' y, iv) listado de distribuidores que habrían dejado de consumir productos del denunciante. Sin embargo, todos esos documentos ya estaban en poder de la SCPM con meses de anticipación.

[147] El estudio económico elaborado por Humboldt Management y la constatación notarial de la página web de CN sobre el programa Bodega Pilsener se adjuntaron a la denuncia del 30 de julio de 2020. La copla del contrato de franquicia Bodega Pílsener se presentó ante el superintendente el 4 de septiembre de 2020. Lo mismo ocurrió con la lista de distribuidores, que se presentó en una versión preliminar el 4 de septiembre de 2020 que se fue completando hasta llegar a un listado ampliado el 22 de octubre de 2020.

[148] La solicitud de remedios por parte de HEINEKEN también se presentó ante la SCPM meses antes de que la denuncia se reingresara. Así, la propuesta de la compartición de los equipos de frío de Grupo CN con HEINEKEN se hizo el 30 de julio de 2020, y se profundizó en una reunión entre Heineken y la SCPM, el 15 de octubre de 2020, negociación que también se ve reflejada en la presentación utilizada durante la reunión.

[149] Apalancados en que la denuncia original se presentó el de 30 de julio de 2020, los denunciados señalan que se ha vencido en exceso los plazos para el inicio de la investigación, previstos en los arts. 55 y 56 de la LORCPM y 62 del RLORCPM. Por tanto, la SCPM no tendría competencia temporal y habría caducado su potestad de investigación y sanción.

[150] **VII. Se incumplió la obligación de crear un expediente cronológicamente ordenado y coherente**

[151] Los operadores económicos denunciados argumentan que la SCPM ha creado un expediente incompleto, dejando por fuera antecedentes investigativos directamente vinculados, situación que atentaría contra la garantía constitucional de acceder al procedimiento íntegro y sobre el ejercicio de la defensa. Los operadores señala que en el expediente falta, al menos, lo siguiente:

[152] Denuncia de Heineken de 30 de julio de 2020 que inició las investigaciones que son consideradas dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 y, por supuesto, el SCPM-CRPI-025-2022.

[153] La convocatoria, acta, lista de participantes y grabación de la reunión del 7 de agosto entre la SCPM y HEINEKEN.

[154] Escrito presentado por Heineken el 13 de agosto de 2020 que contiene información adicional al escrito de 30 de julio de 2020.

[155] Anexo 1 del escrito de 4 de septiembre de 2020 presentado por Heineken, que contiene la hoja de ruta de las investigaciones que Heineken desea que se sigan en contra de CN y los remedios a aplicar.

[156] Anexo 2 del escrito de 4 de septiembre de 2020 que contienen la fotografía del contrato de Bodega Pilsener. La misma que se reingresó el 21 de diciembre de 2020.

[157] Anexo 3 del escrito de 4 de septiembre de 2020 que contiene un listado de puntos que formarían parte del programa Bodega Pilsener. La misma lista, a la que Heineken añadió información, se reingresó el 22 de octubre de 2022 y, posteriormente, el 21 de diciembre de 2020.

[158] Reunión del 30 de septiembre de 2020 a las 16h00, en la que se confirmaría que el estudio económico era usado libremente por los funcionarios de la SCPM y oculto para CN, al no formar parte de ningún expediente.

[159] Escrito y anexos presentados por Heineken el 2 de octubre de 2020 donde remitió una copia de la presentación utilizada en la referida reunión de 30 de septiembre de 2020.

[160] Reunión del 15 de octubre de 2020 entre la SCPM y Heineken. En la que se habría analizado la denuncia presentada el 30 de julio y versa sobre elementos relacionados al presente expediente.

[161] Escrito presentado por Heineken el 22 de octubre de 2020 junto a sus anexos, que complementan lo presentado el 4 de septiembre de 2020 y que se presentó el 21 de diciembre de 2020.

[162] Conforme los denunciados señalan, estos documentos forman parte de los antecedentes directos que componen este expediente. El hecho de que no formen parte representaría la mutilación de la verdad procesal y material con la intención ocultar información, que demuestran las desviaciones del ejercicio de poder de la autoridad y producen la nulidad de todo el expediente.

[163] **VIII. CN está siendo investigado dos veces por los mismos hechos relacionados a Bodega Pilsener, violando así la garantía del *non bis in ídem*.**

[164] En la presente sección se explicará que el Informe se refiere a la misma situación cuyo procedimiento sancionatorio generó la emisión del Informe Final No. SCPM-IGT-INCCE-2022-027 de 5 de agosto de 2022, relativo al expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021, mediante el cual se investigó el supuesto incumplimiento de la condición 11de la resolución de 6 de mayo de 2016 por la alegada celebración de contratos de exclusividad en el contexto del proyecto Bodega Pilsener. Una vez explicados los antecedentes de dicho procedimiento, será claro para la CRPI que la investigación que resultó en la emisión del Informe -por lo menos en lo relativo a los efectos de la celebración de los contratos en el contexto del proyecto Bodega Pilsener- jamás debió promoverse y, en ese sentido, deberá ser desestimada.

[165] Existe identidad de sujeto en los procedimientos sancionadores que la SCPM sustancia contra CN. Respecto de la identidad de sujeto -que se verifica cuando los procesos administrativos sancionatorios recaen sobre la misma persona-, evidentemente, en el presente caso existe.

[166] En el expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 se investigó la conducta de CN, pues en los fundamentos de su informe final13º de 5 de agosto de 2022 se menciona el uso de la información de la página web de Cervecería Nacional CN S.A. respecto del modelo de negocio de las 'Bodegas Pilsener, así como se hace mención a la suscripción de los contratos de franquicia entre ABI y los propietarios de los locales comerciales inspeccionados, por medio de la fuerza de ventas de Cervecería Nacional CN S.A.

[167] De igual forma, es claro que en el expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 DINADEC fue sujeto a la investigación, pues en su informe final de 5 de agosto de 2022 se indica que la INCCE tomó en cuenta para su investigación "el certificado de los gerentes y representantes legales del operador económico DINADEC S.A." y que su representante legal suplente es el señor Osman José Viloria Brando, suscriptor de los contratos de franquicia. Que uno de los contratos de franquicia "Bodega Pilsener" cuyo extracto fue considerado para las conclusiones del informe fue celebrado entre "la compañía DINADEC S.A ." y la señora Edith Izquierdo Tandazo. Entre otras menciones

[168] Es claro que el mencionado informe reconoció que, según el principio de primacía de la realidad y en atención al concepto de vinculación económica,ABI -al supuestamente incumplir una resolución de la SCPM- actuó a través de dos de sus compañías filiales: CN y DINADEC.

[169] Por lo expuesto, es claro que existe identidad de sujetos en el expediente SCPM-IGT-INCCE- 007-2021 y en el expediente de investigación que dio origen al Informe, razón por la cual se ha configurado el primer presupuesto de aplicación del principio non bis in ídem.

[170] b. Existe identidad de objeto en los procedimientos sancionadores que la SCPM sustancia contra CN. Partiremos de una afirmación reveladora de la INCCE en el informe

final SCPM-SCPM-IGT- INCCE-2022-027 de 5 de agosto de 2022, dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021. La "Sección 9: Formas Concretas de Cómo se encuentra presuntamente demostrada la infracción", en el párrafo 207, la INCCE afirma lo siguiente: "(u]na vez revisados los elementos constitutivos del expediente administrativo, resulta pertinente razonar a detalle las piezas constantes dentro de la investigación a fin de determinar la existencia o no de conductas anticompetitivas que constituyan abuso de poder de mercado". La identidad se materializa en el propio informe de la INCCE.

[171] Entonces, existe identidad de objeto, pues los hechos que motivaron la emisión del informe final SCPM-IGT-INCCE-2022-027 indicado, son los mismos que fundamentaron el Informe emitido dentro del expediente de investigación, en lo relativo a la Bodega Pilsener.

[172] Incluso, las pruebas aportadas dentro de ambos expedientes para demostrar que CN y DINADEC celebraron contratos de franquicia con cláusulas de exclusividad cuyo efecto podía ser o fue la exclusión de Heineken como competidor y, en consecuencia, una afectación a la libre competencia, fueron -por lo menos- similares

[173] Como se puede apreciar, tanto el expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 como el expediente de investigación que resultó en el Informe que se observa a través de este alegato tienen por objeto la revisión de la misma conducta supuestamente incurrida por ABI a través de CN y DINADEC. Tal conducta consiste, en ambos casos, en la supuesta celebración de contratos de exclusividad en el contexto del programa de franquicias "Bodega Pilsener", el supuesto otorgamiento de incentivos fidelizantes, todo esto sobre un análisis de la posición en el mercado ecuatorianos de CN y DN y la alegada afectación al mercado relevante, circunstancias que, tanto en el expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 como en el Expediente de investigación se fundamentaron sobre la base de elementos probatorios, en muchos casos, idénticos.

[174] c. Existe identidad de fundamento en los procedimientos sancionadores que la SCPM sustancia contra CN. Por un lado, el expediente de investigación versa sobre un supuesto abuso de posición dominante incurrido por CN y DN como parte de un mismo grupo económico. Es evidente que el bien jurídico protegido que busca precautelar el reconocimiento de dicha infracción es la libre "competencia en los mercados". Por otro lado, el expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 tiene por objeto la investigación del supuesto cometimiento de una "infracción muy grave" prevista en el artículo 78 de la LORCPM,y, específicamente, en el literal d) del número 3, que tipifica: "Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones". Específicamente, tiene base en que,

supuestamente, ABI -a través de CN y DN- habría incumplido la condición 11de los compromisos asumidos en el contexto de la adquisición a SABMiller.

[175] La identidad de fundamento se concretiza en el propio informe de la INCCE. Reiteramos la afirmación de la INCCE, al referirse a las formas en las que se encontraría probada la infracción de aquel procedimiento:"[u]na vez revisados los elementos constitutivos del expediente administrativo, resulta pertinente razonar a detalle las piezas constantes dentro de la investigación a fin de determinar la existencia o no de conductas anticompetitivas que constituyan abuso de poder de mercado".

[176] El bien jurídico protegido por la prohibición contenida en el artículo 78, número 3, literal d) de la LORCPM, claramente tiene relación a los fines que tutela esta SCPM y la INCCE. El texto mismo de la prohibición dice que los incumplimientos deben, necesariamente, estar relacionados con abuso de posición dominante, conductas anticompetitivas y concentraciones.

[177] Así, es claro que, en atención al objeto general de la LORCPM, es inadmisible considerar que el bien jurídico protegido por el artículo 78, número 3, literal d), es distinto a la protección de la eficiencia del mercado, la libre competencia y el interés general. Evidentemente, el expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 no tiene por objeto asegurar el cumplimiento estricto de la normativa aplicable de manera abstracta, sino como instrumento para proteger la libre competencia, evitar la consumación de abusos de posición dominante y sancionar aquellas conductas que constituyan abusos de posición dominante por los operadores económicos.

[178] De hecho, es tan obvio que se investigó la supuesta conducta de ABI y de sus filiales. CN y DINADEC como un abuso de posición dominante que en el informe final SCPM-IGT-INCCE-2022-027 de 5 de agosto de 2022 se hizo referencia expresa a la guía para la investigación de este tipo de conductas. Asimismo, en dicho informe se resaltó que el caso investigado era análogo a las conductas de abuso de poder de mercado.

[179] El denunciante concibió su acusación e incluso solicitó prueba ·para demostrar que los hechos bajo investigación encuentran una relación subjetiva, formal y material con otros expedientes que la SCPM lleva adelante contra CN. la prueba de Heineken es pertinente, pero la SCPM la niega porque afecta su caso, no porque carezca de aptitud y relevancia (de hecho, los abogados de Heineken insisten repetidamente en este punto). La autoridad reemplaza el criterio de Heineken por el suyo, con miras a preservar los argumentos que han construido desde la reforma al IGPA en enero de 2021.

[180] En conclusión, toda vez que ambos procesos administrativos sancionatorios buscan proteger la eficiencia económica del mercado de cerveza, la identidad de fundamento entre los dos casos analizados se cumple.

[181] Se resalta que la SCPM ha admitido que el procedimiento para la tramitación del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 fue creado mediante normativa interna justamente para el presente caso. Se puede notar que la INCCE ha seguido el trámite administrativo correspondiente para el tipo de procedimiento que atañe, pues es claro que la naturaleza jurídica del expediente No. SCPM-IGT-I NCCE-007-2021 difiere a la de una investigación por cometimiento de conductas anticompetitivas, y para ello, la SCPM ha desarrollado la normativa interna aplicable a este tipo de procedimiento, tal como lo permite el artículo 44 numeral 6 de la LORCPM.

[182] Este caso y el que se lleva ante otras instancias de la SCPM están dirigidos contra el mismo grupo económico -CN y su grupo económico - (identidad subjetiva), su objeto es investigar la misma conducta (identidad objetiva) y su fundamento es la protección de la eficiencia económica y de la libre competencia (identidad de fundamento), se ha demostrado que la tramitación del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021 y del expediente de investigación constituye bis in idem, cuestión prohibida por el ordenamiento jurídico, razón por la cual este último, en lo relevante, debe ser desestimado. De lo contrario, se materializará la violación del derecho al debido proceso de CN, en la garantía de no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia, conforme lo prevé el art. 76.7 (i) de la Constitución

[183] **IX. Este expediente viola el derecho al debido proceso al acusar conductas que no fueron objeto de investigación**

[184] Los operadores económicos investigados señalan que la SCPM no habría cumplido con el procedimiento establecido en la LORCPM y el RLORCPM, al no identificar con claridad las conductas investigadas y los cargos que finalmente serían imputados, atentando contra el debido proceso y afectando el derecho a la defensa de CN y DINADEC.

[185] En este sentido se señala que el artículo 56 de la LORCPM determina que el proceso sancionador que se lleva a cabo por el órgano sustanciador debe iniciar con la resolución de inicio de la investigación. Que, conforme el artículo 62 del RLORCPM, marca el inicio de la etapa de investigación que tiene el objetivo de recabar los elementos necesarios para emitir un informe de resultados de la etapa de investigación. El RLORCPM establece de manera clara que, en el informe, se "propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer". Es decir, el

informe no sólo es parte de un procedimiento sancionador, sino que también repercute en los sujetos investigados, en una proyección del ejercicio del derecho punitivo del Estado. En ese sentido, es evidente que las reglas de debido proceso obligan a la entidad investigadora a notificar a los denunciados, en este caso a CN, DN y BBPC, con el inicio formal del respectivo procedimiento sancionatorio de todas las conductas que van a investigarse.

[186] En este caso, no se puede formular cargos o recomendar sanciones en contra de CN y DN respecto de los programas Socio CN y Socio CN 2.0 puesto que aquello resultaría en una violación del derecho al debido proceso y al derecho a la defensa reconocidos en el artículo 76 de la Constitución como en el artículo 8 de la CADH. El acto de inicio de la investigación no fue puesto en conocimiento de CN que dichas conductas serían investigadas. La trascendencia de esta omisión resulta en que CN se vio impedida de ejercer sus garantías constitucionales de forma plena; tampoco estaban al tanto de que los pedidos de información avanzaban una investigación donde estaban involucrados esos programas. Resulta imposible que las investigadas hayan podido suministrar información sin conocer sobre qué conductas se iban a investigar.

[187] La SCPM conoce desde un inicio que los programas comerciales Socio CN y Socio Pilsener son distintos, constituyen hechos independientes con vigencia temporal y mecánicas diferenciadas. Y lo conocía al momento de abrir la fase de investigación. La SCPM omitió voluntariamente a los programas Socio CN y Socio CN 2.0 del ámbito de investigación, y ahora no puede multar por algo sobre lo que no se investigó.

[188] Con la denuncia de diciembre, Heineken denunció la existencia supuestamente anticompetitiva específicamente del programa comercial Socio CN. Después de la presentación de explicaciones por parte de CN y antes de la resolución de inicio de la investigación, la SCPM nos realizó una solicitud de información sobre los programas comerciales. En respuesta explicamos que los programas comerciales Socio CN y Socio Pilsener eran distintos. Y, con estos antecedentes y el conocimiento suficiente para discernir el ámbito de la investigación, la SCPM decidió dejar por fuera los programas Socio CN y Socio CN 2.0. Así, incluyó en su investigación solamente a los programas Socio Pilsener.

[189] La incongruencia de la SCPM ha provocado que CN sea privado de ejercer su derecho a la defensa en todas las etapas y grados del procedimiento, violando elart. 76.7 (a) de la Constitución. por ello, no se puede sancionar una conducta que no era parte de la investigación y la CRPI está impedida de considerar aquellas recomendaciones de la INICAPMAPR relacionada a los programas Socio CN y Socio CN 2.0 alno haber formado parte del ámbito específico para elque la SCPM anunció que emplearía sus facultades. De lo contrario,el acto administrativo que emita la CRPI incurrirá en la causalde nulidad del art.105.1 del COA, por ser contrario a la Constitución y la ley

[190] **X La SCPM dejó a CN en indefensión al esconder información y abusar de su facultad de declarar información confidencial.**

[191] Los abusos más graves que ocurrieron, (a) el hecho de que se dejó documentos relevantes para la investigación por fuera de todo expediente, clasificados como administrativos; y por otro lado, (b) que se imputó cargos y se obligó a CN a contestarla sin acompañar la información sobre la que se construyó.

[192] La SCPM escondió documentos que deben formar parte de este expediente con el propósito de evitar las consecuencias jurídicas de sus irregularidades. Como no puede explicar lo que ocurrió a inicios y mediados de 2020, donde el Superintendente de Control del Poder de Mercado recibió denuncias que se clasificaron como documentos administrativos, las escondió y después mantuvo reuniones secretas con nuestro competidor, lo que hace la SCPM es intentar plantear una discusión sobre hechos falsos y acomodados. El relato detallado de los verdaderos antecedentes de este caso está consignado en la sección IV.

[193] Una denuncia de Heineken (en especial, la de 30 de julio de 2020) en la que le solicita a la SCPM que investigue conductas de su competidor no cumple requisito alguno para ser declarada confidencial. Así, para evitar incluir la denuncia en un expediente, alertar a CN que la denuncia existe y permitirnos litigar sobre una eventual clasificación de confidencialidad que supere los límites materiales, formales y funcionales, la SCPM simplemente decidió esconder el documento y dejarlo por fuera del alcance y conocimiento de CN, pero a la vista de sus funcionarios.

[194] Lo que hizo a SCPM no encuentra justificación alguna y, para evitar tener esta discusión, el Informe simplemente finge que nada de esto ocurrió. Por supuesto, todo esto después de habernos negado actuar prueba para demostrar que así fue.

[195] Esto es más que suficiente para demostrar que este expediente es nulo por no contar con los verdaderos y completos antecedentes del caso. Pero incluso si entramos a analizar la forma en que la SCPM condujo el expediente, negándonos acceder a información esencial para ejercer nuestra defensa cuando ya se nos había formulado cargos, confirmaremos otro vicio que causó una insubsanable indefensión.

[196] La SCPM dejó a CN en indefensión al haber imputado cargos sobre evidencia confidencial. Con la formulación de cargos el acusado debe tener acceso a los datos y documentos incluso si han sido declarados confidenciales.

[197] La protección de información confidencial y de otros secretos comerciales está plenamente vigente mientras dure la etapa de investigación. Cuando termina la etapa de investigación y el investigado pasa a ser imputado, ya no le es oponible la restricción de acceso a información confidencial y secretos comerciales.

[198] Pese a la claridad del régimen, la SCPM nos obligó a contestar la imputación de cargos sin permitirnos conocer la información en la que se fundaba, causándonos un irremediable estado de indefensión.

[199] En este expediente la SCPM escondió la denuncia original (que sería de 30 de julio de 2020), clasificándola como documento administrativo. Permitió que Heineken siga recolectando información sensible de CN y coordinaba con nuestro competidor una investigación secreta. Después, crearon un hito falso en diciembre de 2020 para simplemente ignorar las consecuencia su responsabilidades de lo que ocurrió a lo largo de 2020 y, encima, nos imputaron cargos utilizando información clasificada como confidencia y cuyos extractos nos fueron entregados a 72 de que fenezca el término de prueba.

[200] **XI. CN está en indefensión porque la SCPM se negó a actuar la prueba exculpatoria que solicitaron, en la forma y oportunidad correspondiente.**

[201] Durante el término de prueba, CN presentó siete escritos de solicitud de prueba con un total de más de 50 pedidos específicos. En ejercicio de su derecho a la defensa, CN solicitó, en cada escrito, la actuación de prueba documental y pericial para probar hechos controvertidos y circunstancias exculpatorias. Algunos de esos pedidos se hicieron en relación con las violaciones del debido proceso por parte de la SCPM. Conviene precisar que estos hechos fueron y son negados por la SCPM. Es decir, las pruebas cuya actuación solicitó CN y negó la SCPM eran pertinentes, conducentes y útiles para probar hechos controvertidos dentro todo el procedimiento sancionador.

[202] En la providencia de 2 de agosto de 2022, la SCPM negó varias de las pruebas solicitadas por CN, sobre la base, en esencia, de dos argumentos inconstitucionales e ilegales: (i) las pruebas solicitadas se refieren, en lo principal, a documentos que no son parte de este expediente; y, (ii), serían anteriores al inicio de este expediente. Las pruebas solicitadas por CN y DN no serían, en criterio de SCPM, pertinentes, conducentes ni útiles para probar los hechos irregulares que hemos alegado, en ejercicio de nuestra defensa y que atañen a actuaciones de la SCPM como entidad única.

[203] CN está en indefensión porque la SCPM no consideró la prueba exculpatoria que consta en el expediente y, respecto de las que si admitió, realizó "valoraciones" arbitrarias y parciales. Varias de las pruebas que la SCPM refiere en el Informe contiene prueba exculpatoria que no es considerada. Por ejemplo, las 76 declaraciones unilaterales presentadas por varios tenderos en los que aseveran que no han firmado acuerdo ni documento comercial relacionado con el contrato de franquicia Bodega Pilsener (párrafo 801 del Informe). En este caso, la SCPM pretende parecer como que es evidencia contradictoria con reportes de CN y DN sobre los participantes en el piloto. Lo cierto es que la SCPM, al admitir la prueba y considerar la "prueba documental válida" no puede dejar de ser considerada al momento de resolver. En efecto, la CRPI debe valorar la

prueba en su conjunto y debe establecer la validez de las declaraciones unilaterales reducen el número de supuestos franquiciados que la SCPM habría determinado como parte del piloto desarrollado.

[204] De hecho, la supuesta "valoración técnico legal" de la prueba que realiza la INICAPMAPR es sesgada pues analiza las declaraciones unilaterales de forma parcial y según sus intereses de condenar a CN. Al ser prueba documental "válida" según la SCPM, deberían aplicarle los principios propios para la valoración de la prueba documental. Sin embargo, prescinde de cualquiera de las reglas para la valoración de la prueba.

[205] Debido a que son documentos privados, debe considerarse el principio de indivisibilidad de la prueba documental. Este principio implica, expresamente, que los documentos públicos o privados son indivisibles. Es decir, por un lado, no se puede aceptar una parte del documento, como aquella que, según la SCPM corrobora que fueron franquiciados parte de listados enviados por CN; y, de otro lado, rechazar otra parte del documento, como aquella en la que, expresamente, los tenderos declaran que no han suscrito ningún instrumento o contrato con CN.

[206] En la práctica, lo que hace la SCPM es realizar una valoración sesgada, que pretende dividir el contenido de los documentos de las declaraciones unilaterales, según su conveniencia y en violación del principio de indivisibilidad de la prueba documental.

[207] Asimismo, existen yerros en la consideración del certificado del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. En lo esencial, el certificado de la inexistencia de reclamaciones de CN y DN en relación con el piloto también es prueba exculpatoria que es omitida por la SCPM. En efecto, uno de los cargos del Informe es que los supuestos contratos de Bodega Pilsener habrían tenido mecanismos de "enforcement" o cumplimiento, que serían, en su criterio, perniciosos para la competencia. Incluso, estas cláusulas son consideradas como agravantes en el Informe. Sin embargo, el certificado es una prueba documental, precisamente, de que no existe evidencia alguna de la aplicación del contrato Bodega Pilsener, ni, por tanto, de efectos anticompetitivos o de mecanismos de cumplimiento.

[208] La SCPM omite valorar el certificado y, a pesar de reconocer su contenido, concluye que: "la prueba presentada por los denunciados no los exime de la afectación potencial que causó el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, que se configuran así el programa no haya sido implementado correctamente. Al no haberse aplicado el contrato Bodega Pilsener ni sus supuestas cláusulas coercitivas no se produjo un efecto anticompetitivo. Por ende, el certificado es una prueba que resta credibilidad a los resultados del Informe y, en lo esencial, exculpa a CN. El Informe sostiene que el supuesto efecto potencial sería suficiente para probar abuso de poder de mercado. Con ello, la SCPM invierte, de forma ilegal, la carga de la prueba para relevarse de su

obligación de probar el efecto anticompetitivo real,conforme exige los arts. 9 y 48 de la LORCPM.

[209] Por otro lado, en la sección "6. Toma de testimonios sin juramento " (párrafo 944 y siguientes), dice el Informe, "son consideradas como una prueba testimonial válida conforme el artículo 174 del GOGEP." Estos testimonios no son válidos y carecen de eficacia probatoria porque son contrarios a la Constitución y la Ley, por ser autoincriminatorios. Cuando fueron convocados a rendir declaración los funcionarios de CN, acudieron en buena fe y respondieron a las preguntas que los servidores de la SCPM hicieron; en ningún caso, fueron advertidos de que su declaración iba a ser usada en contra de CN. Al escuchar la grabación de cada uno de ellos, en efecto, se comprueba que la SCPM no les advirtió ni les informó de que serían usados como prueba de cargo contra mis representadas.

[210] A pesar de ello, el Informe reproduce los testimonios de los funcionarios de CN,- aunque de forma parcial y sesgada -, en contra, precisamente, de CN. De esta manera, la SCPM usa las declaraciones para tratar de evidenciar, en su criterio, que los programas serían iniciativas comerciales que "contenían pilares abusivos a ser cumplidos y que las mismas configuraban descuentos condicionales retroactivos los cuales se podrían considerar como exclusividades de facto" (párrafo 973). Es decir, usa las declaraciones como un medio probatorio de cargo, para inculpar a CN de las supuestas prácticas que configurarían abuso de poder de mercado.

[211] Lo que parecería una suspicacia de la SCPM, en realidad, anula la prueba de las declaraciones por ser autoincriminatorias y, en este sentido, obtenidas y actuadas, en contra de la Constitución y la ley. La utilización de las declaraciones, de forma autoincriminatoria, en contra de CN provoca la violación de su presunción de inocencia y, en general, de sus garantías debido proceso, previstas en los artículos 76 y 77 de la Constitución.

[212] Por otra parte, la SCPM provocó la indefensión de CN, al negarle prueba exculpatoria que se solicitó en ejercicio del derecho a la defensa, aplicando normas infraconstitucionales.

[213] En el Informe en la "Sección 15.3. De las pruebas requeridas por CN y CN que fueron consideradas como inútiles, impertinentes e inconducentes", la SCPM resume lo que expuso en la providencia de 2 de agosto de 2022 esto es, la negativa a actuar ciertas pruebas solicitadas por

[214] CN y DN durante el término probatorio, bajo el argumento de que son las pruebas no son parte del expediente, no han sido agregadas al mismo, son anteriores al inicio del expediente no se han tomado en cuenta en el expediente.

[215] Lo cierto es que la prueba que la SCPM negó mediante providencia de 2 de agosto de 2022 aplicó los arts.160 y 161 del COGEP que se refieren a la admisibilidad de la prueba en los procesos judiciales ordinarios. A pesar ello, toda la prueba solicitada era necesaria para que la CRPI, al formar su voluntad, tenga todos los elementos de convicción que le

lleven al convencimiento sobre los hechos y circunstancias alegadas por CN, no solo por el órgano de instrucción. Esta actuación evidencia una actuación arbitraria del órgano de investigación que se limita a mostrarle al órgano de resolución un Informe que no cuenta con todos los elementos objetivos para resolver. Muestra una realidad material mutilada que intenta forzar conclusiones a partir de interpretaciones imposibles de hechos.

[216] La "inadmisión" y negativa de la prueba que efectuó la SCPM parte de supuestos jurídicos equivocados e incurre en varios vicios de nulidad insubsanable. Entre los principales pedidos de prueba exculpatoria de CN que fueron negados por conveniencia de la SCPM constan:

- *La solicitud de que se oficie a Heineken Ecuador S.A. para que exhiba, entregue en copias certificadas y se incorporen al expediente los siguientes documentos que presentó ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, todos con sus anexos completos y fe de recepción. Entre esta documentación, naturalmente, se encontraban las denuncias de Heineken, en particular, la de 30 de julio de 2020. Con ello, se habría probado el ocultamiento de la documentación, la violación del debido proceso y, en particular, la caducidad del expediente. Sin embargo, la SCPM, de forma arbitraria, lo negó.*

- *Solicitud de copias certificadas de varios documentos, grabaciones de reuniones y su desclasificación de las denuncias y anexos presentados por Heineken e interacciones irregulares con la SCPM, entre ellas, la de 13 de marzo del 2013, la denuncia de 30 de julio de 2020, el anexo 1 del escrito de 3 de septiembre de 2020, escrito de 15 de septiembre de 2020, escrito de 2 de octubre de 2020; grabación y transcripción de las reuniones de 7 de agosto de 2020, 30 de septiembre de 2020, 15 de octubre de 2020 y 2 de junio de 2021. La solicitud indicada estaba probar las denuncias previas de Heineken, las interaccione irregulares de la SCPM con Heineken de tal forma que se evidencie las violaciones al debido proceso, la caducidad de las facultades de la SCPM y, la parcialidad de la SCPM y la falta su objetividad en contra de CN. Sin embargo, la SCPM, de forma arbitraria, lo negó.*

- *Solicitud de copias certificadas, íntegras y sin tachaduras, de varios documentos y anexos presentados por Heineken, entre los principales: el escrito íntegro de 28 de julio de 2021, escrito de 14 de enero de 2022; grabación y transcripción de las reuniones de 2 de julio de 2021 entre la SCPM y Heineken, copia certificada del escrito de 8 de junio de 2021. La solicitud indicada era esencial para que CN pueda probar que las supuestas afectaciones a Heineken y al mercado no son imputables a CN. Sin embargo, la SCPM negó la solicitud indicada.*

- *Solicitud de copias certificadas, íntegras y sin tachaduras, de varios documentos y anexos presentados por Heineken, entre los principales: el escrito íntegro de 28 de julio de 2021, escrito de 14 de enero de 2022; grabación y transcripción de las reuniones de 2 de julio de 2021 entre la SCPM y Heineken, copia certificada del escrito de 8 de junio de 2021. La solicitud indicada era esencial para que CN pueda probar que las supuestas afectaciones a Heineken y al mercado no son imputables a CN, por ende, constituían prueba directa*

exculpatoria de las supuestas conductas e infracciones que se le endilgan. Sin embargo, la SCPM negó la solicitud indicada.

- *Solicitud para que se oficie a Heineken y presente documentación que prueba que cualquier impacto en sus ventas es producto de sus propias omisiones o de preferencias del consumidor; que Heineken se benefició de una menor presión tributaria que le permitió una ventaja competitiva significativa, ventaja que debe considerarse por su marcada importancia; y, que tiene a su disposición medios para continuar compitiendo en igualdad de condiciones con CN.*

- *Solicitud para que la SCPM exhiba y entregue copias certificadas de escritos presentados por la matriz de CN -ABI- y varias actuaciones administrativas de la SCPM, que evidencian los actos propios de la SCPM al aprobar y autorizar las plantillas de contrato de comodato de equipos de frío y planogramas por los que, ahora, se pretende sancionar a CN.*

- *Solicitud para que la SCPM exhiba todas las actuaciones administrativas que sirvieron para la formación de la voluntad previa a la emisión de la resolución SCPM-DS-7071-01 de 4 de enero de 2021 con la cual se reformó, entre otros, el art. 58 del IGPA. Asimismo, la solicitud de copia certificada de la actuación administrativa que consta en la providencia de 24 de febrero de 2021, en la que se dispuso a la INCCE que "remita copias certificadas digitales del informe o informes de seguimiento de la condición 11, junto con todos sus documentos anexos". Además, solicitamos la Resolución de formulación de cargos de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas de 24 de febrero de 2021 (17h10), dentro del expediente SCPM-INCCE-007-2021. Con estas actuaciones administrativas CN demostraba los hechos que hemos alegado durante todo el procedimiento, respecto de la creación de un procedimiento ad-hoc denominado "procedimiento general para la sustanciación y aplicación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas", establecido para sancionar a CN, dos veces, por la misma causa; y, de hecho, la identidad entre los procedimientos que la SCPM inició contra CN configurando elbis in ídem. Sin embargo, la SCPM negó la solicitud indicada.*

- *Solicitud para que se incorpore y reproduzca a favor de CN el informe preparado por José Massaguer titulado "[c]uestiones relacionadas con el acceso de las partes a la información confidencial obrante en expedientes administrativos sancionadores en materia de infracción de las prohibiciones establecidas en la legislación de defensa de la competencia". Este informe tenía por objetivo para ilustrar los abusos y desvíos de poder de la SCPM respecto de su facultad reglada para declarar la confidencialidad de información y, en consecuencia, demostrar la violación del derecho de CN al debido proceso. Asimismo, la solicitud de que reproduzca y deje copia íntegra del escrito y recepción por el Servicio de Rentas Internas el 17 de febrero de 2022 (ID 228015), dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021. Esta información, declarada confidencial por la SCPM y, sin embargo, usada para formular cargos contra CN, demostraba la violación del derecho al debido proceso de CN que era obligada a defenderse sin conocer el alcance real de las acusaciones que se endilgaban y la información que se usaba como fundamento. Sin embargo, en ambos casos, la SCPM negó la solicitud indicada.*

[217] La interpretación extensiva y aplicación analógica de los arts. 160 y 161 del COGEP que realiza la SCPM (normas infraconstitucionales), en este procedimiento sancionador, causó la anulación material del derecho a la defensa de CN; que se le negó prueba y se le dejó en indefensión. Asimismo, provocó que la SCPM ejerza sus potestades de investigación y sanción, de forma desnaturalizada y abusiva, por fuera de los fines para los que el ordenamiento jurídico le confirió tales competencias.

XII. La SCPM ha desviado los fines de sus poderes y facultades con el objetivo de afectar a CN

[218] Los operadores económicos investigados argumentan que todas las actuaciones de la SCPM, en la práctica, constituyen desvío de poder, pues no se ajustarían a los fines para los cuales la ley le confirió una competencia, manifiesto por dos motivos esenciales: (i) las competencias de la SCPM han sido ejercidas por fuera de los fines para los que el ordenamiento jurídico les confiere las potestades de investigación y sanción; y,(ii) el ejercicio desnaturalizado de las competencias de la SCPM afectó directamente los derechos de CN; en particular, violó su derecho al debido proceso.

[219] La SCPM y sus funcionarios han incurrido en desviación de poder, viciando de nulidad el acto administrativo que se expida en este caso al violar los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado las potestades investigativas y sancionatorias a la SCPM. Si bien es cierto que la SCPM puede ejercer sus facultades para investigar y sancionar el abuso de poder de mercado, en caso de que se incurra en las infracciones expresamente tipificadas en la ley, no puede incurrir en desviación de poder. No obstante, eso es precisamente lo que ha ocurrido en este caso, toda vez que mediante declaraciones públicas, la mutilación de hechos y la sustanciación de un procedimiento ad-hoc, irregular e irrazonable, se sometió a CN y su grupo económico a un segundo procesamiento sobre los mismos hechos, con el evidente propósito de servir los intereses particulares de la propia SCPM, sus funcionarios y Heineken, mediante la aplicación de un procedimiento creado y diseñado en el camino para la imposición arbitraria de una segunda multa, de cuantía millonaria, para incrementar indebidamente las arcas estatales.

[220] El 11 de febrero de 2021 la SCPM inició el procedimiento de investigación SCPM-IGT- INCCE-007-2021 por el presunto incumplimiento a la condición 11 relacionado, de forma específica, a Bodega Pilsener. Ese procedimiento inició con motivo de denuncias presentadas por Heineken, conforme consta de los escritos presentados los días 30 de julio, 4 de septiembre y 15 de septiembre de 2020 además de la reunión del 30 de septiembre de 2020. Los cuales fueron ocultados a ABI. En esos escritos y reuniones Hcineken puso en conocimiento de la SCPM la supuesta existencia de contratos y políticas de mercadeo implementadas por ABI y su grupo económico para el expendio exclusivo de sus productos en bodegas, bares y restaurantes, que

degenerarían en la exclusión de Heineken del mercado, entre otras, a través de la implementación de un formato de franquicia denominado "Bodega Pilsener".

[221] En dicho procedimiento la SCPM imputó a CN, a través de ABI, el incumplimiento a la condición 11 y pretende imponer una millonaria sanción. De esta manera, por los hechos denunciados por Heineken con relación al formato de franquicia "Bodega Pilsener" y sus alegados efectos de exclusión, ya se está adelantando un procedimiento administrativo distinto en el que la SCPM pretende sancionar admirativamente a CN.

[222] Al revisar los hechos reales de dicha investigación y de la presente, salta a la vista que se ocultaron y mutilaron hechos relevantes, pues CN recientemente descubrió que durante meses la SCPM y Heineken intercambiaron documentos que permanecían ocultos para CN y que no le fueron notificados, se llevaron reuniones secretas (entre ellas las de 7 de agosto y 30 de septiembre de 2020); se recibió a los consultores de Heineken y se condujo un interrogatorio de puntos directamente vinculados con este expediente sin que CN haya particlpado; se clasificó como confidencial gran parte de la información que Heineken obtuvo de CN durante meses; se escondieron denuncias clasificándolas como documentos administrativos para evitar el trámite que les correspondía. De esta forma, la SCPM eludió el procedimiento establecido en la ley para tramitar las denuncias y, en consecuencia, omitió notificarlas a CN a tiempo para que pueda ejercer su derecho a la defensa.

[223] La SCPM ocultó las denuncias presentadas por Heineken y las mantuvo ocultas con la intención de investigar la misma conducta, en forma separada, en el intento de imponer varias multas. Es decir, pese a que Heineken presentó denuncias que según el procedimiento previsto en la ley debían ser notificadas a CN para el ejercicio de su derecho a la defensa, las ocultó clasificándolas como documentos administrativos para después poder sostener que los procedimientos de investigación en realidad iniciaron meses más tarde. Los funcionarios públicos incurrieron en desviación de poder para beneficiar indebidamente a la administración con la imposición de una segunda sanción por los mismos hechos, en ambos casos con cuantías millonarias.

[224] La SCPM abiertamente reconoce, en intervenciones públicas, que están en busca de la imposición de sanciones importantes con el propósito de posicionarse política y profesionalmente. Casos que no persiguen el bien común sino que sirven para un propósito de agenda personal, enfocado en el agrandamiento de la autoridad, según lo expuesto por el propio Superintendente (Entrevista del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia (CEDEC) al Superintendente Danilo Sylva de Ecuarlor, 15 de marzo de 2022. Disponible en: https://www.youtube .com/watch?v=oOLzYHmfOeQ)

[225] La desviación de poder se demuestra también por la irracionalidad del procedimiento seguido para argumentar que las investigaciones tienen una naturaleza distinta. La SCPM cruzó todo

límite imaginable al clasificar las denuncias de Heineken como documentos administrativos, para ganar meses de intercambios y levantamiento ilegal de información coordinado con Heineken, y luego creó un procedimiento ad-hoc, en contravención a la ley, diseñado a la medida para imponer una sanción por los mismos hechos pero, alegando con base en esa reforma dedicada, que se tratan de procedimientos con naturaleza distinta. El solo hecho de que la SCPM haya llegado al punto de tener que inventar un procedimiento para multar a CN en dos procedimientos, evidencia que la SCPM no persigue alcanzar el interés público sino beneficiar indebidamente a la administración. En este caso, no hay duda de que Heineken presentó un escrito de denuncia el 30 de julio de 2020, en él expresamente acusó a CN de infracciones por abuso de poder de mercado, específicamente por todas las conductas que se investigan en este expediente. Este escrito no sólo que cumple con los requisitos de la LORCPM y del COA para ser considerada una denuncia, sino que contiene la expresión de los supuestos agravios que habría sufrido Heineken como resultado de las infracciones. Por lo tanto, la SCPM estaba obligada a seguir el procedimiento previsto en la ley y debía aplicar el artículo 55 de LORCPM. La sola omisión del deber de correr traslado a CN con la denuncia denota que la finalidad de la SCPM era mantener oculta la investigación y coartar las facultades de defensa de CN y DN, coordinar los siguientes pasos y cambiar las normas aplicables para lograr duplicar la sanción.

[226] Entonces, para incrementar las posibles multas en contra de CN, la SCPM realizó una reforma al IGPA para argumentar que la denuncia respecto de Bodega Pilsener (y todas las demás que metódicamente ocultó y sigue ocultando) pueden sancionarse como violaciones a una resolución y, a la vez, como abusos de poder de mercado. El argumento es que tienen una "naturaleza" distinta.

[227] La SCPM emitió el IGPA 2021 a sabiendas de que era ilegal, puesto que la Intendencia General Jurídica ya advirtió que el trámite que correspondía seguir en esta investigación ya iniciada era el previsto en la LORCPM y el RLORCPM; y (ii) se trataba de una innovación ad-hoc destinada a tener efectos en los casos que nacieron a partir de las denuncias de Heineken y que ya se estaban investigando por más de 3 meses (desde el 30 de julio de 2020), es decir, a sabiendas de que la reforma fue dirigida para un operador económico en particular y plenamente identificado desde el primer momento en que empezó a concebirse.

[228] La SCPM concibió, redactó y publicó su reforma cuando ya tenía conocimiento - pero ocultaba de **CN** y su grupo - la existencia de varias denuncias y reuniones donde Heineken reclamaba, precisamente, la imposición de varias multas por los mismos hechos.

[229] En conclusión, la irrazonabilidad del argumento sobre la naturaleza distinta de las investigaciones, fruto de la modificación del procedimiento de investigaciones en curso y que fue diseñada para el procesamiento ad-hoc de un operador económico, demuestra que la SCPM

ha incurrido en desviación de poder que conlleva a la nulidad del acto administrativo que se expida.

XIII. Nulidad del todo lo actuado por violación del debido proceso en la garantía a ser procesado por una autoridad imparcial

[230] Es indiscutible que la administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad tanto en la sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopta. En el presente caso, ha quedado claro que la SCPM no ha actuado objetivamente, toda vez que no ha ejercido sus facultades investigación y sanción adecuándolas a la voluntad de las normas y a la consecución del interés general. Por el contrario, el ocultamiento y mutilación de los hechos y la irrazonabilidad de los procedimientos demuestran que la SCPM tiene un interés (distinto al general o público) que le impide actuar objetivamente y, por ende, sustanciar el procedimiento en forma imparcial. Sin embargo, a esos factores deben sumarse dos hechos relevantes que violan la garantía de imparcialidad: (i) las expresiones vertidas públicamente donde se hace evidente el deseo institucional de sancionar para lograr un posicionamiento político; (ii) las filtraciones a medios de comunicación en la que se anticipa el pronunciamiento de la entidad en este caso; y, (iii) las interacciones realizadas con Heineken que demuestran su parcialidad hacia un operador económico específico.

[231] Sobre el primer hecho, recordemos que el superintendente afirmó públicamente que esta es etapa de cosecha, donde busca n casos que sirven para la autoridad. El interés personal de posicionamiento profesional y político es evidente.

[232] Sobre el segundo hecho, en la publicación periódica de La Posta, una fuente de la SCPM anuncia que tiene en carpeta varias resoluciones que saldrán en los próximos meses y señala que "[l)a primera tratará sobre la pelea de dos grandes proveedores en el mercado cervecero nacional". La SCPM anuncia externamente lo que ya es evidente al revisar las actuaciones internas del procedimiento: la resolución se emitirá con la intención de engrandecer la imagen institucional de la SCPM y sus arcas, como un caso insigne o referente para lograr legitimidad y capital político.

[233] Sobre el tercer hecho, la SCPM no ha actuado objetivamente, sino que en forma permanente ha actuado favoreciendo los intereses particulares de Heineken, afectando a CN. La actuación parcializada de la SCPM a favor de Heineken se revela, al menos, a través de los siguientes hechos: (i) durante meses los funcionarios de la SCPM mantuvieron comunicaciones secretas con Heineken, de las que participó incluso la máxima autoridad de esta institución, las cuales se han mantenido ocultas y separadas de los expedientes de investigación; (ii) la SCPM no tramitó las denuncias de Heineken como denuncias, no sólo para ganar meses de planificación y modificación de normas, sino también para librar a Heineken de su eventual responsabilidad por

la presentación de una denuncia falsa, lo cual abrió la puerta que este operador presente 18 acusaciones contra CN y su grupo sin temor a consecuencia alguna; (iii) han salido a la luz las grabaciones de ciertas reuniones entre funcionarios de la SCPM y los abogados de Heineken, en las que se evidencia que estaban coordinando secretamente para levantar investigaciones a gusto de Heineken, utilizando las amplias y poderosas facultades que se le entregan a las agencias de competencia para evitar las consecuencias jurídicas de las vías de hecho empleadas; (iv) se nos negó el acceso a diligencias donde los abogados de Heineken conducían un interrogatorio a sus consultores para que expliquen la necesidad de que otorgue acceso gratuito los equipos de frío de DN, pese a que ese pedido terminó incorporado como una de las propuestas de remedios; (v) se nos impide actuar prueba para demostrar que muchas de las acusaciones son tan endebles que concluyen que cumplir con las órdenes dadas por esta autoridad es ilegal; (vi) se tolera que Heineken viole impunemente la reserva del expediente y mienta ante autoridades extranjeras.

[234] En consecuencia, la entidad administrativa ha incurrido simultáneamente en desviación de poder y violación del principio de imparcialidad al sustanciar un procedimiento sancionatorio, con la finalidad de servir intereses particulares de la institución y de un operador económico. La abrumadora evidencia en este caso no deja dudas de que la SCPM realizó actuaciones parcializadas a favor de Heineken y que indudablemente encubren sus intereses particulares, con el propósito de sancionar a CN.

[235] Debido a que se ha violado el derecho constitucional al debido proceso, en la garantía de toda persona a ser procesada por autoridad imparcial, se debe declarar la nulidad del procedimiento administrativo. De ahí que cualquier intento de la SCPM de continuar con este procedimiento sustanciando en forma irracional y parcializada será fútil, pues ante las actuaciones, declaraciones y omisiones realizadas por la SCPM en esta investigación, ningún juez podrá convalidar la violación a la garantía de imparcialidad y, por ende, del debido proceso.

XIV. El marco conceptual de un abuso de poder de mercado

[236] En esta sección los operadores económicos presentan, desde su punto de vista, los elementos que constituyen el marco conceptual de un abuso de poder de mercado, explicando qué es una conducta anticompetitiva, qué son los efectos anticompetitivos de una conducta, el criterio de apreciabilidad como elemento central de todo efecto anticompetitivo, nivel de suficiencia con el que deben probarse tanto los efectos como la apreciabilidad, y comentan el criterio de la intendencia sobre efectos potenciales.

[237] Respecto a los programas Socio CN y Socio CN 2.0., la intendencia apunta a una oración específica, en un tríptico, que dice que parte del pilar Precio es "ofrecer productos al precio

sugerido al consumidor". Esa afirmación por sí sola, sostiene la INICAPMAPR, podría encajar en la prohibición de fijación injustificada de precios de reventa. Sin embargo, cuando se revisa la evidencia del expediente se puede ver que, una y otra vez, los empleados de CN y DINADEC afirman que el pilar Precio nunca se trató de la obligación de cobrar determinados precios de reventa sino simplemente de comunicar al consumidor un precio sugerido a través de afiches pegados en el punto de venta.

[238] De la misma manera, en el expediente hay miles de fotografías que demuestran que la comprobación de los pilares relacionados a los precios se verificaban tomando fotografías de afiches pegados en los puntos de venta, es decir, de un ejercicio de comunicación. No hay ni una sola prueba que acredite que CN haya exigido a los puntos de venta el cobro de determinados precios a los clientes finales.

[239] La frase sobre la que la intendencia construye su caso está entonces desconectada de algún mecanismo por el que haya sido posible infligir un daño a la competencia; no constituye una conducta. Si los tenderos recibían puntos a cambio de pegar un afiche y la evidencia demuestra que en efecto esa colocación era suficiente para cumplir el pilar, tenemos que el incentivo resultaba de la ejecución de actividades de comunicación al consumidor, no de la venta a precios de reventa que CN y DINADEC imponían.

[240] Para la intendencia, los mecanismos de materialización constituirían un elemento distinto, accesorio, a las conductas prohibidas, no realmente las conductas. Visto así, para la intendencia la infracción es la mera enunciación de algo y el mecanismo de aplicación, un agravante.

[241] La SCPM dice que no hay que esperar para que se materialice el daño al mercado para actuar; que el daño no solamente puede ser real, sino también potencial. Estamos de acuerdo, la potencialidad de un efecto anticompetitivo también es sancionable. Pero, alegar que algo es potencial no significa que la SCPM quede liberada de explicar cuál es el mecanismo creíble y lógico que puede materializar en el mercado ese efecto potencial, de hacerlo según el estándar de prueba que la LORCPM impone o de considerar los desarrollos del mercado si es que el argumento del efecto requiere un ejercicio retrospectivo.

[242] Respecto a los efectos anticompetitivos, la intendencia simplemente concluye que la incomodidad competitiva de Heineken equivale a un daño a la "competencia, eficiencia económica y bienestar general". En al menos 24 oportunidades, después de limitarse a demostrar que Heineken ha perdido-o pudo haber perdido- clientes, el Informe concluye que existen efectos sobre "la competencia, eficiencia económica y bienestar general" sin explicar la configuración individual de cada caso. La evolución en la interpretación del artículo 102 TFUE también lleva a la conclusión de que los efectos anticompetitivos de la práctica no pueden inferirse simplemente de una desventaja competitiva y/o de una limitación de la libertad de acción de una empresa. Y

sin embargo, el Informe insiste en su forma de abordar el caso donde la incomodidad competitiva de Heineken alcanza el estándar de daño al mercado y, por consiguiente, debe ser multada. Los ejemplos más patéticos de este error son, sin duda, los exhibidos en el análisis de los programas de lealtad y los descuentos de Bodega Pilsener. En el caso de los programas de lealtad la prueba de la intendencia se enfoca una y otra vez en la disminución de ventas de Heineken. Por ejemplo, en el párrafo 1196, el Informe dice que las tiendas que participaban en el programa Socio CN adquirían un 7% menos de productos de Heineken. Con eso, dice el Informe, queda probado que existe una afectación a la "competencia, eficiencia económica y bienestar general".

[243] Como respuesta, CN y DINADEC han dicho que los descuentos son ínfimos y que, como se dice en el párrafo 1189 del informe, suman apenas un millón de dólares en beneficios. Nuestro argumento, que la intendencia no comprende, es que los descuentos y beneficios otorgados por el programa pueden ser replicados fácilmente por Heineken. No hay ningún impedimento para que los competidores creen un programa similar y compitan en los méritos. Así, al ser tan pequeños los descuentos otorgados y al poder ser replicados por nuestro competidor, su condena no significa proteger a la competencia sino librar a Heineken de la incomodidad competitiva regular que debe existir en un mercado.

[244] Sin embargo, la intendencia insiste en su punto porque, nuevamente, parece que no entiende la crítica propuesta por CN y DINADEC ni el régimen general que distingue una conducta competitiva de una ilegal. La intendencia cree, como ninguna otra autoridad ha dicho en el mundo, que incidir en el comportamiento de compra de un competidor equivale a probar un efecto anticompetitivo. Aquí la intendencia deja ver que opera sobre la presunción de que quitarle clientes a Heineken, incluso como parte de la dinámica normal de la competencia, alcanzaría el estándar de un efecto anticompetitivo.

[245] Cuando CN y DINADEC proponen, como parte de la valoración de si existió un efecto anticompetitivo,la implementación del test del competidor igualmente eficiente, la intendencia responde que "no existe una disposición legal que obligue a su realización". No existe una obligación legal de aplicar ese test en específico, pero sin duda sí la de utilizar alguno. La autoridad de competencia tiene la obligación de demostrar, de cualquier modo técnicamente adecuado, la existencia de consecuencias perniciosas para el mercado.

[246] El Informe concluye que todos los descuentos retroactivos condicionados impuestos por un operador dominante -en este caso, sobre el 17% del total de las ventas- "es suficiente para que se configure una afectación efectiva o real a la competencia, eficiencia económica o bienestar general". La intendencia no explica por qué esos descuentos aplicados a ese porcentaje de las ventas son anticompetitivos. Es por esto por lo que existen las pruebas específicas y es por esto por lo que las propusimos: para aportar certeza sobre la definición de una conducta, para que la

aplicación del derecho de competencia sea predecible, para que no se sancione aquella conducta socialmente deseable.

[247] El Informe no analiza ni provee antecedente alguno que permita presumir, y menos comprobar, que las conductas acusadas produjeron algún efecto contrario a la libre competencia en el mercado. El Informe se limita a afirmar que tales efectos concurren, sin demostrarlos de forma alguna. La intendencia cree que simplemente por afirmar que hay una afectación a la competencia, la eficiencia económica y el bienestar general, esos efectos quedan probados, demostrando que no entiende lo que significa la prueba de un efecto.

AUDIENCIA PÚBLICA

[248] Mediante Providencia emitida el 25 de noviembre de 2022 a las 09:19, la CRPI dispuso convocar a audiencia pública para el 13 de diciembre de 2022 a las 10:00. La audiencia se llevó a cabo en el día y hora indicados, con la asistencia de la INICAPMAPR y los abogados patrocinadores de los operadores económicos **CN**, **DINADEC** y **HEINEKEN** quienes tuvieron el tiempo suficiente para hacer sus intervenciones y las respectivas réplicas, de conformidad con la normativa sobre la materia. La diligencia quedó grababa y consta en el expediente, junto con la respectiva acta sentada y registrada el 13 de diciembre de 2022, signadas con I.D.: 261050.

[249] La INICAPMAPR durante su intervención, en términos generales, presentó en el contenido del informe final, destacando la concurrencia de los elementos estructural y conductual que sustentan su conclusión de que los operadores económicos **CN** y **DINADEC** habrían incurrido en actos de abuso de poder de mercado, tipificados en los numerales 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9 de la LORCM, a través de la implementación de sus estrategias comerciales.

[250] En tanto que en su réplica la INICAPMAPR se enfocó a atender los alegatos de **CN** y **DINADEC** respecto a la caducidad del procedimiento administrativo, señaló que su desarrollo resulta plenamente válido. También hizo alusión a las conductas, en consonancia con los alegatos presentados por los investigados, señalando que no son suficientes para desvirtuar su configuración como conductas anticompetitivas y también se señaló que los efectos derivados de estas han sido probados y detallados en el informe final.

[251] En cuanto a la intervención del operador económico **CN**, esta se enfocó en fundamentar sus alegatos respecto a la presunta nulidad del procedimiento sancionatorio.

[252] Al respecto el operador económico inició detallando los documentos que el operador económico **HEINEKEN** habría presentado a la SCPM y señalando las reuniones de trabajo que habrían sido desarrolladas con este operador económico, ambos hechos, previo a la presentación de la denuncia que origina el presente expediente, el 21 diciembre de 2020. Estos, a criterio del operador económico **CN**, constituirían los verdaderos antecedentes del procedimiento administrativo, y que, al no haber sido considerados en la sustanciación, generarían como consecuencia la nulidad del expediente, tanto por la caducidad del procedimiento y la potestad de la INICAPMAPR, así como por presuntas violaciones al derecho a la defensa de **CN** y al debido proceso.

[253] En cuanto a la caducidad del procedimiento **CN** argumentó que los documentos ingresados por HEINEKEN a la SCPM el 30 de julio de 2020 se trataría de la denuncia original y de hecho contendrían los mismos elementos y anexos que conforman su denuncia de 21 de diciembre de 2020, de manera que el procedimiento originalmente habría iniciado antes de lo que la INICAPMAPR señala, como consecuencia el procedimiento habría caducado, así como también caducó la potestad de la INICAPMAPR, estos presuntamente constituirían vicios insubsanables.

[254] En cuanto a las violaciones del derecho a la defensa **CN**, el operador económico señaló varios elementos. En primer lugar, argumentó que existieron expedientes paralelos y que deliberadamente se les habría ocultado información relevante. En este sentido señaló que hay interacciones entre HEINEKEN y la SCPM de las que no tendrían rastro, así también señala un abuso del sistema de clasificación documental, de manera que **CN** no ha tenido acceso a ciertas piezas documentales. Como segundo punto, **CN** señala que ha descubierto y recibido información procesal relevante con años de retraso, como ejemplo menciona el escrito de 13 de agosto de 2020 presentado por HEINEKEN a la SCPM, al cual habría tenido acceso 746 días después de haber sido presentado. Otro elemento argumentado es que la INICAPMAPR se habría negado a actuar prácticamente todas las pruebas solicitadas por **CN** y **DINADEC**, que sumarían un total de 100 pedidos de prueba, de forma que se estaría ocultando prueba exculpatoria y, además, se estaría imputando cargos sobre evidencia secreta.

[255] En cuanto a la presunta violación al debido proceso, el operador señala que la INICAPMAPR en la formulación de cargos ha incluido programas comerciales de **CN** que no fueron considerados al inicio de la investigación, de manera que se habría acusado a los investigados sobre conductas por fuera del objeto de la investigación.

[256] En suma, el operador económico **CN** solicitó la nulidad de todo el expediente administrativo, en base a estos elementos.

[257] La réplica del operador económico **CN**, en lo principal, insistió en sus argumentos que sustentan su tesis de caducidad del procedimiento administrativo, resaltando la presunta falta de competencia de la autoridad, las supuestas afectaciones al derecho a la defensa del investigado y las violaciones al debido proceso. En conclusión, reiteró que el expediente tendría vicios insubsanables por tanto cabría proceder a declarar su nulidad.

[258] Por su parte, la defensa técnica del operador económico **DINADEC** en su intervención argumentó que no existiría conducta anticompetitiva alguna, pues no se configurarían los elementos fundamentales de una conducta de abuso de poder de mercado. En este sentido señaló que el análisis de la INCAPMAPR realiza varios errores conceptuales graves respecto a la definición de las conductas, la materialización de sus efectos reales o potenciales sobre la competencia, y el estándar de verosimilitud sobre la conducta y sus efectos. Como consecuencia se obtendría que las conclusiones a las que arriba la Intendencia no son válidas.

[259] Para explicar su argumentación **DINADEC** recurrió a las acusaciones de las conductas de abuso respecto a la entrega de equipos de frío y en relación a los descuentos otorgados por los programas comerciales de **CN**.

[260] El operador económico **DINADEC** concluye que la INICAPMAPR habría incurrido en graves errores conceptuales y procedimentales, de manera que, la teoría del daño provista por la investigación no debería aceptarse pues estaría basada en hechos falsos, evidencia imposible o erróneamente valorada, y que no se habría comprobado un daño al mercado o al consumidor. Por lo tanto, el procedimiento no tendría sustento.

[261] En el uso de su réplica, el operador económico **DINADEC** señaló que la INICAPMAPR habría negado la reproducción de pruebas que serían exculpatorias, en específico, la reproducción de planogramas anexos al comunicado pro competencia que fue aprobado por la SCPM dentro del expediente SCPM-CRPI-017-2016.

[262] Además, señaló que la INICAPMAPR habría aplicado de forma errónea la carga de la prueba, dado que no habría probado efectos negativos de las conductas y la culpabilidad de los investigados, en cambio habría acusado en base a fragmentos de ciertos documentos y solicitado a los propios investigados que prueben su inocencia.

[263] Finalmente, **DINADEC** señaló que los descuentos no son ilegales, incluso considerando una responsabilidad especial del vendedor, y no se habría probado su afectación al régimen de competencia.

[264] En cuanto a la intervención del operador económico denunciante **HEINEKEN**, esta se enfoca en tratar los siguientes puntos: antecedentes, reserva de derechos, hechos investigados, hechos probados, análisis de las conductas, propuestas de sanciones y peticiones.

[265] En cuanto a los antecedentes y los hechos investigados, **HEINEKEN** listó las conductas detalladas en la formulación de cargos hacia **GRUPO CN**, con mención de las normas legales.

[266] En tanto que, con respecto a la reserva de derechos, el operador económico argumentó que ha recibido un trato diferenciado, a pesar de ser parte procesal del procedimiento, en ese sentido señaló que no ha podido revisar a detalle el informe final, así como hizo mención a la responsabilidad de **GRUPO CN** en el uso indebido de información confidencial que se derive de los expedientes. En síntesis, **HEINEKEN** señaló que se reserva los derechos a reclamar estos aspectos.

[267] En cuanto a los hechos probados, **HEINEKEN** menciona que se habría comprobado que **GRUPO CN** es un operador económico integrado verticalmente, cuyas actuaciones en el desarrollo de su estrategia comercial fueron graves, que presentó falta de colaboración en la investigación, y que existen sanciones a **ABI**, su matriz, a nivel internacional por prácticas similares a las investigadas. **HEINEKEN** detalló, en base al informe final, que se ha probado la configuración del elemento estructural y la existencia de actos de abuso de poder de mercado, en todos los numerales invocados por la INICAPMAPR, como prácticas verticales a través de los diferentes programas o iniciativas comerciales de **GRUPO CN**.

[268] En este contexto, respecto al programa Bodega Pilsener, el operador económico señaló que existiría una exclusividad explicita injustificada, evidenciada en el propio contrato promulgado

por CN, en el que es explícito el mecanismo de cumplimiento. En consecuencia, existiría un efecto real que es evidente por la existencia de franquiciados que han sido reconocidos por **GRUPO CN**, el operador económico **HEINEKEN** señala que este efecto sería multiplicador debido a los sub distribuidores relacionados a los franquiciados. Además, el denunciante señala que ocurren efectos potenciales probados, puesto que el programa se enfocaba a una participación masiva y de larga duración, que fue interrumpida por la denuncia de **HEINEKEN**.

[269] En este mismo contexto, el denunciante señala que se configuraría la fijación de precios de reventa en los propios contratos de franquicia, que incluso señalan un mecanismo de sanciones para el cliente por incumplimientos a esta política. **HEINEKEN** argumenta que la abundante publicidad de precios sugeridos presentada por **GRUPO CN** a sus clientes, son indicativos del establecimiento de precio mínimo para los puntos de venta, y que habrían generado como resultado efectos reales como potenciales, relacionados con la reducción de competencia intramarca, precios más altos y efectos exclusorios.

[270] En cuanto a los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, **HEINEKEN** señaló que los pilares de adherencia al precio y pilar de frio serían la materialización de las prácticas anticompetitivas de fijación de precios de reventa y prácticas exlusorias, respectivamente, mismas que habrían producido como efecto exclusividades de facto, barreras de entrada y el establecimiento de precios de reventa injustificados. En este aspecto, la evidencia se compondría, de manera conjunta, por la herramienta digital POC y los diferentes planogramas de **CN**.

[271] En cuanto a los programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E y D.R.E.A.M. el operador económico **HEINEKEN** señaló que **GRUPO CN** estableció injustificadamente un mecanismo por el cual el cumplimiento de los pilares de dichos programas condiciona los beneficios para los clientes, de esta forma se habrían perfeccionado prácticas exclusorias y barreras de entrada.

[272] En el mismo sentido, la denunciante indicó, en cuanto a la entrega de equipos de frío, que los contratos y tendencias de entrega de estos equipos son muestran claras de la aplicación de exclusividades y la generación de barreras de entrada artificiales a nuevos competidores. En específico, se argumentó una afectación real y potencial de exclusión hacia productos que no forman parte de **GRUPO CN**.

[273] **HEINEKEN** señaló en que la multa propuesta por la INICAPMAPR no es disuasiva frente a la dimensión de las operaciones de los infractores, pues representaría apenas 3.25% de los ingresos de **CN** para el periodo 2021. Asimismo, mencionó que la formulación de cargos se ha realizado sobre cinco conductas que encajan en ocho infracciones a la LORCPM, por tanto, una sanción agrupada de las mismas no sería adecuada. En este sentido señala que debería sancionarse a **GRUPO CN** por el monto total de los beneficios obtenidos por la conducta anticompetitiva.

[274] El operador económico denunciante también solicitó que la CRPI ordene la desinversión de **DINADEC**, bajo la consideración de la gravedad de las actuaciones realizadas por los investigados. En cuanto a las medidas correctivas, el operador económico señala que se encuentra de acuerdo, con ciertas observaciones, además señaló medidas correctivas adicionales.

[275] **HEINEKEN** cerró su intervención solicitando a la CRPI que acoja las conclusiones del Informe Final y se imponga las sanciones, tanto a las empresas culpables como a sus representantes legales directivos, además de las medidas correctivas adecuadas.

[276] En el espacio de réplica el operador económico **HEINEKEN** refutó los argumentos de nulidades procesales de **GRUPO CN**, señalando que los alegatos respecto a documentos presentados por fuera del expediente en cuestión no configuran violaciones de ningún tipo. Además, el operador económico ahondó en su análisis respecto a los hechos y la configuración de las conductas anticompetitivas.

[277] Finalmente, la audiencia concluyó luego que los comisionados señalaron que no requerían la atención de preguntas ante lo expuesto por las partes y la INICAPMAPR.

DE LOS ALEGATOS DEL DENUNCIANTE

[278] Finalmente, los alegatos realizados por el denunciante en su escrito de 23 de setiembre de 2022, serán citados y considerados en la sección del análisis de las conductas objeto de investigación.

VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

[279] Entre las principales alegaciones realizadas por los operadores económicos denunciados se encuentran aquellas realizadas respecto de posibles vicios en el debido proceso que provocarían la nulidad del expediente.

[280] Por lo que, esta autoridad en el presente acápite procederá a realizar el análisis individualizado correspondiente de las distintas alegaciones realizas por los operadores económicos.

[281] En primer lugar, los operadores denunciados se refirieron a vicios procedimentales del expediente que a su criterio serían insubsanables y el primero de ellos es respectos de los "verdaderos antecedentes del caso".

Del escrito presentado el 13 de marzo de 2020

[282] En el escrito de alegatos el operador económico manifestó que el 13 de marzo de 2020 Heineken del Ecuador habría presentado un escrito contentivo de una denuncia, el cual en términos de los operadores económicos denunciados dicho escrito no trata sobre los temas hoy objeto de análisis, sin embargo, dicho antecedente serviría para comprender las estrategias que utilizaría supuestamente la SCPM para "ocultar" información.

[283] En particular, conforme señalan los denunciados el escrito habría sufrido una modificación en los sellos institucionales para que aparezca como un trámite administrativo y no sea tratado como un trámite procesal nuevo –y por lo tanto no tenga lugar el inicio de un procedimiento de investigación–.

[284] Al respecto, como bien señalan los denunciados, el escrito presentado el 13 de marzo de 2020 por Heineken no trata sobre los asuntos que actualmente son objeto de análisis, ni tampoco están relacionados con el presente expediente, por lo que no cabe un pronunciamiento respecto de su contenido por parte de esta autoridad, sin embargo, la CRPI en su resolución dictada el 6 de diciembre de 2022, las 16h00, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-023-2022 respecto del escrito presentado el 13 de marzo de 2020, observó una posible inconsistencia en los sellos de identificación del referido escrito y puso en conocimiento de tal situación irregular a la Dirección Nacional de Talento Humano a fin de que, de ser el caso, actúe en el ámbito de sus competencias.

[285] Por las razones señaladas esta Comisión considera que los argumentos reproducidos respecto al escrito de 13 de marzo de 2020 no tienen relación con el hoy objeto de análisis, sin embargo, esta Comisión es enfática en garantizar su actuación imparcial y transparente dentro de este y todos los expedientes que sean objeto de su conocimiento.

Del escrito de 30 de julio de 2020

[286] Conforme expresan los operadores económicos denunciados, "el verdadero origen del caso" habría tenido como origen en el escrito presentado el 30 de julio de 2020, el cual no fue puesto en conocimiento de CN o DINADEC y que posterior a su existencia la Superintendencia de Control del Poder de Mercado habría realizado distintas actuaciones posteriores con reuniones de trabajo con representantes y delegados de la empresa Heineken del Ecuador[4], entre otros[5].

[287] En términos de los denunciados, el escrito de 30 de julio de 2022 sería en realidad una denuncia que versaría, entre otros, en hechos relacionados con la investigación que dio origen al presente expediente, lo que a criterio de los operadores económicos provocaría la caducidad de la administración.

[288] En particular, los operadores económicos manifestaron que tanto el escrito de 30 de julio de 2020, como la denuncia de 21 de diciembre de 2020 abordarían una similar temática en los que "secciones de temas del escrito se habrían trasladado a la denuncia", e incluso documentos adjuntos en la denuncia ya habrían sido de conocimiento de la "SCPM", como es el caso del "estudio económico Mercado de Cervezas en Ecuador" elaborado por Humboldt Management, entre otros, lo que otorgaría una "ventaja procesal a Heineken". En este sentido, el operador

[4] No obstante, en ninguna de las actuaciones que han señalado los operadores económicos denunciados como son reuniones entre la SCPM y HEINEKEN de Ecuador ha sido con los servidores de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos restrictivos de la Competencia y hubieran tenido lugar con relación al presente caso.

[5] En adición, los operadores DINADEC y CN señalan que la SCPM habría modificado en su perjuicio el instructivo de gestión procesal con respecto al procedimiento por incumplimiento de condiciones impuestas en la autorización en concentraciones económicas, situación que resulta ajena al presente expediente en el que se analiza la existencia de posibles actos de abuso de Poder de Mercado el cual tiene su propio trámite establecido en LORCPM y su Reglamento. Sin perjuicio de lo indicado, esta Comisión tiene presente que con fecha 6 de diciembre de 2023, dictó la resolución dentro del expediente SCPM-CPRI-023-2022 por la que resolvió la nulidad del expediente que tuvo lugar por el presunto incumplimiento por Anheuser-Busch lnBev SA/NV (ABI) de las condiciones impuestas en la resolución de autorización de concentración económica de 6 de mayo de 2016.

económico manifestó que habrían existido distintos documentos remitidos por Heineken del Ecuador a la SCPM, así como reuniones de trabajo con personal de la institución[6].

[289] Por las consideraciones anotadas, los operadores económicos consideran que la potestad de la SCPM para conocer el presente caso habría caducado y por lo tanto esta institución, carecería de competencia, en razón de tiempo, para conocer el presente asunto.

Del expediente cronológicamente ordenado

[290] Los operadores económicos al considerar que el primer antecedente del caso es el escrito de 30 de julio de 2020[7], éste y demás actuaciones subsecuentes deberían constar en el expediente de investigación, como son reuniones de trabajo, o escritos posteriores de Heineken que fueron presentados previo a la denuncia de 21 de diciembre de 2020, lo que implicaría que el expediente de investigación no se encuentre cronológicamente ordenado, lo que a criterio de los denunciados violaría su derecho a la defensa.

[291] En adición, los operadores económicos manifestaron que la SCPM es una única entidad administrativa por lo que todas las actuaciones que hubieran existido en la entidad, de forma independiente del área o "estamento" vincularían a toda la institución. Por lo que, a criterio de los operadores económicos a pesar de que la documentación entregada u otras diligencias hubieran tenido lugar en distintos expedientes y diferentes Intendencias, estos serían automáticamente de conocimiento de la Intendencia de abuso y parte del presente expediente.

[292] En otro orden de ideas, los operadores económicos consideran que el hecho de que existieran dos expedientes activos, esto es uno seguido por la Intendencia de Concentraciones económicas y otro ante la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos Restrictivos de la Competencia constituye una violación a la garantía *non bis in ídem,* ya que existiría identidad subjetiva, objetiva e identidad de fundamento en los procedimientos sancionatorios, que en el presente caso, los operadores señalan como la eficiencia económica en el mercado de la cervezas.

Respecto del escrito de 30 de julio de 2020, presentado por al Heineken del Ecuador como denuncia

[293] Como un primer elemento de análisis, los operadores económicos consideran que el escrito de 30 de julio de 2020, con número de ID 165978, presentado por Heineken del Ecuador constituye en sí mismo en una denuncia, mediante la cual la SCPM debió abrir un expediente en su contra por actos de abuso de poder de Mercado.

[294] Ahora bien, esta Comisión en su resolución de 6 de diciembre de 2022, dictada dentro del expediente No. SCPM-CRPI-023-2022 consideró que el escrito de 30 de julio de 2020, efectivamente es un denuncia, en el que el operador económico Heineken del Ecuador solicitaba

[6] Páginas 33 – 35 del escrito de alegatos.
[7] Constante en el anexo 12 al escrito de alegatos de los denunciados de 6 de octubre de 2022.

la activación de la competencias de la SCPM que tuvo lugar por el supuesto incumplimiento de condiciones en la aprobación de la Concentración económica de Anheuser-Busch InBev SA/NV (ABI) y que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas debió proceder con el trámite correspondiente contenido en el artículo 54 de la LORCPM con la finalidad de que, una vez calificada, se corriera traslado al operador económico denunciado y éste pudiera ejercer su efectivo derecho a la defensa.

[295] No obstante, los operadores económicos hoy denunciados consideran que en el indicado escrito de 30 de julio de 2020, además sería una denuncia de abuso de poder de mercado y para su fundamento citan ciertas partes coincidente entre dicho escrito y la denuncia formalmente presentada el 21 de diciembre de 2020.

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

[297] Para ilustrar lo indicado, esta Comisión procederá a citar extractos de dicho escrito:

[298] Respecto de los antecedentes del escrito:

2. Elaboración de Estudio Económico y análisis de las Condiciones.

En su calidad de operador económico en el mercado de cerveza y como parte directamente interesada en el cumplimiento y eficacia de las Condiciones establecidas por la CRPI, HEINEKEN ECUADOR solicitó la elaboración de un estudio económico que analice el estado del mercado cervecero ecuatoriano, y la eficacia de las Condiciones establecidas por la CRPI y su eventual impacto en el mercado.

Para la realización de este análisis, HEINEKEN ECUADOR encargó la elaboración del estudio económico a una compañía de consultores económicos altamente reconocida en el país y totalmente independiente. Esta compañía de consultores es Humboldt Management y el equipo de trabajo estuvo conformado por reconocidos economistas nacionales y extranjeros como son los señores

Santiago Caviedes, Wilson Bastidas y Carlos Romero. HEINEKEN ECUADOR remite el referido estudio económico como Anexo No. 1 (en adelante, "Estudio Económico").

A continuación, se analizan los principales hallazgos del Estudio Económico y su relevancia.

3. Importancia de los Condicionamientos para el funcionamiento del mercado.

La facultad de la SCPM para establecer condicionamientos a operaciones de concentración económica se encuentra establecida en el párrafo segundo del artículo 15 de la LORCPM, el cual establece lo siguiente: "*En caso que una operación de concentración económica, cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo.*"[9]

De la revisión de esta disposición se desprende que, el objetivo del control y de las facultades de la SCPM con respecto a este tema es la de prevenir la creación o incremento del poder de mercado a través de operaciones de concentración económica. Esto, no sólo con el objetivo de evitar futuros y potenciales abusos de poder de mercado y prácticas colusorias, sino también para mantener mercados competitivos en beneficio del consumidor. Así, por ejemplo, en la doctrina, al referirse al objetivo o función del control de concentraciones, puede encontrarse la siguiente explicación: "*La política de competencia y las autoridades de competencia están predominantemente preocupadas en mantener el proceso de competencia en el mercado, no como un fin en sí mismo, sino como una forma de maximizar el bienestar del consumidor.*"[10]

En el presente caso, el análisis realizado de la Operación de Concentración por la Intendencia y la CRPI buscaba determinar si la fusión global entre AB Inbev y SabMiller crearía o reforzaría el poder de mercado en Ecuador y, de hacerlo, establecer las medidas respectivas para controlarlo o evitarlo, las cuales consistieron en la implementación de 11 Condiciones. Conforme ha sido señalado, en las Resoluciones de la CRPI de 6 de mayo de 2016 y 22 de julio de 2016, la CRPI condicionó la aceptación de la Operación de Concentración al cumplimiento y observancia de 11

[299] Por su parte en el desarrollo sus alegaciones principales:

4.3. Análisis de cumplimiento y eficacia de las Condiciones.

El Estudio Económico incluyó el análisis del cumplimiento y efectividad de las Condiciones establecidas por la SCPM, específicamente aquellas Condiciones estructurales y conductuales. Entre las Condiciones en las que se ha identificado problemas de cumplimiento y eficacia se encuentran las siguientes.

4.3.1. Condiciones estructurales No. 1, 2 y 3 (Cesión y licencia de activos):

ESTRICTAMENTE CONFIDENCIAL – Para uso exclusivo de la SCPM

19/ 34

Con respecto a las Condiciones de carácter estructural (Condición No. 1: desinversión planta de producción AMBEV ECUADOR; Condición No. 2: Venta de marcas Zenda, Dorada, Biela y Maltín; y Condición No. 3: Licencia marca Brahma), el Estudio Económico asume su cumplimiento en vista que estos activos ahora forman parte del negocio de HEINEKEN ECUADOR.

Pese a esto, es importante notar que con posterioridad a la conclusión del Estudio Económico y conforme fue reportado a su Autoridad mediante escrito presentado el 13 de marzo de 2020, a las 16h34[30], HEINEKEN ECUADOR tuvo conocimiento de la solicitud de registro de la marca "Dorada Sublime" por parte de una compañía relacionada a CN y perteneciente al grupo AB InBev que consiste en una violación o incumplimiento a la Condición No. 2. Dado que este potencial incumplimiento ya fue reportado en el escrito antes señalado, este escrito no hará referencia al mismo.

Adicionalmente, el Estudio Económico analiza la efectividad de estas Condiciones, llegando a la conclusión de que las mismas no tuvieron la eficacia esperada en vista que se ha mantenido e incluso empeorado el nivel de concentración del mercado.

4.3.2. Condición No. 4 (Permitir y garantizar al Nuevo Operador el acceso a la red de comercialización y distribución de DINADEC):

1. Con respecto a la Condición No. 4, consistente en el permiso y garantía de acceso y uso de la red de comercialización y distribución de DINADEC, el Estudio Económico concluye que el contrato suscrito entre DINADEC y HEINEKEN ECUADOR el 24 de agosto de 2017 (en adelante, "Contrato Dinadec") pese a haberse firmado, nunca fue implementado por las partes contractuales, por lo que ha sido totalmente ineficaz. Adicionalmente, el Estudio Económico contiene una descripción de las razones por las que el Contrato Dinadec [illegible] son analizadas en el presente acápite.

Situación que se repite respecto del cumplimiento y eficiencia de cada condición fijada en la resolución de 6 de mayo de 2016, para posteriormente realizar un análisis respecto de la efectividad de las condiciones en el mercado:

(…)

4.3.6. Efectividad de las Condiciones:

1. Finalmente, con respecto a las Condiciones, el Estudio Económico realizada un análisis general sobre la efectividad de las mismas. En adición a lo establecido en el Estudio Económico, es importante notar que la efectividad de las Condiciones establecidas puede analizarse de dos maneras: i) si cada una de las Condiciones fue cumplida y generó el efecto que se buscaba, y ii) si las once Condiciones en su conjunto, independientemente de su cumplimiento o no, fueron efectivas para contrarrestar las preocupaciones en materia de competencia económica. Con respecto al primer punto, este fue analizado en el punto anterior, al analizar de manera individual la efectividad de cada una de las Condiciones establecidas en las Resoluciones de la CRPI. Con respecto al segundo punto, es posible concluir que las once Condiciones en su conjunto no fueron suficientes para contrarrestar las preocupaciones en materia de competencia económica.

2. La propia SCPM, a través de una resolución del Superintendente de Control del Poder de Mercado de ese entonces, buscó adicionar una doceava condición consistente en la desinversión de la marca Club de propiedad de CN. Esto lo realizó al considerar que las Condiciones iniciales era insuficientes para garantizar una presión competitiva en el mercado conforme se evidencia de la parte pertinente del análisis realizado en dicha resolución: "*[…] las marcas a ser desinvertidas no constituyen una cuota de mercado representativa dentro del mercado cervecero, razón por la cual un nuevo operador económico sin contar desde el inicio con una marca fuerte debidamente posicionada le sería muy difícil ejercer presión competitiva necesaria al operador concentrado*"[55]. Si bien esta resolución fue con posterioridad nulitada en la vía judicial-constitucional, es importante tomar en cuenta las razones que condujeron a su expedición, pues evidencia el convencimiento de la SCPM de que las once Condiciones eran insuficientes para contrarrestar las preocupaciones que la Operación Internacional generaba.

[300]Por otra parte, es importante resaltar la petición concreta realizada por Heineken del Ecaudor contenida en el escrito de 30 de julio de 2020:

5.4. Potencial investigación por la existencia de prácticas anticompetitivas.

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

5.5. Fundamento de las peticiones.

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

[301] Es decir, la solicitud realizada por el operador económico Heineken en su escrito de 30 de julio de 2020 se encuentra necesariamente atada a la verificación de cumplimiento y eficiencias de las condiciones dispuestas en la resolución de 16 de mayo de 2016.

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

[303] Similar situación ocurre con escritos posteriores que habría presentado el operador Heineken del Ecuador como es el escrito de 11 de agosto de 2020 (constante en el anexo 17 del escrito de alegatos) o el escrito de 4 de septiembre de 2020, (contenido en el anexo 18 del escrito de alegatos) que hacen clara referencia al escrito de 30 de julio de 2020 y por lo tanto se busca que la SCPM por medio del análisis de posibles incumplimientos de las condiciones dictadas en la resolución de 6 de mayo de 2016 determine indicios de posibles conductas anticompetitivas.

[304] Incluso más significativo resulta que la Intendencia de Control de Concentraciones Económicas, producto de los distintos escritos y otras actuaciones procedió con la revisión de las acusaciones realizadas y dio paso a un expediente de investigación número SCPM-IGT-INCCE-007-2021 en el cual se desarrollaron distintas actuaciones procesales y que finalmente desembocó ante esta CRPI en el expediente No SCPM-CRPI-023-2022.

[305] Expediente que, como ya fue indicado, finalmente fue archivado, sin que fuere conocido ni exista pronunciamiento del fondo del caso[8], ya que, a criterio de esta Autoridad la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas respecto del escrito de 30 de julio de 2020, no procedió con el trámite legal correspondiente lo que vulneró el debido proceso y finalmente el derecho a la defensa de Anheuser-Busch lnBev SA/NV (ABI).

[306] Sin embargo, esta situación no ocurre en el presente expediente, que, como ya fue indicado tuvo como origen la denuncia expresamente presentada por actos de abuso de poder de mercado con fecha 21 de diciembre de 2020 y aunque existieran actuaciones e interacciones entre el operador económico Heineken y otras dependencias de la SCPM, estas actuaciones no activaron la facultad investigativa de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos Restrictivos de la Competencia de forma previa.

De las actuaciones que habrían sido realizadas ante la SCPM

[8] Párrafo 272 de la resolución de 6 de diciembre de 2022.

[307] En términos de los operadores económicos denunciados, la SCPM es una única entidad administrativa por lo que, a su criterio, todas las actuaciones que hubieran existido en la entidad, de forma independiente del área o "estamento" vincularían a toda la institución.

[308] Al respecto, en el transcurso del tiempo tanto Anheuser-Busch lnBev SA/NV (ABI), Cervercería Nacional como DINADEC han participado en distintos expedientes que han tenido lugar ante esta institución.

[309] A modo de ejemplo y sin afán abarcar la totalidad de expedientes sustanciados, solo ante esta Comisión uno o más de los operadores económicos indicados han sido parte del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017 por el que se autorizó una concentración económica y en virtud del seguimiento sigue abierto hasta el día de hoy; el expediente No. SCPM-CRPI-01-2021 de conocimiento de una solicitud de compromiso de cese posteriormente desistida; el expediente No. SCPM-CRPI-023-2022, que tuvo como origen el supuesto incumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización de concentración económica; y finalmente, el actual expediente No. SCPM-CRPI-025-2022 que tiene lugar por la investigación por supuestos actos de abuso de poder de mercado llevado a cabo por la Intendencia de Investigación de abuso de Poder de Mercado y Acuerdos restrictivos de la Competencia.

[310] Similar situación ha tenido lugar ante otras áreas de la institución como son ante la INCCE o la propia INCAPAMARP, dependencias que, si bien forman parte de la SCPM, a su vez son independientes entre sí, como también éstas son independientes de esta Comisión.

[311] Esta situación resulta especialmente importante, ya que la misión de cada unidad agregadora de valor de la SCPM es distinta y se encuentra circunscrita en el ámbito de sus competencias, contenidas en el Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado[9], en particular se resaltan las actividades propias de las Intendencias de investigación quienes son responsables de llevar a cabo la investigación y sustanciación de los distintos expedientes, de los cuales los servidores públicos tiene el deber de mantener la reserva, secreto y confidencialidad[10].

[312] En este contexto, las actuaciones que realiza un órgano de investigación como por ejemplo puede ser la Intendencia de Concentraciones económicas en el ámbito de un expediente de investigación, no significa que las mismas vinculan a otros expedientes de investigación llevados por otras intendencias, sus responsables o que son inmediatamente parte de otros procesos de investigación llevados por órganos de investigación distintos.

[313] En este contexto, CN y DINADEC han manifestado que entre la SCPM y el operador económico Heineken han existido intercambio de escritos y reuniones de trabajo, no obstante, omiten señalar que dichas actuaciones fueron realizadas con funcionarios de la Intendencia Nacional de Control de Concentración Económica en el ámbito de sus competencias legales, o con la máxima autoridad institucional. Por el contrario de las actuaciones que constan en el acervo procesal, la

[9] https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/11/Estatuto-Organico.pdf
[10] Art. 47 de la LORCPM

INICAPRMAPR no realizó actividad de investigación alguna previo a la denuncia de 21 de diciembre de 2020.

De la caducidad de la administración

[314] Según los operadores económicos denunciados, al considerar que el real origen del presente expediente tuvo lugar mediante el referido escrito de 30 de julio de 2020, habría provocado la caducidad de la administración para conocer el presente expediente.

[315] Al respecto, esta Comisión ya fijó su posición respecto de que el escrito de 30 de julio de 2020, no activó la facultad de investigación de la INICAPMAPR, razón por la que no podría operar la alegada caducidad de la administración o peor aún la prescripción.

[316] Sin perjuicio de lo indicado, a fin de dotar la presente resolución de los elementos necesarios para distinguir la diferenciación entre ambas figuras legales:

Caducidad y prescripción

[317] Estas dos instituciones jurídicas del Derecho Administrativo implican una relación fundamental con el ejercicio de la competencia en cuanto al tiempo. De manera más concreta, la prescripción y la caducidad operan en cuanto a limitar la competencia temporal del órgano administrativo que tiene atribuidas potestades gravosas contra los ciudadanos. Esta limitación de las competencias de la administración pública encuentra su justificación en razones de seguridad jurídica en beneficio de los ciudadanos.

[318] Sin embargo, a pesar de que puede entenderse a ambos términos como sinónimos o incurrir en equívocos al tener efectos bastantes parecidos, la caducidad y la prescripción, en nuestro ordenamiento jurídico, son diferentes. Esta tendencia a la confusión de figuras generalmente viene desde la doctrina o desde ordenamientos normativos no aplicables en nuestro país.

[319] Si bien comparten los elementos característicos, el transcurso del tiempo y la inactividad de la administración pública, la distinción debe hacerse en atención a los preceptos normativos del Código Orgánico Administrativo. Esto, fundamentalmente, porque la doctrina no auxilia para el esclarecimiento conceptual, más allá de señalar los dos elementos que quedan señalados.

[320] Es necesario, entonces, referirse al artículo 244 del COA que, en su primer inciso, dispone:

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

[321] Estas dos reglas contenidas en la norma citada clarifican los alcances de ambas figuras en el procedimiento sancionador. A pesar de que, en materia de Derecho de Competencia en el Ecuador, la norma rectora es la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el COA en este punto acude al caso como norma supletoria. Así, podemos concluir que la caducidad opera por la inactividad de la administración pública en un término o plazo definido normativamente pero dentro del procedimiento administrativo ya iniciado.

[322] La prescripción, en tanto, opera por la inactividad de la administración en el término o plazo respectivo, pero cuando aún no ha dado inicio a un procedimiento administrativo. Esta aseveración está fortalecida con el valor interpretativo del artículo 201 que señala a la caducidad como una de las formas de terminación del procedimiento administrativo; es decir, que se requiere tener un procedimiento administrativo iniciado para que opere la caducidad.

[323] De igual manera, el artículo 208, en su segundo inciso, hace mención a que *"[e]n los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad"*. Como se ve, también esta norma, para su aplicación, implica la existencia de un procedimiento administrativo dentro del que operará la caducidad por la inactividad de la administración en un tiempo normativamente previsto.

[324] Por otro lado, en cuanto a la prescripción, el artículo 245 señala los plazos que la administración pública tiene para el inicio del ejercicio de la potestad sancionadora. Si el órgano administrativo como competencia para disponer el inicio de un procedimiento sancionatorio no la ejerce en los plazos señalados de acuerdo a la gravedad de las infracciones, no podrá hacerlo más.

[325] La diferencia entre figuras, entonces, salta de manera evidente. La prescripción evita que se inicie el procedimiento sancionatorio como consecuencia de la inactividad de la administración, mientras que la caducidad evita que se concluya un procedimiento ya iniciado, como consecuencia de que la administración no haya realizado las actuaciones que el propio procedimiento señala en los términos y plazos previstos.

[326] Tanto es así, que si la prescripción no es posible ser alegada porque aún no han transcurrido los plazos legalmente señalados, un procedimiento concluido por caducidad puede ser iniciado nuevamente sin que se haya mermado en lo absoluto la potestad sancionadora de la administración.

[327] Ahora bien, en el caso que nos atañe previo a la denuncia presentada por Heineken el 21 de diciembre de 2020 no existió un procedimiento previo abierto en la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos Restrictivos de las Competencia, de igual manera dentro del expediente han sido respetados los términos y plazos contenidos en la normativa legal, razones por la que no puede operar la caducidad en el procedimiento señalado por los denunciados.

[328] De igual manera, en el presente caso no opera la prescripción, ya que, de conformidad con el artículo 70 de la LORCPM no han transcurrido más de cuatro años desde la presentación de la denuncia por Heineken del Ecuador. Incluso en consideración de la tesis de los operadores económicos respecto de que la SCPM y la INICAPAMAPR habrían conocido de las infracciones a la Ley en virtud de la presentación del indicado escrito de 30 de julio de 2020, resulta evidente que tampoco opera la mencionada prescripción por no haber transcurrido más de 4 años contados desde el conocimiento del indicado escrito.

[329] Como ya ha sido mencionado, el escrito de 30 de julio de 2020 es evidente que por sí mismo constituye una denuncia respecto de la falta de cumplimiento y eficiencias de las condiciones dispuestas en la resolución de 6 de mayo de 2016, situación que es de competencia de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas[11] por lo que la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos Restrictivos de la Competencia con sustento en dicho escrito no podía dar el trámite que corresponde de denuncia que hoy se pretende.

[330] Incluso, a fin de ahondar más, en el caso no consentido de que el escrito de 30 de julio 2020 realmente fuera una denuncia por actos de abuso de poder de mercado –lo que expresamente contradice el contenido del propio escrito– al que no se le dio el trámite correspondiente por la Intendencia, esta situación a priori no agotaría el derecho de petición de Heineken del Ecuador, quien ante la falta de una adecuada tramitación de una denuncia previa no tiene limitación legal para presentar una "nueva" denuncia respecto de una situación que hasta la fecha no ha sido tratado ni ha sido objeto de pronunciamiento del órgano de investigación correspondiente.

[331] Por las razones expuestas, esta Comisión reitera su criterio respecto de que en el presente expediente no opera caducidad o prescripción alguna.

Del expediente orden cronológico del expediente

[332] Respecto a este punto, los operadores económicos investigados han señalado que el expediente al no incluir los escritos de 30 de julio de 2020 y posteriores implica que el mismo no se encuentra ordenado cronológicamente, lo que vulnera sus derechos constitucionales.

[333] Al respecto, esta Comisión ya ha señalado que el escrito de 30 de julio de 2020, por sí mismo no es una denuncia de actos de abuso de poder de mercado, por lo que no es parte del presente expediente ni corresponde que se encuentra como una pieza procesal de inicio de investigación.

[334] En este sentido, la primera pieza procesal del expediente es el escrito de denuncia presentado el 21 de diciembre de 2021, por el que inició la investigación por parte de la INICAPMAPR, situación por la que esta Comisión no considera que el presente expediente no se encuentra cronológicamente ordenado.

[11] Letras j) y r) del artículo 1.2.2.4 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional Por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Respecto del principio *Non Bis In idem*

[335] Con relación a este tema, esta autoridad tiene en cuenta que el principio de *Non Bis In Idem* es una garantía constitucional del debido proceso, que protege el derecho de los ciudadanos a no ser juzgados más de una vez por la misma causa y materia. Este principio se encuentra recogido por el artículo 76, número 7, letra i) de la Constitución de la República del Ecuador.

[336] En adición, la Corte Constitucional del Ecuador, como máximo órgano de interpretación constitucional, ha desarrollado esta garantía y en su jurisprudencia estableció ciertos elementos de aplicación de dicho principio. En particular la Corte manifestó que:

> *El principio non bis in idem consiste en la garantía que veda la doble sanción y/o el doble juzgamiento; es decir, tanto la aplicación de una nueva sanción por el mismo hecho como la exposición del riesgo de que aquello ocurra mediante el sometimiento a un nuevo proceso judicial. En este sentido, varios instrumentos internacionales consagran este principio que en esencia prohíbe la existencia de múltiples consideraciones o valoraciones jurídicas sobre un mismo hecho.*[12]

[337] En adición, dicho órgano jurisdiccional ha señalado que:

> *"... para que el principio non bis in ídem sea invocado como una garantía del debido proceso, es necesario que exista una resolución proveniente de una causa iniciada en un proceso* ***en el cual confluyan cuatro presupuestos: identidad de sujeto, identidad de hecho, identidad de motivo de persecución y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia****"*[13]*. (Énfasis añadido)*

[338] En este orden de ideas, desde una perspectiva más profunda, la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia N.° 012-14-SEP-CC, dictada dentro del caso N.° 1180-11-EP señaló que:

> *"... [P]ara* ***ser invocado como una garantía del debido proceso, precisa (únicamente) que exista una resolución proveniente de una causa iniciada ex ante, a un proceso en el cual confluyan cuatro presupuestos que deriven en la prohibición de doble juzgamiento contenida en el principio cuestión, a saber: eadem personae, identidad de sujeto, eadem res, identidad de hecho, eadem causa petendi, identidad de motivo de persecución, y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia****.*

[12] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1638-13-EP/19, párrafo 30.
[13] Ibíd, párrafo 30.

El principio non bis in ídem, forma parte de la estructura procesal de la administración de justicia y aparece como uno de los elementos garantizadores del debido proceso, y en relación a este, de la seguridad jurídica en cuanto el principio en sí, debe propender al amparo y protección de las normas procesales en general, y a su vez, a la seguridad individual de los sujetos procesales, en particular.

Así, el principio non bis in ídem y la institución de la cosa juzgada se encuentran íntimamente relacionados, aunque diferenciándose entre sí, en el sentido de que el principio de non bis in ídem atiende al hecho de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo hecho y materia (conforme lo determina nuestra Constitución) y la cosa juzgada por su parte, resulta en un atributo, en una calidad que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material).[14] *(Énfasis añadido)*

[339] En el presente caso, los operadores económicos denunciados consideran que el que existiese dos expediente abiertos en su contra, uno por incumplimiento de las condiciones dispuestas en la resolución de 6 de mayo de 2016 seguido por la Intendencia Nacional de Concentraciones Económicas y otro en virtud de la denuncia presentada el 21 de diciembre de 2020 por supuestos actos de abuso de poder de mercado seguido ante la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos Restrictivos de la Competencia constituye una violación *non bis in ídem,* ya que existiría identidad subjetiva, objetiva e identidad de fundamento en los procedimientos sancionatorios que, en el presente caso, los operadores señalan como la eficiencia económica en el mercado de la cervezas.

[340] Al respecto, esta Comisión observa que la fundamentación utilizada por los operadores económicos no se ajusta perfectamente a los requisitos desarrollados por la Corte Constitucional para esta garantía y puede ser objeto de reflexión y discusión si un expediente que tiene lugar por el incumplimiento de condiciones para aprobar una concentración económica tiene identidad de motivo de persecución y materia con el presente expediente, el cual se originó en virtud de una denuncia respecto producto de la supuesta infracción del artículo 9 de la LORCPM por el posible cometimiento de conductas de abuso de poder de mercado.

[341] Sin embargo, previo a realizar el indicado análisis esta Comisión no pierde de vista que el presente caso carece del elemento esencial para la activación de la garantía de Non Bis In Idem, esto es la existencia de una resolución sancionatoria previa que implique por tanto un potencial doble juzgamiento y sanción.

[342] Efectivamente, como ya ha sido mencionado previamente en esta resolución, el expediente No. SCPM-CRPI-023-2022, que tuvo lugar por el supuesto incumplimiento de las condiciones fijadas previo la concentración económica autorizada en resolución de 6 de mayo de 2016, fue finalmente archivado por esta esta autoridad en resolución de 6 de diciembre de 2022, en lo

[14] Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N.° 012-14-SEP-CC, caso N.° 1180-11-EP.

principal por aspectos procedimentales y sin que existiera un pronunciamiento por el fondo del asunto.

[343] Lo que conlleva a que, a la presente fecha no exista una resolución sancionatoria previa contra los operadores económicos hoy denunciados y por lo tanto en el presente caso no se configure el elemento esencial que ha fijado la Corte Constitucional y que la garantía Non Bis In Idem.

[344] En este sentido, al no existir el primer elemento necesario para activar la garantía Non Bis In Idem, vuelve estéril cualquier otra discusión sobre identidad objetiva, subjetiva, de motivo de persecución, o de materia.

[345] Por las consideraciones anotadas y la jurisprudencia constitucional recogida, en el presente caso por no existir una resolución previa sancionatoria no puede existir una vulneración a la garantía constitucional Non Bis In Idem de los operadores económicos hoy denunciados.

Con relación a la supuesta inobservancia al debido proceso por pretender sancionar conductas que no fueron parte de la investigación

[346] Respecto de esta alegación, los operadores económicos manifestaron que la Intendencia en su resolución de apertura de la investigación delimitó su análisis, y por lo tanto la investigación, al "programa Socio Pilsener", sin embargo, conforme aseguran los operadores económicos, estos habrían informado previamente que los programas SOCIOS CN y SOCIOS PILSENER son distintos, ya que constituyen hechos independientes con vigencia temporal y mecánicas diferenciadas[15].

[347] Situación que, conforme expresaron los denunciados, eran de conocimiento de la Intendencia en su resolución de apertura de la investigación y por lo tanto, ésta habría decidido limitar sus actuaciones únicamente a los programas SOCIOS PILSENER, así como en el caso de que la Intendencia hubiera querido expandir la investigación a otros programas debió aplicar lo dispuesto en el artículo 66 del reglamento a la LORCPM y solicitar que se deduzcan nuevas explicaciones.

[348] Al respecto, esta Comisión evidencia que los programas de SOCIO CN y SOCIO PILSENER tienen ciertas características propias y diferenciadas, así como sus condiciones varían[16] -al igual que su temporalidad-, sin embargo, todos los programas tienen evidentes elementos en común como estar dirigida al mismo público objetivo y otorgar beneficios a los operadores adherentes, lo que genera la duda respecto de si este es un solo programa que va variando en condiciones y temporalidad o por el contrario son programas distintos.

[349] En relación a la temporalidad de los programas, lo operadores denunciados en su escrito de alegatos manifestaron que:

[15] Página 74 del escrito de alegatos.
[16] Informe final, pp. 145-162.

213. La vigencia del Programa Socio CN fue de junio 2018 a julio 2019, y del Programa Socio CN 2.0 fue de agosto 2019 a enero 2020. Por su parte, la vigencia del Programa Socio Pilsener fue de febrero 2020 a enero 2021.

17

[350] En este orden de ideas, la Comisión al revisar el expediente de instancia procede a destacar aquellos escritos presentados por los mismos operadores económicos en los que explica y detalla los programas "SOCIO" y su naturaleza.

[351] En el escrito de 13 de febrero de 2021, con número de ID 185717, los operadores denunciados en respuesta a la consulta realizada por la Intendencia respecto del funcionamiento del programa SOCIO CN manifestaron lolo siguiente:

> ***Explique ¿Cómo funciona el programa "SOCIO CN"? Detalle el procedimiento que se sigue para que los distribuidores se adhieran a este programa***.
>
> ***5. Socio CN (que lleva el nombre de Socio Pilsener a partir de 2020)*** *es un programa de CN que busca generar incentivos para alinear los objetivos de CN y DINADEC como productores, importadores y comercializadores, con los puntos de venta. Es un típico diseño que pretende aminorar los problemas agente-principal, y potencializar el crecimiento del punto de venta en una relación vertical. (...)* (Énfasis añadido)

[352] Como es posible evidenciar, en términos del propio operador económico, al contestar la pregunta realizada por la autoridad, el programa en sí sería uno solo que habría cambiado de nombre de Socio CN a Socio Pilsener a partir del año 2020.

[353] Por otra parte, en escrito de 23 de julio de 2021, con número de ID 202130 los operadores económicos en respuesta a la pregunta realizada por la Intendencia respecto de las características del programa "Socio Pilsener" del año 2018 al 2021, temporalidad que incluye tanto a los programas Socios CN y Pilsener, señalaron que el programa sería uno solo que habría sufrido distintas modificaciones:

> ***12. Características del programa Socio Pilsener para el periodo junio 2018 a marzo de 2021 (periodicidad mensual)***
>
> ***El programa ha sufrido 4 modificaciones*** *que explicamos a continuación:*

[redacted]

[17] Escrito de alegatos. p. 78.

Los primeros meses de este programa fueron un piloto, con una base de clientes reducida. En esta fase del programa se entregaban, a cambio de los puntos, premios como vasos, jarros, bolsos, gorras, camisetas, toldos, etc.

b. Socio CN 2.0 — agosto 2019 a enero 2020

El nombre ***de este programa continuó siendo Socio CN,*** *sin embargo internamente se añade el 2.0 para referirse a su actualización.*

-
-
-



Los premios seguían siendo bienes u objetos que se canjeaban por puntos. Antes de actualizarse a Socio Pilsener se comunicó a los clientes que formaban parte del programa que podían liquidar sus puntos acumulados. A aquellos que no deseaban intercambiarlos por el stock de premios se les entregó una nota de crédito.

c. Socio Pilsener — febrero 2020 a enero 2021

El programa se actualiza porque la entrega de premios resultaba en complicaciones logísticas. *Se pasa a un esquema donde los puntos se canjean por dólares, específicamente por pilar cumplido.*

-
-
-
-
-
-
-



d. Socio Pilsener 2.0 — febrero 2021 — marzo 2021

El nombre de este programa continuó siendo Socio Pilsener, sin embargo internamente se añade el 2.0 para referirse a su actualización. *En esta ocasión se pasa a un esquema de retos asociados a un pilar para vincularlo a la plataforma de compras en línea. Los retos están asociados a un pilar y, también, a una cantidad de puntos determinada.*

- [redacted]

[354] Ahora bien, como se puede evidenciar del texto resaltado, en todo momento los operadores económicos se refieren al programa como uno solo que se "modifica" o "actualiza", en distintas temporalidades. En este orden de ideas, resulta evidente que el programa investigado por la Intendencia, más allá de su denominación en el mercado y sus respectivas modificaciones o actualizaciones, en esencia es uno solo.

[355] En tal sentido, la alegación analizada respecto de que existiría una vulneración al debido proceso por pretender sancionar conductas que no fueron parte de la investigación resulta contradictoria con sus propias aseveraciones realizadas previamente dentro del expediente. Por lo que, esta Comisión no puede hacer otra cosa que rechazar la alegación realizada.

Respecto de otras alegaciones realizadas con relación de la supuesta infracción al debido proceso

[356] A continuación, esta autoridad se referirá de las alegaciones realizadas respecto de la confidencialidad de la información, la no aceptación y valoración de pruebas exculpatorias y de la supuesta desviación del poder. Con relación de la confidencialidad de la información, esta Comisión es enfática en señalar que la autoridad de competencia, en el ámbito de sus investigaciones, debe necesariamente buscar un equilibrio entre garantizar el derecho a la defensa de los operadores económicos investigados y el asegurar que información sensible, en especial de terceros, sea salvaguardada mediante su declaratoria de confidencialidad.

[357] Este necesario equilibrio busca proteger dos intereses que en ciertos casos parecen contra puestos, por lo que corresponde que la actuación de la administración busque alternativas, que se encuentren cobijadas en la normativa institucional, para que los operadores económicos investigados puedan acceder a la mayor cantidad de información posible sin que esta afecte secretos empresariales o información de naturaleza sensible de terceros.

[358] Entre las alternativas existentes que contempla en nuestra legislación, se encuentra la elaboración de extractos de información confidencial que permitan acceder a las partes procesales a la información necesaria para defenderse de los cargos investigados.

[359] En el caso que nos atañe, como reconocen los operadores económico, la Intendencia entregó extractos de información confidencial sobre documentos que fueron solicitados, sin embargo, su alegación se fundamenta en que la Intendencia habría entregado dicha información de manera tardía por lo que tuvo poco tiempo para preparar una defensa adecuada.

[360] Al respecto, esta Comisión resalta el hecho que los denunciados manifiestan que esta situación le habría causado indefensión, sin embargo, en ninguna parte de su escrito fundamenta ni

individualiza que información se trata y porque resultó insuficiente el tiempo restante desde su entrega para preparar su defensa, elemento clave para determinar una potencial restricción a su derecho a la defensa.

[361] Por otra parte, los operadores concluyen señalando que el escrito de 30 de julio de 2020 habría sido "escondido" y que permitió a la autoridad realizar actuaciones de investigación. Con relación a lo indicado, esta Comisión reitera lo ya expresado en puntos previos respecto de que dicho escrito no es una denuncia de abuso de poder de mercado y la misma no provocó ninguna actuación de investigación por parte de la Intendencia.

[362] En relación a la aseveración de no aceptación y valoración de pruebas, los operadores denunciados han realizado, en su escrito de alegatos, afirmaciones que señalan violaciones constitucionales y legales a sus derechos fundamentalmente en las actuaciones de la Intendencia. Se puede resumir esas alegaciones en que la SCPM habría incurrido en vulneración al debido proceso en las garantías de derecho a la defensa y a ser procesado por autoridad imparcial; y, desviación de poder e incumplimiento al principio de imparcialidad.

[363] Respecto a la violación a su derecho a la defensa, el operador económico sostiene que la Intendencia no aceptó, por tanto, no consideró piezas probatorias que abonan a su exculpación de la conducta señalada en la investigación. La Intendencia, dice el alegato, no consideró declaraciones de tenderos que señalaron no haber firmado nada respecto a contratos de franquicia; tampoco fue considerado el certificado del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil que demuestra que no han existido conflictos por cláusulas de cumplimiento dañinos. Esto, según los denunciados, resultaría prueba exculpatoria.

[364] Al respecto, este órgano de resolución considera, por principio general aplicable en procedimientos donde se requiera probar hechos, que no es posible considerar esos elementos señalados por el operador como prueba válida al referirse a hechos negativos. No es posible que se pueda probar algo a partir de evidenciar hechos inexistentes, como el no haber firmado un contrato o no haberse producido reclamaciones. En este sentido, la Comisión considera que lo mencionado por el operador no aporta nada dentro del acervo probatorio y mucho menos son piezas probatorias exculpatorias de la conducta investigada.

[365] Por otro lado, los operadores económicos investigados también sostienen que la Intendencia ha violentado derechos constitucionales al aceptar y valorar testimonios de empleados de la empresa en su contra, sin ser advertidos del objetivo que buscaba ese órgano administrativo. Sostiene que esto violenta la garantía que proscribe la autoincriminación, por lo que no debe aceptarse que esa prueba dentro del procedimiento porque no fue actuada dentro del marco constitucional y legal vigentes.

[366] Esta Comisión de Resolución de Primera Instancia tampoco puede estar de acuerdo con estas alegaciones. Esto, porque en los testimonios referidos no se hace una acusación en contra de los mismos declarantes, ni ellos han aceptado ninguna responsabilidad personal por el cometimiento de infracciones penales o administrativas. La advertencia o aclaración que los operadores económicos dicen que no fue hecha a los testigos, también sobraba si ellos, como cabe suponer,

sabían el alcance de las competencias de la SCPM y conocían del proceso administrativo abierto a los denunciados. Es necesario recordar que quien ha sido investigado es a DINADEC y CN dentro de un procedimiento administrativo por conductas imputables, en principio, exclusivamente a sus actuaciones. Por esto, la Intendencia no ha violentado ninguna garantía ni ningún derecho en la actuación de los testimonios.

[367] Estas evidencias testimoniales deberán ser valoradas en el contexto del caso y dentro de un parámetro de integralidad de las piezas que sostienen la acusación del órgano investigador.

[368] En el mismo orden de argumentos, los denunciados manifiestan que no fue aceptada prueba solicitada que hubiere provocado la nulidad del procedimiento. Esto con base en que, en el presente expediente se ha producido la caducidad, se podría presentar un doble juzgamiento y existiría falta de congruencia; y, al no permitir la incorporación de documentos producidos en otros expedientes dentro de la entidad de control, se le habría anulado el contenido material de su derecho a la defensa.

[369] Ya ha quedado claro en la presente resolución la posición de la Comisión respecto al alegato de caducidad. Esta es inexistente por las consideraciones anotadas en páginas anteriores por lo que se reitera que, jurídicamente, no puede prosperar la nulidad de este procedimiento administrativo por la figura señalada. En este sentido, cualquier aporte probatorio respecto a la caducidad es improcedente y, por tanto, no debe ser aceptado.

[370] En el mismo sentido, de conformidad a la Resolución de 6 de diciembre de 2022 dentro del expediente No. SCPM-CRPI-23-2022, este órgano de resolución resolvió declarar la nulidad del procedimiento con lo que nunca trató, conoció ni se pronunció sobre el fondo del asunto, es decir, sobre posibles incumplimientos por parte de los denunciados con base en hechos similares a los que ahora sustentan la investigación dentro del presente expediente. Al no haber un pronunciamiento en este sentido, es jurídicamente imposible que exista fundamento para alegar violación al principio del *non bis in ídem*. Por lo expuesto, no hace mérito dentro de este expediente ningún aporte documental o testimonial que pretenda fundamentar un señalamiento como el que queda señalado.

[371] En este mismo apartado del escrito de alegatos de los denunciados se ha expresado que el derecho a la defensa también ha sido vulnerado cuando la Intendencia fundamenta la valoración de la prueba en las normas del Código Orgánico General de Procesos, totalmente impertinentes en procedimientos administrativos, en desmedro de la norma natural que es el Código Orgánico Administrativo que debió ser aplicado en el presente expediente.

[372] La Comisión concuerda con el análisis realizado por el operador económico en cuanto a que, desde la vigencia del COA, y al tener reglas propias para la valoración probatoria en procedimientos administrativos, la SCPM debe aplicarlos con preeminencia del COGEP. Sin embargo, en las actuaciones de la Intendencia dentro de la etapa de investigación, más allá de aplicar reglas del COGEP, el análisis que hará esta Comisión evita que se produzca causales de nulidad, en consideración a lo que se está señalando en este análisis y en otros apartados respecto a la valoración de la prueba presentada por la Intendencia en su informe final.

[373] Con lo expuesto, no pueden aceptarse los argumentos del operador económico referentes a haber condicionado o vulnerado su derecho a la defensa o, en definitiva, al debido proceso por parte de los órganos de la SCPM.

[374] Ahora bien, se ha dicho en los alegatos de defensa que la SCPM ha incurrido en desviación de poder al buscar, con sus actuaciones, en ejercicio de sus competencias constitucionales o legales, finalidades que se alejan del interés general en el que se soporta toda actuación de la administración pública. Ligeramente se sostiene que existen intereses políticos y profesionales en los funcionarios de la Institución y que, además, habría un interés de beneficiar las arcas de la SCPM con la imposición de dos multas millonarias.

[375] El sustento de estas alegaciones están en la errónea interpretación que los representantes de los denunciados hacen a declaraciones en medios de prensa de voceros institucionales. En el contexto de entrevistas con estos medios de comunicación, lo único que se ha hecho es describir las actuaciones de la SCPM en cumplimiento de sus obligaciones como entidad de control con el absoluto respeto a los límites impuestos normativamente por el ordenamiento jurídico. Es ilógico deducir, entonces, que de esas declaraciones tomadas fuera de contexto y reproducidas en el escrito de alegato, que habría un interés político o profesional.

[376] En el mismo sentido, se dice que la SCPM en actuaciones por fuera del presente expediente, ha buscado abusar de sus competencias, ocultando información, realizando actuaciones por fuera de los procedimientos, sin ninguna transparencia a favor de sus intereses, en contubernio con otro operador económico para alcanzar finalidades impropias de los objetivos jurídicos y, con esto, vulnerar los derechos de DINADEC y CN.

[377] Ya se ha dicho en esta Resolución, y se reitera, que en el expediente No. SCPM-CRPI-23-2022, la CRPI ya resolvió declarando la nulidad del procedimiento, el mismo que no tiene una relación con el presente caso que pueda enervarlo o condicionar las atribuciones y facultades que tienen los órganos, tanto de investigación como de resolución, para llevarlo adelante.

[378] En tal sentido, tampoco puede aceptarse un argumento de que se estaría buscando cargar de multas millonarias por un fin distinto al cumplimiento de las obligaciones jurídicas previstas en la Ley, porque en el proceso al que se refieren las actuaciones que han sido señaladas por los denunciados no se determinó ninguna responsabilidad ni tampoco, por tanto, ninguna sanción pecuniaria. Es decir, no tienen asidero las argumentaciones que sostienen una desviación de poder en las actuaciones de la SCPM.

[379] Adicionalmente, no pueden prosperar en un escenario regido por la lógica y el Derecho que existe desviación de poder sin un acto administrativo que provoque consecuencias fácticas o jurídicas en las personas involucradas. En este contexto, la Comisión ha verificado, ha revisado y ha contestado todas las alegaciones del operador económico en cabal cumplimiento de un control de la juridicidad en las actuaciones administrativas puestas en su conocimiento. No ha encontrado, en ningún sentido, indicios que hagan suponer violación a derechos constitucionales o a prerrogativas públicas con lo ha señalado el operador económico investigado.

[380] Finalmente, aun cuando sería suficiente lo expresado para también rechazar el alegato de falta de imparcialidad en la SCPM, este órgano de resolución resalta nuevamente que no ha encontrado actuaciones que permitan inferir vulneración a la objetividad que debe permear el ejercicio de las facultades legales.

[381] Para sostener este argumento de falta de imparcialidad en los funcionarios públicos dentro del presente procedimiento se ha dicho que la SCPM ha emitido una reforma a su instructivo que tendría la dedicatoria hacia los denunciados buscando perjudicarlos, lo indicado con relación a la reforma efectuada al artículo 58 de Instructivo de Gestión Procesal Administrativo[18], con relación al trámite de conocimiento de posibles de resoluciones emitidas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

[382] En primer lugar, es necesario resaltar el hecho que la CRPI como órgano de resolución no crea ni expide normativa alguna, situación que es especialmente importante ya que los argumentos que esgrimen los denunciados no involucran, ni pueden involucrar a esta autoridad. En este sentido, los integrantes de la Comisión de Resolución de Primera Instancia somos enfáticos en afirmar nuestra probidad e imparcialidad en el presente expediente y en todos lo que tenga conocimiento.

[383] Por otra parte, si bien la reforma existe, de lo que tiene conocimiento esta autoridad no fue hecha ex profeso pensando en un caso determinado. El ajuste normativo era necesario porque existía una divergencia jurídica en el tratamiento procedimental que debía darse a infracciones ajenas al ámbito de competencia. En este sentido, la LORCPM y su Reglamento establecían el procedimiento, el instructivo, como guía interna, es necesaria para el mayor y mejor respeto de los derechos y garantías dentro del procedimiento sancionatorio. Pero esto no fue pensado para un caso de presunto incumplimiento de CN, sino para todos los casos que pudiera tener conocimiento la SCPM en lo venidero.

[384] Por otra parte, Si el objetivo hubiera sido otro distinto, contrario al Derecho, podría haberse obrado sin modificación normativa alguna. Porque como en Derecho se conoce, la norma superior prima en su aplicación frente a la inferior, bien por ser contraria, o bien por no existir.

[385] Esto que, a decir del operador económico CN, dañaría la imparcialidad, deja de tener sentido, cuando la norma que ha sido señalada como vehículo para las inexistentes ilegalidades no es aplicada dentro del presente procedimiento que tiene lugar por supuestas infracciones a la LORCPM. En este sentido, la reforma al artículo 58 de la LORCPM en nada atañe al presente expediente ya que las investigaciones derivadas de la infracción a la LORCPM tienen su propio procedimiento previamente establecido en la Ley, su Reglamento y demás normas conexas.

[386] Por esto, no es posible aceptar lo expresado como medio de defensa por los operadores económicos.

[18] Página 115 del escrito de alegatos de los denunciados.

PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020

[387] Las pruebas reproducidas y desarrolladas por la INICAPMAPR en la etapa de prueba del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 son las siguientes[19]:

i. El Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, de 15 de marzo de 2022, contenido en el expediente de investigación con I.D.: 230574.

ii. Escrito de explicaciones presentado el 05 de febrero de 2021 a las 18h03, por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, así como sus anexos, contenidos en trámite signado con I.D.: 184338.

iii. Escrito y anexo presentado por **CN** y **DINADEC**, con fecha 04 de julio de 2022, en trámite con I.D.: 241752, respecto al Informe Observaciones Conceptuales y Metodológicas a la Acusación de Abuso de Poder de Mercado y del Informe sobre los efectos en la competencia de los descuentos, preparados por Butelmann Consultores,

iv. Escrito presentado por **CN** y **DINADEC** el 19 de febrero de 2021, trámite signado con I.D.: 185717, en cuanto a las explicaciones respecto al funcionamiento del contrato de franquicia y del programa de fidelización.

v. Archivo multimedia de la reunión de trabajo realizada entre la INICAPMAPR y los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 28 de junio de 2021, contenido en el expediente con I.D.: 199966.

vi. Escrito y anexos presentados por **CN** y **DINADEC**, el 23 de julio de 2021, contenido en trámite signado con I.D.: 202130.

vii. Archivo multimedia de la reunión de trabajo desarrollada entre la INICAPMAPR y los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 22 de octubre de 2021, contenido en el expediente con I.D.: 211332.

viii. Escrito y anexos presentados por **CN** y **DINADEC**, con fecha 08 de noviembre de 2021, en trámite con I.D.: 214460, respecto a la entregas de copias físicas del contrato de franquicias.

ix. Escrito y anexos presentados por **CN** y **DINADEC** el 05 de enero de 2022, en trámite con I.D.: 222028.

x. Escrito y anexos presentados por **CN** y **DINADEC** el 03 de febrero de 2022, en trámite signado con I.D.: 226681.

[19] Las pruebas listadas corresponden a aquellas reproducidas por la INICAPMAPR a través de providencias emitidas el 27 de junio de 2022 a las 16h03, 20 de julio de 2022 a las 10h36 y 02 de agosto de 2022 a las 17h04, así como a través de Resolución de 29 de junio de 2022 a las 14h08.

xi. Testimonios sin juramento presentados por los colaboradores de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, contenidos en el expediente de investigación conforme el siguiente detalle: Osmán Viloria, el 22 de febrero de 2022, signado con I.D.: 228552; Roberto Andrés Moreno Arévalo, el 02 de marzo de 2022, con I.D.: 229094; Juvenal Antonio Farah Reyes, el 02 de marzo de 2022, con I.D.: 229085; Diego Valenzuela Napolitano, el 21 de febrero de 2022, I.D.: 228464; Juan Carlos Vásconez Castillo, el 02 de marzo de 2022, signado con I.D.: 229091; Gastón Román Yungaicela, el 21 de febrero de 2022, I.D.: 228463; María Fernanda Yánez Aguilar, el 22 de febrero de 2022, con I.D.: 228556; y, Eddy Xavier Cepeda Juez, el 02 de marzo de 2022, con I.D.: 229090.

xii. Escrito presentado el 02 de diciembre de 2021, por parte del operador económico **HEINEKEN**, trámite signado con I.D.: 218033. Así como el reporte de información signado con I.D.: 241264, desarrollado por parte de la INICAPMAPR respecto a la información proporcionada por el operador económico **HEINEKEN** en el escrito de 02 de diciembre de 2021, con I.D.: 218033 y Anexo I.D.: 400389.

xiii. Reporte de información signado con I.D.: 241270, desarrollado por parte de la INICAPMAPR respecto a la información proporcionada por los operadores económicos **CN** y **DINADEC** mediante escritos y anexos de: i) 19 de febrero de 2021, con I.D.: 185717; ii) 05 de enero de 2022, con I.D.: 222028; iii) 23 de julio de 2021 a las 15h50, con I.D.: 202130; y, iv) 02 de marzo de 2022, con I.D.: 229187.

xiv. Escrito y anexo presentados por **CN** y **DINADEC** el 04 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 241729.

xv. Escrito y anexos presentados por **CN** y **DINADEC** el 04 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 241735.

xvi. Archivo multimedia de la reunión de trabajo desarrollada entre la INICAPMAPR y los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 21 de julio de 2021, identificados en el expediente con I.D.: 202099.

xvii. Escrito y anexos presentados por la Procuraduría del GAD DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO el 04 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 241758.

xviii. Escrito y anexo presentados por **CN** y **DINADEC** el 04 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 241784, respecto al informe por parte de Dichter & Neira.

xix. Escrito y anexo presentados el 15 de septiembre de 2021, por parte del operador económico **HEINEKEN**, trámite signado con I.D.: 207389.

xx. Escrito y anexo presentados por **CN** y **DINADEC** el 02 de marzo de 2022, trámite signado con I.D.: 229187.

xxi. Escrito y anexo presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 09 de marzo de 2022, trámite signado con I.D.: 229962. (18013)

xxii. Escrito y anexo entregados por el operador económico **MEGA SANTA MARÍA S.A.** el de 2022, trámite signado con I.D.: 230265. (18069)

xxiii. Escrito y anexos presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 11 de marzo de 2022, trámite signado con I.D.: 230326. (18094)

xxiv. Escrito y anexos presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 15 de marzo de 2022, trámite signado con I.D.: 230611. (18988)

xxv. Escrito y anexos presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 11 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 242321. (20237)

DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN

[388] La CRPI para valorar la prueba tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del IGPA de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria. Caso contrario, no tendrán valor probatorio alguno.

[389] Por otro lado, se observará que todas las pruebas aportadas por los interesados consten en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que establece la ley.

[390] De la revisión del acervo documental del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, se destaca que la INICAPMAPR a través de providencia expedida el 06 de abril de 2022 a las 17h12, dispuso abrir el término probatorio por 60 días, prorrogables por 30 días adicionales a criterio de la INICAPMAPR, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del RLORCPM.

[391] Con providencia de 01 de julio de 2022 a las 16h15, la INICAPMAPR dispuso la prórroga del término probatorio, por un término de 30 días adicionales.

[392] Mediante providencia de 17 de agosto de 2022 a las 12h36, la INICAPMAPR, de conformidad con el artículo 59 de la LORCPM, da por terminado el término probatorio el día 16 de agosto de 2022.

[393] La prueba considerada será aquella que dirija a la CRPI al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación, y que estén directamente relacionadas con las conductas atribuidas a los operadores económicos **CN y DINADEC**.

[394] La prueba valorada es la siguiente:

Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, de 15 de marzo de 2022.

[395] La prueba, reproducida por la INICAPMAPR mediante en providencia de 27 de junio de 2022, corresponde al Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002, de 15 de marzo de 2022, contenido en el expediente de investigación con I.D.: 230574. Se ha constatado que el informe en mención constituye un documento de análisis original, que fue debidamente notificado a las partes en el proceso de investigación.

[396] La prueba en análisis sirve de fundamento a aspectos como el mercado relevante correspondiente a las prácticas anticompetitivas analizadas, así como la participación y posición de los operadores económicos investigados en dicho mercado, de manera que se configura el elemento estructural necesario para las investigaciones de abuso de poder de mercado. Además presenta los principales elementos conductuales que fueron analizados por parte de la INICAPMAPR, así como el análisis y valoración con respecto a la multa correspondiente y los agravantes del caso.

[397] Bajo estas características se constata que la prueba es útil, pertinente y conducente al análisis de los hechos controvertidos en el presente expediente. En consecuencia cumple con el criterio como una prueba documental válida.

Escrito y anexos presentados por parte de los operadores económicos CN y DINADEC, el 05 de febrero de 2021.

[398] La prueba corresponde al escrito de explicaciones presentado el 05 de febrero de 2021 a las 18h03, por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, así como sus anexos, contenidos en trámite signado con I.D.: 184338. Las piezas documentales fueron reproducidas como prueba en providencia de 27 de junio de 2022 a las 16h03.

[399] El documento contiene los argumentos que permiten determinar la existencia del elemento estructural respecto al mercado relevante y el poder de mercado existente para la configuración de una conducta de abuso de posición de dominio. Además, presenta detalles de la existencia y aplicación de las conductas a través de las diferentes campañas de mercadotecnia, en este sentido, la investigación señala que esta prueba permite establecer que mediante Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, se han infringido la LORCPM, conforme numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9; y que, los descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, infringen lo establecido en los numerales 1, 10, 15 y 22, *ejusdem*.

[400] Bajo estas consideraciones la pieza documental es pertinente, así como útil y conducente.

Escrito y anexo presentado por CN y DINADEC, el 04 de julio de 2022, en trámite con I.D.: 241752

[401] La prueba reproducida en providencia de 02 de agosto de 2022, se constituye por el escrito y los anexos presentados por **CN** y **DINADEC**, el 04 de julio de 2022, contenidos en trámite signado con I.D.: 241752.

[402] En específico, la prueba se enfoca en los anexos No. 01 y 02 denominados: "Informe: Análisis de efectos en la competencia de los descuentos cuestionados en las acusaciones formuladas en contra del Grupo CN" e "Informe observaciones conceptuales y metodológicas a la acusación de abuso de por de mercado formulada en contra del Grupo CN", correspondientemente, ambos preparados por Butelmann Consultores.

[403] La prueba fue solicitada por los operadores **CN** y **DINADEC** en los párrafos 2 y 3 del ordinal II de su escrito signado con I.D.: 241752. Respecto al informe de efectos de los descuentos, su objetivo es mostrar que no generan efecto fidelizante y no serían anticompetitivos.

[404] En cuanto al Informe "Observaciones conceptuales y metodológicas a la acusación de abusos de poder de mercado formulada en contra del Grupo CN", en lo principal, realiza diversas críticas a los hallazgos del Informe de Resultados. Sin embargo, también muestra la confluencia de condiciones para que los operadores denunciados desarrollen ciertas prácticas, y como estas se configurarían como anticompetitivas.

[405] Por el contenido de las piezas procesales señaladas, se puede concluir que estas constituyen pruebas conducentes, útiles, así como pertinentes para el presente caso.

Escrito presentado por CN y DINADEC el 19 de febrero de 2021

[406] La prueba corresponde al escrito presentado por los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 19 de febrero de 2021, trámite signado con I.D.: 185717. El escrito fue reproducido como prueba por la INICAPMAPR en providencia de 27 de junio de 2022 a las 16h03.

[407] A través del documento, los operadores investigados explican el funcionamiento objetivo, vigencia, características, y número de franquiciados del programa CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER. También exponen los principales objetivos, funcionamiento, características, vigencia y, número de socios, de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO CN; SOCIO CN 2.0.; SOCIO PILSENER D.A.L.E.; y, SOCIO PILSENER D.R.E.A.M.

[408] Considerando la información que contiene la pieza procesal, serviría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo establecido en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22.; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22.

[409] En este sentido la prueba se califica como conducente, útil y pertinente, para la resolución del presente caso.

Reunión de trabajo con los operadores económicos CN y DINADEC de 28 de junio de 2021.

[410] La prueba, reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 27 de junio de 2022, corresponde al archivo multimedia que contiene la grabación de la Reunión de trabajo y sus anexos, diligencia realizada por la propia Intendencia con los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 28 de junio de 2021 a las 15h30, pieza procesal signada con I.D.: 199966, que fue agregada al expediente de investigación en providencia de 16 de julio de 2021 a las 16h15.

[411] En la reunión de trabajo mantenida con los investigados se confirma la existencia de los socios o franquiciados del CONTRATO DE BODEGA PILSENER; la tenencia de los contratos; así como el hecho de que los franquiciados transaccionaron con dicho CONTRATO; es decir, su aplicación efectiva. En este sentido, la prueba permitiría establecer que mediante Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, se han infringido la LORCPM, conforme numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9; y que, los descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, infringen lo establecido en los numerales 1, 10, 15 y 22, *ejusdem*.

[412] Bajo estas consideraciones la prueba se califica como pertinente, conducente y útil a la resolución del presente asunto.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 23 de julio de 2021.

[413] La prueba en cuestión corresponde al escrito y anexos presentados por parte de CN y DINADEC el 23 de julio de 2021, en trámite signado con I.D.: 202130, mismos que fueron agregados al expediente de investigación en providencia de 28 de julio de 2021. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 27 de junio de 2022.

[414] Mediante la pieza documental los investigados presentan el cuestionario C y brindan información respecto a los tipos de compradores a los que se destinó el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER; su temporalidad; además, se presentan los primeros modelos de los contratos en posesión de los operadores económicos investigados. En adición, se expone el tipo de comprador objetivo del PROGRAMA DE FIDELIZACIÓN SOCIO PILSENER; las diferencias en las categorías de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN; las características de los programas; su temporalidad; y, la medición de los hitos a ser cumplidos en los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN. En este sentido, se detalla el mecanismo para imponer y garantizar el cumplimiento de sus programas.

[415] La información contenida en esta prueba permite establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo establecido en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme

los numerales.: 1, 10, 15 y 22.; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Además, aporta al análisis de circunstancias agravantes en el cálculo de una sanción.

[416] Conforme lo expuesto, la pieza procesal cumple con los criterios de pertinencia conducencia y utilidad, para calificarse como prueba válida que será considerada en el análisis del elemento conductual de la presente Resolución.

Reunión de trabajo desarrollada con los operadores económicos CN y DINADEC, el 22 de octubre de 2021.

[417] La presente prueba, reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 27 de junio de 2022, se conforma por el archivo multimedia y anexos respecto de la Reunión de trabajo realizada por la propia Intendencia con los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 22 de octubre de 2021 a las 10h31, pieza procesal signada con I.D.: 211332, que fue agregada al expediente de investigación con providencia de 29 de octubre de 2021.

[418] En la reunión de trabajo mantenida con los investigados se tratan temas de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER; los contratos enviados, los contratos que fueron firmados, el número de franquiciados aproximados, así como respecto a la terminación de dichos contratos. En este sentido, la prueba aporta a establecer que mediante Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, se han infringido la LORCPM, conforme numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9; y que, los descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, infringen lo establecido en los numerales 1, 10, 15 y 22, *ejusdem*.

[419] Bajo estas consideraciones la prueba se califica como pertinente, conducente y útil a la resolución del presente asunto.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC, con fecha 08 de noviembre de 2021.

[420] La prueba corresponde al escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 08 de noviembre de 2021, en trámite singado con I.D.: 214460 y agregado al expediente de investigación en providencia de 02 de julio de 2021. Esta pieza procesal fue reproducida por la INICAPMAPR en providencia de 27 de junio de 2022.

[421] Mediante el trámite signado con I.D.: 214460 los operadores económicos investigados presentaron las respuestas al cuestionario D y copias físicas del contrato de franquicias, dentro de los cuales se habrían incluido las cláusulas catalogadas como abusivas por parte de la INICAPMAPR. Los documentos aparejados también brindan detalle de los mecanismos de cumplimiento que habrían condicionado a las partes de los acuerdos. En este sentido, la prueba aportaría al análisis para establecer que mediante Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, se ha infringido la LORCPM, conforme numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del

artículo 9; y que, los descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, infringen lo establecido en los numerales 1, 10, 15 y 22, *ejusdem*. Así también, el análisis del mecanismo de cumplimiento puede configurar un agravante en el análisis de la sanción.

[422] De conformidad con lo expuesto, la prueba analizada es pertinente conducente, así como útil para normar el juicio de la CRPI, por lo tanto, constituye una prueba válida.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 05 de enero de 2022.

[423] La prueba reproducida en providencia de 27 de junio de 2022, corresponde al escrito y anexos presentados por parte de CN y DINADEC el 05 de enero de 2022, en trámite signado con I.D.: 222028.

[424] En esta pieza procesal, los operadores investigados aclaran la información del cuestionario C y comunican a la INICAPMAPR el listado de los clientes que fueron considerados para ser franquiciados, así como, los colaboradores de CN y DINADEC que tuvieron distintos roles en el desarrollo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER. Además, presentaron el detalle de los colaboradores de CN y DINADEC que tuvieron distintos roles en el desarrollo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO.

[425] En este marco, la información aportada aportaría al análisis de 1a configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo establecido en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22.; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22.

[426] Bajo estas consideraciones la prueba se califica cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 03 de febrero de 2022.

[427] Mediante providencia de 27 de junio de 2022, la INICAPMAPR reprodujo como prueba el escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 03 de febrero de 2022, trámite signado con I.D.: 226681.

[428] Por su contenido, la prueba aportaría al análisis para establecer que mediante Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, se ha infringido la LORCPM, conforme numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9; y que, los descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, infringen lo establecido en los numerales 1, 10, 15 y 22, *ejusdem*. Dado que, en el trámite 226681 se

presentaron los contratos originales de FRANQUICIA BODEGA PILSENER; la SOLICITUD DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER; el MANUAL DE DISTRIBUIDOR PILSENER RURAL; la terminación por mutuo acuerdo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER.

[429] En los contratos señalados constan las cláusulas presuntamente abusivas, los mecanismos de *enforcement*, de igual manera, en el MANUAL consta la planometría a ser cumplida. Por lo cual, además del aporte al elemento conductual, la prueba sirve para el análisis de posibles circunstancias agravantes.

[430] Conforme lo señalado, la pieza procesal constituye una prueba válida, al cumplir con los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia.

Testimonios sin juramento presentados por los colaboradores de los operadores económicos CN y DINADEC:

1.1.3 Osmán Viloria, el 22 de febrero de 2022.

[431] La prueba corresponde al testimonio sin juramento presentado por el Señor Osmán Villora ante la INICAPMAPR el 22 de febrero de 2022 a las 08h44, contenido en trámite con I.D.: 228552, Anexo I.D.: 420493. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[432] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[433] En este sentido, la pieza procesal serviría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[434] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad.

1.1.4 Roberto Andrés Moreno Arévalo, el 02 de marzo de 2022.

[435] La prueba se trata del testimonio sin juramento presentado por el Señor Roberto Andrés Moreno Arévalo ante la INICAPMAPR el 02 de marzo de 2022 a las 10h59, contenido en trámite con I.D.: 229094, Anexo I.D.: 421679. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[436] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[437] En este sentido, la pieza procesal aporta a establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[438] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida.

1.1.5 Juvenal Antonio Farah Reyes, el 02 de marzo de 2022.

[439] La prueba concierne al testimonio sin juramento presentado por el Señor Juvenal Antonio Farah Reyes ante la INICAPMAPR el 02 de marzo de 2022 a las 08h50, contenido en trámite con I.D.: 229085, Anexo I.D.: 421661. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[440] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[441] En este sentido, la pieza procesal valdría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[442] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida.

1.1.6 Diego Valenzuela Napolitano, el 21 de febrero de 2022.

[443] La prueba corresponde al testimonio sin juramento presentado por el Señor Diego Valenzuela Napolitano ante la INICAPMAPR el 21 de febrero de 2022 a las 09h51, contenido en trámite con I.D.: 228464. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 02 de agosto de 2022.

[444] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[445] En este sentido, la pieza procesal aporta a establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[446] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida

1.1.7 Juan Carlos Vásconez Castillo, el 02 de marzo de 2022.

[447] La prueba se trata del testimonio sin juramento presentado por el Señor Juan Carlos Vásconez Castillo ante la INICAPMAPR el 02 de marzo de 2022 a las 10h27, contenido en trámite con I.D.: 229091. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 02 de agosto de 2022.

[448] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[449] En este sentido, la pieza procesal serviría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[450] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida

1.1.8 Gastón Román Yungaicela, el 21 de febrero de 2022.

[451] La prueba corresponde al testimonio sin juramento presentado por el Señor Gastón Román Yungaicela ante la INICAPMAPR el 21 de febrero de 2022 a las 05h52, contenido en trámite con I.D.: 228463, Anexo I.D.: 420289. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[452] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[453] En este sentido, la pieza procesal valdría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[454] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida

1.1.9 María Fernanda Yánez Aguilar, el 22 de febrero de 2022.

[455] La prueba corresponde al testimonio sin juramento presentado por María Fernanda Yánez Aguilar ante la INICAPMAPR el 22 de febrero de 2022 a las 10h12, contenido en trámite con I.D.: 228556, Anexo I.D.: 420500. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[456] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[457] En este sentido, la pieza procesal serviría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[458] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida.

1.1.10 Eddy Xavier Cepeda Juez, el 02 de marzo de 2022, con I.D.: 229090

[459] La prueba se conforma por el testimonio sin juramento presentado por el Señor Eddy Xavier Cepeda Juez ante la INICAPMAPR el 02 de marzo de 2022 a las 09h55, contenido en trámite con I.D.: 229090, Anexo I.D.: 421670. La prueba fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[460] El testimonio, en lo principal, presenta datos respecto al objetivo de los CONTRATOS DE FRANQUICIA BODEGA PISLENER, su público objetivo, de sus justificaciones, su aplicación temporal, sobre el número de franquiciados, su funcionamiento, entre otros. Además, aportó información del objetivo de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, sobre su público objetivo, de sus justificaciones, sus mecanismos de *enforcement,* su aplicación temporal, la explicación de sus pilares, respecto al cumplimiento de dichos pilares, sobre los beneficios otorgados, la evolución de los programas y su funcionamiento.

[461] En este sentido, la pieza procesal serviría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y, Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22; y, b) Los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[462] Bajo estas consideraciones la prueba testimonial cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por lo que se califica como una prueba válida

Escrito presentado por HEINEKEN el 02 de diciembre de 2021 y reporte de información de su anexo.

[463] La prueba se conforma de dos partes complementarias. Por un lado el escrito presentado por parte del operador económico **HEINEKEN**, el 02 de diciembre de 2021, trámite signado con I.D.: 218033, Anexo I.D.: 400387. Por otra parte, el Reporte Agregado y anexo, signado con I.D.: 241264, elaborado por la INICAPMAPR, respecto de la información proporcionada por **HEINEKEN** en el Anexo I.D.: 400389 de su escrito de 02 de diciembre de 2021. Las piezas procesales fueron reproducidas en calidad de prueba por la INICAPMAPR en resolución de 29 de junio de 2022.

[464] El escrito presentado por **HEINEKEN** presenta consideraciones respecto de sus clientes que ha identificado, supuestamente, habría perdido o habrían sido afectados por el programa comercial SOCIO CN. Este elemento provee información relevante a la decisión en el presente asunto. En cuanto al reporte agregado, elaborado por la INICAPMAPR, contiene información correspondiente a los clientes que presuntamente **HEINEKEN** habría perdido o habrían sido

afectados por el programa comercial de **CN** y **DINADEC**, información que originalmente se presentó como anexo al escrito en mención, por tanto, complementa la presente prueba.

[465] Conforme lo señalado, las piezas procesales en su conjunto cumplen con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, por tanto, se califican como prueba válida.

Reporte de información signado con I.D.: 241270.

[466] La prueba, reproducida por la INICAPMAPR en Resolución de 29 de junio de 2022, consiste en el reporte de información signado con I.D.: 241270, desarrollado por la propia Intendencia respecto de los datos originalmente proporcionados por los operadores económicos **CN** y **DINADEC** mediante escritos y anexos de:

a. 19 de febrero de 2021, con I.D.: 185717, en el que costa la lista de todos los socios que fueron parte del programa.
b. 05 de enero de 2022, con I.D.: 222028, que contiene una base de datos de los clientes de **CN** y **DINADEC** que eventualmente se consideraron para ser franquiciados, tanto con la suscripción de contratos como sin este.
c. 23 de julio de 2021 a las 15h50, con I.D.: 202130, respecto al detalle de todas las ventas realizadas a los clientes que formaron parte del programa.
d. 02 de marzo de 2022, con I.D.: 229187, que consta de una base de datos de los distribuidores o clientes que tienen un equipo de frío entregado durante el periodo 2018-2021.

[467] La información corresponde a 605 franquiciados de los operadores económicos **CN** y **DINADEC** que sirve de apoyo para establecer que mediante la aplicación del Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, se han infringido la LORCPM, conforme numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22 del artículo 9; y que, los descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, infringen lo establecido en los numerales 1, 10, 15 y 22, *ejusdem*. Así también es pertinente para el análisis de como la entrega en comodato de equipos de frio se enmarcaría en las conductas tipificadas en los numerales 1, 3, 15 y 22 del mismo cuerpo legal.

[468] En este sentido la prueba se califica como útil, pertinente, así como conducente para el análisis de los hechos investigados y el establecimiento de una decisión por parte de la CRPI.

Escrito y anexo, presentados por CN y DINADEC el 04 de julio de 2022, con I.D.: 241729.

[469] Esta prueba fue reproducida por la INICAPMAPR, a petición de los operadores investigados mediante providencia de 02 de agosto de 2022. Se trata del escrito y anexo presentado por los propios operadores económicos **CN** y **DINADEC** el 04 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 241729.

[470] La información presentada por **CN** y **DINADEC** corresponde a declaraciones unilaterales que, a criterio de los investigados, probarían que sus clientes confirmarían el no haber participado en el programa BODEGA PILSENER y por tanto la acusación de la INICAPMAPR no es fiable.

[471] Dado que la prueba se refiere a datos de algunos clientes de CN y DINADEC, será considerada en el análisis de las conductas investigadas, en especial respecto de las iniciativas comerciales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER. Por tanto, se califica la prueba como útil pertinente y conducente.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 04 de julio de 2022, con I.D.: 241735.

[472] Las piezas procesales corresponden al escrito y anexos presentados por los operadores económicos el 04 de julio de 2022, trámite signado con I.D.: 241735. Estos documentos fueron reproducidos como prueba, a petición de los investigados, mediante providencia emitida por la INICAPMAPR el 02 de agosto de 2022.

[473] De la revisión de la prueba esta se conforma principalmente de:

a) Escrito de 04 de julio de 2022 a las 12h58, Anexo I.D.: 447337, que detalla la pertinencia de las pruebas presentadas.
b) Anexo 02: Informe Pericial sobre la "verificación del pilar precio o afiche" Anexo I.D.: 447340, preparado por Juan Sebastián Grigalva el 21 de junio de 2022. Así como los Metadatos de los archivos a los que se hace referencia en el Informe, Anexo I.D.: 447346.
c) Anexo 03: Informe Pericial de 01 de julio de 2022 con base en la información presentada por Nielsen IQ sobre la venta de cerveza, Anexo I.D.: 447338. Correos electrónicos y archivos de Excel de Nielsen IQ del peritaje, Anexo I.D.: 447345.
d) Anexo 04: Certificado emitido por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Anexo I.D.: 447344, respecto a la presunta falta de aplicación de contrato BODEGA PILSENER.
e) Anexo 05: declaraciones unilaterales de clientes, Anexo I.D.: 447341, que presuntamente respaldan la inaplicación de programa BODEGA PILSENER.

[474] En consideración al contenido de los documentos señalados se califica la prueba como pertinente, útil y conducente para el análisis de las conductas atribuidas a los investigados, que normará el juicio de la Comisión.

Reunión de trabajo de 21 de julio de 2021 con los operadores económicos CN y DINADEC.

[475] La prueba, reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia de 27 de junio de 2022, se trata del archivo multimedia de la reunión de trabajo desarrollada entre la INICAPMAPR y los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 21 de julio de 2021, identificado en el expediente en trámite signado con I.D.: 202099.

[476] Conforme lo señalado por la INICAPMAPR, la prueba sirve de base para establecer la concurrencia de circunstancias agravantes, conforme el artículo 81 de la LORCPM, literales c. y d., dado que a partir del minuto 31 del archivo multimedia, se confirma por parte de los

investigados la existencia del aplicativo DIGITAL POC, el cual constituye un mecanismo para imponer y garantizar el cumplimiento de las supuestas conductas abusivas derivadas de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO CN; SOCIO CN 2.0.; SOCIO PILSENER D.A.L.E.; y, SOCIO PILSENER D.R.E.A.M.

[477] La prueba se considera como pertinente, conducente y útil para el análisis que la CRPI desarrollará respecto a la conducta, como respecto a la calificación de una posible circunstancia agravante.

Escrito y anexos presentados por el GAD DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO el 04 de julio de 2022.

[478] Con fecha 04 de julio de 2022, la Procuraduría del GAD DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO presento un escrito y anexos, contenidos en trámite signado con I.D.: 241758, los cuales fueron reproducidos como prueba por parte de la INICAPMAPR en providencia de 02 de agosto de 2022.

[479] La información presentada corresponde a la solicitud de la INICAPMAPR realizada en providencia de 30 de junio de 2022, respecto a un reporte que identifique si las direcciones de cada uno de los franquiciados de las compañías CN y DINADEC, enlistados en el Anexo A de dicha providencia, corresponden a zonas urbanas o rurales dentro del Distrito Metropolitano de Quito. En este sentido el GAD señala la característica de cada franquiciado según su ubicación.

[480] En este sentido, la pieza procesal, sirve de apoyo para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante la aplicación del Contrato de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme lo tipificado en los numerales: 1, 3, 10, 11, 15, 19, 20 y 22; y respecto de los Descuentos e Incentivos en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, conforme los numerales.: 1, 10, 15 y 22. Por tanto, la prueba es pertinente, útil y conducente a la resolución del presente caso.

Escrito y anexo, presentados por CN y DINADEC el 04 de julio de 2022, con I.D.: 241784.

[481] La prueba se conforma por el escrito y anexo presentados por **CN** y **DINADEC** el 04 de julio de 2022, en trámite signado con I.D.: 241784, respecto a la entrega del informe preparado por parte de Dichter & Neira para **CN**. Esta pieza procesal fue reproducida como prueba por la INICAPMAPR a través de providencia de 02 de agosto de 2022.

[482] A criterio de los operadores económicos investigados, esta prueba permitiría demostrar que los efectos en la caída de ventas del operador económico **HEINEKEN** son consecuencia de sus propias estrategias comerciales, en tanto que, programas comerciales de **CN** y **DINADEC** presuntamente ofrecerían generar efectos pro competitivos.

[483] La información presentada en el informe de la consultora Dichter & Neira será considerada por la CRPI en conjunción con el resto del acervo probatorio para establecer los efectos respecto de

los hechos controvertidos, en este sentido, la prueba se considera pertinente, conducente así como útil.

Escrito y anexo presentados el 15 de septiembre de 2021 por HEINEKEN.

[484] El 15 de septiembre de 2021, el operador económico **HEINEKEN** remitió al expediente de investigación un escrito y anexo, con información relacionada a los programas de fidelización de **CN** y **DINADEC**, trámite signado con I.D.: 207389. La INICAPMAPR ha reproducido estos documentos como prueba mediante providencia de 27 de junio de 2022.

[485] De la revisión de las piezas procesales se destaca que: en el Anexo I.D.: 380991 constan las materializaciones y copias de los videos de colaboradores de los operadores económicos exponiendo las características de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO CN, se expone sobre el cumplimiento de los pilares PDF y los requisitos para ganar los puntos en el PROGRAMA DE FIDELIZACIÓN SOCIO CN 2.0. Entre estos requisitos se destaca la indicación de vender el producto al precio sugerido. En el material se deja por sentado que es un programa de fidelización, así, constan los videos de los rollup de los operadores económicos con leyendas de "Plan de Fidelización", se indican los beneficios y se indica que se miden los hitos a través del producto DIGITAL POC. Este último elemento sería un mecanismo para garantizar el cumplimiento de las conductas.

[486] En este sentido, la pieza procesal serviría para establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante la aplicación de los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22. Así como respecto a los mecanismos de condicionamiento a los clientes que se valorarán en el análisis de agravantes en la presente Resolución.

[487] Conforme lo expuesto, la prueba se configura como pertinente, conducente y útil para el análisis de los hechos controvertidos en el presente expediente.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 02 de marzo de 2022.

[488] La prueba se compone por el escrito y anexos presentados por **CN** y **DINADEC** el 02 de marzo de 2022, contenidos en trámite signado con I.D.: 229187, respecto a la información del cuestionario G. Estas piezas procesales fueron reproducidas en calidad de prueba mediante providencia emitida por la INICPMAPR el 27 de junio de 2022.

[489] La prueba documental presenta, principalmente, dos características. En primer lugar, se indica el funcionamiento de la herramienta DIGITAL POC en el cumplimiento de los pilares en los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO CN y que podría establecerse como un mecanismo para asegurar el cumplimiento del programa. Por otra parte, se indica cómo funcionan las entregas de equipos de frío en comodato, los requisitos a cumplirse, las consecuencias del incumplimiento

de las condiciones en la entrega en comodato de los equipos de frío, y se presenta un listado de los distribuidores/clientes que cuentan con los equipos de frío.

[490] En este marco, las piezas documentales aportan a establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) La ejecución de los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22; y, b) Como la entrega de equipos de frío se enmarca en lo tipificado en los numerales 1, 3, 15 y 22. La prueba también aporta al análisis de concurrencia de circunstancias agravantes mediante el mecanismo de cumplimiento.

[491] En concordancia con las características señaladas, la prueba en cuestión cumpliría con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad para la presente resolución, al aportar datos importantes sobre los hechos analizados.

Escrito y anexo, presentados por CN y DINADEC el 09 de marzo de 2022.

[492] La prueba corresponde al escrito y anexo presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 09 de marzo de 2022, trámite signado con I.D.: 229962. Esta pieza procesal fue reproducida como prueba a través de providencia emitida por la INICAPMAPR el 27 de junio de 2022.

[493] De la revisión de los documentos señalados se destaca que, en estos los operadores económicos investigados entregaron la planografía a ser cumplida como uno de los pilares de los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO CN, además, se explica cómo funciona la planometría y el perchado correspondiente a esta planometría. También, los operadores investigados remiten información sobre las condiciones para la entrega de equipos de frío, donde se señala la prohibición de mezclar productos de la competencia, también se indica la forma de entrega de los equipos de frío y la condición de que éstos no serían usados para ampliar el espacio en percha.

[494] Las piezas documentales aportan a establecer la configuración de infracciones al artículo 9 de la LORCPM mediante: a) La ejecución de los programas de fidelización Socio CN y Socio CN 2.0, conforme numerales. 1, 15, 20 y 22; y, programas de fidelización Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales. 1, 15 y 22; y, el establecimiento de Descuentos e Incentivos en los Programas de Fidelización Socio CN, Socio CN 2.0., Socio Pilsener D.A.L.E. y Socio Pilsener D.R.E.A.M., conforme numerales .1, 10, 15 y 22; y, b) Como la entrega de equipos de frío se enmarca en lo tipificado en los numerales 1, 3, 15 y 22. En este sentido la prueba es pertinente conducente, así como útil para la presente resolución.

Escrito y anexo, entregados por el operador económico MEGA SANTA MARÍA S.A. el 11 de marzo de 2022

[495] El medio probatorio consta del escrito y anexo entregados por el operador económico MEGA SANTA MARÍA S.A. el 11 de marzo de 2022, en trámite signado con I.D.: 230265. Los documentos fueron reproducidos en calidad de prueba mediante providencia de 27 de junio de 2022 emitida por la INICAPMAPR.

[496] En el trámite con I.D.: 230265 consta el contrato de la entrega de equipos de frio celebrado entre este operador económico y los operadores económicos investigados, **CN** y **DINADEC**. Dentro de este instrumento constan las cláusulas que la INICAPMAPR ha analizado como anticompetitivas y justificaron la formulación de cargos por actos de abuso de poder de mercado. En este marco, la prueba sirve en el análisis de la configuración de una infracción a lo tipificado en los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, derivada de la entrega en comodato de equipos de frío.

[497] La prueba señalada cumple con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad para el análisis del elemento conductual de abuso de poder de mercado, por lo cual se considera una prueba válida.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 11 de marzo de 2022.

[498] La prueba se conforma por el escrito y anexos presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 11 de marzo de 2022, en trámite signado con I.D.: 230326. Esta fue reproducida por la INICAPMAPR mediante providencia emitida el 27 de junio de 2022.

[499] En estos documentos se destaca que los operadores económicos investigados indicaron los parámetros a ser utilizados para la entrega de equipos de frío a sus clientes. Por lo tanto, la prueba funciona en el análisis de la configuración de infracciones mediante la entrega en comodato de equipos de frío, que por sus características infringirían lo establecido en los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

[500] Por su contenido la prueba se califica como pertinente, conducente, así como útil, al aportar información para el análisis del elemento conductual relacionado a la entrega de equipos de frío por parte de los operadores económicos investigados.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 15 de marzo de 2022.

[501] Mediante providencia de 27 de junio de 2022, la INICAPMAPR reprodujo como prueba el escrito y los anexos presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 15 de marzo de 2022, contenidos en trámite signado con I.D.: 230611.

[502] Consta dentro del trámite con I.D.: 260611 la imagen del contrato utilizado para la entrega de equipos de frío de **CN** en comodato, el cual contendría las cláusulas que generan controversia al conformarse como posibles actos de abuso. Así también, los operadores económicos investigados

presentan algunas actas de entrega recepción con el respectivo contrato de entrega de equipos de frío mediante comodato.

[503] En este sentido la prueba es pertinente conducente y útil pues aporta información al análisis de la configuración de infracciones mediante la entrega en comodato de equipos de frío, que por sus características infringirían lo establecido en los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

Escrito y anexos presentados por CN y DINADEC el 11 de julio de 2022.

[504] La prueba corresponde al escrito y anexos presentados por parte de los operadores económicos **CN** y **DINADEC**, el 11 de julio de 2022, en trámite signado con I.D.: 242321. Estos documentos fueron reproducidos como prueba por parte de la INICAPMAPR en la providencia de 20 de julio de 2022.

[505] En complemento a la prueba analizada en el punto precedente, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** presentaron el compendio de actas de entrega recepción, obtenidas de sus clientes, acompañadas de sus respectivos contratos de entrega de equipos de frío mediante comodato. Tal como se señaló previamente, estos documentos resultan prueba válida, al cumplir con los criterios de pertinencia, conducencia y utilidad, en específico, para el análisis de posibles actos de abuso conforme los tipificado en los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, que se habría generado por la política de entrega en comodato de equipos de frío por parte de los investigados. Por tanto, la presente prueba será de validez para el desarrollo de la presente resolución.

Pruebas rechazadas por la INICAPMAPR en la etapa de prueba

[506] A continuación, la CRPI realizará la valoración de las pruebas solicitadas por las partes en la etapa de prueba y que fueron rechazadas por parte de la INICAPMAPR en la etapa de prueba.

1.1.11 Solicitud de prueba realizada por GRUPO CN con escrito de 10 de mayo de 2022.

[507] Con escrito de 10 de mayo de 2022 el operador económico **CN** solicitó a la INICAPMAPR que como medio de prueba ordene la práctica de declaración testimonial del señor Santiago Alejandro Caviedes Guzmán quien suscribió el "Estudio Económico Mercado de Cervezas en el Ecuador" de Humboldt Management Partners S.A. Humapar.

[508] La diligencia de la toma de testimonio sin juramento se desarrolló el 07 de junio de 2022 a las 11h00, en tanto que el anexo multimediade esta diligencia, signado con I.D.: 239233, fue agregado al expediente de investigación con providencia de 13 de junio de 2022.

[509] La INICAPMAPR, mediante providencia de 02 de agosto de 2022, considero que la prueba no es pertinente, útil y conducente, pues las preguntas desarrolladas en la diligencia de toma de testimonio no aportan al análisis de fondo, conforme lo siguiente:

> *"(...) En este caso las preguntas no estaban relacionadas al contenido del Informe o los datos que se usaron para su generación. Por tanto, como se indica, los operadores económicos asistieron a la toma de testimonios, realizaron preguntas, las cuales* ***no fueron calificadas*** *por esta Autoridad y por su voluntad decidieron no realizar más preguntas, por lo que se evidencia que no ha existido ningún tipo de violación al derecho a la defensa."*

[510] De la revisión de la pieza procesal se ha evidenciado que, si bien el estudio del "Mercado de Cervezas en el Ecuador" de Humboldt Management Partners S.A. Humapar aporta al análisis económico, la toma de testimonio efectivamente no aporta al análisis de las conductas anticompetitivas, por tanto, esta prueba no es adecuada para el análisis.

1.1.12 Pruebas solicitadas por GRUPO CN en primer escrito de solicitud de 17 de junio de 2022.

[511] Con escrito presentado el 17 de junio de 2022 los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitaron a la INICAPMAPR, principalmente, la reproducción de las siguientes piezas:

a. Copias certificadas de los documentos que presentó **HEINEKEN** con sus anexos completos y fe de recepción en las fechas: 13 de marzo de 2020; 30 de julio de 2020; 13 de agosto de 2020; y, 04 de septiembre de 2020.
b. Copias, grabaciones, audios y cualquier medio que haya quedado como testimonio de las reuniones entre **HEINEKEN** y la SCPM el: 07 de agosto, 30 de septiembre y 15 de octubre de 2020.
c. Copia certificada, anexos y fe de recepción, del escrito de denuncia y anexos presentados por **HEINEKEN** el 21 de diciembre de 2020, signada con I.D.: 180179.
d. Copia certificada de las providencias emitidas por la INCCE, dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016, en las siguientes fechas: 08 de septiembre de 2020 a las 11h00, 06 de abril de 2021 a las 12h15 y 15 de abril de 2021 a las 08h45.

[512] El operador económico **GRUPO CN** argumentó en su solicitud que estas piezas procesales son fundamentales para evidenciar que ha operado la caducidad sobre el expediente de investigación en más de una ocasión, en este sentido, los denunciados solicitaron a la Intendencia que declare la caducidad de forma inmediata al tratarse de un expediente irremediablemente viciado.

[513] La INICAPMAPR, en providencia emitida el 27 de junio de 2022, negó la reproducción de las piezas documentales listadas anteriormente, al no encontrar requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad sobre las mismas, conforme el siguiente análisis:

[514] En cuanto a los escritos referenciados en el literal a. de la lista anterior, la INICAPMAPR señaló que:

> *"(...) toda la documentación a la que se hace mención sería anterior a la presentación de la denuncia de HEINEKEN ECUADOR S.A., y no consta en el presente expediente; por tanto, no ha sido analizada para llegar a las conclusiones del Informe de Resultados y su respectiva Formulación de Cargos."*

[515] Respecto a las reuniones de trabajo que se habrían desarrollado entre la SCPM y el operador económico **HEINEKEN**, listadas en la letra b., la INICAPMAPR negó su reproducción bajo el siguiente argumento:

> *"(...) todas las reuniones de trabajo a las que se hace mención serían anteriores a la presentación de la denuncia de HEINEKEN ECUADOR S.A., y no constan en el presente expediente; por tanto, no han sido analizadas para llegar a las conclusiones del Informe de Resultados y su respectiva Formulación de Cargos."*

[516] Con relación a la obtención de copias certificadas de la denuncia y anexos presentados por **HEINEKEN** el 21 de diciembre de 2020, trámite signado con I.D.: 180179, la INICAPMAPR señala que esta pieza procesal da origen al expediente de investigación y por tanto consta dentro del mismo, además se señala que los operadores económicos denunciados han tenido acceso a estos documentos en múltiples ocasiones, por lo cual sería innecesario oficiar al denunciante que exhiba y presente copias certificadas de dicho documento.

[517] Finalmente, en cuanto a la obtención de copias certificadas de las tres providencias emitidas por la INCCE, según el literal d., la INICAPMAPR analizó lo siguiente:

> *"(...) el requerir a otras intendencias documentación certificada de providencias de expedientes que no son los que esta Intendencia sustancia; no tiene asidero jurídico, por cuanto, es información que no consta en el presente expediente y no ha sido utilizada para llegar a las conclusiones del Informe de Resultados o la respectiva Formulación de Cargos."*

[518] En conclusión, el órgano de investigación ha negado la práctica y reproducción de las piezas documentales en calidad de prueba al considerar que estas se refieren a actuaciones por fuera del expediente de investigación sustanciado por él. En este sentido, no aportarían al análisis de las prácticas anticompetitivas supuestamente realizadas por parte de los investigados. En el caso de las copias de la denuncia de 21 de diciembre de 2020, la Intendencia indica que está si consta dentro del expediente y forma parte del análisis que sustenta la formulación de cargos, por tanto no es adecuado volver a solicitar al denunciante la entrega de una copia certificada.

[519] De la revisión de la revisión de la solicitud del operador económico **GRUPO CN**, la CRPI destaca que el objetivo de dichos documentos se orientó a sustentar causales de caducidad sobre el proceso desarrollado por el órgano de investigación, mas no sobre el contenido de dicho proceso, por lo cual la INICAPMAPR ha optado por desecharlas como pruebas. Bajo esta lógica, las pruebas solicitadas se sucintan a la validez misma del procedimiento, por tanto, no aportan como pruebas al análisis de la conducta, en tanto que la validez legal del procedimiento ha sido analizada por esta Comisión en el apartado correspondiente de la presente resolución.

1.1.13 Pruebas solicitadas por HEINEKEN mediante escrito de 24 de junio de 2022.

[520] Con escrito presentado el 24 de junio de 2022, trámite signado con I.D.: 24101, el operador económico **HEINEKEN** solicitó a la INICAPMAPR la práctica de varias pruebas que, acorde a su criterio, aportarían al análisis de los hechos investigados.

[521] En este sentido, **HEINEKEN** solicitó la obtención de copias certificadas de la Resolución emitida por la CRPI el 06 de mayo de 2016 a las 16h21 dentro del expediente SCPM-CRPI-2016-017, mediante la cual se condicionó la operación de concentración presentada por **ABI**, así como del Documento de Compromiso para el Cumplimiento de Condicionamientos de 22 de julio de 2016 suscrito por ABI para la aprobación de la operación de concentración y de la Resolución de 22 de julio de 2016 a las 14h00, mediante la cual se autorizó la operación de concentración con sujeción a los condicionamientos aprobados.

[522] Para la denunciante estos documentos serían pruebas pertinentes que evidenciarían que el **GRUPO CN** tenía expresamente prohibido establecer condiciones de exclusividad en los tratos que suscriban con sus clientes en los canales tradicionales y no tradicionales, dado que existía un compromiso aprobado por la CRPI y suscrito por **ABI** que controla al **GRUPO CN**.

[523] La INICAPMAPR, en providencia emitida el 27 de junio de 2022, negó la práctica y reproducción de las pruebas señaladas previamente al considerar lo siguiente:

> *"(...)al ser la concentración económica ex-ante a la investigación que se lleva a cabo, esta Autoridad considera que para lo único que pudiese servir lo requerido es como un simple antecedente, el cual no es un hecho controvertido sobre el que se haya formulado cargos. Por tanto, no es útil, pertinente, ni conducente con los hechos que se sustancian actualmente sobre conductas de abuso de poder de mercado."*

[524] Por otra parte, **HEINEKEN** solicitó a la INICAPMAPR obtenga y califica como prueba a la copia certificada del Informe No. SCPM-INCE-DNCCE-2021-004 de 11 de febrero de 2021, expedido por la INCCE dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INCCE-007-2021[20]. Bajo la consideración de que en este informe reporta la existencia de indicios sobre el presunto incumplimiento de la Condición No. 11 del documento de compromisos de **ABI**, que implicaría la concurrencia de condiciones de exclusividad y la existencia de los efectos exclusorios de dichas condiciones.

[525] En este mismo sentido, **HEINEKEN** requirió como prueba a la INICAPMAPR que requiera a la INCCE y a la CRPI que informen cuáles fueron las razones, en relación a las condiciones del mercado de cerveza ecuatoriano, para sugerir el establecimiento de la Condición No. 11 como

[20] HEINEKEN, en la misma solicitud de 24 de junio de 2022, requirió tomar como prueba el escrito y anexo presentado el 9 de marzo de 2022 (I.D.: 229955) y el escrito y anexo presentado el 14 de marzo de 2022 (230376) en los que se presentó una copia simple y una copia notarizada del Extracto no confidencial del Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2021-004 de 11 de febrero de 2021.

uno de los condicionamientos para aprobar la operación de concentración dentro del Expediente SCPM-CRPI-2016-017.

[526] Respecto a estas solicitudes, la INICAPMAPR analizó en su providencia de 27 de junio de 2022 lo siguiente:

> *"(...) el cumplimiento o no de condiciones para aceptar una fusión no constituye un abuso de poder de mercado, no se enmarca en el análisis que esta Autoridad realiza al sustanciar sus casos; y, en este caso en específico no prueba los hechos controvertidos del presente expediente. Con base en lo expuesto, al tratar sobre hechos que no son controvertidos en este expediente, sobre los cuales no se ha formulado cargos, se deniega la prueba solicitada por no cumplir con lo establecido en los artículos 158 y 160 del COGEP."*

[527] Conforme lo señalado, la Intendencia, a pesar de que existe cierta relación, niega las pruebas solicitadas al considerar que estas son antecedentes y hechos que no prueban los actos anticompetitivos investigados, al referirse a la autorización condicionada y posterior supervisión de un procedimiento de concentración económica.

1.1.14 Insistencia de práctica de prueba por parte de HEINEKEN en escrito de 30 de junio de 2022.

[528] Con escrito de 30 de junio de 2022, trámite signado con I.D.: 241506, el operador económico **HEINEKEN** insistió a la INICAPMAPR que se considere como prueba la copia del Informe No. SCPM-INCCE-DNCCE-2021-004 de 11 de febrero de 2021, expedido por la INCCE dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-007-2021, bajo el argumento que mostraría la existencia de condiciones de exclusividad impuestas por los operadores económicos denunciados y como estas restricciones afectan a algunos puntos de venta.

[529] En atención, la INICAPMAPR, mediante providencia de 01 de julio de 2022, confirmó la negación de la solicitud de **HEINEKEN**, señalando lo siguiente:

> *"(...) esta Autoridad no considera útil, pertinente o conducente reproducir como pruebas extractos no confidenciales o copias certificadas de Informes, los cuales habrían sido actuado0s en expediente diferentes al presente, en específico los correspondientes a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, Intendencia técnica que no realiza una investigación o control de las conductas de abuso de poder de mercado establecidas en el artículo 9 de la LORCPM."*

[530] En este sentido, el órgano investigador ha considerado que la solicitud de **HEINEKEN** no aporta al análisis de las conductas, dado que el informe de la INCCE se enfoca en la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas a **ABI** para la aprobación de su concentración económica, por tanto, si bien podrían tener relación al considerarse las mismas actuaciones de las empresas del **GRUPO CN**, no permitirían la verificación de la infracción a la prohibición de actos de abuso de poder de mercado.

1.1.15 Pruebas solicitadas por GRUPO CN en escrito de 01 de julio de 2022 (segundo escrito de solicitud).

[531] Las empresas **CN** y **DINADEC**, a través de escrito presentado el 01 de julio de 2022 a las 10h53, trámite signado con I.D.: 241547, solicitaron a la INICAPMAPR la reproducción de múltiples elementos en calidad de prueba, a fin de justificar sus argumentos respecto a la invalidez del procedimiento de investigación.

[532] En atención a este requerimiento, la Intendencia analizó la pertinencia, conducencia e utilidad de las pruebas anunciadas por **GRUPO CN** mediante providencia de 02 de agosto de 2022, procediendo a denegar la totalidad de los elementos documentales solicitados.

[533] A fin de sintetizar el requerimiento del operador económico, así como el correspondiente análisis de la INICAPMAPR a continuación se presenta una tabla que recoge el detalle de las pruebas, el argumento de los denunciados para su solicitud, así como el argumento de la INICAPMAPR por el cual se deniega su reproducción.

Pruebas	Argumento del solicitante	Argumento de la INICAPMAPR
Escrito ingresado por HEINEKEN el 13 de marzo de 2020 y Anexo 1 del escrito de 04 de septiembre de 2020 (I.D.: 169520)	Pruebas permiten demostrar: (i) las inconsistencias en las acusaciones vertidas y por las que esta intendencia decidió imputar cargos; (ii) que las facultades de la SCPM caducaron; y, (iii) violación del derecho a la defensa de GRUPO CN, además de las garantías del debido proceso.	*"Dichos escritos serían: i) anteriores al inicio del presente expediente; ii) no han sido agregados al presente expediente; iii) no se han tomado en cuenta en el presente expediente; y, por tanto, no han sido analizados para la formación de la voluntad administrativa"*
Escritos ingresados en el expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016 por HEINEKEN el 15 de septiembre de 2020 (I.D.: 170338), 02 de octubre de 2020 (I.D.: 172331) y 16 de octubre de 2020 (I.D.: 173732).		*"(...) lo requerido sería información que consta **en otro expediente de investigación que no está siendo sustanciado por la INICAPMAPR**.* *(...)* *(...)* *(...) los escritos son: i) anteriores al inicio del presente expediente; ii) no han sido agregados al presente expediente; y, por tanto, no han sido analizados para la formación de la voluntad administrativa en el presente expediente."*
Escrito y anexos presentados por HEINEKEN el 22 de octubre de 2020 (ID 174238), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2018		*"(...) la información constante en el mismo: i) no ha sido agregada al presente expediente de investigación; ii) no ha sido tomada en cuenta; iii) además es **anterior al inicio del expediente de investigación que se sustancia en este caso**. Dando como resultado que no sea información analizada para la formación de la voluntad administrativa"*

Pruebas	Argumento del solicitante	Argumento de la INICAPMAPR
Escritos ingresados por HEINEKEN en el expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016, el 15 de marzo de 2021 (I.D.: 188065), 08 de julio de 2021 (I.D.: 195882), 26 de noviembre de 2021 (I.D.: 217076) y 15 de diciembre de 2021 (I.D.: 219689)		*"(...) las pruebas requeridas constarían en expedientes administrativos ajenos a los que sustancia, investiga y conoce la INICAPMAPR. (...) pese a que la información solicitada serían escritos de HEINEKEN ECUADOR S.A., que estarían dentro de los tiempos en los cuales se llevó a cabo la investigación del Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, esta Autoridad es enfática en indicar que: i) no ha sido agregada al presente expediente de investigación; y, ii) no ha sido tomada en cuenta. Dando como resultado que no sea información analizada para la formación de la voluntad administrativa."*
Escritos presentados por HEINEKEN, en el Expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021, el 21 de mayo de 2021 (I.D.: 194067); 26 de mayo de 2021 (I.D.: 194426; 05 de julio de 2021 (I.D.: 198945); 06 de julio de 2021 (I.D.: 200004); 21 de febrero de 2022 (I.D.: 228485); 22 de febrero de 2022 (I.D.: 228589).		*"(...) información que constaría en otros expedientes que la INICAPMAPR no sustancia y más importante, **no ha tenido acceso**. (...) Por tanto, conforme se ha indicado la información requerida: i) no ha sido agregada al presente expediente de investigación; ii) no ha sido tomada en cuenta y; iii) no ha sido analizada para la formación de la voluntad administrativa."*
Grabaciones y transcripciones de reuniones que la SCPM habría mantenido con HEINEKEN, el 07 de agosto de 2020; 30 de septiembre de 2020; 15 de octubre de 2020; y, 02 de junio de 2021.		*"(...) tres de las cuatro reuniones serían: i) anteriores al inicio del presente expediente; ii) ninguna ha sido agregada al presente expediente; iii) no se han tomado en cuenta en el presente expediente; iv) no han sido con los funcionarios de la INICAPMAPR quienes sustancian y conocen el presente proceso; por tanto, no han sido analizados para la formación de la voluntad administrativa del presente expediente."*
Escritos ingresados por HEINEKEN el 13 de marzo de 2020 con I.D.: 159709; y, el 30 de julio de 2020 con I.D.: 165978.	Útiles, pertinentes y conducentes para demostrar los vicios que afectan el expediente de investigación y que inciden, en el derecho de GRUPO CN a la defensa, su derecho a la	*"(...) al parecer, a criterio de los investigados, información que no es parte del Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020; que no ha sido analizada en el Expediente SCPM-IGTINICAPMAPR-018-2020; que es anterior al Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, de*

Pruebas	Argumento del solicitante	Argumento de la INICAPMAPR
	contradicción, su derecho a ser investigados y juzgados por un ente imparcial y objetivo, y en general, las garantías del debido proceso.	*alguna manera serviría para probar supuestos vicios en el Expediente SCPM-IGTINICAPMAPR-018-2020. Como se puede apreciar las conjeturas de los operadores económicos no tienen ningún tipo de asidero."*
Providencia de la INCCE del 26 de marzo de 2021 (11h35), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.		*"A criterio de los operadores económicos una providencia de otro expediente (SCPM-ICC-040-2-001-2016); emitida por otro órgano de investigación, sería una prueba con respecto a supuestos vicios con respecto al expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, que es sustanciado por otro Intendente. (...) la mentada providencia no es parte del Expediente SCPM-IGTINICAPMAPR-018-2020; habría sido suscrita por otro intendente; no ha sido agregada al presente expediente; no ha sido tomada en cuenta; y, no se ha utilizado para la formación de la voluntad administrativa."*
Certificación que detalle de las interacciones entre el Superintendente de Control del Poder de Mercado; el Intendente General Técnico; o cualquier funcionario, actual o pasado de la SCPM, que se haya mantenido con HEINEKEN, entre noviembre de 2019 y julio de 2020, respecto a GRUPO CN y los hechos investigados.		*(...) se está requiriendo información que: i) sería anterior al inicio del Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020; ii) en el caso del Superintendente y el Intendente General Técnico, no son funcionarios parte de la INICAPMAPR los cuales, además, no tienen poder de decisión con respecto a las investigaciones sustanciadas por la INICAPMAPR; y, iii) en el caso de la INICAPMAPR ningún funcionario se ha reunido con HEINEKEN ECUADOR S.A., por fuera de la sustanciación del presente expediente. (...)"*
HEINEKEN entregue copias certificadas de todos los escritos, con su correspondiente fe de recepción, presentados a la SCPM entre noviembre de 2019 y febrero de 2021, y que de cualquier manera guarden relación con GRUPO CN y, de manera específica, con las		*"(...) toda la documentación que ha sido ingresada a partir del inicio del presente expediente, consta en éste y ha sido conocida por los operadores económicos a través de las distintas providencias que se ha notificado. (...)* *(...) documentación previa al inicio del presente expediente: i) no ha sido agregada; ii) no ha sido tomada en*

Pruebas	Argumento del solicitante	Argumento de la INICAPMAPR
conductas investigadas.		*cuenta; y, iii) no ha sido analizada para la formación de la voluntad administrativa en el presente expediente. (...)"*
Copias certificadas de medios de verificación con los cuales se habría notificado a GRUPO CN sobre reuniones realizadas el 07 de agosto de 2020, a las 16h00; y, 30 de septiembre de 2020, a las 16h00.	Las pruebas demuestran que la SCPM oscurece los antecedentes de su actividad investigadora, permite a HEINEKEN ocultar sus acusaciones, no nos permite conocer documentos esenciales, vulnera la presunción de inocencia de GRUPO CN y, su derecho a la defensa, violando el debido proceso y comprometiendo la imparcialidad y objetividad de la SCPM.	*"(...) las reuniones a las que se hace mención no habrían sido realizadas con funcionarios de la INICAPMAPR; serían anteriores al inicio del presente expediente; no se habrían agregado al expediente; no habrían sido tomadas en cuenta; y, por tanto, no habrían sido analizadas para la formación de la voluntad administrativa en el presente expediente."*
Escritos y anexos presentados en el expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.por HEINEKEN, el 07 de octubre de 2020 (I.D.: 172738); y el 08 de octubre de 2020, (I.D.: 172879), así como, la providencia emitida por la INCCE el 08 de octubre de 2020 (16h45) y los respectivos medios de verificación con los cuales se habría notificado a GRUPO CN.		*"(...) resulta inaudito el siquiera considerar que información constante en expedientes sustanciados por otras intendencias, tales como providencias, medios de verificación, de la cual no se ha pedido copias; no ha sido conocida por la INICAPMAPR; no ha sido agregada y tomada en cuenta en el presente expediente, sea útil, pertinente y conducente para probar una supuesta indefensión y violación al debido proceso, justamente en un expediente en el que dicha información no existe."*
Copias certificadas de los medios de verificación y las providencias emitidas por la INCCE en el Expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016, el 08 de octubre de 2020 (16h45); 08 de diciembre de 2020 (08h30); 16 de octubre de 2020 (17h00). Respecto a reuniones mantenidas con HEINEKEN.		*"(...) reuniones que no han sido llevadas a cabo por la INICAPMAPR ni sus funcionarios, la cual es información que no existe en el Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, serían pruebas de una supuesta indefensión y violación al debido proceso en el expediente en el que justamente no existe dicha información, carece de sentido. (...)"*
Certificación que señale y anexe las respuestas entregadas a la matriz de GRUPO CN -ABI- en virtud de su escrito de 11 de marzo de 2022 (I.D.: 230231) y su aclaración de 24 de marzo de 2022.	La prueba demuestra que la SCPM, ha negado o retrasado el acceso y entrega a información esencial para ejercer nuestra defensa, pese a contar con tiempo más que suficiente para hacerlo.	*"(...) **toda la información** que la INICAPMAPR ha utilizado para formar su voluntad administrativa, ha sido conocida por quienes están ejerciendo su derecho a la defensa (...)* *(...) la INICAPMAPR desconoce cuántos expedientes de investigación los operadores económicos o*

Pruebas	Argumento del solicitante	Argumento de la INICAPMAPR
		Anheuser-Busch InBev mantienen en la SCPM, o si la defensa técnica de dichos operadores es la misma, pero se recuerda que en el presente caso los operadores económicos a los que se formularon cargos son CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y DINADEC S.A., no Anheuser-Busch InBev."
Que la SCPM corra traslado a HEINEKEN con el cuestionario que se adjunta como Anexo, respecto a un reporte de todas las interacciones que habría mantenido con los distintos órganos de la SCPM, entre noviembre de 2019 y julio de 2020.	La prueba mostraría las interacciones con el operador competidor y por tanto que en este expediente ha operado la caducidad, además se prueba el irrespeto al principio de transparencia, que ha comprometido la imparcialidad y la objetividad de la SCPM.	*"(...) **todo lo actuado en el presente expediente ha sido añadido y notificado a los operadores económicos**. Por tanto, el requerir a HEINEKEN ECUADOR S.A. un reporte "interacciones" con órganos distintos a la INICAPMAPR, los cuales no sustancian ni conocen el Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020; que constituiría información que no ha sido agregada y tomada en cuenta en el presente expediente; y, por tanto, no ha sido analizada para formar su voluntad administrativa de la INICAPMAPR, simplemente no tiene sustento."*

[534] Conforme la información señalada, el operador económico **GRUPO CN** ha solicitado un cúmulo de pruebas que corresponderían a actuaciones por fuera del expediente de investigación, relacionadas con la INCCE en su rol de control de concentraciones como con otros órganos de la SCPM. En este sentido, la INICAPMAPR ha optado por negar su calificación como pruebas para el presente expediente al considerar que algunas son anteriores al inicio de la investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020 y en general ninguna de ellas se encuentra dentro del acervo documental de dicho expediente, por tanto, el órgano de investigación no ha considerado ningún tipo de información que se derive de estos elementos en el análisis de las conductas anticompetitivas que fueron atribuidas en la formulación de cargos.

1.1.16 Pruebas solicitadas por CN y DINADEC en escrito de 01 de julio de 2022 (tercer escrito de solicitud).

[535] El **GRUPO CN** presentó el mismo 01 de julio de 2022 a las 11h01, trámite signado con I.D.: 241548, otro escrito mediante el cual solicitó a la INICAPMAPR la práctica de varias pruebas en defensa de sus intereses. Esta solicitud fue atendida integralmente por parte de la Intendencia a través de providencia de 02 de agosto de 2022, en esta el órgano de investigación negó las solicitudes de pruebas realizadas por los operadores económicos denunciados.

[536] Conforme lo señalado, a continuación, se presentan la solicitud de prueba acompañada de su correspondiente contestación por parte de la INICAPMAPR.

Prueba	Argumento del solicitante	Análisis de la INICAPMAPR
Escrito, con fe de recepción y anexos completos, que HEINEKEN presentó el 28 de julio de 2021 (I.D.: 202376), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.	Pruebas de descargo permiten demostrar que las afectaciones que la intendencia alega ocurrieron en contra de Heineken y el mercado no son imputables a conductas de GRUPO CN.	*"Como se puede apreciar los investigados, nuevamente, están requiriendo información que habría presentado HEINEKEN ECUADOR S.A., ante otra Intendencia; otro Intendente; otro equipo de trabajo que no conoce el presente caso; y, en el contexto de otra investigación.* *Con base en lo expuesto, al ser la prueba solicitada* ***inútil, impertinente e inconducente,*** *para probar los hechos controvertidos, y una supuesta no imputabilidad de los programas comerciales a los propios operadores económicos (...)"*
Escrito, con fe de recepción y anexos completos, que Heineken presentó el 14 de enero de 2022 (I.D.: 223164), dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021.		
Grabación y transcripción certificada de la reunión entre la SCPM y HEINEKEN del 02 de junio de 2021 dentro del expediente SCPM-IGTINCCE-007-2021.		
Escrito, con fe de recepción y anexos completos presentados por HEINEKEN el 08 de junio de 2021 (I.D.: 195882), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016, respecto a información y estudio sobre condiciones de distribución.		
Que se oficie a Heineken Ecuador S.A. para que exhiba y entregue fiel copia del original, con su traducción, de la documentación que su grupo económico presentó en 2022 ante la autoridad de competencia de Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), donde, flagrantemente, se viola la reserva del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.	La prueba demuestra que HEINEKEN ha violado la reserva del expediente, haciendo público el contenido de la investigación e, incluso, sugiriendo que ya se nos impuso una multa. Esta violación, además de comprometer la integridad del expediente, demuestra un trato arbitrariamente diferenciado.	*"(...) se ha realizado el respectivo Informe de Resultados y la Resolución de Formulación de Cargos. Por tanto, el que HEINEKEN ECUADOR S.A. posiblemente habría atentado o no contra lo prescrito en el artículo 47 de la LORCPM, no es imputable a la Intendencia. Y, mucho menos comprueba un trato diferenciado, el cual no existe. Asimismo, se debe recordar que la violación a la reserva y confidencialidad del presente expediente no es un hecho controvertido que se esté ventilando en el mismo, este tipo de supuestas infracciones tienen sus propios procedimientos que no son ventilados ante la INICAPMAPR, por no ser de su competencia."*

[537] En cuanto a las pruebas de descargo solicitadas por **GRUPO CN**, estas corresponderían nuevamente a actuaciones y documentos que se encuentran por fuera del expediente de investigación SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, bajo la misma lógica que la Intendencia ha manejado estas no han aportado a su análisis que sustenta la formulación de cargos.

[538] Con relación al uso que ha dado HEINENKEN a supuesta información del expediente, esta situación es de responsabilidad exclusiva de dicho operador y no es producto de una actuación de la Intendencia, en tal sentido, la prueba solicitada respecto de la actuación de un competidor en esferas internacionales no resulta pertinente para formar el criterio de esta autoridad respecto de las conductas objeto de análisis.

1.1.17 Pruebas solicitadas por HEINEKEN mediante escrito de 01 de julio de 2022

[539] Por medio de escrito ingresado el 01 de julio de 2022 a las 16h46, trámite signado con I.D.: 241640, el operador económico **HEINEKEN** solicitó a la INICAPMAPR la prácticas y reproducción de varios elementos probatorios. La Intendencia dio atención a este requerimiento en la sección tercera de su providencia emitida el 02 de agosto de 2022.

[540] Las pruebas solicitadas y el análisis relacionado se resumen en el siguiente cuadro.

Prueba	Argumento del operador económico	Análisis de la INICAPMAPR
Que la INICAPMAPR requiera a CN y DINADEC que contesten las preguntas que se adjuntan en calidad de Anexo No. 1 y Anexo No. 2.	Las preguntas tienen relación directa con las prácticas anticompetitivas que sustentan la formulación de cargos, de manera que demuestran la responsabilidad del GRUPO CN.	*"En cuanto a las preguntas 1.1., hasta la 1.15., (...) todas tratan temas que* ***ya habrían sido probados*** *por la INICAPMAPR y abordados extensamente en el Informe de Resultados. (...)* *En cuanto a las preguntas 2.1., hasta la 2.5., y desde la 2.8., hasta la 2.22., de esta sección, al igual que la sección anterior, todas tratan temas que* ***ya habrían sido probados*** *por la INICAPMAPR (...)* *En cuanto a las preguntas 2.6., y 2.7., las mismas son inútiles, impertinentes e inconducentes, toda vez que tratan sobre programas comerciales que* ***no fueron investigados en la fase de investigación*** *(...)* *En cuanto a las preguntas 3.1., y desde la 3.4., hasta la 3.18., (...) al igual que las dos secciones anteriores, todas tratan temas que* ***ya habrían sido probados*** *por la INICAPMAPR (...)* *En cuanto a las preguntas 3.2., y 3.3., las mismas son inútiles, impertinentes e inconducentes, toda*

Prueba	Argumento del operador económico	Análisis de la INICAPMAPR
		*vez que tratan sobre programas comerciales que **no fueron investigados** (...)* *En cuanto a las preguntas 4.1., hasta la 4.5., (...) todas tratan temas que **ya habrían sido probados** por la INICAPMAPR (...)* *En cuanto a las preguntas 4.6., y 4.7., las mismas son inútiles, impertinentes e inconducentes, toda vez que tratan sobre condiciones comerciales que **no fueron investigados** (sic) **en la fase de investigación** (...)"*
a. La declaración de José Luis González Quiroz, portador de la CI No. 0933023129, en su calidad de Presidente Ejecutivo de CN. b. La declaración de Gastón Humberto Román Yungaicela, portador de CI No. 0921633764, empleado de CN. c. La declaración de Osman José Viloria Brando, portador de CI No. 0962572129, en su calidad de empleado de CN. d. La declaración de Roberto Andrés Moreno Arévalo, portador de CI No. 0924181381, en su calidad de empleado de CN.	Se solicita, como prueba a favor de HEINEKEN ECUADOR	*(...) en cuanto a los funcionarios: Gastón Román, Osman Viloria y Roberto Moreno, sus testimonios sin juramento ya fueron reproducidos como prueba en el numeral 5.1., de providencia de 27 de junio de 2022, a las 16h03 (...)* *Por su parte, en cuanto al funcionario José Luis González Quiroz su testimonio sin juramento fue receptado el 02 de marzo de 2022, a las 09h10, (...) Luego del análisis correspondiente de dicho testimonio, esta Autoridad concluyó que no es relevante en la presente investigación, por tanto, dicha toma de testimonio no fue tomada en cuenta en el Informe de Resultados y no se ha agregado como prueba (...)"*

[541] En síntesis, las pruebas solicitadas por **HEINEKEN** en su escrito signado con I.D.: 241640 no aportan al análisis de la Intendencia respecto al cometimiento de los actos anticompetitivos, pues se refieren a hechos que ya han sido probados en su análisis o en su defecto se tratan de pruebas sin relevancia, como ocurre en el caso de programas comerciales que no formaron parte de la investigación o testimonios que no aportan información al análisis.

1.1.18 Pruebas solicitadas por HEINEKEN en su segundo escrito de 01 de julio de 2022

[542] El operador económico **HEINEKEN**, mediante escrito presentado el mismo 01 de julio de 2022 a las 16h55, trámite signado con I.D.: 241641, solicitó a la INICAPMAPR que se considere como prueba el Informe de tabulación de resultados y documentos anexos, denominado Censo de GPS de Puntos de Venta Cerveceros, preparado por la consultora Mardis Cía. Ltda., que adjuntó en calidad de anexo 1.

[543] La justificación de **HEINEKEN** de la validez de la prueba se enfocó en justificar que los resultados parciales de la encuesta a ciertos puntos de venta tienen relación directa con la existencia de acuerdos y el establecimiento de condiciones restrictivas a estos comercializadores.

[544] Por su parte, mediante providencia de 02 de agosto de 2022, la INICAPMAPR analizó lo principalmente lo siguiente:

> *"(...) Al no haber sido las preguntas direccionadas a los programas comerciales objeto de la presente investigación, todas las repuestas son* ***inútiles, impertinentes e inconducentes****. El que cualquier operador económico, así sea dominante, tenga un contrato de franquicia, otorgue incentivos o exhija* (sic) *publicidad, no es por objeto anticompetitivo. (...)*
>
> *(...) se debe exponer que en ninguna de las preguntas realizadas se expuso el marco temporal de la presente investigación, por tanto, tampoco pueden ser tomadas en cuenta (...)"*

[545] Conforme lo señalado, el estudio presentado por **HEINEKEN** no trata en específico de los programas de **GRUPO CN** que fueron estudiados por la INICAPMAPR, además, las preguntas de la encuesta no han considerado el marco temporal del análisis de las conductas de los investigados, por lo cual, los resultados que se derivan de este estudio no son comparables ni aportan al análisis de las prácticas de abuso objeto de investigación.

1.1.19 Pruebas solicitadas por GRUPO CN con escrito de 04 de julio de 2022 (cuarto escrito de solicitud)

[546] Por medio de escrito de 04 de julio de 2022 a las 09h18, trámite signado con I.D.: 241675, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitaron a la INICAPMAPR la práctica y reproducción de los varios medios probatorios. Este requerimiento fue atendido por la Intendencia mediante providencia de 02 de agosto de 2022, en la cual se analizó la pertinencia, conducencia y utilidad de los documentos solicitados, conforme se reseña a continuación.

Pruebas	Argumento GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Detalle del Impuesto a los Consumos Especiales pagado, por mes y por producto, entre enero de 2018 y junio de 2021	Estas pruebas permiten demostrar que cualquier impacto en las ventas de Heineken es producto de sus propias omisiones o de preferencia del consumidor; Además, que se benefició de una menor presión tributaria que le permitió una ventaja	*"(...) Esta Autoridad recuerda una vez más a los operadores económicos que* ***no hará entrega de la información confidencial de su único competidor, al cual se estaría excluyendo a través de supuestas conductas abusivas, ya que información sensible como el*** *detalle de las cantidades de cerveza fabricada; inversiones realizadas; detalle de* ***todos*** *sus funcionarios constituye información económica que de*
Detalle de las cantidades fabricadas localmente e importadas de cerveza, por producto y mes, en hectolitros, entre enero de 2018 y junio de 2021.		

Pruebas	Argumento GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Detalle de la inversión realizada en equipos de frío, indicando el número, identificación y costos de cada equipo, su capacidad, el lugar de la instalación original y movimientos posteriores en el canal *on* u *off*. Además, reporte por mes de los pedidos de equipos de frio, entre enero de 2018 y junio de 2021.	competitiva significativa, y que tiene medios para continuar compitiendo en igualdad de condiciones con CN.	*difundirse podría afectar al operador económico.* *(...) lo requerido es a toda luz* ***inútil, impertinente e inconducente****, las pruebas solicitadas lo único que corroborarían es que HEINEKEN ECUADOR S.A., efectivamente es un competidor más pequeño que CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. y DINADEC S.A., el cual tiene una cuota de participación menor. (...)"*
Detalle de los empleados que trabajaron y trabajan para Heineken, indicando: cargo, división a la que pertenece y tareas. Además, la rotación de personal y planta total entre enero de 2018 y junio de 2021.		
Reporte mensual de todas las compañías con la que Heineken posee contratos o negocios juridicos para alcanzar la venta de sus productos en cualquier canal, entre enero de 2018 y junio de 2021.		
Copia certificada del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.	La totalidad del expediente es prueba de las violaciones al debido proceso, a manera de ejemplo: a) Providencia de 08 de abril de 2021, se señala que los principales indicios para la apertura de la investigación devienen del informe de HEINEKEN, sin embargo, no se remitió la información de base de ese informe. b) Escrito y anexos de HEINEKEN de 23 de abril de 2022, donde se confirma que la información del informe no se presentó de forma completa y se entrega datos incompletos.	*"(...) dicho Informe* ***no ha sido reproducido como prueba****, de igual manera, (...) del Informe de Resultados y la Resolución de Formulación de Cargos, tampoco fue tomado en cuenta en éstos. (...)* *(...) el Estudio Económico es tan sólo uno de* ***varios indicios*** *que dieron inicio a la investigación; (...)* ***uno de los elementos más importantes, por no decir el más relevante, es la afirmación realizada por los propios denunciados en cuanto a la existencia de descuentos e incentivos, volviendo lo afirmado por HEINEKEN ECUADOR S.A., en un hecho no controvertido****. (...)* *(...)* *Ahora, en cuanto al reproducir como prueba* ***todo un expediente*** *para supuestamente probar violaciones al debido proceso, lo expuesto carece de sustento (...)"*

Pruebas	Argumento GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
La toma de testimonio sin juramento de Santiago Alejandro Caviedes Guzmán, llevada a cabo el 07 de Junio de 2022 a las 11h00	Sirve como prueba de la violación al debido proceso, dado que en esta se impidió a GRUPO CN realizar preguntas relevantes sobre el informe de HUMAPAR, de manera que guarda directa relación sobre los vicios del expediente, que afectan el derecho a la defensa.	*"(...) se recuerda que a la misma asistieron cinco abogados autorizados, quienes por su propia voluntad requirieron que se dé por terminada la diligencia, pese a que tenían el tiempo suficiente para realizar más preguntas, (...) En este caso las preguntas no estaban relacionadas al contenido del Informe o los datos que se usaron para su generación. (...) las cuales no fueron calificadas por esta Autoridad y por su voluntad decidieron no realizar más preguntas, por lo que se evidencia que no ha existido ningún tipo de violación al derecho a la defensa."*
Providencia emitida el 29 de octubre de 2021, en la cual la INICAPMAPR requirió a HEINEKEN un listado de los clientes que habrían perdido o habrían sido afectados por el programa comercial SOCIO CN.	Estas son pruebas demuestran: i) Que la declaración de confidencialidad de la información provista por HEINEKEN con trámite con I.D.: 218033 de 21 de diciembre de 2021 fue ilegal porque no se acompañó un extracto no confidencial conforme la normativa al respecto; ii) Que ese extracto recién se reprodujo meses después de haberse recibido la información; Luego de que HEINEKEN entregara la información, esta no fue compartida con GRUPO CN, sino hasta la desclasificación, que se efectuó 208 días después de su entrega, 182 días después de que INICAPMAPR tuviera conocimiento y a pocos días de que termine el periodo de prueba. iii) Que al momento de la imputación de cargos no se desclasificó la información. La información fue empleada desde el 15 de marzo de 2022 para la preparación del informe de	*"(...) el escrito y anexos signados con ID 218033 sí fue acompañado de un extracto no confidencial, lo expuesto se puede apreciar en el numeral 1.2., de la providencia de 28 de diciembre de 2021, a las 14h30 (...)* *(...)* *(...)Asimismo el extracto **no** se produjo meses después, toda vez que en el escrito se presentó el debido extracto no confidencial, que en su momento fue tomado en cuenta, como se desprende del numeral 1.2., de la providencia de 28 de diciembre de 2021, a las 14h30, el cual expone:"1.2. Tómese **en cuenta como extracto no confidencial** de los ID anexos declarados como confidencial en el numeral 1.1., del presente ordinal, **al anexo ID 400390 y 400391** dentro del trámite ID 218033"(...)* *(...)en caso de que la Intendencia considere que algún documento clasificado como confidencial en la etapa de investigación, vaya ser considerado como prueba y por ende, contradicho conforme lo prescrito en el artículo 8 # 3 en mención, se lo desclasificará como ha ocurrido en el presente caso con el escrito de HEINEKEN ECUADOR S.A. Asimismo, en este caso se ha realizado un reporte agregado con los clientes supuestamente afectados del denunciante para que los conozcan los denunciados, y, como efectivamente lo han realizado, ejerzan plenamente su derecho a la defensa. De igual manera, como se ha expuesto en párrafos anteriores la etapa probatoria fue prorrogada en providencia de 01 de julio de 2022, a las 16h15, por tanto, los denunciados han contado*
Providencia de 28 de diciembre de 2021 mediante la cual la INICAPMAPR agregó y declaró confidencial la información provista por HEINEKEN en el trámite con I.D.: 218033, tomando extractos no confidenciales de algunos de sus anexos.		
Medios de verificación de la notificación a GRUPO CN con el escrito y anexos presentados por HEINEKEN el 02 de diciembre de 2021, que sean anteriores al 29 de junio de 2022.		
Versiones originales o extractos no confidenciales del escrito y anexos del trámite con I.D.: 218033, que hayan sido notificados a GRUPO CN antes del 29 de junio de 2022.		
Providencia de 29 de junio de 2022 a las 14h08, en la cual la INICAPMAPR desclasificó el escrito con I.D.: 218033 de 21 de diciembre de 2021 y corrió traslado a GRUPO CN para que sea contradicha.		

Pruebas	Argumento GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Providencia de 27 de junio de 2022 a las 16h06	resultados y la formulación de cargos en contra de GRUPO CN. iv) Que se imputó cargos sin permitir acceso a evidencia esencial para ejercer el derecho a la defensa, conforme las garantías constitucionales, de manera que se ha violado el debido proceso. Así en providencias de 27 y 29 de junio de 2022 se hace referencia a una lista de 605 franquiciados, que habrían sido considerados en la formulación de cargos.	*y cuentan con el tiempo suficiente para ejercer su defensa.* *Asimismo, se indica a los operadores económicos que la INICAPMAPR no tiene la facultad de certificar escritos presentados por ningún operador económico, siendo facultad de la Secretaría General (...)"*
Resolución de formulación de cargos de 15 de marzo de 2022 a las 17h10		
Medios de verificación de la notificación a GRUPO CN con la resolución de 15 de marzo de 2022 y el informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002		
Versiones originales o extractos no confidenciales de la resolución de 15 de marzo de 2022 y del informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002 que fueron notificados a GRUPO CN		
Que la SCPM emita una certificación en la que se señale si la lista de supuestos 605 franquiciados de GRUPO CN fue o no incorporada como anexo a la resolución de 15 de marzo de 2022 y al informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002.		

[547] Conforme lo expuesto, la INICAPMAPR ha negado[21] la reproducción de los medios probatorios solicitados por GRUPO CN al no aportar al análisis de las conductas anticompetitivas, pues estos se enfocan en argumentar presuntas violaciones al debido proceso que afectan los derechos de los investigados. En cuanto a la solicitud de pruebas respecto a la capacidad de HEINEKEN como competidor, la INICAPMAPR ha considerado que no son adecuadas, pues su ejercicio no demostraría más que la relación de desventaja en la participación en el mercado y en cambio, representa un riesgo el compartir información delicada de este operador a su principal competidor.

21 En providencia de 02 de agosto de 2022 la INICAPMAPR, en atención a la solicitud de GRUPO CN aclaró que el escrito presentado por HEINEKEN el 21 Escrito de 02 de diciembre de 2021, trámite con I.D.: 218033, fue reproducido como prueba en Resolución de 29 de junio de 2022, así como el reporte de información confidencial respecto del Anexo ID 400389. Además, el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002 de 15 de marzo de 2022, fue reproducido como prueba en providencia de 27 de junio de 2022, a las 16h03.

1.1.20 Pruebas solicitadas por GRUPO CN en escrito de 04 de julio de 2022 (quinto escrito de solicitud)

[548] Por medio de escrito presentado el 04 de julio de 2022 a las 12h58, trámite signado con I.D.: 241735, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitaron a la INICAPMAPR la práctica y reproducción de varios elementos probatorios.

[549] La INICAPMAPR atendió este requerimiento, aceptando la reproducción de algunos elementos, que ya han sido valorados como prueba en acápites anteriores, en tanto que otros requerimientos fueron negados, al no configurarse los requisitos de pertinencia, utilidad y conducencia sobre los medios documentales correspondientes, conforme se reseña a continuación.

Prueba	Criterio de GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Informe pericial preparado por Juan Sebastián Grijalva el 20 de junio de 2022.	El informe pericial demostraría violaciones al debido proceso ya que la SCPM y HEINEKEN han tenido contactos de los que no existe registro en el expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016, que conocemos por las referencias de HEINEKEN en escritos entregados con meses de retraso.	*"(...) nuevamente, intentan que se reproduzca como prueba elementos que habrían sucedido en otros expedientes de investigación; que no han sido conocidos por este equipo de trabajo; que no son sustanciados por esta Autoridad; no tienen incidencia en las conductas de abuso de poder de mercado que se están investigando; no han sido agregados ni tomados en cuenta en el presente expediente. (...) el presentar un informe pericial sobre supuestos contactos que habrían tenido otras intendencias que no sustancian, conocen o investigan el presente expediente, no tiene asidero."*
Que la SCPM exhiba y deje copias de los documentos por los que demuestra que los clientes de CN reciben copias de los planogramas	Con esto se prueba que la teoría de la SCPM sobre el uso de planogramas es falsa	*"(...) se recuerda a los operadores económicos que todos los cargos y cómo éstos se configuraban consta en el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-002 de 15 de marzo de 2022, signado con ID 230574, el cual ya fue reproducido como prueba en providencia de 27 de junio de 2022, a las 16h03."*
a) Escrito y anexos presentados por ABI el 20 de octubre de 2016 (I.D.: 25957); y b) providencia emitida por la INCCE el 10 de febrero de 2017. Ambos constantes en el Expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.	Con esto se prueba que la teoría de la SCPM sobre el uso de planogramas es falsa	*"Al parecer, a criterio de los investigados, documentos de hace cinco y seis años, respectivamente; utilizados en expedientes que sustancian otras Intendencias, las cuales no investigan y controlan abusos del poder de mercado, serían útiles, pertinentes y conducentes. Al respecto se debe indicar que los mentados documentes son anteriores al marco temporal de la presente investigación, la cual con respecto a planogramas versa sobre programas que no existían a la fecha de suscripción de dichos escritos.*
a) Escrito y anexos presentados por ABI el 24 de febrero de 2017 (I.D.: 37034); y, b) providencia de la INCCE de 03 de marzo de 2017. Ambos documentos constantes en el Expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.	Con esto se prueba que la teoría de la SCPM sobre los comodatos no tiene asidero.	

Prueba	Criterio de GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
		Asimismo, todo lo analizado en el presente expediente en cuanto a los planogramas de los equipos de frío ha sido con base en la información constante en el presente expediente y otorgada por los operadores económicos denunciados. Por tanto, el intentar presentar escritos anteriores que expliquen el funcionamiento sobre planogramas con respecto a programas posteriores, programas que ni siquiera existían a la fecha de la suscripción del escrito, carece de sustento."
Todos los actos y hechos antecedentes, incluso intercambios internos, para la resolución SCPM-DS-2021-01 de 4 de enero de 2021 con la cual se creó el procedimiento para sustanciación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas.	Las pruebas sustentan que GRUPO CN está siendo investigado y juzgado dos veces por la misma causa y materia. Se tratan de los antecedentes desconocidos de la presente investigación y hechos relacionados.	*"(...) daría a entender que, la INCCE, estaría investigando conductas de abuso de poder de mercado; y, por su lado, la INICAPMAPR estaría investigando una conducta no derivada de una infracción anticompetitiva, en simultáneo y viceversa. Nuevamente, se informa a los operadores económicos que la única Intendencia en la SCPM que investiga y controla, presuntas conductas de abuso de poder del mercado es la INICAPMAPR, no la INCCE ni la INICPD. Considerar que se estarían siendo juzgados dos veces por la misma causa y materia y que la SCPM, a conveniencia habría expedido un Instructivo, carece de fundamento.* *Asimismo, en cuanto a los requerimientos de prueba (...) **la información de la INCCE no ha sido analizada en el presente Expediente**, dicha información al ser **inútil** para el desarrollo de la presente investigación, no fue considerada y no consta en el Informe de Resultados ni en la Formulación de Cargos. (...) la INICAPMAPR **no sustancia** el Expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021; por tanto, las piezas procesales que haya presentado HEINEKEN ECUADOR S.A. o actos expedidos por otras Intendencias, son **inútiles** con respecto a las conductas de abuso de poder del mercado que se están ventilando en el presente expediente."*
Escrito presentado por HEINEKEN el 28 de junio de 2021 (con I.D.: 198026) dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.		
Escrito presentado por HEINEKEN el 14 de septiembre de 2021 dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.		
Escrito presentado por HEINEKEN el 24 de junio de 2022 dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.		
Providencia de la INICAPMAPR de 24 de febrero de 2021 a las 13h39 donde dispone a la INCCE remitir copias de informes de seguimiento de la condición 11 y sus anexos.		
Escrito presentado por HEINEKEN el 14 de diciembre de 2021 (con I.D.: 207325), en el cual recomienda a la INICAPMAPR solicitar a la INCCE los informes de seguimiento de la condición 11.		
Escrito y anexos presentados por HEINEKEN el 9 de junio de 2021 (con I.D.: 196058) dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021		
Escrito presentado por HEINEKEN el 6 de julio de 2021 (con I.D.: 200004) dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021		

Prueba	Criterio de GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Resolución de Formulación de cargos emitida por la INCCE el 24 de febrero de 2021 a las 17h10, dentro del expediente SCPM-IGT-007-2021, junto al informe SCPM-INCCE-DNCCE-2022-002.		

[550] Conforme lo analizado por la INICAPMAPR, los operadores económicos investigados insisten en solicitar como pruebas elementos que se encuentran fuera del expediente y que se relacionan al ámbito de investigación de la INCCE, para sustentar una supuesta caducidad del procedimiento administrativo, supuestas violaciones al debido proceso y presuntamente desmantelar la teoría de la Intendencia. Por tanto, ha optado por negar la reproducción de estos medios probatorios.

[551] Es importante destacar que la INICAPMAPR menciona que la información que ha revisado de la INCCE no ha servido para su análisis particular de las conductas de abuso de poder de mercado, por tanto, no consta en su informe final o formulación de cargos.

[552] Sin perjuicio del criterio de la Intendencia, respecto del y anexo presentados por ABI el 20 de octubre de 2016 (I.D.: 25957); y b) providencia emitida por la INCCE el 10 de febrero de 2017, así como a) Escrito y anexos presentados por ABI el 24 de febrero de 2017 (I.D.: 37034); y, b) providencia de la INCCE de 03 de marzo de 2017. Todos ellos constantes en el Expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016, esta Comisión considera que por ser autorizaciones emitidas por la SCPM, resulta necesario realizar su propia valoración de dichos documentos, en el acápite que corresponde a la luz de las conductas objeto de análisis.

1.1.21 Pruebas solicitadas por el GRUPO CN en escrito de 04 de julio de 2022 (sexto escrito de solicitud)

[553] Con escrito y anexos ingresados el 04 de julio de 2022 a las 14h33, trámite signado con I.D.: 241752, los operadores económicos **CN** y **DINADEC** solicitó al órgano de investigación la reproducción, como medio probatorio, el informe preparado por José Massaguer titulado "Cuestiones relacionadas con el acceso de las partes a la información confidencial obrante en expedientes administrativos sancionadores en materia de infracción de las prohibiciones establecidas en la legislación de defensa de la competencia" bajo la justificación que este informe confirmaría violaciones al debido proceso en contra de **GRUPO CN** en el expediente de investigación.

[554] Esta solicitud de los denunciados fue denegada por la INICAPMAPR en el punto 9.2 de la providencia de 02 de agosto de 2022, acorde a los siguiente:

> *"Al respecto se indica a los operadores económicos que en cuanto a la confidencialidad esta Autoridad ya se pronunció en providencia de 06 de abril de 2022, a las 17h12, así como, en la presente providencia. En las mismas se ha indicado que* ***no se haría entrega de la información confidencial de todos los***

> ***clientes de HEINEKEN ECUADOR S.A.,*** *constante en la base de datos del SRI. Justamente, por lo expuesto es que dicha información* ***no ha sido reproducida como prueba,*** *por tanto, al no ser una prueba la misma no tiene que ser contradicha. Sin que exista ninguna afectación a los operadores económicos. Asimismo, nuevamente se indica que* ***todo lo actuado en el presente expediente ha sido añadido y notificado a los operadores económicos.*** *(...) alegar que no han podido acceder a la información confidencial o presentar pruebas de cómo la SCPM, debería aplicar la LORCPM y sus normas conexas con respecto a la confidencialidad, no tiene asidero."*

[555] En este sentido, es claro que el operador económico **GRUPO CN** ha presentado un informe que es favorable a sus intereses, buscando acceder a información confidencial de su competencia, bajo pretexto de su derecho a la defensa, sin embargo, lo deliberado en este informe no puede contraponer lo normado en la LORCPM y herramientas conexas, de manera que se ha optado por negar la incorporación y reproducción como prueba de este elemento.

1.1.22 Pruebas solicitadas por GRUPO CN en escrito de 04 de julio de 2022 (séptimo escrito de solicitud)

[556] Mediante escrito presentado el 04 de julio de 2022 a las 16h21, trámite signado con I.D.: 241784, el operador económico **GRUPO CN** solicitó un escrito denominado "Séptimo escrito de solicitud de prueba", con el cual requirió a la INICAPMAPR proceda a reproducir una serie de documentos como pruebas de descargo y otras que sustentan sus argumentos respecto de la existencia de violaciones al debido proceso, así como a los principios *no bis in ídem* y de congruencia.

[557] La INICAPMAPR, mediante providencia de 02 de agosto de 2022, atendió las solicitudes de los operadores investigados, aceptando la práctica de algunos elementos como medios probatorios y negando ciertas solicitudes en las que no se verificó la pertinencia, conducencia e utilidad de las pruebas. A continuación, se representa el análisis correspondiente al segundo grupo, esto es, las pruebas que fueron desechadas por la Intendencia.

Prueba	Argumento de GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Escrito y anexos completos presentados por el SRI el 17 de febrero de 2022 (con I.D.: 228015) dentro del expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021, en el que consta la base de datos de todos los clientes del operador económico HEINEKEN	Demuestra que la SCPM está juzgando a GRUPO CN dos veces por los mismos hechos y causa. Además evidencia las contradicciones sobre los hechos que sostienen sus acusaciones.	*"(...) se indica que la* ***única*** *Intendencia que investiga conductas de abuso de poder de mercado en toda la SCPM es la INICAPMAPR, por tanto, el argüir que las bases de datos de todos los clientes de HEINEKEN ECUADOR S.A., que ni siquiera han sido reproducidos como prueba, probaría un supuesto doble juzgamiento por los mismos hechos o supuesta contradicción, no tiene sentido."*

Prueba	Argumento de GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
Escrito y anexos presentados por GRUPO CN el 03 de mayo de 2022 con I.D.: 236329	Como descargo para demostrar que los programas de los acusados han sido sacados de contexto y, en realidad, buscan fines pro competitivos	*"(...) con respecto a los escritos y anexos, supuestamente, presentados por los operadores económicos el 03 de mayo de 2022 con ID 236329. Esta Autoridad ha revisado nuevamente toda la información constante en el Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR- 018-2020, y las mentadas piezas procesales no existen en el mismo. Con base en lo indicado, se deniega lo solicitado."*
Aquellas pruebas solicitadas por la SCPM mediante providencias de 06 de abril, 18 de abril, 17 de mayo, 19 de mayo, 31 de mayo, 13 de junio, 27 de junio, 29 de junio y 30 de junio de 2022	Que se tenga como prueba a favor de GRUPO CN como prueba de descargo y violaciones al debido proceso	*"(...) en cuanto a tomar en cuenta las pruebas solicitadas por la INICAPMAPR en distintas providencias, siendo estas: 6 de abril de 2022 a las 17h12, 18 de abril de 2022 a las 14h54, 17 de mayo de 2022 a las 10h25, 19 de mayo de 2022 a las 14h56, 31 de mayo de 2022 a las 10h20, 13 de junio de 2022 a las 10h41 y 30 de junio de 2022 a las 15h08, se informa a los operadores económicos, que en las mismas no se ha dispuesto la reproducción de prueba, por tanto, lo expuesto no es procedente."*
Copia íntegra y certificada del expediente en referencia, tanto de su parte reservada como en todo lo que no es confidencial para el GRUPO CN.	Que se tenga como prueba a favor de GRUPO CN como prueba de descargo y violaciones al debido proceso	*"(...) informa a los operadores económicos que como se ha indicado en el ordinal QUINTO, de la presente providencia, no es útil pertinente y conducente reproducir todo un expediente para supuestamente probar violaciones inexistentes al debido proceso."*
Escrito de HEINEKEN de 30 de junio de 2022 a las 17h05, signado con I.D.: 241506 dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.	El elemento probaría una supuesta violación al principio de non bis in ídem y al principio de congruencia.	*"(...) la única Intendencia dentro de la SCPM que controla y sustancia investigaciones sobre supuestos abusos de poder de mercado es la INICAPMAPR. Esta Intendencia, al momento, no ha sustanciado otro expediente por conductas de abuso de poder de mercado en contra de los operadores económicos, por tanto, argumentar que se les ha juzgado dos veces sobre lo mismo, es falso. Asimismo, el que no habría congruencia entre la INICAPMAPR y otra Intendencia que no conoce investigaciones de abuso de poder de mercado, no tiene asidero alguno(...)" "(...) toda vez que la información de la INCCE fue considerada inútil, todo lo requerido por HEINEKEN ECUADOR S.A., fue denegado por esta Autoridad en el ordinal CUARTO de providencia de 27 de junio de 2022, a las 16h03; y, el ordinal SEGUNDO de la providencia de 01 de*

Prueba	Argumento de GRUPO CN	Análisis de la INICAPMAPR
		julio de 2022, a las 16h15, justamente por ser información inútil, impertinente e inconducente. (...)"

[558] Conforme lo expuesto, la INICAPMAPR aclara nuevamente a las partes que no ha sustanciado otro expediente, respecto a conductas de abuso de poder de mercado en contra de las empresas de **GRUPO CN**, que el desarrollado en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020, por tanto, las pruebas de otros expedientes no serían útiles, pertinentes ni conducentes para contradecir los hechos anticompetitivos investigados. Asimismo, tampoco se estaría juzgando a los investigados dos veces sobre los mismos hechos.

PRUEBAS QUE OBRAN DEL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN

[559] La CRPI dispuso que se realice un informe complementario con el siguiente contenido:

(i) Explicaciones de cada variable que interviene en el cálculo de la multa que propuso, y todas las etapas del cómputo de la misma.

(ii) Explicaciones más claras de cómo se concluye que los supuestos descuentos e incentivos en los programas de fidelización SOCIO, respecto de: posibles incentivos otorgados corresponderían a un 5% y 2% del volumen de compra, en los programas SOCIO CN y SOCIO CN 2.0. respectivamente; y, los incentivos que habrían sido otorgados y que corresponderían a un 4% y 6% del volumen de compra en los programas SOCIO PILSENER D.A.L.E. y D.R.E.A.M., respectivamente.

(iii) Determinación, de ser posible, de la representación del volumen de negocios relacionado con la venta de cerveza los 51 operadores económicos indicados en el Informe Final, en cuánto a las ventas de los operadores económicos denunciante y denunciados dentro de este expediente.

(iv) Determinación, de ser posible, del número de los supuestos operadores económicos integrantes de cada programa del grupo CN, y cuántos de ellos pertenecerían de forma común a cada uno de los mismos tanto en número como en volumen de ventas.

(v) De ser posible, la presentación de un *test* de diferencia de medias de las características empleadas en la segmentación de los grupos de tratamiento y de control.

(vi) De ser posible, la estimación de un modelo de diferencia en diferencias que permita apreciar los supuestos efectos de las supuestas conductas de abuso de poder de mercado, detalladas en el Informe Final, relacionadas con el programa Franquicia Bodega Pilsener.

[560] La CRPI solicitó se remitan al expediente los siguientes documentos:

(i) Escrito y anexos presentados por la matriz del Grupo CN –Anheuser-Busch InBev SA/NV– el 20 de octubre de 2016 (ID 25957), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(ii) Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017 (16:30), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(iii) Modelo de Contrato de Comodato, referido en la Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017 (16:30), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(iv) Acuerdo de Competencia "*Hold Separate*", referido en la Providencia de la INCCE, del 10 de febrero de 2017 (16:30), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(v) Contrato firmado entre AB InBev y el agente de monitoreo designado (MAZARS LLP).

(vi) Escrito y anexos presentados por la matriz de Grupo CN –Anheuser-Busch InBev SA/NV– el 24 de febrero de 2017 (ID 37034), dentro del expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(vii) Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017 (17:15), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(viii) Modelo de comunicado "Pro Competencia", referido en la Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017 (17:15), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(ix) Adhesivo a ser colocado en equipos de frio, referido en la Providencia de la INCCE del 03 de marzo de 2017 (17:15), perteneciente al expediente SCPM-ICC-2015-040-S-001-2016.

(x)Oficio SCPM-IGT-2022-024, de 23 de septiembre de 2011.

CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

De los fundamentos de Hecho

[561] [El presente expediente tiene lugar por la posible infracción a la LORCPM, por actos de abuso de poder de mercado contenido en el artículo 9 de la Ley.

[562] Las actuaciones de los operadores económicos denunciados tendrían lugar en virtud del desarrollo y aplicación de los Contratos "Franquicia Pilsener", programas SOCIO CN/PILSENER y la entrega de equipos de frio mediante contratos de comodato.

De los fundamentos de Derecho

[563] En el presente acápite la CRPI establecerá el conjunto de normas que servirán de base para la calificación jurídica de los hechos, y como efecto, para la adopción de la resolución.

1.1.23 Constitución de la República del Ecuador

[564] 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 SCPM 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 la INICAPMAPR 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 la INICAPMAPR 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 la INICAPMAPR 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 la INICAPMAPR, 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."

[565] 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, 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."

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

1.1.24 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[567] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

> *"**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*
>
> ***Art. 2.- Ámbito.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.*
>
> *Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.*
>
> *La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos."*

[568] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.

[569] El Artículo 3 de la LORCPM concibe la primacía de la realidad como:

> "***Art. 3**.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la la INICAPMAPR administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la la INICAPMAPR efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*
>
> *La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.*"

[570] El principio de primacía de la realidad es muy importante para determinar si estamos frente de un acuerdo o práctica prohibida. Para el caso particular será un parámetro esencial para establecer si la conducta ejecutada por los operadores económicos investigados es sancionable.

[571] Por su parte, el artículo 5 de la LORCPM prevé que en cada caso se debe establecer el mercado relevante:

> *"**Art. 5**.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*
>
> *El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*
>
> *El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.*
>
> *La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto."*

[572] La norma transcrita establece los parámetros básicos para definir el mercado relevante en cada caso y por lo tanto, en el asunto bajo estudio se delimitará el mercado relevante y de ahí partirá el análisis.

Infracciones específicas

[573] De acuerdo con la formulación de cargos, las conductas investigadas en este expediente son:

[574] Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio,

impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

[575] 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

[576] 3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios.

[577] 10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.

[578] 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.

[579] 19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

[580] 20.- La fijación injustificada de precios de reventa.

[581] 22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

[582] Los artículos 77, 78, 79, 80, 81 y 82 a su vez establecen:

> *"**Art.** 77.- Sujetos infractores.- Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.*
>
> *(...)*
>
> ***Art.** 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.*
>
> *1. Son infracciones leves:*
>
> *a. Haber presentado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16.*

b. No haber notificado una concentración requerida de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado según lo previsto en el artículo 16.
c. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley.
d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
e. Incurrirán en infracción leve las la INICAPMAPRes administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley.
f. No haberse sometido a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley.
g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan.
h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

2. Son infracciones graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en carteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.
b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.
c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.
d. La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.
e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.
f. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso de poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.
g. No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.
h. Suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado información engañosa o falsa.

3. Son infracciones muy graves:

a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.
b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.
c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley.
d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tanto en materia de abuso de poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones.

Las infracciones graves y muy graves se juzgarán independientemente de que puedan constituir conductas tipificadas y sancionadas en la Ley Penal y ser objeto de la correspondiente acción por parte de la Función Judicial.

***Art. 79**.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.
c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o

participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

1. *Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
2. *Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
3. *Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.

De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.

Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia.

***Art. 80**.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.

b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
c. El alcance de la infracción.
d. La duración de la infracción.
e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.

***Art. 81**.- Circunstancias Agravantes.- Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:*

a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.
b. La posición de responsable o instigador de la infracción.
c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.

***Art. 82**.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:*

a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley."

[583] Las normas transcritas regulan los parámetros para aplicar las sanciones, especialmente en relación con la calificación de la infracción, el cálculo de la multa y la imposición de agravantes y atenuantes. Este conjunto normativo será aplicado al caso concreto al revisar la infracción y la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, y la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

1.1.25 Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[584] Los artículos 4, 8 y 10 del RLORCPM ayudan a entender de mejor manera los parámetros de aplicación para la conducta prevista en los numerales 1 y 6 del artículo 11 de la LORCPM, así como del régimen de excepción que plantea el artículo 12 de la misma ley. Como ya se advirtió, esto será tratado en el acápite denominado "calificación jurídica de los hechos".

*"**Art. 4.**- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso,*

evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios"

[585] El artículo 42 del RLORCPM indica que la Junta de Regulación establecerá la metodología a utilizarse para calcular el importe de la multa en el presente asunto. Esto será analizado en el acápite sobre la aplicación e importe de la multa.

*"**Art. 42**.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:*

(...)

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;

(...)"

1.1.26 Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación a la LORCPM

[586] Mediante la resolución reseñada se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

[587] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial[22] de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

[588] El Informe No. SP-2016-009 define la metodología mencionada en el párrafo anterior, estableciendo un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RLORCPM.

[589] La metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

Mercado Relevante

[590] La determinación de un mercado relevante es un elemento nuclear en el derecho de la competencia. Este mercado es la base de los análisis de las diferentes conductas anticompetitivas

[22] Resolución de 05 de julio de 2019 expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, expediente No. SCPM-CRPI-2015-019-RA.

como los acuerdos entre empresas, los abusos de posición dominante y concentraciones empresariales no autorizadas[23].

[591] Tal determinación es decisiva en casos de abuso de poder de mercado, por la envergadura que el mercado pudiera llegar a tener. Sus características, en cuanto a su amplitud o estrechez, permite empezar formar una convicción acerca de la acumulación de poder de mercado de un operador económico en cuestión.

[592] En este sentido, la Comisión Europea señala que el principal objetivo de la definición de un mercado es:

> *"(...) determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva (...)"*[24]

[593] La determinación del mercado relevante exige un análisis previo de los fundamentos técnicos y jurídicos que sustenten dicha definición. De acuerdo con el artículo 5 de la LORCPM, se debe considerar al menos el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

1.1.27 Mercado del producto

[594] En esta sección se apreciarán los elementos aportados por la Intendencia, así como por los alegatos del grupo CN, con la finalidad de formar una determinación que incluya todos los elementos válidos pertinentes a la definición del mercado.

[595] En línea con el texto del artículo 5 de la LORCPM, y la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, veremos los elementos encontrados por la intendencia relacionados con un análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, respecto a los productos relevantes, producidos y comercializados por el operador económico denunciante, los denunciados y sus competidores.

[596] El operador económico **HEINEKEN** registra como actividad económica principal la *"elaboración de bebidas malteadas como: cervezas corrientes de fermentación alta, negras y*

---

23 José Manuel Ordóñez de Haro, *"Aspectos económicos del funcionamiento competitivo de los mercados"* Sección I, Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, Sevilla 2009, pág. 137.

24 Comisión de la Unión Europea, Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

fuertes, incluida cerveza de baja graduación o sin alcohol" [25], actividad que corresponde al código No. C1103.01 de la Clasificación Industrial Internacional (CIIU). Si bien este operador económico actúa como un productor, también realiza actividades de importación de cervezas. Su catálogo de este producto incluye al menos ocho marcas de cerveza entre las que se encuentran BIELA, BRAHMA, BUDWEISER, HEINEKEN, ZENDA, entre otras. El 80,0% de las marcas son de origen nacional, mientras que el 20,0% son importadas[26].

[597] Por su parte, el operador económico **CN** se trata de una empresa productora de cervezas y otras bebidas no alcohólicas, como refrescos. Su principal actividad económica también corresponde al código CIIU No. C1103.01. Su portafolio de productos fabricados incluye al menos ocho marcas de cervezas industriales, las más relevantes son: CLUB, PILSENER, NUESTRA SIEMBRA, ARCHER.

[598] De manera general una cerveza es una *"bebida alcohólica hecha con granos germinados de cebada u otros cereales fermentados en agua, y aromatizada con lúpulo, boj, casia, etc."*[27]. En el mismo sentido, la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 338 señala que la cerveza es una *"Bebida alcohólica resultante de un proceso de fermentación controlada por medio de levaduras cerveceras seleccionadas en un mosto elaborado con agua, cebada malteada sola o mezclada con adjuntos cerveceros con adicción de lúpulo y/o sus derivados"*[28]. En este sentido, la principal característica de la cerveza deviene del proceso de fermentación que implica su elaboración.

[599] Acorde con la literatura especializada, la consunción de alcohol se incrementa con el incremento de los ingresos[29], de manera que la cerveza se trataría de un bien normal.

[600] En este punto es importante señalar que, de acuerdo con la información entregada por los operadores económicos y las fuentes públicas de información, el operador económico **DINADEC**, de manera complementaria a la operación de **CN**, se dedica a la comercialización y distribución de las cervezas, bebidas alcohólicas y otras bebidas de consumo humano que forman parte del catálogo de **GRUPO CN**, conformando una integración vertical. Además, el operador económico **DINADEC** es la empresa encargada de realizar la importación de cervezas para su posterior comercialización, algunas de las cuales pertenecen al operador económico **ABI**[30]. Entre

---

25 Portal de información del Servicio de Rentas Internas. Consulta de RUC No. 0991343709001 desde la dirección: https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc.

26 Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020 de 06 de septiembre de 2022. Pág. 40.

27 Real Academia Española. Consultado desde el enlace: https://dle.rae.es/cerveza

28 Servicio Ecuatoriano de Normalización INEN. 2021. NTE INEN 338: BEBIDAS ALCOHÓLICAS. Quinta revisión 2021-11. Pág 4.

29 Véase: Gallet C. 2007. *The demand for alcohol: A meta-analysis of elasticities*. Australian Journal of Agricultural and Resource Economics 51, 121–36.

30 Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020 de 06 de septiembre de 2022. Pág. 36.

las marcas de cervezas importadas se encuentran: BECKS, CORONA, BUDWEISER, STELLA ARTOIS, LEFFE, MODELO ESPECIAL.

[601] Los hechos denunciados se enfocan en acciones de abuso de poder de mercado, dentro del segmento de comercialización de cervezas industriales[31], en la cual participan las partes, por lo cual, el mercado de producto se restringe a estos bienes.

[602] A nivel industrial, la cadena de producción de la cerveza se compone de los eslabones de producción o importación, distribución al por mayor y al por menor, y, comercio al consumo final de la cerveza industrial. De acuerdo con lo señalado, los operadores económicos involucrados participan en los dos primeros segmentos de esta cadena.

1.1.27.1 Producción de cerveza industrial

[603] La operación de producción de cerveza a nivel industrial se realiza en el país, únicamente, por parte de las compañías **CN** y **HEINEKEN**.

[604] El operador económico **CN**, al igual que **DINADEC**, forma parte del grupo cervecero internacional **ABI**. En este sentido, el portafolio de marcas de **GRUPO CN**, conforme la información recolectada por la INCAPMAPR en los Cuestionarios D y E, se ha conformado de 24 marcas de cervezas entre 2018 hasta el primer semestre de 2021, entre las que se encuentran: CLUB, PILSENER, NUESTRA SIEMBRA, ARCHER, BECKS, CORONA, BUDWEISER, STELLA ARTOIS.

[605] La Intendencia informa que el 68% de su portafolio se trata de cervezas de origen nacional, mientras que el 32% son importadas desde Alemania, Estados Unidos y Bélgica. **GRUPO CN** clasifica el 44% de sus productos en el segmento denominado Premium, el 24% lo categoriza como Súper Premium, el 24% segmento Core y el 8% restante señala como segmento Value[32]. En cuanto a las presentaciones de sus productos, los envases más comunes son botellas de cristal y latas, con opciones de contenido que va desde 330 mililitros hasta un litro, este último exclusivo de las marcas PILSENER y NUESTRA SIEMBRA. Algunos productos también se ofertan en barriles de entre 12 a 50 litros.

[606] Por su parte, el operador económico **HEINEKEN**, que forma parte de HEINEKEN INTERNATIONAL B.V., ha ofertado en total nueve marcas dentro del periodo de estudio. El 80,0% de estas son de origen nacional. En cuanto a los productos, además de las presentaciones

---

31 La INICAPMAPR señala en el párrafo 97 de su informe:

"Conforme datos de la Asociación de Cervecerías del Ecuador, ASOCERV, en 2018 el volumen de cerveza en Ecuador se encontraba repartido de la siguiente manera: el 98% le correspondía a cerveza industrial; el 1,4% a cerveza importada y el 0,59% a cervezas artesanales."

32 Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020. Escritos presentados por GRUPO CN signados con I.D.: 222028 e I.D.: 226681.

típicas de latas y botellas de cristal, **HEINEKEN** también oferta algunos de sus productos en presentación de tanques.

1.1.27.1.1 Sustituibilidad de la demanda en la producción de cerveza industrial

De la cerveza y otras bebidas alcohólicas

[607] Conforme con la doctrina internacional de agencias de competencia de Argentina[33], Chile[34][35], Estados Unidos[36], México[37], República Dominicana[38], Uruguay[39] y la Comisión Europea[40], se ha establecido que el mercado de cerveza es distinto de los mercados que se componen por otras bebidas alcohólicas, principalmente por las notables diferencias en entre los procesos de elaboración, ingredientes, grados de alcohol, imagen, precio y decisiones de consumo de estos productos. En el mismo sentido, la experiencia local ha hecho consonancia de esta noción, así la definición de mercado relevante en el expediente SCPM-CRPI-2016-017, considera únicamente a la cerveza de manera aislada de otras bebidas que contienen alcohol.

[608] Las diferencias apreciadas en otras jurisdicciones entre la cerveza y otras bebidas alcohólicas tienen una correspondencia en las distintas normas técnicas INEN que determinan los términos y características de los diferentes tipos de bebidas alcohólicas. De esta forma se corrobora que la elaboración de cerveza precisa procesos e ingredientes específicos, como el uso de levaduras cerveceras, por ejemplo.

[609] En cuanto a las diferencias en el grado de alcohol, medido por la proporción de alcohol expresado en volumen (% v/v) de mililitros de etanol por 100 ml, la INICAPMAPR señala que la cerveza tiene un grado de alcohol comprendido entre 2,5 a 15 grados, niveles que no son comparables con la gran mayoría de bebidas alcohólicas, de forma que no sería posible una relación de sustituibilidad. A continuación, se presentan los datos relevantes obtenidos por la Intendencia al respecto:

Tabla 1. Bebidas alcohólicas según su graduación

---

33 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina. Informe No. IF-2021-72808973-APN-CNDC#MDP. Párrafo 514.

34 Fiscalía Nacional Económica de Chile. (2019). Investigación sobre conductas exclusorias en el mercado de la cerveza a nivel nacional. Rol 2408-16- FNE. Pp. 5-6.

35 Fiscalía Nacional Económica de Chile. (2011). Investigación Reservada contra Cervecera CCU Chile Limitada, mercado distribución de cerveza. Rol No. 1509-09 FNE. Pp. 4.

36 Deparment of Justice. (2018). U.S V. ANHEUSER-BUSCH INBEV SA/NV AND SABMILLER PLC.

37 Comisión Federal de Competencia Económica. (2007). Resolución Expediente DE-25-2004-I. Pp. 11.

38 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia) de República Dominicana. (2017). Informe de Instrucción del procedimiento de investigación iniciado mediante Resolución núm. DE-001-2017. Pp. 53.

39 Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay. (2017). ASUNTO Nº 22/2016: MILOTUR S.A. C/ FÁBRICAS NACIONALES DE CERVEZA S.A. – DENUNCIA. Pp. 3.

40 Comisión Europea. (2016). Case M.7881 – AB InBev / SABMiller. Párrafo 22.

Bebida	*Graduación alcohólica*
Aguardiente	*28 – 60*
Anís (licor)	*30 – 45*
Brandy	*36 – 40*
Cachaza/Cachaça	*38 – 54*
Cerveza	*2,5 - 15*
Coñac	*40*
Ron	*37 - 80*
Sidra	*2 – 8*
Tequila	*37 - 50*
Vermú	*16 - 21*
Vino	*5,5 - 14*
Vodka	*37,5 - 60*
Whisky	*40 - 62*
Whisky de Bourbon	*37 - 45*

***Fuente:** J. J. Llopis Llácer, A. Gual Solé, A. Rodríguez-Martos, D y Valencia, González y Galán*

[610] La INICAPMAPR también señala que la existencia de diferencias en el gasto del consumidor sería muestra de la imposibilidad de sustitución, así, expone que según la ENIGHUR 2011-2012[41], la cerveza es la bebida alcohólica con mayor consumo a nivel nacional con diferencias evidentes frente al resto de bebidas alcohólicas, como son los vinos o bebidas espirituosas.

[611] Estas apreciaciones son coherentes con la literatura respecto del comportamiento del consumidor de bebidas alcohólicas, en este sentido, Babor[42]señala:

> *"No ha habido revisiones sistemáticas de elasticidades cruzadas de precios entre categorías de bebidas alcohólicas, y la mayoría de los estudios se han centrado en cambios graduales de precios a lo largo del tiempo o cambios de precios en diferentes regiones. Selvanathan y Selvanathan (2005b) examinaron las elasticidades cruzadas de precios en diez países desarrollados durante más de 30 años y encontraron elasticidades cruzadas de precios significativas pero bajas, lo que sugiere que los consumidores cambian su consumo entre bebidas cuando cambian los precios, pero que la sustitución no es total. Este hallazgo ha sido respaldado en una serie de otros estudios econométricos (Okello 2001; Osoro et al. 2001; Özgüven 2004; Ramful y Zhao 2008), aunque no consistentemente, con algunos estudios que no encontraron evidencia de un efecto de sustitución (Godfrey 1988; Huang 2003; Mangeloja y Pehkonen 2009). Ningún estudio ha encontrado una sustitución completa entre los tipos de bebidas después de los cambios de precio".*

Cerveza industrial y cerveza artesanal

41 Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares Urbanos y Rurales – 2011-2012*, 2013.

42 Véase: Babor, Thomas. 2010. *Alcohol: no ordinary commodity: research and public policy.* Oxford University Press. Pág. 117.

[612] Aunque resultara bastante evidente de acuerdo con los señalamientos hechos con anterioridad, que el presente caso se enfoca exclusivamente a los productos caracterizados como cerveza industrial, es importante recalcar las diferencias fundamentales respecto de las cervezas artesanales, dado que, al ser el mismo producto, éste pudiera ser una fuente de sustitución y de presión competitiva para los agentes de mercado inmersos en la producción y distribución de cerveza industrial.

[613] Al respecto, la INICAPMAPR muestra que, desde el punto de vista de la demanda, existen múltiples diferencias entre estos productos, entre las que se destacan: a) la producción de cerveza industrial se enfoca al consumo masivo, mientras la cerveza artesanal se dirige a una demanda de gusto más sofisticado y específico, de menor dimensión[43]; b) la cerveza artesanal es más atractiva y más compleja en el gusto, y la industrial tiene como objetivo reducir costes de producción al máximo; c) A pesar de que los productos artesanales tendrían mayores precios, existen diferencias significativas en los ingresos por ventas, de manera que alcanzan apenas el 0,7% de los ingresos del segmento industrial.

[614] El mercado de cerveza artesanal tiene un peso marginal y no se evidencia que este ejerza una presión competitiva hacia el sector de cerveza industrial.

Categorización de cervezas industriales

[615] En cuanto a la categorización de las cervezas industriales, que podrían generar mercados independientes, es importante señalar varios puntos de vista:

[616] La Comisión Europea ha considerado distinguir las cervezas en función de parámetros como el precio, el reconocimiento y calidad de la marca, categorizándolas en: cerveza económica o de descuento, cerveza convencional, cerveza premium y cervezas super-premium[44]. Mientras que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, expuso que el mercado argentino de cervezas presenta una importante diferenciación en factores calidad y precio, distinguiéndose entre cuatro categorías: Low End, de precios más bajos; Medium, productos estándar, populares y de precio medio; Premium, cervezas de calidad superior; y, Super Premium, que considera marcas importadas y otras nacionales con precios superiores[45].

[617] De acuerdo con la Resolución del expediente SCPM-CRPI-2016-017, en consonancia con varias agencias de competencia, las cervezas del mercado ecuatoriano están categorizadas en tres clases: cervezas económicas, cervezas regulares y cervezas importadas[46].

---

43 La Asociación de Cervecerías del Ecuador, que agrupa únicamente a productores artesanales, señala que su participación es menor al 1% del mercado nacional.

44 Comisión Europea. (2016). Case M.7881 – AB InBev / SABMiller. Párrafo 24.

45 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina. Informe No. IF-2021-72808973-APN-CNDC#MDP. Párrafo 521.

46 Resolución de 30 de mayo de 2016, expediente SCPM-CRPI-2016-017. Disponible en: https://www.scpm.gob.ec/sitio/resoluciones-notificaciones-obligatorias-2016/.

[618] Las cervezas económicas corresponden a marcas domésticas dirigidas a segmentos de población de bajos ingresos. Las cervezas regulares son marcas de consumo general, que son percibidas como productos estándar y/o de categoría superior, con reconocimiento a nivel nacional. Por último, las cervezas importadas son aquellas que se relacionan con marcas con presencia internacional, son percibidas de mayor calidad y variedad, y se encuentran en menor proporción y precios más altos.

[619] LA INICAPMAPR realizó pruebas de comparación de medias sobre las series de precios promedios de cada segmento por mililitro, conforme la información de facturación de los operadores económicos, para evidenciar las diferencias estadísticas entre las tres categorías, de manera que se justifique alguna segmentación en el mercado de cervezas industriales. Los principales resultados de esta aplicación en los productos de **LOS OPERADORES DENUNCIADOS** fueron:

> *"(....)*
>
> *A nivel general, los resultados de la prueba permiten evidenciar que, tanto a nivel de periodo como a nivel de cada año, existen diferencias significativas entre las series de precios promedios de CN y DINADEC de cada uno de los segmentos definidos por la Resolución No. SCPM-CRPI-2016-017."*

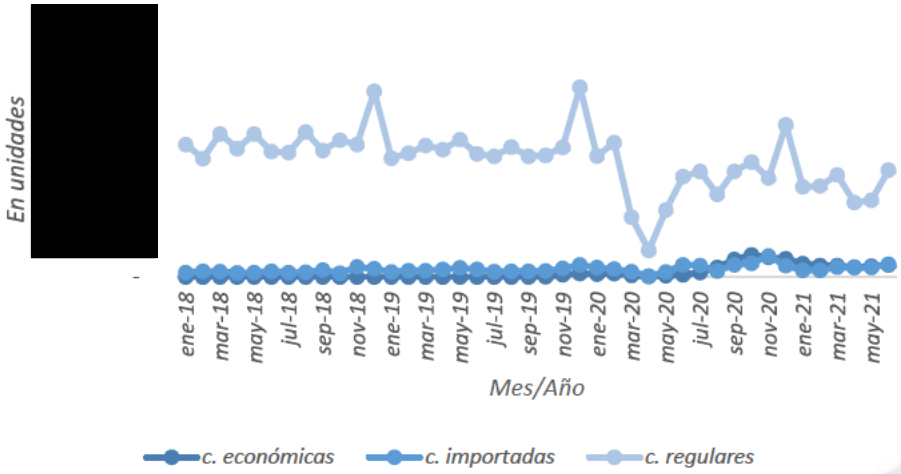
[620] En tanto que, respecto a los precios promedios de cada segmento de cervezas de **HEINEKEN** los resultados en general fueron análogos de manera que la Intendencia concluyó:

> *"(...)*
>
> *Los resultados de la prueba de igualdad de medias de los productos de CN y DINADEC se ven replicados en los resultados de la misma prueba ejecutada con las marcas de cerveza de HEINEKEN. Los mismos permiten afirmar que las segmentaciones presentes en el mercado de cerveza poseen medias significativamente diferentes, y por ende, pertenecen a mercados de productos distintos."*

[621] Acorde con estos resultados, que muestran diferencias significativas en los precios promedios de cada categoría de cerveza industrial, correspondería considerar mercados de producto independientes.

[622] En complemento, la INICAPMAPR presentó un análisis de la cantidad vendida de cervezas por cada categoría, tanto de **CN** y **HEINEKEN**, del cual se destaca que, para los productos de **CN,** existen diferencias marcadas entre cervezas regulares frente a cervezas importadas y económicas, con una relación de apenas 3,66% y 6,66%, respectivamente. Mientras que para **HEINEKEN** no existe diferencia significativa y consistente entre clases.

> ***"Gráfico 1. Evolución de cantidad vendida de cervezas, por segmentación de CN y DINADEC, periodo 2018-2021 (primer semestre)***



***Elaboración:** DNICAPM*
***Fuente:** SRI, 2022*

[623] La INICAPMAPR completa el análisis mediante la aplicación de pruebas cuantitativas sobre las series, en logaritmo, de los promedios de precios de las cervezas industriales por mililitro, considerando cada categoría, para los dos operadores económicos productores. Debido a la no estacionariedad en las series de precios y con el fin de descubrir la existencia de una relación de equilibrio que sugiera sustitución, la Intendencia aplicó una prueba de cointegración usando el método Engle y Granger[47]. Un resultado a favor del criterio de sugerencia de sustituibilidad debería mostrar que las series de precios están cointegradas y que la pendiente de la función lineal que los relaciona en el largo plazo es positiva. Los resultados obtenidos por la INICPMAPR se muestran a continuación:

"Tabla 2. Prueba Engle-Granger para cointegración para datos de series de logaritmos de los promedios de precios por mililitro de cervezas por segmentación de CN-DINADEC, a nivel nacional, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Variables de precios en logaritmos	*T-estadístico*	*Valor crítico al 1%*	*Valor crítico al 5%*	*Valor crítico al 10%*	*N primer paso*	*N prueba*	*Ho*	*Resultado*	*Coeficiente*	*P>t*
l_pur (regulares) vs l_pui (importadas)	*-3,009*	*-4,261*	*-3,534*	*-3,18*	*33*	*32*	*No rechazo*	*No cointegradas*	*0,99302*	*0,0000*
l_pur (regulare) vs l_pue (económicas)	*-0,943*	*-4,872*	*-3,847*	*-3,387*	*14*	*12*	*No rechazo*	*No cointegradas*	*0,99039*	*0,0000*
l_pue (económicas) vs l_pui (importadas)	*-1,000*	*-4,872*	*-3,847*	*-3,387*	*14*	*12*	*No rechazo*	*No cointegradas*	*0,99462*	*0,0000*

***Elaboración:** DNICAPM*

[47] Engle, R. F., & Granger, C. W. J. (1987). Co-Integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing. *Econometrica*, *55*(2), 251–276. https://doi.org/10.2307/1913236

N: *Número de observaciones*

> *(...) las series de datos de logaritmos de los promedios de precios de los cervezas (SIC) por cada segmentación no poseen un comportamiento de sustituibilidad entre sí al largo plazo, pues no se cumplen uno de los dos criterios requeridos para esta conclusión: i) según los resultados de los estadísticos de la prueba, arrojan suficiente evidencia para no rechazar la hipótesis nula, es decir, que las series no están cointegradas.*

Tabla 3. Prueba Engle-Granger para cointegración para datos de series de logaritmos de los promedios de precios de cervezas por segmentación de HEINEKEN, a nivel nacional, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Variables de precios en logaritmos	*T-estadístico*	*Valor crítico al 1%*	*Valor crítico al 5%*	*Valor crítico al 10%*	*N primer paso*	*N prueba*	*Ho*	*Resultado*	*Coeficiente*	*P>t*
l_pur (regulares) vs l_pui (importadas)	*-2,486*	*-5,391*	*-4,099*	*-3,549*	*10*	*8*	*No rechazo*	*No cointegradas*	*-0,0048574*	*0,556*
l_pur (regulares) vs l_pue (económicas	*No aplica al ser estacionarias las series de los logaritmos de precios de la cerveza económicas.*									
l_pur (regulares) vs l_pue (económicas)	*No aplica al ser estacionarias las series de los logaritmos de precios de la cerveza económicas.*									

Elaboración: *DNICAPM*

> *En cuanto a HEINEKEN los resultados muestran que, en efecto, las series de datos de logaritmos de los promedios de precios de los cervezas por cada segmentación no poseen un comportamiento de sustituibilidad entre sí al largo plazo, pues no se cumplen uno de los dos criterios requeridos para esta conclusión: i) según los resultados de los estadísticos de la prueba, arrojan suficiente evidencia para no rechazar la hipótesis nula, es decir, que las series no están cointegradas."*

[694] Desde el punto de vista de la demanda, estos resultados apoyarían la conjetura de que el mercado de cervezas industriales en Ecuador se compone por categorías correspondientes a cervezas regulares, cervezas económicas y cervezas importadas.

[695] En este contexto la INICAPMAPR concluye el análisis señalando:

> *"A pesar de existir esta segmentación en el mercado de cervezas en el Ecuador, es importante tomar en cuenta los criterios que han realizado varias agencias de competencia en lo que respecta a segmentaciones que se puedan hacer al mercado de producto de cerveza industrial. Por ejemplo, la Comisión Europea concluyó que procede llevar a cabo una evaluación del mercado de productos de preferencia tomando la cerveza en su conjunto, con referencia, no obstante, a la distinción entre el segmento on-trade y el segmento off-trade. Similar criterio es compartido por Argentina, indicando que han verificado que existen condiciones distintas de*

competencia entre el canal on y el canal off. Este análisis se lo ejecutará en la sección de mercado de producto de la distribución de cerveza industrial."

1.1.27.1.2 Sustituibilidad de la oferta y competencia potencial en la producción de cerveza industrial

[696] El criterio de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta fue analizado por parte de la INICAPMAPR, mediante la aplicación de la prueba SSS. Los principales resultados de esta se presentan a continuación:

> *"**a. Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer alguno debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables.***
>
> *En lo que respecta a la producción de cerveza, aquellos posibles competidores que podrían trasladar su producción a la fabricación de dicho producto deben considerar que el proceso productivo requiere de activos específicos, cuyos valores monetarios de adquisición bordean los USD 155 millones, conforme la información proporcionada por los operadores económicos del mercado (...)*
>
> *(...)*
>
> *(...) Dado que todas las bebidas alcohólicas tienen su propia norma técnica INEN, a partir de las cuales se identifica que sus características de fabricación son diferentes, se puede presumir que no existe sustituibilidad entre éstas.*
>
> *En cuanto a las bebidas no alcohólicas, estas no podrían ser consideradas como sustitutos de las cervezas, pues claramente la clasificación CIIU C1104.01 excluye a las cervezas de su definición:*
>
> *"Elaboración de bebidas no alcohólicas embotelladas (excepto cerveza y vino sin alcohol): bebidas aromatizadas y/o edulcoradas: limonadas, naranjadas, bebidas gaseosas (colas), bebidas artificiales de jugos de frutas (con jugos de frutas o jarabes en proporción inferior al 50%), aguas tónicas, gelatina comestible, bebidas hidratantes, etcétera".*[48]
>
> *Finalmente, el criterio internacional de las agencias de competencia también se encamina a lo evidenciado en este apartado, afirmando definitivamente que el resto de bebidas alcohólicas no son sustitutas de la cerveza. (...)*
>
> *(...)*

[48] Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2012). Clasificación Ampliada de las Actividades Económicas (CIIU REV. 4.0).

b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis:

(...) los nuevos competidores deben comenzar procesos de negociación con los distribuidores para poner los productos a disposición de los consumidores.

Este proceso puede llevar a los nuevos participantes a aumentar sus costos o reducir la calidad, lo cual es una desventaja clara ante las empresas ya establecidas. Existen ocasiones en las cuales las empresas no logran ingresar sus productos al mercado y deben realizar grandes inversiones para generar una estructura propia para distribuir sus productos.

Por otra parte, CN se encuentra integrado verticalmente con DINADEC, como resultado de un acuerdo suscrito en septiembre de 2007. De esta manera, CN vende la totalidad de su producción, en sus diferentes marcas y presentaciones a DINADEC, misma que se encarga de la distribución y venta en el territorio nacional. (...)

(...)

Un competidor potencial deberá tomar en cuenta que dentro del mercado estudiado hay una integración vertical que facilita la comercialización de sus productos, lo cual podría incrementar los beneficios de ambas empresas frente a otras y crear, o de ser el caso, incrementar el poder de mercado de ambas.

(...)

c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios:

(...)

Para este mercado, este órgano de investigación considera que aquellos costos relacionados con publicidad generan un alto impacto sobre el posicionamiento de una marca. Este hecho puede ser evidenciado en los altos gastos que registran los operadores económicos involucrados en la investigación, (...)

Tabla 4. Gasto en promoción y publicidad, periodo 2018-2021*

Gasto en promoción y publicidad (cuenta 7173 y 5020111)				
Operador económico	***2018***	***2019***	***2020***	***2021***
CERVECERÍA NACIONAL CN S.A.	[redacted]			*N/D*
HEINEKEN ECUADOR S.A.				*N/D*
Total				*N/D*

Elaboración: *DNICAPM*
Fuente: *SUPERCIAS, 2022*
****N/D:*** *No existe aún registros para el año 2021*

Un potencial competidor debe tomar en cuenta, como mínimo, realizar un gasto de alrededor de USD 6.000.000, para poder posicionar su marca. Asimismo, se aprecia que desde el 2019 no existe asimetría entre los valores de las empresas establecidas, pudiendo acentuar diferencias importantes entre las estrategias comerciales que podrían ejercer cada una de las compañías.

(...)

La importancia de la publicidad en el mercado de cervezas es un hecho reconocido por varias agencias de competencia. En Ecuador, este hecho fue reconocido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por medio de la Resolución del EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-2016-017, del 22 de julio de 2016, pues dentro de las condiciones para la aprobación de la concentración entre Anheuser-Busch InBev SA/NV y Compañía Cervecera Ambev Ecuador S.A, se resolvió que debe existir un límite en el gasto de publicidad, ya que se ha observado que es un elemento con efectos estructurales y conductuales dentro del mercado de cervezas, (...)

(...)

(...) la publicidad en el presente caso tiene un peso significativo sobre las posibilidades de ejercer estrategias comerciales y presiones competitivas, e incluso puede influenciar de manera importante la decisión de entrada de un posible competidor, tomando en cuenta que su implementación implica la generación de costos hundidos.

Adicional a lo anterior, también es conocido que establecer un sistema de distribución conllevaría a la generación de costos hundidos, (...)

d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un periodo razonablemente corte de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales:

Conforme la Resolución Resolución-EXP-SCPM-CRPI-2016-017, de 30 de mayo de 2016, se ha identificado que en el mercado de cervezas existen varias barreras de entrada como: i) costos de infraestructura; ii) posicionamiento de la marca; iii) publicidad; iv) capacidad instalada; y, iv) red de distribución. Estas son barreras de entrada que encarecen la entrada de potenciales competidores y que no son posibles superarlas en un tiempo razonablemente corto, sin que se generen altos costos operacionales (...)

e. Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis:

Los incentivos económicos pueden ser acreditados en los índices de rentabilidad que generan cada uno de los productores de cerveza industrial por sus actividades. Por ejemplo, según datos del Ranking empresarial 2018-2020 de la SUPERCIAS, la información de los estados financieros refleja que, en promedio, la rentabilidad de las empresas situadas en este mercado fue de 3,77%. (...)

Si se realiza la comparación de rentabilidad de la cerveza industrial, tanto con el sector de bebidas no alcohólicas como alcohólicas, existe una innegable diferencia entre los índices de rentabilidad con estas dos industrias restantes, pues, en promedio, existe una diferencia de 7,58% y 6,58% puntos porcentuales, respectivamente, en referencia con las empresas que están en la industria de cerveza industrial.

Es importante aclarar que la caída de los valores que se registran en 2020, podrían responder a los efectos de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2, y más no al comportamiento natural de la demanda del bien estudiado. Sin embargo, se expone que en cervezas industriales, únicamente CN registró una tasa de rentabilidad positiva, siendo esta de 19,18%. Si el análisis se enfoca en CN, puede evidenciarse que existen altos índices de rentabilidad que pueden ser influyentes en la decisión de entrada de posibles competidores.

(...)

f. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos.

La capacidad instalada inutilizada tiene relación con los activos que estén involucrados en el proceso productivo. Como se había indicado, los activos que se requiere en este mercado son específicos, por lo que no podría utilizarse una capacidad instalada de activos que no estén involucrados directamente con la producción de cerveza. (...)

Adicional a esto, un potencial competidor tendrá que tomar en cuenta la capacidad instalada utilizada que tienen los presentes competidores para poder planificar participar en el mercado. Por ejemplo, la capacidad instalada que posee CN ha sido de, al menos un 60%, de su planta.

Tabla 5. Capacidad utilizada de planta de producción de CN en porcentaje, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Año	*Capacidad utilizada de su planta de producción*
2018	[redacted]
2018	
2020	
2021	

***Elaboración:** DNICAPM*
***Fuente:** Operador económico, 2022*

g. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis.

Dada la información obtenida en el apartado de sustituibilidad de la demanda, se puede presumir que los consumidores perciben que la sustituibilidad de los productos se encuentra delimitada únicamente en las cervezas industriales, y no

toman en cuenta otras bebidas no alcohólicas, alcohólicas o cerveza artesanal para una posible sustituibilidad. La demanda, según la fundamentación que se ha encontrado, evidencia que la cerveza y el resto de las bebidas alcohólicas se distinguen por sus procesos de elaboración, ingredientes, grados de alcohol, imagen, precio y razones de consumo. Estos elementos pueden influenciar sobre las decisiones del consumidor final."

[697] Conforme con el análisis desde el lado de la oferta, el mercado de producto estaría delimitado a la producción de cerveza industrial, pues, aunque existirían incentivos al ingreso de los potenciales competidores que se reflejan en márgenes de rentabilidad atractivos, las condiciones no son suficientes para esperar que haya un traslado de la producción a la producción de cerveza industrial por parte de firmas ajenas a este proceso productivo.

[698] En este sentido, el análisis de la INICAPMAPR señala que las dificultades en acceder a canales de distribución, las barreras de entrada y costos hundidos representativos, así como la dificultad de utilizar capacidad instalada comparable a las empresas ya participantes, dificultan una posible sustitución desde el lado de la oferta.

1.1.27.2 Distribución de cerveza industrial

[699] Los operadores económicos denunciados no son independientes, dada su vinculación administrativa y de propiedad, de manera que la distribución de la cerveza industrial producida por el operador económico **CN** es distribuida a canales inferiores de distribución o comercialización en todo el territorio nacional, mediante la operación de **DINADEC**. Este mismo operador económico también se encargaría de la importación y distribución de ciertas marcas de cerveza industrial pertenecientes a **ABI**.

[700] La INICAPMAPR informa[49] que el operador económico **DINADEC** concentra las actividades de marketing, ventas y logística para los operadores denunciados, en este sentido, realiza el proceso de distribución de cerveza industrial a través de 18 centros a nivel nacional, y mediante dos tipos de modalidad: i) venta directa a los establecimientos registrados como clientes; y, ii) venta indirecta, a distribuidores que a su vez venden a sus propios clientes. En este marco, el operador económico **DINADEC** contrata empresas de transporte para realizar la entrega de los productos.

[701] Por el contrario, el operador económico **HEINEKEN** no dispone de una integración vertical, de manera que realiza, tanto la producción local de cerveza industrial como la importación de ciertas variedades y marcas de este producto, posteriormente, este operador económico ejecuta la distribución de sus productos al siguiente eslabón de la cadena. La INICAPMAPR señala que **HEINEKEN**[50] también aplica una segmentación de distribución por venta directa e indirecta.

---

[49] Respuestas a cuestionario D presentado por DINADEC con trámite I.D.: 214460 y escrito signado con trámite I.D.: 202099.

[50] Respuestas a cuestionario D, presentado por HEINEKEN en trámite con ID 228159.

1.1.27.2.1 Sustituibilidad de la demanda en la distribución de cerveza industrial

Canales *Trade on* y *Trade off*

[702] La INICAPMAPR señala que ambos operadores económicos reconocen la importancia de dos tipos de canales distintos para el acceso al consumidor final, el canal *on* y canal *off*. El canal *on* correspondería a aquel en el que la cerveza se vende para ser consumida en el momento y en el propio establecimiento vendedor. Mientras que el canal *off*, es aquel donde simplemente se comercializa el producto, de manera que será consumido fuera del local en un momento posterior[51].

[703] Conforme la información proporcionada por DINADEC[52] y el SRI[53], la INICAPMAPR ha identificado que los compradores de **LOS OPERADORES DENUNCIADOS** se identifican en al menos 36 categorías. Se destaca que la mayor cantidad de compradores a nivel nacional corresponden a "Tienda Tradicional" con aproximadamente 50 mil compradores en el periodo de análisis. Más importante es la distribución entre los canales *on* y *off*, información que se plasma por la Intendencia en la tabla 25 de su informe final referenciado a continuación.

Tabla 6. Intervalos de confianza respecto al número de compradores promedio de DINADEC a nivel nacional por canal, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Canal	*Intervalo de estimación*
Off trade	[redacted]
N/D	
On trade	

***Elaboración:** DNICAPM*
***Fuente:** Operador económico y SRI, 2022*

[714] A pesar de las dificultades en la identificación de los compradores, es claro que la mayor proporción de compradores de **DINADEC** corresponden al *canal off trade*, con una amplia diferencia respecto al *canal on trade*.

[715] Con respecto al operador económico **HEINEKEN**, la Intendencia señala que sus compradores se pueden identificar en más de 15 categorías. En lo que respecta a los canales *on y off trade*, los datos muestran que existe más cantidad de compradores catalogados en el *canal off trade* con una amplia diferencia, conforme el siguiente cuadro.

[51] Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina. Informe No. IF-2021-72808973-APN-CNDC#MDP, parr. 545.
[52] ID 228326
[53] ID 214799.

Tabla 7. Intervalos de confianza respecto al número de compradores promedio de HEINEKEN a nivel nacional por canal, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Canal	Intervalo de estimación
Off trade	[redacted]
N/D	
On trade	

Elaboración: *DNICAPM*
Fuente: *Operador económico y SRI, 2022*

[716] En este sentido es común y lógico que la mayor proporción de clientes para la distribución de cerveza industrial corresponda al canal *off trade*.

[717] Las características diferentes entre los canales *on y off* presupone una diferencia intrínseca en los precios que es evidente al menos para el consumidor. Esta conjetura fue puesta a prueba para el segmento de distribución por parte de la INICAPMAPR, mediante pruebas de igualdad de medias sobre los precios promedio por mililitro de las cervezas industriales comercializadas en cada uno de los canales. Los principales resultados obtenidos fueron:

> *En lo que respecta a DINADEC, a excepción del comportamiento evidenciado en las cervezas regulares, se puede determinar que no existe diferencia significativa estadística entre los precios de los distintos segmentos de cervezas del canal on y aquellos del canal off, y que estarían compartiendo valores promedios iguales.*
>
> *(...)*
>
> *En conclusión, ejecutando la prueba de igualdad de medias con los precios de las cervezas comercializadas por HEINEKEN en los diferentes canales, se evidencia que no hay diferencias significativas entre éstos, al contrario, se observa que los precios promedios son iguales, independientemente de su segmento (tipo de cerveza) y canal.*

[718] Estos resultados fueron evaluados cuantitativamente por parte de la INICAPMAPR, mediante la aplicación de la prueba de cointegración de Eagle-Granger, reseñada previamente, sobre las series en logaritmos de los promedios de precios por mililitro de cerveza de **LOS OPERADORES DENUNCIADOS** y **HEINEKEN**, las cuales, en general, mostraron ser no estacionarias. Los resultados fueron:

> *"**Tabla 8. Prueba Engle-Granger para cointegración para datos de series de logaritmos de los promedios de precios por mililitro de cervezas por canal de DINADEC, a nivel nacional, periodo 2018-2021 (primer semestre)***

Variables	*T-estadístico*	*Valor crítico al 1%*	*Valor crítico al 5%*	*Valor crítico al 10%*	*N primer paso*	*N prueba*	*Ho*	*Resultado*	*Coeficiente*	*P >t*
l_puof (canal off trade) vs l_puon (canal on trade)	*-4,426*	*-4,261*	*-3,534*	*-3,18*	*33*	*30*	*Rechazar Ho*	*Cointegradas*	*0,990259*	*0,000*

***Elaboración:** DNICAPM*

Tabla 9. Prueba Engle-Granger para cointegración para datos de series de logaritmos de los promedios de precios por mililitro de cervezas por canal de HEINEKEN, a nivel nacional, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Variables	*T-estadístico*	*Valor crítico al 1%*	*Valor crítico al 5%*	*Valor crítico al 10%*	*N primer paso*	*N prueba*	*Ho*	*Resultado*	*Coeficiente*	*P>t*
l_puof (canal off trade) vs l_puon (canal on trade)	*-4,751*	*-4,261*	*-3,534*	*-3,18*	*33*	*30*	*Rechazar Ho*	*Cointegradas*	*0,989485 2*	*0,000*

***Elaboración:** DNICAPM*

*Los resultados de la prueba Engle-Granger, aplicada tanto a los datos comerciales de DINADEC como de HEINEKEN, afirman lo definido en el apartado anterior**: no habría diferencia significativa entre los precios de ambos canales**. Esto se refleja en las conclusiones de la prueba que sugieren que ambos canales pertenecen a un solo mercado de producto, ya que interactúan como sustitutos entre sí.*

[719] Conforme con los resultados alcanzados por la Intendencia, no se ha evidenciado elementos que justifiquen diferenciar el mercado de distribución entre los dos canales a los que proveen los operadores económicos, en este sentido, el mercado de producto de distribución de cerveza industrial se asumirá que se conforma como uno solo.

1.1.27.2.2 Sustituibilidad de la oferta en la distribución de cerveza industrial

[720] La INICAPMAPR, nuevamente aplicó la prueba SSS para evaluar la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta en la distribución de cervezas industriales. Los principales resultados se presentan a continuación:

a. Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer alguno debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables.

A diferencia de los activos específicos que requiere el eslabón de la producción, el eslabón de la distribución de cerveza industrial no requiere dicha especificidad. Estos activos tienen un valor monetario que bordea los USD 7 millones, a saber: autos, camionetas, camperos, montacargas, tracto mulas y remolques. Al no ser activos específicos, existe mayor posibilidad de que puedan entrar competidores que deseen participar en la distribución de cerveza industrial.

b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis.

Al ser DINADEC el único responsable de la comercialización de los productos de CN, le otorga una especialización respecto a las actividades a realizar. (...) la integración vertical que poseen ambas empresas les permite trabajar con herramientas y esquemas comerciales comunes que facilitan la comercialización de productos.

(...)

En virtud de la información remitida por el SRI, se aprecia que existen diferencias amplias en el número de compradores por año que registra cada operador económico. A pesar de que se observa un incremento del número de compradores por parte de HEINEKEN, en promedio los compradores de éste representaron apenas el 7,48% sobre el promedio de compradores registrados por DINADEC. De esta manera, se concluye que tener una red de distribuidores de la magnitud de DINADEC genera amplias ventajas sobre el resto de competidores actuales y potenciales.

c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios.

Tabla 37. Gasto en promoción y publicidad, periodo 2018-2021*

Gasto en promoción y publicidad (cuenta 7173 y 5020111)				
Operador económico	**2018**	**2019**	**2020**	**2021**
DINADEC S.A.	[redacted]			N/D
HEINEKEN ECUADOR S.A.				N/D
Total				N/D

Elaboración: DNICAPM
Fuente: SUPERCIAS, 2022
**N/D: No existe aún registros para el año 2021*

(...) es indiscutible que el gasto que ha realizado DINADEC dentro del periodo de estudio es ampliamente diverso al gasto realizado por HEINEKEN, denotando una desigualdad de gastos para competir en el mercado. El gasto promedio de HEINEKEN representó el 10,23% del total de monto de gasto realizado en publicidad. Un potencial competidor deberá tomar en cuenta el alto gasto que ha realizado el operador con mayor participación en el mercado, para realizar una estrategia comercial que puedan influir sobre la dinámica competitiva actual.

d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un periodo razonablemente corte de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales.

Conforme la Resolución Resolución-EXP-SCPM-CRPI-2016-017, de 30 de mayo de 2016, se ha identificado que en el mercado de cervezas existen varias barreras de entrada como: i) costos de infraestructura; ii) posicionamiento de la marca; iii) publicidad; iv) capacidad instalada; y, iv) red de distribución. Estas son barreras de entrada que encarecen la entrada de potenciales competidores y que no son posibles superarlas en un tiempo razonablemente corto, sin que se generen altos costos operacionales. Las mismas serán explicadas con más detalles en el apartado de "DETERMINACIÓN DE PODER DE MERCADO".

e. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis.

Desde el enfoque de la oferta, esta puede ser limitada. Sólo las marcas que ya se encuentran presentes en el mercado pueden competir. Se señala que hay un alto grado de dificultad en que se lance una nueva marca al mercado y que no sea competitiva, respecto a las marcas y presentes. (...) se conoce que en el mercado cervecero los gustos ya se encuentran definidos. Los consumidores ya tienen las marcas que son de su preferencia, complicando que una nueva marca logre cambiarlas.

(...)

A pesar de que los activos no ostenten especificidad alguna, y sus montos de valoración monetaria no son tan altos como en eslabón de la producción, se ha establecido que los potenciales competidores deben tomar en cuenta la existencia de barreras de entrada, la dificultad de introducir una nueva marca que sustituya la preferencia establecida ya de un consumidor, y de ser el caso, incurrir en costos de publicidad para posicionamiento de marca que pueden encarecer su entrada. Complementando esto se encuentra la integración vertical que tiene CN y DINADEC, misma que ha generado una red de distribución sólida y representativa y que otorga ventajas en relación del resto de competidores.

[721] Es importante notar que el análisis de la INICAPMAPR se ha abstraído de señalar dos elementos importantes, por un lado, los incentivos monetarios para los potenciales entrantes, que se derivarían del margen disponible entre la producción y la comercialización a la distribución minorista o el comercio, y que influenciarían en su decisión de entrada al mercado. Por otra parte, no se ha hecho mención de la identificación de capacidad logística instalada inutilizada de los potenciales entrantes que podrían utilizar en el mercado.

[722] Aún bajo la suposición de que ambos elementos sean atractivos para la decisión de entrada de operadores económicos dedicados a actividades de distribución de otros productos, la actual estructura del mercado en el que existen únicamente dos proveedores, la existencia de importantes barreras de entrada, costos relacionados y demás elementos, hacen poco probable que exista presión competitiva en el segmento de distribución, desde terceros operadores económicos, que potencialmente podrían entrar al mercado.

[723] En este sentido, no existe mérito para ampliar el mercado de producto de la distribución desde el punto de vista de la oferta y competencia potencial.

1.1.27.3 Marco temporal del mercado relevante

[724] En cuanto a la determinación del esquema temporal de funcionamiento del mercado, conforme con la información recabada en la investigación, y las características del producto relevante, se destaca que el mercado de producto no es temporal, la producción y suministro del producto

relevante ha sido continuo y no se avizora la extinción del mercado en el corto o mediano plazo. Así tampoco se han presentado argumentos respecto a la estacionalidad del mercado.

[725] Según la información aportada al expediente, las conductas anticompetitivas investigadas habrían ocurrido y cesado en el mercado, en el periodo del año 2018 hasta el primer semestre de 2021[54].

[726] Considerando los criterios de marco temporal y estacional es muy probable que las características del mercado no presenten variaciones significativas en el tiempo, de manera que sean lo suficientemente importantes para generar cambios en la delimitación del mercado de producto alcanzada.

1.1.1 Mercado geográfico

[727] Al reflexionar sobre el producto cerveza industrial, se puede concluir razonablemente que es un producto homogéneo y de consumo masivo, ergo, se podría plantear la conjetura que su alcance tiene un grado nacional.

[728] La INICAPMAPR informa que la producción de cerveza industrial se origina principalmente en dos provincias, Pichincha y Guayas. A partir de la producción existe flujo comercial hacia todas las provincias del país, en este sentido, la Intendencia señaló el volumen de ventas por provincias a fin de representar la distribución geográfica de la realización del producto relevante. Los datos son los siguientes:

Tabla 39. Cantidad vendida de cerveza, por unidades, por provincia, periodo 2018-2021 (primer semestre)

Provincia	***Total***
Guayas	[redacted]
Pichincha	
N/D	
Manabí	
Los Ríos	
El Oro	
Esmeraldas	
Azuay	
Santa Elena	
Loja	
Santo Domingo	
Imbabura	
Pastaza	
Tungurahua	

[54] Informe Final No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-020. Pág. 87.

Provincia	*Total*
Cotopaxi	[redacted]
Sucumbíos	
Chimborazo	
Orellana	
Morona Santiago	
Cañar	
Bolívar	
Carchi	
Zamora Chinchipe	
Napo	
Galápagos	

[729] Los datos muestran que el consumo de cerveza industrial tiene coherencia con la distribución geográfica de la población, así las provincias con mayor densidad -es decir, aquellas ubicadas en la costa ecuatoriana- presentan mayor cantidad de producto consumido. En este sentido, es evidente que la cerveza industrial se comercializa a lo largo y ancho del territorio nacional.

[730] En complemento a estas reseñas, la Intendencia aplicó la prueba Elzinga-Hogarty que permite obtener una representación cualitativa de los flujos comerciales del producto relevante entre las distintas zonas geográficas que conforman el país, a fin de obtener una concentración suficiente que represente un mercado geográfico específico, sus resultados considerando un criterio de 25% para el test fueron:

Tabla 10. Resultados de la aplicación de la prueba Elzinga—Hogarty, periodo 2013-2020

Provincias	*LIFO*		*LOFI*	
	Guayas	*Pichincha*	*Guayas*	*Pichincha*
N/D	*0,64*	*0,33*	*0,79*	*0,78*
Azuay	*0,91*	*0,84*	*0,95*	*0,95*
Bolívar	*0,98*	*0,96*	*0,99*	*0,99*
Carchi	*0,99*	*0,97*	*0,99*	*0,99*
Cañar	*0,97*	*0,94*	*0,98*	*0,98*
Chimborazo	*0,95*	*0,91*	*0,97*	*0,97*
Cotopaxi	*0,95*	*0,90*	*0,97*	*0,97*
El Oro	*0,85*	*0,72*	*0,92*	*0,91*
Esmeraldas	*0,87*	*0,77*	*0,93*	*0,92*
Galápagos	*1,00*	*1,00*	*1,00*	*1,00*
Guayas	-	*-0,86*	*0,43*	*0,39*
Imbabura	*0,94*	*0,89*	*0,96*	*0,96*
Loja	*0,93*	*0,88*	*0,96*	*0,96*

Provincias	*LIFO*		*LOFI*	
	Guayas	*Pichincha*	*Guayas*	*Pichincha*
Los Ríos	*0,81*	*0,65*	*0,90*	*0,89*
Manabí	*0,75*	*0,54*	*0,86*	*0,85*
Morona Santiago	*0,97*	*0,94*	*0,98*	*0,98*
Napo	*1,00*	*0,99*	*1,00*	*1,00*
Orellana	*0,95*	*0,91*	*0,97*	*0,97*
Pastaza	*0,94*	*0,90*	*0,97*	*0,96*
Pichincha	*0,46*	-	*0,69*	*0,66*
Santa Elena	*0,92*	*0,86*	*0,96*	*0,95*
Santo Domingo	*0,93*	*0,87*	*0,96*	*0,96*
Sucumbíos	*0,95*	*0,91*	*0,97*	*0,97*
Tungurahua	*0,94*	*0,90*	*0,97*	*0,96*
Zamora Chinchipe	*0,99*	*0,98*	*0,99*	*0,99*

Elaboración: *DNICAPM*
Fuente: *Operadores económicos*

La Tabla precedente indica la evidencia cuantitativa para las provincias donde se ha registrado el origen de la comercialización de cerveza y el resto de las mismas. Está claro que la mayoría de los flujos de productos no satisfacen la prueba E-H, ya que tanto los flujos de consumo como de producción en la Tabla que antecede exceden estos umbrales del 25%. Los altos niveles de flujos comerciales de productos sugieren que los operadores económicos de este mercado enfrentan una competencia significativa de productores de otras regiones (y viceversa), lo que implica que el mercado es nacional.

[731] Conforme con el respaldo de la información y datos presentados, se concluye que el mercado aplicable al presente caso es de escala nacional.

1.1.1 Argumentación de los operadores denunciados en relación con el Mercado Revelante

[732] A través del anexo número dos del sexto escrito de prueba de las partes denunciadas, se manifestó:

6. Otros errores conceptuales y metodológicos de la Acusación de Abusos

(...)

6.1.1. No es integración vertical producir y distribuir a nivel mayorista: No existe integración vertical entre CN y Dinadec.

Según la autoridad, CN y Dinadec estarían verticalmente integradas porque CN y Dinadec son empresas vinculadas en propiedad accionaria y gestión, y porque CN vende toda su producción de cervezas a Dinadec, mientras que Dinadec se encarga de su comercialización y distribución en el territorio ecuatoriano (párrafo 233).

La autoridad sostiene que "HEINEKEN tiene una funcionalidad distinta en el tema de distribución, pues no tiene una estructura de integración vertical con sus distribuidores y/o mayoristas" (párrafo 260).

A juicio de la Autoridad. "la integración vertical entre CNy Dinadec les genera ventajas" (párrafo 290) y ello "facilita la comercialización de sus productos" (párrafo 235J.

Al respecto, se debe tener en cuenta que se denomi na integración vertical a la situación en la que empresas vinculadas en propiedad o gestión participa en diferentes eslabones de la cadena de valor de un producto o servicio.

CN y Dinadec no están "verticalmente integradas" en el sentido antes definido, porque no participan en eslabones distintos de la cadena de valor. La distinción entre un mercado de producción de cervezas y otro de comercialización o distribución es completamente artificia l, ya que todos los productores de bienes de consumo deben distribuirlos o hacerlos llegar a sus clientes, a lo menos, en el nivel mayorista.

Definición de Mercado Relevante de Producto segmentado en categorías de cervezas no tiene sustento

(...)

La Autoridad define tres mercados relevantes de producto, que son: (i) producción y comercialización de cervezas industriales econom1cas; (ii) producción y comercialización de cervezas industriales importadas; y. (iii) producción y comercialización de cervezas regulares. Es decir, concluye que no existiría competencia entre las cervezas que formarían parte de estas tres categorías de cervezas o que los consumidores, en caso de no estar disponible su primera alternativa, sustituyen o compran únicamente otra cerveza de la misma categoría de precio; como si el precio fuese la única variable de decisión.

(...)

Adicionalmente, es errado el ejercicio realizado por la SCPM para concluir que las cervezas económicas, regula res e importada s son mercados separad os. En efecto, para arribar a esta conclusión, la SCPM realiza tests de diferencias de medias entre los precios de conjuntos de marcas de cervezas, pero no mide las diferencias entre los precios promedio por mililitro de cada marca de cerveza industrial comercializada en el Ecuador entre 2018 y 2021, sino que sólo mide las diferencias de precios de conjuntos de marcas de cervezas que ya tenía categorizadas como económicas, importadas o regulares hacia el año 20 16, cuando aprobó la fusión entre SAB Miller y ABl nveb (ver párrafo 165 y nota al pie número 20).

(...)

En suma. no existe sustento a la afirmación de la SCPM en cuanto a que cada segmento de cerveza industrial (económica, importada y regular) conforme un mercado de producto separado o a que no exista sustitución alguna entre las cervezas de uno y otro segmento. Lo cierto es que las distintas marcas de cerveza son un reflejo de que este es un mercado de productos diferenciados (no diferentes), de modo que los cervezas de uno y otro segmento sí compiten entre sí, o bien, como dice la Comisión Europea, sí existe cierta sustitución entre las cervezas pertenecientes a distintos segmentos de precio.

El canal on trade es un mercado relevante distinto del canal off trade.

La SCPM concluye que el canal on trade y ojf trade formnn parte de un mismo mercado relevante a partir de un ejercicio que compran los precios por mililitro de cervezas que se comercializan en cada uno de esos canales, y que no arroja ría diferencias estadísticamente significativas en los precios de las cervezas que se comercializan en el canal on trade y off trade.

No obstante, nueva mente, la SCPM ignora las múltiples diferencias que existen entre ambos canales y que justifican su consideración como mercados diferentes.

(...)

En suma, y a partir de lo dicho anteriormente, se concluye que los mercados en los que participan CN/Dinadec son: (i) el mercado de producción y distribución de cerveza industrial en el canal 011 trade en Ecuador; y, (ii) el mercado de producción y distribución de cerveza industrial en el canal off[trade en Ecuador.

[733] Estas alegaciones serán consideradas en la definición de mercado relevante.

1.1.2 Mercado relevante determinado para el presente caso

[734] De acuerdo con los elementos aportados por la Intendencia y por las partes denunciadas, se considera para la definición del mercado los siguientes argumentos:

[735] A los mercados que concurren las partes denunciadas y denunciantes (sin determinar hasta este punto cuáles son) existen únicamente ellos como actores que pudieran representar en la otra presión competitiva.

[736] En el expediente SCPM-CRPI-2016-017, ya se consideró a la cerveza cómo una bebida en sí misma, sin sustitutos, en línea con los precedentes de agencias de competencia de otras jurisdicciones.

[737] La cantidad de cerveza artesanal producida es ínfima en relación con el volumen de cerveza industrial producida en el país y en los términos determinados por la Intendencia. Esta es la principal razón para descartarla como fuente de sustitución entre tipos de cerveza y como fuente de presión competitiva a los operadores económicos partes de este expediente.

[738] Pese a que para la Intendencia hay -como se hubiera esperado- diferencia en los precios de los tipos de cerveza de segmentos económicos, regulares e importadas, el volumen de producción del segmento regular es tan desmesuradamente elevado, que no se justifica partir en mercado por esos tres segmentos, manteniéndolo unificado.

[739] En cuanto a la competencia potencial y sustitución de oferta, destaca el detalle del elevado valor que activos específicos representan monetariamente, esto evidencia la dificultad de lo que debería ser una fácil y dinámica adopción de un nuevo proceso productivo para aquellos operadores económicos que estén inmersos en un proceso productivo aparentemente similar como es la producción de bebidas no alcohólicas.

[740] Dentro de la estructura productiva de las cervezas industriales, hay un canal de distribución que obedece casi exclusivamente a un solo agente de mercado, esto significa que un competidor potencial o entrante deberá desarrollar su propio canal de distribución o utilizar el canal del o los agentes ya establecidos, situación que dado el reducido número de participantes en ese proceso productivo -son únicamente dos- dificultaría mucho que derivara en una presión competitiva a los operadores económicos incumbentes en el corto y quizá mediano plazo.

[741] Para esta Comisión, en el contexto de este expediente, los gastos en publicidad no representan un costo hundido significativo, a diferencia del aspecto posicionamiento de marca. Éste ha estado vigente por décadas, por lo que su superación no es razonable en el corto plazo.

[742] Pese a que los operadores económicos y los precedentes de otras agencias de competencia señalan que hay diferencias entre los canales de distribución *on* y *off trade*, la gran mayoría de la distribución de los operadores económicos parte de este expediente se da a través del canal *off trade*.

[743] Además de las consideraciones de la importancia de los canales *on* y *off trade*, la Intendencia mostró evidencia estadística que sugiera que ambas modalidades de distribución son sustitutas entre sí, por lo que serán consideradas como una sola.

[744] En cuanto a cuotas de la concurrencia a la distribución de cervezas, por más que en este eslabón no se presente mayor especialización (como se presenta en el de producción), sólo hay dos operadores dedicados a esta actividad, y sus porciones de actividad son 7,48 y 92,52.

[745] Es decir, la distribución prácticamente le pertenece a un sólo operador económico, ergo existe un único canal de distribución y éste es dominado por DN directamente, y por CN de manera indirecta, dada su vinculación administrativa y de propiedad común.

[746] Una barrera de mercado importante en la distribución de cerveza se encuentra en que quien desee participar en ella tiene dos opciones, replicar un canal de distribución propio o emplear el ya existente.

[747] Existen indicios concluyentes acerca del alcance nacional de la distribución de cervezas.

[748] Esta autoridad coincide con los denunciados en que el tratamiento adecuado, para fines de este expediente, a la conexión existente entre CN y DN es que ambas empresas no pueden ser considerados operadores económicos independientes dada su vinculación de propiedad y administración común.

[749] Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto se encuentre partido por segmentos de categorías de cerveza.

[750] Esta Comisión no coincide con los denunciados en que los canales *on* y *off trade* sean mercados independientes.

[751] De acuerdo con los señalamientos precedentes, esta CRPI define al mercado relevante de este expediente como:

[752] El mercado relevante de la fabricación y distribución, en el canal *on* y canal *off*, de cerveza industrial, en sus distintas variedades, a nivel nacional, en el periodo 2018 al primer semestre de 2021.

1.2 Poder de Mercado

[753] Una vez establecido el mercado relevante, se analizará los principales aspectos que han permitido a este órgano de resolución determinar que los denunciados poseen poder de mercado. En términos conceptuales, la capacidad de ejercer poder de mercado que disponga el operador económico investigado constituye el elemento estructural indispensable para configuración de una infracción a la Ley por conductas de abuso de poder de mercado.

[754] La LORCPM, respecto del poder de mercado, señala en su artículo 7:

> *"Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado."*

[755] Esto se traduce en la facultad que tengan uno o varios operadores económicos para incrementar precios (sin aumentar concomitantemente sus costos) o excluir competidores, así como para reducir la frecuencia de un servicio, la calidad, la oferta o la innovación en sus productos, sin que existan otras fuerzas competitivas que pueden contrarrestar dichos efectos en el corto plazo[55].

[55] Niels. G., Jenkins H. y Kananagh, J. 2011. Economics for Competition Lawyers (pp. 118-121). New York, Estados Unidos de América. Oxford University Press.

[756] En este mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha señalado:

> *"Situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores."*[56]

[757] La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general, así como los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en la Ley.

1.2.1 Criterios para la configuración del poder de mercado

[758] Los criterios para determinar que un operador económico posee poder de mercado, en el mercado relevante, se encuentran establecidos en el artículo 8 de la LORCPM, de entre estos se destacan las condiciones respecto a la participación del operador investigado en el mercado relevante, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas[57], la capacidad de presión de los competidores, así como el diagnostico respecto a las barreras de entrada.

[759] Bajo este panorama, la caracterización del mercado se realizará, en función de la distribución de cuotas de participación e índices de concentración, calculados sobre las participaciones en el mercado relevante, de manera complementaria se analizarán las barreras de entrada al mercado. Cabe señalar que, si bien los índices y cuotas podrían no definir de forma inequívoca la posición de dominio de una empresa, son indicadores estructurales fundamentales en el análisis del derecho de competencia.

[760] La cuantificación de las cuotas de mercado considerarán la realidad del mercado relevante, en base a los criterios pertinentes entre los contenidos en el artículo 28 de la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM. En cuanto a los índices que caracterizan el mercado, se hace uso del Índice Herfindahl-Hirschmann o HHI[58],

---

56 Tribunal de Justicia de Unión Europea. 1978. Sentencia del 14 de febrero de 1978, asunto 26/76. Pp. 207. Traducción extraída de Tratado de Derecho de la Competencia, J.M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, vol.1 capítulo 8 (8.39).

57 Nótese que del artículo 8, letra a) de la LORCPM se observa que además de a cuota de mercado, también se debe considerar la posibilidad del operador económico de fijar precios unilateralmente o de restringir de forma sustancia el abastecimiento en el mercado relevante. Sin embargo, se considera que será más improbable que estas dos últimas circunstancias concurran, cuando la participación de mercado del operador económico en cuestión sea baja, pues aquello significará que existen otros operadores económicos que podrán competir arduamente, disciplinando cualquier intento de influir sobre los precios o el abastecimiento en el mercado por parte del operador económico concentrado.

58 Índice de Herfindahl e Hirschman HHI por sus siglas en inglés. Hirschman (1945). Herfindahl (1950).

Índice de dominancia MSS[59], entre otros, criterios que suelen ser usados para obtener indicios sobre el estado de situación de la competencia en cada mercado relevante y determinar las condiciones estructurales que favorecen a un operador económico disponer de poder de mercado.

[761] Los porcentajes de participación de cada una de las empresas en el mercado constituyen un primer indicio de la estructura del mercado. Aunque no existe un umbral de cuota de mercado[60] que defina que un operador económico posea poder de mercado, se aplican criterios comparativos de la experiencia del derecho de competencia.

[762] Las decisiones de la Comisión Europea se concentran en una posible posición dominante individual cuando las firmas ostentan cuotas de mercado superiores al 40%, en tanto que, cuotas de mercado extraordinariamente elevadas, superiores al 50%, son indicación de la existencia de una posición dominante[61].

[763] El Índice HHI es el indicador generalmente aceptado para establecer el nivel de concentración en el mercado relevante. Cuanto más cercano se encuentre a cero (0), el mercado se caracterizará como más competitivo, en tanto que, si el valor del índice tiende al máximo de diez mil (10.000), el mercado presentará mayor concentración. De acuerdo con la doctrina anglosajona, el HHI determina los siguientes niveles de concentración: a) por debajo de 1500 puntos el mercado no está concentrado; b) entre 1500 y 2500 puntos el mercado es moderadamente concentrado; y, c) por encima de los 2500 puntos corresponde a un mercado está altamente concentrado[62].

[764] El índice MSS de dominancia, por su parte, recoge en un solo indicador, varios de los criterios establecidos en las letras a, b y f del artículo 8 de la LORCPM. En específico, dicho índice calcula un umbral de poder de mercado, con base en las participaciones de las dos empresas más grandes en el mercado, para determinar la dificultad de entrada al mismo. En este sentido, si la cuota de mercado del operador económico líder supera el índice MSS, se evidenciará que el segundo

---

59 Índice de Dominancia de Melnik, Shy y Stenbacka – MSS (2007).

60 De forma comparativa, la letra b) del artículo 16 de la LORCPM establece el umbral de 30% para la obligatoriedad de la notificación de una operación de concentración económica, al considerar que cuotas más altas generan preocupaciones para el régimen de competencia.

61 Diario Oficial de las Comunidades Europeas. (2002). Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03). Apartado 75.

62 La Guía para el Control de Concentraciones Económicas del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de EE.UU (Horizontal Merger Guidelines, 2010) indica lo siguiente:

"Based on their experience, the Agencies generally classify markets into three types:
· Unconcentrated Markets: HHI below 1500
· Moderately Concentrated Markets: HHI between 1500 and 2500
· Highly Concentrated Markets: HHI above 2500"

Disponible en https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010.

competidor más grande en el mercado relevante –y mucho menos el resto de competidores- no podrá ejercer presión competitiva suficiente sobre el operador líder.

[765] De forma complementaria se considerarán otros indicadores que caracterizan el mercado y la posición del principal operador económico[63], tales como: el Índice de Dominancia, que mide la contribución de cada firma en el índice HHI; Dominancia de Kwoka, Concentración de Rosenbluth/ Hall y Tideman RHT, Índice de concentración industrial comprensivo CCI; Número de empresas equivalente al nivel de concentración; e, Índice de volatilidad del mercado.

1.2.2 Participantes en el mercado relevante, cuotas de mercado e índices

[766] Conforme se señaló previamente, la INICAPMAPR ha determinado que en el mercado relevante confluyen únicamente dos operadores económicos competidores entre sí, las cuotas de participación en función de sus volúmenes de ventas en el mercado relevante, y los principales indicadores se resumen en la siguiente tabla:

Tabla No. 1.- Cuotas de participación e índices

Operador Económico	2018	2019	2020	2021
GRUPO CN	[redacted]			
HEINEKEN				
Total				
HHI				
N equivalente				
I. Dominancia				
I. Dominancia Kwoka				
I. MSS				
RHT				
CCI				
I. Volatilidad				

Fuente: Expediente SCPM-CRPI-025-2022.
Elaboración: CRPI.

[767] Los datos indican claramente que, en el periodo de análisis, los operadores económicos investigados se presentan, consistentemente, como los líderes del mercado, con una ventaja muy significativa frente a la cuota de mercado de la empresa **HEINEKEN** en el mercado.

1.2.3 Concentración en el mercado relevante y dominancia

[768] En el periodo de análisis, el mercado se presenta como altamente concentrado, situación cercana a monopolio, conforme lo indica el nivel del índice HHI y en complemento con el resto de indicadores. Los operadores económicos líder concentra en promedio el 96 % del mercado en el periodo de análisis. Consecuentemente, el nivel de concentración es aquel en que existirían únicamente con una empresa en el mercado.

63 Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). 2013. *Medidas de concentración y estabilidad de mercado*. Consultado desde el enlace: https://issuu.com/quioscosic/docs/dt012/7.

[769] El nivel de dominancia absoluto muestra que la empresa competidora, tendría comparativamente una operación menor y que generaría poca competencia al operador líder. En este sentido, el Índice de dominancia MSS, que para el caso de dos empresas en el mercado corresponde a la cuota de la empresa de menor tamaño, es superado ampliamente por el operador económico líder en todos los periodos, como consecuencia, las empresas denunciadas tendrían la capacidad de actuar con un alto grado de independencia de su competidor en el mercado relevante.

[770] Esta característica se comprueba con los valores obtenidos por el resto de los indicadores, así el índice de dominancia de Kwoka, como el RHT y CCI tiende a uno, indicando que el mercado se orienta al caso de un monopolio, dada la baja presión que la competencia podría ejercer.

[771] Finalmente, el mercado muestra una inestabilidad mínima, dado que no existen cambios significativos en las cuotas de mercado interanuales de las empresas establecidas. Por lo tanto, las empresas mantuvieron su posición relativa, lo que sería un indicativo más de un bajo nivel de competencia.

[772] Conforme con lo señalado, el mercado de fabricación y distribución de cerveza industrial a nivel nacional, mantiene una estructura muy concentrada, con una importante -casi totalitaria- participación de los denunciados, que los caracteriza como empresas dominantes. En consecuencia, sus acciones tendrán consecuencias trascendentales sobre el mercado relevante y sus concurrentes.

1.2.4 Barreras de entrada al mercado de producción y distribución de cerveza industrial

[773] Acorde con lo dispuesto en el literal b) del artículo 8 de la LORCPM, el análisis de barreras de entrada es uno de los criterios principales para determinar que un operador dispone de poder de mercado. Las barreras de entrada se pueden definir como *"(...) aquellos factores que impiden o dificultan la entrada de nuevas empresas a competir en un sector, proporcionando ventajas competitivas a las empresas ya instaladas en él. De esta forma se convierten en una característica importante de la estructura de mercado (...)"*[64]. Estas pueden ser del tipo legal, estructural o estratégicas.

[774] Si bien el análisis de barreras de entrada es común en el control de las concentraciones económicas, también se puede utilizar en el análisis de conductas sustentadas en la existencia de poder de mercado. La importancia de las barreras de entrada se relaciona al efecto disuasorio que provoca el probable ingreso de nuevos competidores al mercado relevante, sobre las empresas establecidas y la situación de dominancia existente. En este sentido, al comprobarse la inexistencia o debilidad de las barreras, la participación de las empresas será más sencilla, de forma que, la posición de la líder representaría menor amenaza a la competencia. Por el contrario, si las barreras de entrada son significativas, la probabilidad de que potenciales participantes realicen una entrada rápida y reversible disminuye, y por tanto se potencia la posición dominante en el mercado.

---

64 Pinkas Flint, Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia (Fondo Editorial PUCP, 2022), 224.

[775] El análisis de barreras de entrada en un mercado relevante se basa en la evaluación de los criterios de oportunidad, probabilidad y suficiencia, a fin de determinar la posibilidad de mitigar los efectos anticompetitivos.

[776] De acuerdo con la Fiscalía Nacional Económica de Chile, la oportunidad responde a la *"(...) rapidez y continuidad asociado a la entrada, a efectos de determinar si la misma es capaz de disuadir o imposibilitar el ejercicio del poder de mercado por parte de los incumbentes"*[65]. La determinación de un periodo apropiado para que se produzca la entrada de nuevos competidores a un determinado mercado dependerá de sus características y dinámica. En este sentido, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos[66], así como la Comisión Europea[67], consideran oportunas aquellas alternativas de entrada que puedan lograrse dentro de dos años, periodo de tiempo suficientemente corto, capaz de disuadir o suprimir efectos anticompetitivos del aprovechamiento del poder de mercado.

[777] La probabilidad de entrada de un nuevo operador económico dependerá en gran medida de los beneficios esperados, teniendo en cuenta simultáneamente el efecto de la introducción de producción adicional al mercado sobre los precios y la respuesta de los competidores. La entrada no sería factible si se cumple que: *"(...) los costos que debe incurrir una empresa para entrar a un mercado son superiores a las ganancias esperadas de operar en el mercado (...)"*[68]. La medida en que los operadores potenciales restringen el poder de mercado de los actuales competidores depende de manera decisiva de los costos hundidos[69]. Además, la evidencia de casos pasados de entrada o la ausencia del mismo es de importancia al análisis prospectivo de probabilidad[70].

[778] Finalmente, la entrada debe ser suficiente en su naturaleza, magnitud y alcance para disuadir o contrarrestar efectos anticompetitivos[71]. Según la Comisión Europea, bajo la hipótesis de que la entrada sea rentable, la misma podría no ser suficiente si el monto del negocio que el nuevo entrante podría obtener sería tan pequeño o aislado que las firmas dominantes podrían todavía

---

65 Fiscalía Nacional Económica. Guía para el análisis de operaciones de concentración. 2012. P. 17. Consultado desde: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uloads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf.

66 Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América y Comisión Federal de Comercio. 2020. P. 32. Consultado desde: https:/www ftc.gov/sites/deafult/files/attachments/merger-review/100819mg.pdf.

67 Comisión Europea. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. 2004/C 31/03. 2004.

68 Op. Cit. Fiscalía Nacional Económica. P. 17.

69 Motta, M. 2018. Política de competencia. Teoría y Práctica. México: UNAM. P. 288.

70 Niels, G., Jenkins, H. y Kavanagh, J. Economics for Competition Lawyers. 2011. Oxford University Press.

71 Op. Cit. Fiscalía Nacional Económica, p. 17.

incrementar los precios en una porción significante del mercado[72]. Entonces, la entrada no puede valorarse como una restricción efectiva si su magnitud es marginal y no se orienta a disputar el segmento de negocios principal de las empresas en el mercado, en especial de la dominante.

[779] La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de colchones, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos.

1.2.1 Del poder de mercado para este caso

[780] De acuerdo con los elementos aportados por la Intendencia, se considera para el análisis de poder de mercado a los siguientes argumentos:

[781] El mercado definido es un mercado muy maduro.

[782] De acuerdo con la evolución histórica de las cuotas de mercado, este es un mercado muy poco disputable.

[783] Se tiene en cuenta que las preferencias de los consumidores ecuatorianos de cerveza pudieran ser consideradas como muy rígidas.

[784] Pese a que la capacidad ociosa de CN (que oscila en 30 % de su capacidad total de producción) no es cercana a cero, logra atender en promedio al 93 % del mercado, este hecho da cuenta de que un potencial entrante podría esperar que su aparición en el mercado pudiera generar una disminución de los precios de los productos de los denunciados.

[785] Las cuotas de mercado de los denunciados son estables y se encuentras por sobre el 90 % de mercado en todos los años analizados.

[786] Existe prácticamente un único canal de distribución de cervezas a nivel nacional.

[787] Se ha indicado la presencia de barreras de mercado, como una clientela que durante décadas ha conocido –prácticamente- a un único oferente de cervezas, esto repercute en que sus preferencias se han mantenido estáticas a lo largo del tiempo.

---

72 Op. Cit. Comisión Europea, p. 13.

[788] El mercado definido es un duopolio, cuyas cuotas distan de la mejor situación posible en un mercado de estas características, operadores independientes cada uno con 50 % de participación.

[789] Los precios y cantidades determinados para la demanda de los denunciados, dada su escala, son los mismos para el mercado.

[790] De acuerdo con los señalamientos precedentes, esta CRPI determina que en este expediente, los operadores económicos denunciados ostentan una posición dominante.

Análisis de la conducta

De los elementos requeridos para analizar una conducta de abuso de poder de mercado.

[791] La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado prescribe:

> *Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*
>
> *Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.*
>
> *La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.*

> *Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.*

[792] Es decir, que de acuerdo con la norma, para analizar una conducta de abuso de poder de mercado, en el presenta caso, deben confluir los siguientes elementos:

i. Elemento estructural:
   - ❖ Constatación de la condición de poder de mercado.

ii. Elemento conductual:
   - ❖ Configuración de una conducta tipificada en la LORCPM.
   - ❖ Hipótesis acerca de la teoría de daño de la conducta, a los bienes jurídicos protegidos por la LORCPM, en relación con el contexto legal y económico del caso.
   - ❖ Comprobación de la conducta a la luz de los elementos de descargo constantes en el expediente.

iii. Consecuencias del elemento conductual:
   - ❖ Efectos reales o potenciales relacionados con la conducta.
   - ❖ Nexo causal de los efectos de la conducta con el impedimento, restricción, falseamiento o distorsión a la competencia, o con un atentado contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

[793] Estas etapas se explican de la siguiente manera. Una empresa que ha alcanzado una posición dominante tiene políticas, estrategias y comportamientos comerciales en el mercado al que concurre. Si estas iniciativas se ajustaran a alguna infracción anticompetitiva, podría intuirse cómo esta pudiera afectar ilegalmente a sus competidores, a los consumidores o al interés general.

[794] Sin embargo, las empresas que protagonizan tales comportamientos pudieran demostrar que hubiese una explicación aceptable a sus actuaciones, y que éstas no ameritaran ser reprimidas por la autoridad. En caso de que esas explicaciones no fuesen suficientes, se debe evaluar si las estrategias analizadas han generado efectos en el mercado.

[795] Finalmente, los efectos detectados tienen que ser coherentes con la teoría del daño de la conducta y con los resultados teóricos esperables ajustados a la realidad del mercado de la empresa dominante.

[796] Los elementos expuestos representan etapas de evaluación que les será aplicada a cada una de las conductas señaladas por la Intendencia en el expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-018-2020.

[797] De acuerdo con el Informe Final, varias de las conductas están contenidas en los denominados programas ejercidos por los operadores denunciados, por lo tanto, se analizará programa a programa y dentro de cada uno de aquéllos, conducta a conducta, si éstas superan cada una de las etapas de evaluación indicadas *ut supra*.

[798] Luego de la culminación de la evaluación de las etapas descritas, esta Comisión podrá formar su voluntad administrativa en el expediente No. SCPM-CRPI-025-2022.

Del Programa Franquicia Bodega Pilsener

[799] Este programa consiste en la adición al esquema comercial de **CN** y **DINADEC** de puntos de distribución de cerveza bajo la figura de franquicia, en este sentido, los distribuidores franquiciados serían depósitos y bodegas de cerveza con importantes ventas de este producto, que, a cambio de ciertos beneficios, se vincularán a **DINADEC** mediante la suscripción de un contrato.

[800] Según el Informe de Resultados de la Intendencia, la celebración de este contrato se explica por:

> *En teoría la justificación principal para la creación de este esquema de franquicia es que los franquiciados serían distribuidores que llegarían a ciertos puntos que no logra llega DINADEC y gracias al CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, existirían ciertos beneficios, entre los principales, como lo indican los operadores económicos investigados, se encuentran:*
>
> *CN y DINADEC trabajan todos los días en estrategias que permiten llegar al consumidor final al menor costo posible, entendiendo aquí que la eficiencia en el proceso de distribución y sus canales son clave para lograr este objetivo. De esto da cuenta el hecho de que las zonas más alejadas a los puntos de fábrica son las más costosas de alcanzar y llegan, por tanto, con un precio más alto para el consumidor final.*
>
> *Una forma de conseguir estos objetivos es el establecimiento de puntos de venta oficiales con quienes se pueda establecer una relación directa. Conscientes de aquello, a fines de 2019, CN y DINADEC diseñaron un programa de franquicias para impulsar la creación de estos puntos de venta oficiales y expandir el acceso y distribución de sus productos en sectores periféricos, fronterizos y rurales. De esa manera se buscó responder a la necesidad de esas localidades, de tal forma que aquellos emprendedores que cumplen con las condiciones para ser incluidos en el programa, y lo solicitan voluntariamente, puedan formar parte del sistema y beneficiarse de un esquema de incentivos económicos diferente.*

Para lograrlo, se identificaron un total de 224 parroquias que, por condiciones de vialidad y ubicación, no mantienen un punto de abastecimiento oficial de producto de CN. Se detectó además que el índice de precios al consumidor en estas zonas es más alto que en las zonas urbanas, lo que reduce aún más la capacidad adquisitiva de sus habitantes y los desfavorece. En estas zonas más alejadas existen bodegas y canales que tienen un potencial de expansión significativo y que requieren para esto un modelo de negocio que represente menos riesgos y también un mecanismo de financiamiento[73].

[801] Para esta Comisión, los motivos por los cuáles los denunciados habrían concebido el contrato Franquicia Bodega Pilsener, son:

i. Calidad de distribuidores de los franquiciados.
ii. Establecimiento de puntos de venta oficiales con los que se pudiera formar una relación directa, que permitan expandir el acceso y distribución.
iii. Criterio de selección de esos locales en sectores periféricos, fronterizos o rurales.

[802] La Intendencia contrastó las justificaciones para la celebración este contrato de la siguiente manera:

[487] *Para corroborar lo expresado por los operadores económicos, este órgano de investigación una vez que tuvo toda la información presentada por los denunciados, verificó la información de cada uno de los franquiciados, con lo que pudo determinar lo siguiente:*

i. Que sería falso que los franquiciados, al menos en su mayoría, fuesen distribuidores, toda vez que la mayoría de los franquiciados son locales comerciales, tiendas de barrio, locales comerciales pequeños que no se pueden considerar como mayoristas; es decir, no son distribuidores y corresponden a locales comerciales.

[488] *Es así que de los 605 de franquiciados, conforme la tipología que realiza el propio operador en 2021, el 76,20% corresponden a mayoristas; el 19,67% son diversos tipos de comercios que han podido ser identificados; el 1,49% corresponden a distribuidores rurales; y, el 0,66% corresponden a tiendas tradicionales.*

[489] *Asimismo, conforme una verificación realizada a la información comercial reportada por cada uno de los franquiciados en las fuentes oficiales del SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, toda vez que, la gran mayoría tiene un Registro Único de Contribuyentes, de esta verificación se desprende los siguientes porcentajes:*

(...)

[73] ID trámite 184338, escrito de explicaciones de CN y DINADEC.

[490] *Se puede observar que apenas un 26% de los franquiciados conforme los datos del SRI serían distribuidores. De los 605 franquiciados: 298 serían tiendas o locales comerciales; 157 distribuidores; 134 se los clasifica como "otros" toda vez que su actividad económico* (Sic) *no puede ser encasillada ni en distribuidores o tiendas y 16 sin clasificación, por cuanto, de su RUC no se desprende información.*

ii. *Que sería falso que los franquiciados, en su mayoría, se encuentren en zonas rurales de difícil acceso para DINADEC, 307 de los franquiciados se encuentran en zonas urbanas y 282 están en zonas rurales; y, de 16 franquiciados no se puede obtener dicha información.*

Este hallazgo se lo realizó verificando la información comercial reportada por cada uno de los franquiciados en las fuentes oficiales del SERVICIO DE RENTAS INTERNAS y el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, toda vez que, la gran mayoría tiene un Registro Único de Contribuyentes y su respectiva dirección, puede ser verificada en el CNE para determinar si se encuentran en zonas rurales o urbanas.

(...)

iii. *De los 157 franquiciados que sí son distribuidores 89 se encontrarían en zonas urbanas y apenas 68 en zonas rurales.*

(...)

iv. *De los documentos que componen el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER se desprende la existencia de un Manual de Operación, uno de los documentos que conforman dicho Manual, corresponde al Manual Distribuidor Pilsener Urbano. Manual que, como su nombre lo indica, está dirigido a la Zona Urbana, no rural.*[74]

[74] En providencias de 28 de diciembre de 2021, a las 14h30; y, 17 de enero de 2022, a las 14h05; se requirió a los operadores económicos que presenten originales o copias del MANUAL DE OPERACIÓN mencionado en varias ocasiones en los contratos analizados, el cual conforme el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER es parte integral del mismo y debe ser cumplido por los franquiciados. En ID 226681, los operadores económicos dieron respuesta a los requerimientos de la Autoridad sobre el pedido del MANUAL DE OPERACIÓN, presentando el Manual de Distribuidor Pilsener Rural. Del análisis del Manual de Distribuidor Pilsener **Rural** se pudo determinar la existencia del Manual de Distribuidor Pilsener **Urbano**. En providencias 15 de febrero de 2022, a las 08h41; 22 de febrero de 2022 a las 16h46; y, 02 de marzo de 2022, a las 16h58, se requirió a los operadores económicos que presenten original o copias del Manual Pilsener **Urbano**. En ID. 229526, los operadores económicos indican que el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER nunca contó con un manual de operación, los manuales urbano y rural corresponderían a otro programa, denominado Distribuidor Pilsener; asimismo, que la información presentada la estarían haciendo de buena fe. Por tanto, para este órgano de investigación, como se expondrá en la parte pertinente del Informe, el haber presentado información que supuestamente era el MANUAL DE OPERACIÓN del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, para luego indicar que no existiría un MANUAL DE OPERACIÓN y que la información presentada correspondería a otros programas que no están siendo investigados, podría constituir una entrega de información falsa o engañosa a la Autoridad.

[491] *Los puntos expuestos desmienten la narrativa y justificación transversal de las conductas, potencialmente, abusivas de los contratos de FRANQUICIA BODEGA PILSENER, en cuanto a que éstos, supuestamente iban destinados a distribuidores que llegaban a puntos de comercialización que DINADEC no lo lograba.*

[492] *Por tanto, con base en lo expuesto, la justificación transversal para la existencia misma del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, para este órgano de investigación no puede ser considerada como factible.*

[803] De la revisión de lo manifestado en el informe final, la Intendencia al recoger lo señalado por los denunciados sostiene que 1.49 % de los 605 franquiciados tienen la calidad de distribuidores, sin embargo, 76.2 % de los 605 serían mayoristas.

[804] En este sentido, la Intendencia señala que 157 firmantes del contrato son distribuidores, 298 son tiendas o locales comerciales y a 134 se los califica como otros, según datos del SRI.

[805] En esta misma línea, se indica que, de los 157 distribuidores, 89 se encontrarían en zonas urbanas y 68 en zonas rurales, sin que se consideren los otros dos criterios de selección (localización en zonas periféricas o fronterizas) para los 68 distribuidores, e igualmente para el resto de franquiciados.

[806] En otros términos, no se evidencia cuál es el análisis realizado respecto de las zonas periféricas y fronterizas donde se pudieran encontrar el resto de franquiciados, lo que genera un fuerte grado de indeterminación respecto del análisis realizado por la intendencia de la justificación entregada por los denunciados.

[807] Al sopesar los motivos por los que se hubiesen celebrado los contratos Franquicia Bodega Pilsener, con los análisis de la Intendencia sobre los mismos, esta Comisión se separa de la conclusión de la Intendencia (*la justificación transversal para la existencia misma del contrato de franquicia bodega pilsener, no es factible*), por no haber considerado todos los criterios de selección, y todas las clasificaciones de cada franquiciado en función de los objetivos alegados por los denunciados.

De las cláusulas de exclusividad en el contrato Franquicia Bodega Pilsener

[808] El contrato Franquicia Bodega Pilsener, contiene cláusulas de exclusividad que, a criterio de la Intendencia, son anticompetitivas.

Cláusula segunda:

. **Productos Similares:** Son los productos no comercializados por la Franquiciante que tienen características o especificaciones parecidas o análogas a los Productos. En virtud de la naturaleza del Contrato de Franquicia "BODEGA PILSENER", de las inversiones realizadas por la Franquiciante, y de las prestaciones exclusivas que de él emanan, el Franquiciado no podrá comercializar Productos Similares.

Cláusula octava:

En virtud de la naturaleza del presente Contrato de Franquicia "BODEGA PILSENER", de las inversiones realizadas por la Franquiciante, y de las prestaciones exclusivas que de él emanan, el Franquiciado no podrá comercializar Productos Similares. La infracción a lo previsto en esta cláusula se tendrá como un incumplimiento grave.

Cláusula decimoquinta:

Abstenerse de comercializar, directa o indirectamente, Productos Similares a través del Punto de Comercialización del Sistema de Franquicia "BODEGA PILSENER". La infracción a lo previsto en esta cláusula se tendrá como un incumplimiento grave.

[809] Al respecto de estas cláusulas, la Intendencia en su informe señala:

[547] *En el presente caso, como se quedará claro en el presente acápite, las cláusulas impuestas por DINADEC y CERVECERÍA NACIONAL a sus franquiciados son tendientes a coartar la competencia horizontal en detrimento de HEINEKEN y cualquier otro operador económico que produzca y quiera distribuir "**productos similares**" a los producidos y ofertados por las denunciadas.*

[548] *Como se muestra a continuación, dentro de las cláusulas segunda, octava y décima quinta, esta Autoridad ha encontrado cláusulas de exclusividad explicitas, las cuales serían injustificadas. Lo expuesto, como resultado de la exclusividad vertical impuesta al franquiciante por parte del franquiciado al solicitar que éste último se abstenga de comercializar "Productos Similares".*

[549] *De acuerdo a la cláusula segunda del contrato, los "**Productos Similares**" son todos aquellos que tengan "[...] características o especificaciones parecidas o análogas a los Productos Pilsener". Así, el franquiciante estaría prohibido de comercializar estos productos de acuerdo al contrato.*

[550] *Es, en extremo claro, convirtiéndose en una evidencia que los productos con características similares, parecidas o análogas a las del franquiciante son todos los tipos de cerveza en sus distintas presentaciones. Sin embargo, en el mismo contrato se indican algunos de los productos de los operadores económicos:*

ANEXO 1. PRODUCTOS

Segmento	Dscto	Marcas
Estándar	10.00%	Suprema RB 550 cc
Tradicionales	1.50%	Pilsener Botella RB 600cc PilsenerLight Botella RB 550cc
Premium	3.00%	Budweiser Botella RB 550, Club Premium Botella RB 550
Super Premium	6.00%	Corona, Stella Artois, Becks, BBC, Leffe y Patagonia
Agua sin gas	15%	Manantial Sin Gas
Agua con gas	25%	Manantial Con Gas
Malta	10%	Pony Malta NRB 330cc, Pony Malta NRB 200cc, Pony Malta NRB 1000cc
Licor	50%	Origen

Fuente: *HEINEKEN*[75]

[551] *Las denunciadas a través de esta cláusula intentan impedir la venta de todo tipo de cerveza en sus distintas presentaciones, de sus competidores horizontales, que puedan expender los franquiciados, como se expone:*

> . **Productos Similares:** Son los productos no comercializados por la Franquiciante que tienen características o especificaciones parecidas o análogas a los Productos. En virtud de la naturaleza del Contrato de Franquicia "BODEGA PILSENER", de las inversiones realizadas por la Franquiciante, y de las prestaciones exclusivas que de él emanan, el Franquiciado no podrá comercializar Productos Similares.

Fuente: *HEINEKEN*[76]

[552] *Asimismo, podemos observar un texto parecido al de la cláusula octava, con la adición de que la comercialización de productos similares es considerada como un* ***incumplimiento grave****, como se expone a continuación:*

> En virtud de la naturaleza del presente Contrato de Franquicia "BODEGA PILSENER", de las inversiones realizadas por la Franquiciante, y de las prestaciones exclusivas que de él emanan, el Franquiciado no podrá comercializar Productos Similares. La infracción a lo previsto en esta cláusula se tendrá como un incumplimiento grave.

Fuente: *HEINEKEN*[77]

[75] ID 180179, Denuncia, CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, ANEXO 1.
[76] Ibíd., cláusula: DEFINICIONES.
[77] Ibíd., cláusula: COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS.

[553] *Lo propio está prescrito que en la cláusula décima quinta, correspondiente a las obligaciones del franquiciado, la cual expone:*

> Abstenerse de comercializar, directa o indirectamente, Productos Similares a través del Punto de Comercialización del Sistema de Franquicia "BODEGA PILSENER". La infracción a lo previsto en esta cláusula se tendrá como un incumplimiento grave.

Fuente: *CN, DN y BBPC*[78]

[554] *Queda clara la existencia de cláusulas de exclusividad injustificadas, potencialmente, abusivas en el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, hecho que para este órgano de investigación, adicionalmente, es un hecho no controvertido, como se indicó.*

[555] *Dicho esto, es importante regresar a la exposición de que las cláusulas de exclusividad injustificadas están prohibidas textualmente en nuestra legislación en los numerales 10, 11 y 19 del artículo 9 de la LORCPM y pueden ser consideradas como un tipo de abuso general conforme los numerales 1, 15 y 22 del mismo cuerpo normativo.*

[556] *Los motivos, principales, por el cual las cláusulas de exclusividad injustificadas son consideradas como potenciales abuso del poder de mercado, son:*

- *Las cláusulas de exclusividad injustificadas crean barreras de entrada artificiales, para potenciales competidores que quieran expender productos similares;*
- *Las cláusulas de exclusividad injustificadas dificulta la venta de productos similares de competidores horizontales;*
- *Las cláusulas de exclusividad injustificadas son un intento de exclusión a competidores horizontales, ya sea que quieran ingresar o se encuentren en el mercado y que quieran expender productos similares.*

[557] *En el presente caso este órgano de investigación considera que las cláusulas de exclusividad del contrato cumplen con los tres motivos indicados. Asimismo, se debe tomar en cuenta que la venta de productos similares por parte de los franquiciados,* ***está prohibida****, toda vez que la misma es considerada como un* ***incumplimiento grave*** *y de incurrir en el mismo, se procede a la aplicación de los mecanismos de enforcement de las condiciones abusivas, acarreando la terminación unilateral del contrato, la posibilidad de solicitar daños y perjuicios.*

[810] Ahora bien, la Intendencia en su análisis respecto de la justificación o no de las cláusulas de exclusividad expone:

[78] ID 226681, CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, cláusula: OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO.

[546] *Asimismo, se indicó que las cláusulas de exclusividad no son por objeto abusivas y que las mismas deben ser injustificadas. En el presente Informe se ha analizado cómo la justificación transversal propuesta por DINADEC para la implementación del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER no es plausible, toda vez que los franquiciados, simplemente, en su gran mayoría no son distribuidores ni se encuentran en zonas rurales.*

[563] *En el presente apartado se ha indicado que en las cláusulas del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER existen cláusulas de exclusividad y que, de vender productos similares sería considerado como un incumplimiento grave.*

[564] *Para que este elemento del tipo legal se cumpla, el dominante debe: fijar, imponer o establecer dichas condiciones o cláusulas abusivas. En el presente caso se puede colegir que las mismas han sido fijadas o establecidas en los contratos, se debe entender que es indiferente, si el presente contrato es o no de adhesión y las cláusulas no fueron "impuestas". Toda vez que el tipo legal establecido por el legislador, se cumple por el sólo hecho fijar o establecer dichas cláusulas injustificadas, como ocurre en la presente.*

[565] *Por tanto, se configura este elemento del tipo legal.*

i) Que la fijación, imposición o establecimiento de condiciones o cláusulas de exclusividad sea injustificada:

[566] *En el presente Informe se analizó la "justificación" transversal otorgada por los operadores económicos investigados para el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER y se ha expuesto, claramente, que la misma no es factible, toda vez que, la gran mayoría de los franquiciados no eran distribuidores mayoristas o no se encontraban en zonas rurales. Por tanto, a criterio de este órgano de investigación no es una justificación para el contrato y sus cláusulas abusivas de exclusividad materia de análisis.*

[567] *Asimismo, en cuanto a la justificación específica sobre las cláusulas de exclusividad, ya fue analizado en el punto correspondiente a los elementos transversales del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, los mismos se recapitulan a continuación:*

i. No es válido hacer un análisis extensivo del artículo 101 del TFUE e intentar aplicarlo a abuso del poder de mercado en nuestra legislación, toda vez que éste trata de conductas restrictivas a la competencia, mas no, de abuso del poder de mercado; es decir, el artículo 101 del TFUE es asimilable al artículo 11 y no el 9 de la LORCPM;

ii. El hecho de que no exista un lineamiento por parte de la SCPM con respecto a los contratos de franquicia, no significa que se pueda inobservar lo establecido en el artículo 9 de la LORCPM;

iii. *El aducir que el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER tiene justificación en beneficios a puntos de distribución que no existían puntos de venta o no llegaba DINADEC es un argumento inválido que fue rebatido;*

iv. *En el presente caso la competencia inter-marca es débil, tomando en cuenta las cuotas de participación de los incumbentes.*

v. *Cualquier "eficiencia" en la disminución de asimetrías o alineación de objetivos argüidos en la implementación estas cláusulas de exclusividad, no son mayores a los perjuicios del establecimiento de barreras de entrada artificiales que impidan el ingreso de nuevos competidores o, que dificulten la permanencia de competidores actuales, en un mercado en el que la competencia es débil.*

[568] *Por lo expuesto, lo argüido por DINADEC y CERVECERÍA NACIONAL, no es una "justificación" para la imposición de cláusulas o condiciones de exclusividad.*

[569] *Por tanto, se configura este elemento del tipo legal.*

[811] Acerca de esta posible conducta, la parte denunciante en su escrito de alegatos manifiesta:

> *71. Conforme fue señalado en la Denuncia y recogido por la Intendencia en la Formulación de Cargos e Informe Final, el Contrato de Franquicia Bodega Pilsener contiene cláusulas de exclusividad que obliga a los minoristas o distribuidores que suscriban dicho contrato a comprar cerveza únicamente de GRUPO CN. Estas cláusulas se encuentran a lo largo de todo el Contrato de Franquicia Bodega Pilsener, en particular en las cláusulas 2.10, 2.11, 8.4 y 15.*
>
> *81. La revisión del Contrato de Franquicia Bodega Pilsener, permite confirmar,sin lugar a duda, la existencia de una condición de exclusividad explícita en dicho contrato. Dicha exclusividad consiste en la prohibición de la comercialización de cervezas, entre otros productos, de terceros distintos a GRUPO CN.*
>
> *82. Conforme lo señala la Intendencia en el Informe Final, las condiciones de exclusividad no son por sí mismas o por su objeto consideradas como un abuso de poder de mercado sino únicamente cuando estas afectan a la competencia. Esto puede ocurrir principalmente cuando el operador económico que la practica tiene poder de mercado y la competencia inter-marca es débil. Es en estas circunstancias cuando el establecimiento de condiciones de exclusividad puede afectar a la competencia al generar efectos exclusorios.*
>
> *83. En efecto, si el operador económico dominante establece condiciones de exclusividad en los canales de distribución de los productos, estas previenen que competidores puedan acceder a esos canales de distribución o clientes. Es decir, generan un efecto exclusorio o de cierre de mercado, conforme se grafica en el siguiente cuadro que fue parte de la Denuncia.*

Respecto de los requisitos de la conducta:

i) Existencia de poder de mercado: Conforme ha sido señalado en el punto 3.1. de este escrito de alegatos, es evidente que GRUPO CN goza de poder de mercado, cumpliéndose plenamente este requisito.

ii) ii) Establecimiento de cláusulas de exclusividad: Conforme lo señalado en este punto, también es evidente la existencia de cláusulas de exclusividad en el Contrato de Franquicia Bodega Pilsener, cumpliéndose con este requisito.

iii) iii) Afectación un bien jurídico protegido: En el presente caso, es evidente que las conductas investigadas tienen la capacidad y han afectado a la competencia. El establecimiento de cláusulas de exclusividad con el objetivo de evitar que competidores de los puntos de venta a los que llega GRUPO CN genera el efecto exclusorio o de cierre de mercado que persigue la LORCPM.

iv) iv) Cláusulas de exclusividad injustificadas: Una cláusula de exclusividad que genere una afectación a la competencia por sí misma puede considerarse como injustificada. Sin embargo, en ciertas ocasiones, esta afectación a la competencia puede ser subsanada o compensada con algún beneficio que se derive de dicha restricción, es decir con algún justificativo. Es por ello que, para estas conductas, al igual que con otras, la LORCPM prevé que puedan ser justificadas. Como lo ha señalado la Intendencia en el Informe de Resultados, Formulación de Cargos y en el Informe Final33, los justificativos propuestos por GRUPO CN carecerían de sustento alguno. El único justificativo propuesto, consiste en señalar que el Programa de Franquicia Bodega Pilsener estaría dirigido a zonas rurales a las que no llega la fuerza de distribución de DINADEC. Esto ha sido probado falso, por parte de la Intendencia por lo puede concluirse que las condiciones establecidas por GRUPO CN, constituyen una exclusividad injustificada.

[812] Ahora bien, con la evaluación de la configuración de la conducta de cláusulas de exclusividad, esta Comisión destaca los siguientes aspectos:

[813] La Intendencia acepta que las cláusulas de exclusividad no son conductas analizadas por su objeto, es decir, no son sancionables por su propia existencia y, por el contrario, para que proceda su prohibición y sanción, éstas deben ser injustificadas.

[814] En este sentido, la Intendencia en sus informes enfoca su análisis de la justificación desde la perspectiva de las cláusulas de exclusividad del Contrato Bodega Pilsener.

[815] Al respecto, la Intendencia sostiene que la justificación específica sobre las cláusula de exclusividad se basa en la refutación de los argumentos presentados por los denunciados en relación con franquicias, y señalando –entre otras razones- que cualquier *"eficiencia" en la disminución de asimetrías o alineación de objetivos argüidos en la implementación estas cláusulas de exclusividad, no son mayores a los perjuicios del establecimiento de barreras de entrada artificiales*, sin que obren en el expediente mediciones, estimaciones o aproximaciones a los beneficios y perjuicios apuntados por el órgano de investigación.

[816] Sin embargo, la Intendencia deja un vacío entre la explicación del porqué del carácter injustificado del contrato Bodega Pilsener, la explicación de las franquicias en general y la explicación del porqué del carácter injustificado de las cláusulas de exclusividad, materia de análisis en este expediente. Por un lado, se analiza el porqué del carácter injustificado del contrato, mientras que por otro se analiza la conducta mediante la cláusula de exclusividad sin que se analice su falta de justificación.

[817] En otros términos, la Intendencia debió analizar y concluir sobre la falta de justificación de la cláusula para configurar la conducta al tipo de infracción contenida en la Ley.

[818] La parte denunciante coincide con la Intendencia en que el análisis de la justificación de las cláusulas de exclusividad se desarrolla mediante las justificaciones del Contrato Bodega Pilsener.

[819] Esta situación resulta especialmente importante ya que esta Comisión, al revisar el informe Final de la Intendencia no encuentra un análisis propio y específico respecto del por qué no estarían justificadas las cláusulas contractuales y en particular de la cláusula de exclusividad señalada por la Intendencia como anticompetitiva.

[820] En este sentido, no resulta claro cómo la falta de justificación de los contratos suple una revisión del porqué del carácter injustificado de la fijación de cláusulas de exclusividad dentro de esos contratos, que a entendimiento de esta CRPI requiere incluso un análisis extenso e individualizado de sí mismas; que abarque además las características legales y económicas de este caso en cuestión, lo que, como se ha dicho, en el informe de la Intendencia no ha ocurrido.

[821] Acerca de la evaluación de la primera etapa del elemento conductual –configuración de una conducta tipificada en la LORCPM–, esta CRPI manifiesta:

- Se ha determinado la existencia de cláusulas de exclusividad.
- No se ha sustentado adecuadamente un análisis acerca de si la existencia de las cláusulas de exclusividad fuese razonable, y que como consecuencia de su irracionabilidad las mismas llegasen a ser injustificadas.
- La determinación del carácter injustificado de cláusulas de exclusividad es un elemento esencial en la evaluación por efectos de este tipo de conducta.
- La Intendencia ha manifestado que la ausencia de la presentación de una justificación a la imposición de cláusulas de exclusividad, por parte de los operadores investigados, equivale a que tales cláusulas sean injustificadas.

[822] Al respecto, esta CRPI indica que tal ausencia, no es suficiente para configurar este tipo a la luz de la LORCPM, en concomitancia con la falta de determinación del carácter injustificado determinado en la norma, por parte del órgano de investigación.

[823] En mérito de la examinación de los aspectos de esta sección, esta Comisión determina que no se ha configurado el tipo: "*Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados*".

[824]Al no contar con una conducta que se adecue a lo prescrito en el numeral 19 del artículo 9 de la LORCPM, es imposible pasar a la siguiente etapa de análisis del elemento conductual, ya que el establecimiento de una teoría del daño se requiere de la calificación previa de la conducta anticompetitiva.

[825]Por estas razones, esta Comisión concluye el análisis de las cláusulas de exclusividad de los contratos Bodega Pilsener.

De la fijación de precios de reventa en el contrato Franquicia Bodega Pilsener

[826]El contrato Franquicia Bodega Pilsener, contiene cláusulas que sugieren o fijan precios, sobre estas la Intendencia ha apuntado:

- ***Respecto al numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM***

[575] *En el presente Informe se explicó, ampliamente, el por qué los precios de reventa injustificados son considerados como un abuso del poder de mercado y cuáles son las principales afectaciones tanto en la competencia como al bienestar general, a saber:*

i. *La disminución de precios competitivos al existir un precio fijo para los distribuidores o vendedores;*

ii. *La presencia de potenciales precios inflados;*

iii. *Potenciales acuerdos colusorios;*

iv. *Disminución de la competencia intra-marca, toda vez que los distribuidores o vendedores no pueden competir en precios entre sí y deben obedecer los precios fijados;*[79]

v. *Coartan los incentivos que tienen los distribuidores o vendedores para tener precios más eficientes;*

vi. *Afectación a los consumidores finales, quienes no pueden acceder a precios de mercado por la existencia de precios de reventa.*

[576] *El tipo legal para la configuración de los precios de reventa injustificados en nuestra legislación es el siguiente:*

"20.- La fijación injustificada de precios de reventa."

[79] Vid. Patrick Rey y Thibaud Vergé. "Resale Price Maintenance and Interlocking Relationships." *The Journal of Industrial Economics* 58, no. 4 (2010): 928–61. http://www.jstor.org/stable/40985726.

[577] *Toda vez que es una modalidad de abuso del poder de mercado, prescrita en el artículo 9 de la LORCPM, los requisitos cumulativos para su configuración son los siguientes:*

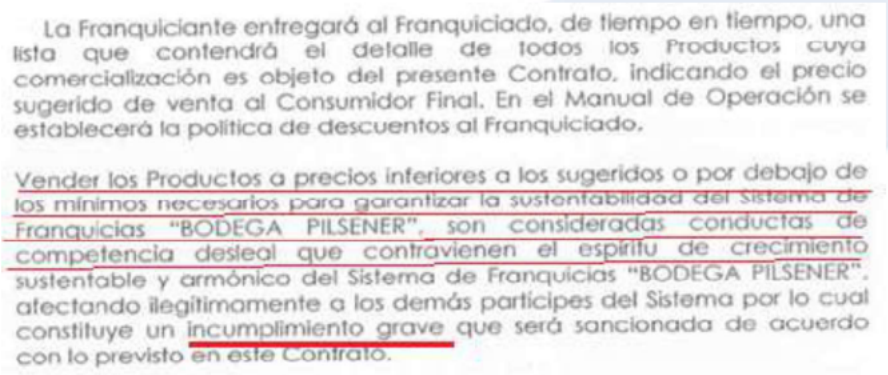
i. La existencia de un operador económico que ostente poder de mercado;

ii. La fijación de precios de reventa;

iii. Que la fijación de precios de reventa sea injustificada; y,

iv. Afectación a un bien jurídico protegido, competencia, eficiencia económica, bienestar general.

[578] *En el contrato de franquicia BODEGA PILSENER se ha identificado la fijación de precios de reventa en la cláusula octava y décima quinta. A pesar de que en el contrato se describa a los precios como "sugeridos", en ambas cláusulas, se indica, claramente, la existencia de sanciones que se impondrán al franquiciado en caso de* ***competir*** *legítimamente* ***intra-marca*** *con el resto de franquiciados y vender los productos de Bodega Pilsener a un precio inferior al señalado.*



La Franquiciante entregará al Franquiciado, de tiempo en tiempo, una lista que contendrá el detalle de todos los Productos cuya comercialización es objeto del presente Contrato, indicando el precio sugerido de venta al Consumidor Final. En el Manual de Operación se establecerá la política de descuentos al Franquiciado.

Vender los Productos a precios inferiores a los sugeridos o por debajo de los mínimos necesarios para garantizar la sustentabilidad del Sistema de Franquicias "BODEGA PILSENER", son consideradas conductas de competencia desleal que contravienen el espíritu de crecimiento sustentable y armónico del Sistema de Franquicias "BODEGA PILSENER", afectando ilegítimamente a los demás partícipes del Sistema por lo cual constituye un incumplimiento grave que será sancionada de acuerdo con lo previsto en este Contrato.

Fuente: *HEINEKEN*[80]

[...]

[80] ID 180179, Denuncia, CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, cláusula: COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS.

Abstenerse, en todo momento, de realizar o participar de cualquier manera en prácticas o actos de competencia desleal con relación a los demás Franquiciados del Sistema de Franquicias "BODEGA PILSENER" y demás competidores en el mercado. Constituirán indicios de mala fe, así como prácticas graves de competencia desleal (y por lo tanto incumplimiento grave a este Contrato), entre otras conductas: (i) atendidas las circunstancias, la venta de los Productos a precios inferiores a los sugeridos para todo el Sistema de Franquicia "BODEGA PILSENER"; y, (ii) el incumplimiento de este Contrato o de la Normativa Legal, cuando de tal infracción se generasen ahorros o ventajas comerciales para el Franquiciado. La infracción a lo previsto en esta cláusula se tendrá como un incumplimiento grave.

Fuente: *CN, DN y BBPC*[81]

[579] *Como se puede apreciar los operadores económicos investigados prohíben la* ***competencia intra-marca*** *entre sus franquiciados, esta forma de* ***competencia legítima*** *es sancionada y, curiosamente, sería considerada como "competencia desleal". Asimismo, si un franquiciado quisiese competir con el resto de franquiciados a través de precios inferiores hacia los consumidores finales, sería considerado como un incumplimiento grave, la cual es una causal de terminación del contrato y, puede derivar en daños y perjuicios.*

[580] *Por tanto, simplemente, a criterio de esta Autoridad, no existe una sugerencia de precio o un "****precio sugerido****". Toda vez que el mismo es un precio impuesto por los dominantes, so pena, de ser considerado como un incumplimiento grave.*

[581] *Se debe tener en cuenta que al impedir la* ***competencia intra-marca*** *a los franquiciados, de igual manera, existiría una afectación al consumidor final, por cuanto, éste, simplemente, no se podrá beneficiar de* ***"precios inferiores a los sugeridos"****, so pena que los franquiciados incurran en un incumplimiento grave.*

[582] *Por tanto, conforme lo expuesto, se cumple cada uno de los requisitos cumulativos para configurar el tipo legal:*

i) La existencia de un operador económico que ostente poder de mercado:

[583] *En el presente Informe se ha corroborado cómo los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC ostentan poder de mercado en los mercados relevantes determinados; por tanto, el elemento estructural transversal a todas las conductas de abuso del poder de mercado se cumple.*

ii) La fijación de precios de reventa:

[584] *En el presente apartado se ha expuesto las cláusulas del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER que contienen precios mínimos de reventa –*

[81] ID 226681, CONTRATO DE BODEGA FRANQUICIA BODEGA PILSENER, cláusula: OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADO.

precios inferiores a los sugeridos-, así como, cómo el incumplir dicha condición es considerado como un incumplimiento grave.

[585] *Por tanto, se configura este elemento del tipo legal.*

iii) Que la fijación de precios de reventa sea injustificada:

[586] *En el presente Informe se analizó la "justificación" transversal otorgada por los operadores económicos investigados para el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER y se ha expuesto, claramente, que la misma no es factible, toda vez que, la gran mayoría de los franquiciados no eran distribuidores mayoristas o no se encontraban en zonas rurales. Por cuanto, a criterio de esta Autoridad no es una justificación real para haber desarrollado el contrato investigado, con sus cláusulas abusivas, en la presente: fijación de precios de reventa injustificados.*

[587] *Asimismo, en cuanto a la justificación específica sobre la fijación de precios de reventa, como se expuso, no se dio justificación alguna. Los denunciados se limitaron a exponer que los precios mínimos de reventa no fueron implementados; y, de haber sido implementados, no se habría verificado su cumplimiento.*

[588] *Es decir, lo expuesto por DINADEC y CERVECERÍA NACIONAL, no es una "justificación" para la imposición de los precios de reventa y que no se configure el elemento "injustificada" del tipo legal. Lo expuesto por los denunciados, simplemente, expone que los precios de reventa no habrían tenido efectos en el mercado, mas no, que hayan sido justificados.*

[589] *Por tanto, se configura este elemento del tipo legal.*

[827] Acerca de esta conducta, la parte denunciante argumenta:

89. El Contrato de Franquicia Bodega Pilsener, también contiene provisiones relacionadas con el establecimiento de precios de reventa. Estas provisiones se encuentran detalladas en las cláusulas octava y décima quinta del contrato en cuestión.

95 Una vez que se ha comprobado la existencia de precios de reventa por parte de GRUPO CN, es importante analizar la capacidad de generar efectos anticompetitivos de este tipo de condiciones. Los efectos anticompetitivos que la teoría económica ha identificado en relación con los precios de reventa son descritos en el Informe Final. Estos efectos pueden ser resumidos de la siguiente manera:

i) La existencia de precios de reventa puede evitar que existan precios competitivos en el mercado o incluso generar precios inflados o supracompetitivos. Esto ocurre principalmente en el caso de precios de reventa establecidos por un operador económico dominante en donde en un escenario de competencia inter-marca

reducida o inexistente38 cobra relevancia la competencia intra-marca. En el presente caso, no existiría competencia intra-marca a nivel de precios ya que los franquiciados y demás clientes de GRUPO CN39 estarían prohibidos de vender por debajo del "precio sugerido". Es justamente esta limitación en relación con los precios de venta al consumidor, que genera la limitación a la competencia antes descrita. Visto desde la óptica de la conducta de abuso de poder de mercado, esta limitación genera precios supracompetitivos que a su vez tienen un efecto explotativo.

ii) Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que el establecimiento de precios de reventa por parte del operador económico dominante también puede generar efectos exclusorios; lo cual es importante tomar en cuenta al analizar la conducta como abuso de poder de mercado. A criterio de HEINEKEN ECUADOR, este punto no ha sido suficientemente desarrollado en el Informe Final por lo que es importante que sea tomado en cuenta por la CRPI.

Visto como una conducta excluyente, el establecimiento de precios de reventa por parte del operador económico dominante, que generen precios y márgenes supracompetitivos genera un incentivo a los puntos de venta para que no compren producto de la competencia. Esto debido a que, al establecer un precio de reventa, el operador económico dominante está garantizando al punto de venta un margen específico que es capaz de mantenerse en vista que el resto de los puntos de venta están obligados a cumplir con dicho precio. En ese sentido, al tener que cumplir con un precio de reventa que le garantiza un margen y le aísla de la competencia intra-marca el punto de venta, en este caso el Franquiciante, tiene un incentivo para continuar comprando al operador económico dominante y no a otros competidores.

iii) Precios de reventa injustificados: La fijación de precios de reventa que generen una afectación a la competencia puede considerarse injustificada por sí misma. Sin embargo, en ciertas ocasiones, esta afectación puede ser subsanada o compensada con algún beneficio que se derive de dicha restricción, es decir con algún justificativo. Es por ello que, para estas conductas, al igual que con otras, la LORCPM prevé que estas puedan ser justificadas. En el presente caso, GRUPO CN no ha ofrecido ninguna justificación para el establecimiento de este tipo de restricciones. Por el contrario, incluso ha reconocido que dicha conducta sería anticompetitiva conforme fue señalado en el escrito de explicaciones y es reproducido en el Informe Final.

[828] En relación con la evaluación de la configuración de la conducta de fijación de precios de reventa, esta Comisión resalta lo siguientes aspectos:

[829] La Intendencia expone las cláusulas mediante las cuales se sugieren o imponen precios.

[830] La Intendencia acepta que la fijación de precios debe ser injustificada.

[831] La parte denunciante argumenta que los denunciados no han presentado justificaciones para el supuesto establecimiento de precios de reventa.

[832] La Intendencia enfoca el análisis de una posible conducta desde la perspectiva de las cláusulas de sugerencia o fijación de precios, mientras que evalúa la determinación del porqué del carácter injustificado de esas cláusulas desde las razones mediante las que los denunciados justificaron la celebración de los Contratos Franquicia Bodega Pilsener.

[833] En otros términos, el análisis principal de la Intendencia recayó sobre la justificación del contrato de franquicia en sí, no obstante, no realizó un análisis propio de la justificación de la cláusula de fijación de precios de los hoy denunciados a sus distribuidores.

[834] En este sentido, la Intendencia sostiene que la justificación específica sobre las cláusulas de sugerencia o fijación de precios se basa en la refutación de los argumentos presentados por los denunciados en relación con franquicias. Sin embargo, respecto de la justificación específica de la fijación de precios de reventa, la Intendencia señala que no recibió ninguna.

[835] De la revisión del Informe de Resultados y del Informe Final se desprende la ausencia de un señalamiento por parte de la Intendencia a las razones por las que el órgano de investigación considera que la sugerencia o fijación de precios de reventa sean injustificadas, en atención a las características económicas y legales del caso en resolución.

[836] La Intendencia, nuevamente deja un vacío entre la explicación del porqué del carácter injustificado del contrato Bodega Pilsener, la explicación de las franquicias en general y la explicación del porqué del carácter injustificado de las cláusulas de sugerencia o fijación de precios de reventa, materia de análisis en este expediente. Por un lado, se analiza el porqué del carácter injustificado del contrato, mientras que por otro se analiza la conducta mediante dichas cláusulas.

[837] Esta situación resulta especialmente importante ya que esta Comisión, al revisar el informe Final de la Intendencia, no encuentra un análisis propio y específico respecto del porqué no estarían justificadas las cláusulas contractuales y en particular de las cláusulas de sugerencia o fijación de precios de reventa, señaladas por la Intendencia como anticompetitivas.

[838] En este sentido, no resulta claro cómo la falta de justificación de los contratos suple una revisión del porqué del carácter injustificado de las cláusulas de sugerencia o fijación de precios de reventa dentro de esos contratos, que a entendimiento de esta CRPI requiere incluso un análisis extenso e individualizado de sí mismas; que abarque además las características legales y económicas de este caso en cuestión, lo que, como se ha dicho, en el informe de la Intendencia no ha ocurrido.

[839] Acerca de la evaluación de la primera etapa del elemento conductual –configuración de una conducta tipificada en la LORCPM-, esta CRPI manifiesta:

- Se ha determinado la existencia de cláusulas de sugerencia o fijación de precios.
- No se indica a qué productos se le habría sugerido o impuesto precios de reventa.
- No se indica los montos a los que ascenderían los precios sugeridos o fijados.
- No se ha sustentado adecuadamente un análisis acerca de si la existencia de las cláusulas de sugerencia o fijación de precios de reventa fuese razonable, y que como consecuencia de su irracionabilidad las mismas llegasen a ser injustificadas.
- La determinación del carácter injustificado de estas cláusulas es un elemento esencial en la evaluación por efectos de este tipo de conducta.
- La Intendencia ha manifestado que la ausencia de la presentación de una justificación a la imposición de cláusulas de sugerencia o fijación de precios de reventa, por parte de los operadores investigados, equivale a que tales cláusulas sean injustificadas.

[840] Al respecto, esta CRPI indica que tal ausencia de la justificación no es suficiente para configurar este tipo a la luz de la LORCPM, en concomitancia con la falta de determinación del carácter injustificado determinado en la norma, por parte del órgano de investigación. Por el contrario, tal situación exige que la Intendencia deba realizar una argumentación propia del porqué dicha cláusula generaría un daño en el mercado que se encuentre proscrito en la Ley.

[841] En mérito de la examinación de los aspectos de esta sección, esta Comisión observa que, si bien existe una fijación de precios de reventa vía cláusulas contractuales, la falta de un análisis que permita entender el por qué ésta tiene el carácter de injustificado conlleva a que no se configure de forma perfecta lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM: "*La fijación injustificada de precios de reventa*".

[842] Al no tener una conducta que se adecue a lo prescrito en la LORCPM, es imposible pasar a la siguiente etapa de análisis del elemento conductual, ya que para establecer una teoría del daño se requiere de una conducta anticompetitiva.

[843] En adición, esta Comisión resalta que, en relación con conductas de fijación de precios de reventa, es imposible plantearse una teoría del daño sin conocer aspectos nucleares como los precios y los productos involucrados en la conducta, análisis que tampoco ha tenido lugar en el presente caso.

[844] Por estas razones, esta Comisión desestima la conducta analizada.

[845] Es necesario en este punto detallar por qué la ausencia de los elementos precio y costos llevan a descartar conductas relacionadas con afectación de precios.

[846] Si bien la LORCPM no prescribe esos detalles en el numeral 20 de su artículo 9, este tipo no puede entenderse aislado, ni inconexo a lo dispuesto en el inicio de ese mismo artículo, especialmente en referencia a:

"(...) por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general".

[847] Por lo tanto, si bien la norma no indica explícitamente que se requiera de precios y costos en el numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM, lo indica implícitamente, pues si no se cuenta con esos elementos, es imposible realizar un análisis de conductas anticompetitivas que permita arribar a la conclusión que una actuación de fijación de precios injustificados de reventa por cualquier medio impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, afecte negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

[848] En este respecto, la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, coincide con la apreciación de esta CRPI en cuanto a la necesidad de la disponibilidad de elementos como precios y costos para determinar inmediatamente el carácter restrictivo de conductas relativas a afectación a precios y mediatamente la afectación a la competencia, la eficiencia o los consumidores; tal como se ve a continuación:

*C. **Conducta excluyente basada en el precio***

23. Las consideraciones de los apartados 23 a 27 se aplican a la conducta excluyente basada en el precio. Una fuerte competencia de precios suele ser beneficiosa para los consumidores. Por lo general la Comisión sólo intervendrá con objeto de impedir el cierre anticompetitivo del mercado cuando la conducta en cuestión pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante.

24. Sin embargo, la Comisión reconoce que en ciertas circunstancias un competidor menos eficaz también puede ejercer una presión que debe tenerse en cuenta al considerar si una determinada conducta basada en el precio da lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La Comisión aplicará un enfoque dinámico al examinar esta presión, dado que si no existe una práctica abusiva dicho competidor puede beneficiarse de ventajas relacionadas con la demanda, tales como efectos de red y de aprendizaje, que tenderán a mejorar su eficiencia.

25. Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La Comisión utilizará la información sobre costes de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre costes de los competidores u otros datos fiables comparables.

26. Los parámetros de coste que la Comisión podrá utilizar son el coste medio evitable («AAC») y el coste incremental medio a largo plazo («LRAIC») (2). El hecho de no cubrir el AAC indica que la empresa dominante está sacrificando beneficios a corto plazo ya que un competidor con igual grado de eficiencia no puede suministrar a los clientes sin incurrir en pérdida. El LRAIC suele ser superior al AAC porque, contrariamente al AAC (que solamente incluye los costes fijos si ha incurrido en ellos durante el periodo examinado), el LRAIC incluye los costes fijos específicos del producto contraídos antes del periodo en que tuvo lugar la presunta conducta abusiva. El hecho de no cubrir el LRAIC indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado.

De los descuentos retroactivos en el contrato Franquicia Bodega Pilsener

[849]El contrato Franquicia Bodega Pilsener, contiene cláusulas que implican indicios de un esquema de descuentos retroactivos. Al respecto, la Intendencia exhibe:

1.1.1. Descuentos e incentivos en el CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER :

[609] *En este programa de franquicia se pudo determinar en la cláusula "BENEFICIOS A FAVOR DEL FRANQUICIADO", la entrega de descuentos e incentivos por el cumplimiento de condiciones extras. Como se puede apreciar los incentivos eran los siguientes:*

BENEFICIOS A FAVOR DEL FRANQUICIADO. –

Además del uso de los Derechos de Propiedad Intelectual y del acceso al Sistema de Franquicia "BODEGA PILSENER", la Franquiciante otorga al Franquiciado los siguientes beneficios:

yyyyyy) El diseño y montaje del Punto de Comercialización, incluyendo el montaje de la publicidad, que correrán por cuenta de la Franquiciante;
zzzzzz) La entrega de todos los artes necesarios para la imagen del Punto de Comercialización;
aaaaaaa) La capacitación y entrenamiento al Franquiciado y su personal para la correcta operación del Punto de Comercialización, incluyendo el almacenaje y venta de los Productos;
bbbbbbb) La capacitación para la facturación y control de inventarios de la operación del Punto de Comercialización, así como para el control y eliminación de posibles fraudes y robos que suelen ocurrir en este tipo de operaciones;
ccccccc) La entrega de un paquete de equipos y herramientas "Franquiciado BODEGA PILSENER" que, entre otras cosas, incluye, uniformes, letreros, materiales de construcción como vinil y pintura, de acuerdo a las cantidades especificadas en el Anexo 4.
ddddddd) La aplicación de un descuento en las compras de todos los Productos que sean suministrados por la Franquiciante al Franquiciado de acuerdo al anexo 1.

ww) Una bonificación de acuerdo al alcance de la Cuota de Productos en el Punto de Comercialización, de acuerdo a lo siguiente:

- Bonificación del **1%** del total de su facturación mensual de Producto, por cumplimiento de hasta el 95% de la Cuota de Productos.
- Bonificación del **3%** del total de su facturación mensual de Producto, por cumplimiento desde el 96% de la Cuota de Productos. Esta bonificación se pagará solo hasta el 130% de cumplimiento de la Cuota.

Fuente: *CN, DN y BBPC*[82]

ANEXO 1. PRODUCTOS

Segmento	Dscto	Marcas
Estándar	10.00%	Suprema
Tradicionales	1.50%	Pilsener Botella RB 600cc PilsenerLight Botella RB 550cc
Premium	3.00%	Budweiser Botella RB 550, Club Premium Botella RB 550
Super Premium	6.00%	Corona, Stella Artois, Becks, BBC, Leffe y Patagonia
Agua sin gas	15%	Manantial Sin Gas
Agua con ga	25%	Manantial Con Gas
Malta	10%	Pony Malta NRB 330cc, Pony Malta NRB 200cc, Pony Malta NRB 1000cc
Licor	50%	Origen

Fuente: *CN, DN y BBPC*[83]

[610] *Como se puede observar los beneficios principales se traducen en descuentos aplicables a todos los productos conforme el ANEXO 1, y van entre el 1.50% al 10% de descuento dependiendo de producto. Asimismo, existe una bonificación de entre el 1% al 3% dependiendo del volumen de facturación mensual de los productos.*

[82] ID 226681, CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER, cláusula: BENEFICIOS A FAVOR DEL FRANQUICIADO.
[83] ID 226681.

1.1.2. Descuentos e incentivos conforme el numeral 10 del artículo 9 de la LORCPM.-

[613] *Como se expuso en el acápite correspondiente al CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER al momento de analizar los tipos legales de los numerales 10 y 21 del artículo 9 de la LORCPM, el numeral 10, es un ejemplo de exclusividades de facto. Dicho esto se procede a indicar los elementos del tipo legal del numeral 10 para verificar si en la entrega de descuentos e incentivos en las iniciativas comerciales analizadas se cumple o no el tipo legal.*

*"10.- **La incitación, persuasión** o coacción a terceros a no aceptar, **limitar o impedir** la **compra**, venta, movilización o entrega de **bienes** o la prestación de servicios **a otros."***

[614] *Como se desprende del numeral en cuestión, para que se configure esta modalidad de abuso del poder de mercado a más de los elementos transversales: poder de mercado y afectación a un bien jurídico protegido del abuso del poder de mercado; se requiere que el dominante: incite, persuada o coaccione a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra de bienes de otros.*

[615] *De la investigación realizada por esta Autoridad a las iniciativas comerciales implementadas, claramente se ha determinado que a través de los incentivos entregados en los programas de fidelización "SOCIO", las cuales ascienden a beneficios de 5% y 2% del volumen de compra, en los programas SOCIO CN y SOCIO CN 2.0. respectivamente; y, por su parte, a 4% y 6% del volumen de compra en los programas SOCIO PILSENER D.A.L.E. y D.R.E.A.M., respectivamente; sí constituyen exclusividades de facto, por tanto, éstos incitan a los socios a adquirir producto mayoritariamente de CN. Como se evidenció en el análisis del volumen de compra promedio de aquellos establecimientos que son SOCIO y aquellos que no.*

[616] *Por tanto, se determina que CN y DN –operadores económicos con poder de mercado- limitaron la compra de bienes de sus socios con respecto a su competencia. Es decir, se configuraría el tipo legal toda vez que:*

i. CN y DN, como se ha demostrado, son operadores económicos con poder de mercado;

ii. CN y DN a través de los beneficios otorgados en sus programas de fidelización "SOCIO" han persuadido a terceros -sus socios- a limitar o impedir que éstos compren bienes –cerveza industrial- a otros operadores económicos, como HEINEKEN;

iii. Lo cual generaría una exclusión a su competencia y afectación a la competencia.

[617] *Por tanto, se configuran los elementos del tipo legal.*

[618] *Al cumplirse con el tipo legal, para esta Autoridad se configuraría un abuso del poder de mercado por parte de los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC por violentar lo prescrito en el artículo 9 numeral 10 de la LORCPM.*

1.1.3. Descuentos e incentivos conforme los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM:

[619] *Con respecto al análisis de los elementos del tipo legal para la configuración de los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9, se seguirá el criterio de este órgano de investigación, conforme lo expuesto en secciones precedentes y serán abordados en conjunto dichos numerales por cuanto, contienen elementos comunes que deben ser considerados como una suerte de cláusula general prohibitiva, como sucede con la cláusula general del artículo 9, a saber:*

*"1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de **entrada** o **expansión** de estos últimos en un mercado relevante, a **través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia**. [...]*

*15.- La **implementación** de prácticas **exclusorias** o prácticas explotativas [...]*

*22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o **permanencia** de competidores actuales o potenciales en el mercado **por razones diferentes a la eficiencia económica**. [...]" (Énfasis añadido)*

[620] *Como se puede observar, los numerales tratan hipótesis generales de una posible exclusión a operadores económicos por parte de dominantes por medios ajenos a la eficiencia económica o propia competitividad. No obstante, los elementos distintos en la tipicidad entre estos numerales, para el presente caso, se observan entre el numeral 1 y el 22, ya que el 1, sanciona conductas que afecten, incluso potencialmente, la entrada o expansión de competidores; y, el 22 por su parte, conductas que afecten la permanencia de competidores, en el presente caso HEINEKEN.*

[621] *Ahora, de configurarse ya sea el numeral 1 o el 22 del artículo 9 de la LORCPM, se estaría incurriendo también en conductas exclusorias, lo cual se encuentra tipificado en el numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM.*

[622] *De lo señalado en el tipo legal, los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM son:*

i. La existencia de un operador económico dominante;

ii. Cualquier conducta realizada por parte del dominante que produzca;

iii. Una afectación efectiva o potencial en la capacidad de entrada, expansión o permanencia de competidores en el mercado relevante;

iv. Por medios ajenos a su propia competitividad o eficiencia.

[623] *En el presente caso se puede colegir que el tipo legal se adecua a lo realizado por parte de CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, toda vez que:*

i. CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC son operadores económicos con poder de mercado, en el mercado relevante determinado, los cuales tienen una cuota de participación casi monopólica;

ii. DINADEC y CN a través de los descuentos y bonificaciones otorgadas en las iniciativas comerciales CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER y los programas de fidelización "SOCIO" han creado exclusividades de facto;

iii. Se está dando una afectación a la competencia, toda vez que el fijar cláusulas de exclusividad de facto para la entrega de descuentos y bonificaciones, generan barreras artificiales a la entrada de potenciales competidores como a la expansión de los actuales;

iv. Las exclusividades de facto generadas por CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, son conductas exclusorias a competidores actuales y potenciales;

[624] *Con base en lo expuesto, al configurarse el tipo legal, para esta Autoridad se configuraría un abuso del poder de mercado por parte de los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC por violentar lo prescrito en el artículo 9 numerales 1, 15 y 22 de la LORCPM.*

[850] En relación con la evaluación de la configuración de la conducta de descuentos o descuentos retroactivos que no impliquen pagos (como son los expuestos en esta sección), esta Comisión desarrolla lo siguientes aspectos:

[851] Los esquemas de descuentos retroactivos no se encuentran expresamente calificados como una conducta anticompetitiva en el artículo 9 de la LORCPM, por lo que para su análisis y eventual represión es necesario encuadrar dichos actos en alguno de los tipos abiertos o generales de abuso de poder de Mercado.

[852] Por lo que, en el presente acápite, esta Comisión analizará los hechos investigados en virtud de lo dispuesto en el numeral primero del artículo 9 de la LORCPM.

[853] La cláusula "*ddddddd*" y el anexo uno del contrato de franquicia, muestran descuentos cuyo mecanismo de funcionamiento o cuya naturaleza no puede ser determinado, es decir, no es posible verificar la real naturaleza de los descuentos ofrecidos.

[854] La cláusula "*ww*" da cuenta de la descripción de un esquema de un descuento retroactivo.

[855] Acerca de la evaluación de la primera etapa del elemento conductual –configuración de una conducta tipificada en la LORCPM-, esta CRPI manifiesta:

- ❖ Se ha encontrado una cláusula que permite apreciar un esquema de descuento con dos condiciones y con descuentos que se aplica a una gama total de productos.
- ❖ De acuerdo con la Intendencia y esta Comisión, este esquema pudiera configurarse mediante el numeral 1, del artículo 9 de la LORCPM.
- ❖ No se indica qué productos están envueltos en el esquema de descuentos retroactivos.
- ❖ No se indica los precios de los productos que están envueltos en el esquema de descuentos retroactivos.

[856] En principio, y sin perjuicio de lo indicado, los hechos investigados se pueden subsumir en lo determinado en el numeral primero del artículo 9 de la LORCPM, por cuanto un esquema de descuentos retroactivos pudiera tener un impacto tal en los productos que forman parte de su mecanismo, que aquellos pudieran resultar anticompetitivos.

[857] Por tanto, se procede con la segunda etapa de evaluación, establecimiento de una teoría del daño.

[858] Un esquema de descuentos retroactivos, típicamente, está compuesto de los siguientes elementos:

- Producto o productos a los que se les aplica una condición y un descuento.
- Precios de esos productos.
- Umbral que separa el cumplimiento de la condición para aplicar a un descuento.
- El descuento que premia la superación de la condición.

[859] Con esos elementos, es posible armar una teoría de daño relacionada con la conducta de descuentos retroactivos.

[860] Una teoría de daño de un esquema de descuentos retroactivos puede concebirse de la siguiente manera:

[861] Un operador dominante plantea a sus distribuidores un sistema de incentivos en el que, por la compra de terminados niveles de su producto, este último recibe descuentos. Por lo general, este tipo de esquema de descuentos tienen por finalidad asegurar al agente de mercado dominante la compra de sus volúmenes normales de producto más la compra de unidades adicionales que en otras circunstancias pudieran ser adquiridas por el distribuidor a los competidores del agente dominante.

[862]A mayor número de productos incentivados a ser comprados mediante ese esquema, y a mayor descuento sobre los precios de esos productos, mayor es la probabilidad de que este esquema resulte ser anticompetitivo, porque mediante un esquema exclusorio existe la posibilidad de impedir el ingreso de posibles nuevos competidores en el mercado, además de limitar el crecimiento de competidores actuales, o en casos más extremos, podría provocar su eliminación de facto del mercado

[863]De la revisión del Informe de Resultados e Informe Final de la Intendencia no se aprecia que esos elementos acompañen el análisis de los descuentos retroactivos en los contratos de Franquicia Bodega Pilsener. Por tanto, esta Comisión se encuentra imposibilitada de plantear una teoría de daño, adaptada al caso en cuestión, y se ve forzada a terminar en esta etapa su análisis de la conducta: descuentos retroactivos en los contratos citados en este párrafo.

[864]En este mismo sentido, la teoría de daño de este tipo de conductas debe abarcar a determinados rubros de costo, de los competidores o del operador económico dominante, de la revisión del expediente no se cuenta con rubros como el costo variable medio (por mililitro y por presentación de producto). La ausencia de estos elementos impide la comprobación del planteamiento de una teoría del daño.

[865]Es necesario en este punto detallar por qué la ausencia de los elementos precio, descuento y costos llevan a descartar conductas relacionadas con afectación de precios derivada de esquemas de descuentos retroactivos.

[866]Si bien la LORCPM no prescribe esos detalles en numerales como 1 de su artículo 9, este tipo no puede entenderse aislado, ni inconexo al texto de inicio de ese mismo artículo, especialmente en referencia a:

> *"(...) por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general".*

[867]Por lo tanto, si bien la norma no indica explícitamente que se requiera de precios, descuentos y costos, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, lo indica implícitamente, pues si no se cuenta con esos elementos, es imposible llegar a hacer un análisis de conductas anticompetitivas que permita arribar a la conclusión que una actuación asociada a un esquema de descuentos retroactivos por cualquier medio impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, afecte negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

[868] En este respecto, la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, coincide con la apreciación de esta CRPI en cuanto a la necesidad de la disponibilidad de elementos como precios, descuentos y costos para determinar inmediatamente el carácter restrictivo de conductas relativas a esquemas de descuentos retroactivos y mediatamente la afectación a la competencia, la eficiencia o los consumidores; tal como se ve a continuación:

*C. **Conducta excluyente basada en el precio***

23. Las consideraciones de los apartados 23 a 27 se aplican a la conducta excluyente basada en el precio. Una fuerte competencia de precios suele ser beneficiosa para los consumidores. Por lo general la Comisión sólo intervendrá con objeto de impedir el cierre anticompetitivo del mercado cuando la conducta en cuestión pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante.

24. Sin embargo, la Comisión reconoce que en ciertas circunstancias un competidor menos eficaz también puede ejercer una presión que debe tenerse en cuenta al considerar si una determinada conducta basada en el precio da lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La Comisión aplicará
un enfoque dinámico al examinar esta presión, dado que si no existe una práctica abusiva dicho competidor puede beneficiarse de ventajas relacionadas con la demanda, tales como efectos de red y de aprendizaje, que tenderán a mejorar su eficiencia.

25. Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La Comisión utilizará la información sobre costes de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre costes de los competidores u otros datos fiables comparables.

26. Los parámetros de coste que la Comisión podrá utilizar son el coste medio evitable («AAC») y el coste incremental medio a largo plazo («LRAIC») (2). El hecho de no cubrir el AAC indica que la empresa dominante está sacrificando beneficios a corto plazo ya que un competidor con igual grado de eficiencia no puede suministrar a los clientes sin incurrir en pérdida. El LRAIC suele ser superior al AAC porque, contrariamente al AAC (que solamente incluye los costes fijos si ha incurrido en ellos durante el periodo examinado), el LRAIC incluye los costes fijos específicos del producto contraídos antes del período en que tuvo lugar la presunta conducta abusiva. El hecho de no cubrir el LRAIC indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado.

(...)

b) Descuentos condicionales

37. Los descuentos condicionales se conceden a los clientes para recompensarlos por una determinada pauta de conducta de compra. Habitualmente, un descuento condicional consiste en que, si las compras del cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento, ya sea sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superan el umbral (descuento sobre compras incrementales). Los descuentos condicionales no son una práctica excepcional. Las empresas pueden ofrecer estos descuentos para captar más demanda y, de este modo, estimular la demanda y beneficiar a los consumidores. Sin embargo, cuando es una empresa dominante la que concede estos descuentos también pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a los de las obligaciones de compra exclusiva. Los descuentos condicionales pueden producir los mismos efectos sin entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante.

38. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, los siguientes factores son de particular importancia para la Comisión de cara a establecer si un determinado sistema de descuentos condicionales puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado y, por lo tanto, si figurará entre las prioridades de control de la Comisión.

39. Al igual que ocurre con las obligaciones de compra exclusiva, es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante puede permitirle utilizar la parte «rígida» de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción «flexible» de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente puede optar por sustituir y para la que puede encontrar sustitutos)

40. De modo general, los descuentos retroactivos pueden cerrar considerablemente el mercado ya que pueden hacer que sea menos interesante para los clientes cambiarse a un proveedor alternativo cuando se trata de pequeñas cantidades de demanda, si esto supone perder los descuentos retroactivos (5). El efecto potencial de cierre de los descuentos retroactivos es en principio mayor en la última unidad comprada del producto antes de superar el umbral. Sin embargo, en opinión de la Comisión, para evaluar el efecto de fidelización de un descuento lo pertinente no es simplemente el efecto sobre la competencia por suministrar la última unidad individual, sino el efecto de cierre que produce el sistema de descuento sobre los competidores (reales o potenciales) del proveedor dominante. Cuanto mayor sea el descuento en porcentaje del precio total y cuanto más elevado sea el umbral, mayor será el estímulo por debajo del umbral y, por lo tanto, más fuerte será la probable exclusión de competidores reales o potenciales.

41. Al aplicar el método expuesto en los apartados 23 a 27, la Comisión se propone investigar, en la medida en que disponga de datos fiables, si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada incluso de competidores con igual grado de eficiencia haciendo que les sea más difícil satisfacer una parte de las

necesidades de los clientes individuales. En este contexto, la Comisión calculará el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (la «gama de referencia») a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendrá que igualar no es el precio medio de la empresa dominante, sino el precio normal (de catálogo) menos el descuento que pierde por cambiar, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia. La Comisión tendrá en cuenta el margen de error que puede ser fruto de las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis.

De otras conductas relacionadas con el contrato Franquicia Bodega Pilsener

[869] Acerca de las consideraciones de la Intendencia, en relación con la configuración de otras conductas en el contexto de los contratos Franquicia Bodegas Pilsener, se señaló en el Informe Final:

1.1.4. Análisis del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER conforme el artículo 9 de la LORCPM:

- ***Respecto a los numerales 10, 11 y 19 del artículo 9 de la LORCPM***

[476] *En el Informe se ha expuesto cuáles son los problemas principales de las cláusulas de exclusividad, así como, cuándo las mismas pueden ser consideradas como anticompetitivas, en específico las cláusulas de exclusividad ya sean explícitas o de facto son, particularmente, perniciosas cuando la competencia inter-marca se encuentra débil, algo que se puede colegir del presente caso toda vez que los denunciados ostenta cuotas de participación casi monopólicas a comparación de su principal rival, HEINEKEN.*
(...)

[486] *Dicho esto, es importante regresar a la exposición de que las cláusulas de exclusividad injustificadas están prohibidas textualmente en la legislación ecuatoriana en los numerales 10, 11 y 19 del artículo 9 de la LORCPM y pueden ser consideradas como un tipo de abuso general conforme los numerales 1, 15 y 22 del mismo cuerpo normativo.*
(...)

[490] *Una vez que se ha expuesto la existencia de las cláusulas de exclusividad indicadas, se procede a analizar como se cumple con el tipo legal correspondiente a los numerales 10, 11 y 19 del artículo 9 de la LORCPM, a saber:*

*"10.- La **incitación**, **persuasión** o coacción a terceros **a no aceptar, limitar** o impedir la **compra**, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de **servicios a otros**."*

*11.- La **fijación, imposición**, limitación o **establecimiento injustificado** de condiciones para la compra, venta y **distribución exclusiva de bienes** o servicios. [...]*

*19.- **Establecer, imponer** o sugerir contratos de **distribución o venta exclusiva**, cláusulas de no competencia o similares, que resulten **injustificados**."*

(...)

[532] *Ahora, de configurarse ya sea el numeral 1, 3 o 22 del artículo 9 de la LORCPM, se estaría incurriendo también en conductas exclusorias, lo cual se encuentra tipificado en el numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM.*

[533] *De lo señalado en el tipo legal, los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM son:*

i) *La afectación a uno de los bienes jurídicos protegidos por el abuso de poder de mercado: competencia, eficiencia económica o bienestar general;*

ii) *La existencia de un operador económico dominante;*

iii) *Cualquier conducta realizada por parte del dominante;*

iv) *Una afectación efectiva o potencial en la capacidad de entrada, expansión o permanencia de competidores en el mercado relevante;*

v) *Por medios ajenos a su propia competitividad o eficiencia.*

[534] *En el presente caso se puede colegir que el tipo legal es configurado por lo realizado por parte de CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, toda vez que:*

a) *Se está dando una afectación a la competencia y al bienestar general, tanto de manera efectiva como potencial;*

b) *CERVECERÍA NACIONAL, como se comprobó es un operador económico dominante en el mercado relevante determinado;*

c) *DINADEC, como se comprobó es un operador económico dominante en el mercado relevante determinado;*

d) *Los dominantes están realizando conductas que constituyen abuso del poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales 11, 19 y 20 del artículo 9, como se analizó en los acápites anteriores;*

e) Las conductas abusivas realizadas por los dominantes afectan, tanto efectiva como potencialmente, la capacidad de expansión o permanencia de su competencia; y,

f) Lo realizado se lo ha hecho por medios ajenos a su propia competitividad o eficiencia.

[535] *Por su parte, los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme los numerales 3 y 15 del artículo 9 de la LORCPM son:*

i) La afectación a uno de los bienes jurídicos protegidos por el abuso de poder de mercado: competencia, eficiencia económica o bienestar general;

ii) La existencia de un operador económico dominante;

iii) Que el operador económico dominante, debido a la concentración de medios de producción o comercialización, realice conductas abusivas;

iv) Que la conducta realizada por parte del dominante produzca una afectación, limitación o impedimento efectivo o potencial en la participación de sus competidores en el mercado relevante; o,

v) Perjudique a los consumidores o usuarios.

[536] *En el presente caso se puede colegir que el tipo legal prescrito en el numeral 3 y 15 del artículo 9 de la LORCPM, es configurado por lo realizado por parte de CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, toda vez que:*

a) *Se está dando una afectación a la competencia y al bienestar general, tanto de manera efectiva como potencial;*

b) *CERVECERÍA NACIONAL, como se comprobó, es un operador económico dominante en el mercado relevante determinado;*

c) *DINADEC, como se comprobó, es un operador económico dominante en el mercado relevante determinado;*

d) *Los dominantes están realizando conductas que constituyen abuso del poder de mercado conforme lo prescrito en los numerales 11, 19 y 20 del artículo 9, lo cual a su vez constiuye un abuso de poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales 3 y 15 del artículo 9.*

e) *Las conductas abusivas realizadas por los dominantes, debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, afectan, tanto efectiva como potencialmente, la participación de su competencia, como se analizó en el acápite correspondiente al análisis de la prueba presentada; y,*

f) Las conductas realizadas por los dominantes, debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, afectan, tanto efectiva como potencialmente, a los consumidores o usuarios, como se analizó en los acápites anteriores.

[537] *Con base en lo expuesto, al configurarse el tipo legal, para esta Autoridad se configuraría un abuso del poder de mercado por parte de los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC por violentar lo prescrito en el artículo 9 numerales 1, 3, 15 y 22 de la LORCPM.*

[870] Los numerales del artículo 9 en ciertos casos contienen la descripción de una conducta específica, por ejemplo, la fijación de precios de reventa injustificados, y en otros casos contiene una descripción una cláusula general abierta para su aplicación en casos no previamente tipificados. En este sentido, es necesario resaltar que sólo en la medida en que los hechos objeto de estudio se alejen de las descripciones de los numerales específicos, es que es posible configurar el mismo en algún numeral menos específico o general.

[871] En el presente caso es posible evidenciar que las conductas analizadas no se ajustan perfectamente a los tipos específicos contenidos en los numerales 10 y 11 de la LORCPM, por lo que, el incumplimiento de dicha condición imposibilita su sanción según una conducta de tipo abierto.

[872] En el caso concreto, el legislador estableció que una fijación de precios de reventa debe ser necesariamente injustificada, de igual forma la cláusula de exclusividad debe contar con una condición similar.

[873] En este sentido al no existir el análisis del elemento esencial que configura el correspondiente ilícito no es posible configurar dicha conducta mediante la aplicación de un tipo general como es el 9.10, o el 9.11 de la Ley, ya que de lo contrario dejaría en letra muerta los requisitos específicos determinados por el legislador en la redacción de la conducta, es decir se le estaría negando el valor interpretativo del tipo específico de infracción.

[874] En adición, en el presente caso, no es posible determinar fehacientemente los efectos anticompetitivos de la teoría del daño señalada por la Intendencia.

[875] En consecuencia, esta Comisión no admite que las cláusulas de exclusividad sean analizadas por fuera del decimonoveno numeral del artículo 9, y descarta a los numerales decimó u undécimo por ser mucho más generales, y ajustarse muy mediatamente al establecimiento de cláusulas de exclusividad.

[876] Por tanto, esta Comisión no toma por configurados los tipos 9.10 y 9.11, de la LORCPM, dado que son tipos que describen alejadamente a la imposición de cláusulas de exclusividad mediante contratos.

[877] La Intendencia sostiene que la configuración de los tipos 1, 15 y 22 se debe a que los denunciados *están realizando conductas que constituyen abuso de poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales 11, 19 y 20 del artículo 9*.

[878] Esta Comisión encuentra infundada tal afirmación, y dado que ha descartado la configuración de las conductas 9.11, 9.19 y 9.20, de la LORCPM, siguiendo el razonamiento de la Intendencia, descarta la configuración de los tipos 9.1, 9.15 y 9.22 de la LORCPM.

[879] La Intendencia sostiene que la configuración de los tipos 3 y 15 se debe a que los denunciados *están realizando conductas que constituyen abuso de poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales 11, 19 y 20 del artículo 9*.

[880] Esta Comisión encuentra infundada tal afirmación, y dado que ha descartado la configuración de las conductas 9.11, 9.19 y 9.20, de la LORCPM, siguiendo el razonamiento de la Intendencia, descarta la configuración de los tipos 9.3 y 9.15 de la LORCPM.

De los programas Socio y Socio Pilsener

[881] Acerca de estos programas, la Intendencia a través de su Informe de Resultados expone:

> 1. ***DE LOS DISTINTOS PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN "SOCIO": Socio CN o Socio PILSENER***
>
> [608] *Los programas de fidelización "SOCIO" fueron una iniciativa comercial que estuvo vigente desde junio 2018 con el lanzamiento de SOCIO CN hasta marzo de 2021 con la finalización de SOCIO PILSENER 2.0. La idea de dichas iniciativas fue mejorar la comunicación con el consumidor en los puntos de venta y el premiar a clientes por el cumplimiento de pilares. 84*
>
> [609] *Del gráfico a continuación se describen los principales hitos por cada programa.*
>
> ***Gráfico 19**: Cronología e hitos de los programas de fidelización "SOCIO"*

[84] ID. 228552, toma de testimonio a Osman Viloria; ID. 228463, toma de testimonio Gastón Román.



***Fuente**: CN, DN y BBPC*[85]
***Elaboración**: DNICAPM*

1.1. Los elementos principales de los programas de fidelización "SOCIO"

[610] *Los programas o iniciativas comerciales "SOCIO" corresponden a los programas: SOCIO CN; SOCIO CN 2.0; SOCIO PILSENER D.A.L.E.; y, SOCIO PILSENER D.R.E.A.M., conocido también como SOCIO PILSENER 2.0.,86 estos programas serían programas de **fidelización** de los operadores económicos denunciados, en los cuales los "SOCIOS", es decir sus clientes, obtienen puntos que pueden canjear por premios cuando se hayan cumplido ciertas condiciones; o, en los programas SOCIO PILSENER, obtenían directamente "SOCIO DÓLARES".87 Lo expuesto queda claro de los videos de los operadores económicos; de lo expresado por sus colaboradores en dichos videos,88 así como, de sus roll ups, como se puede apreciar en las siguientes imágenes:*

(...)

[615] *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*

---

[85] ID. 202130.
[86] Ibíd.
[87] ID. 202130.
[88] Colaborador de CN: *"¿Cuáles son los beneficios de nuestro nuevo **programa de fidelización SOCIO PILSENER?**"* video SOCIO PILSENER 2020 mp4, segundos 1-5.

clientes hacia su marca logrando compras repetidas de cierto producto.89 En los programas SOCIO CN y SOCIO CN 2.0., 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.

[616] *Es decir, el o los programas de fidelización SOCIO habrían sido lanzados al mercado, al menos durante dos años, por operadores económicos con cuotas participación casi monopólicas, en un mercado relevante, en el que la competencia entre-marca es débil.*

[617] *Finalmente, es menester indicar que tanto premios y los socio dólares entregados por CN y DN se lo realizaba de* ***manera retroactiva****, toda vez que los mismos eran otorgados* ***posteriormente*** *a cuando un socio llegaba a la compra mínima de 50; 100; o, 250 cajas dependiendo del programa y los beneficios entregados se lo hacía* ***sobre la totalidad de la compra realizada con anterioridad.*** *Como se indicó, en los rebates o incentivos retroactivos se ofrece un incentivo cuando se supera un determinado umbral por sobre todas las compras realizadas, lo cual genera una mayor presión al socio para comprar producto sólo de CN y alcanzar un incentivo superior.*

[882] En relación con estos programas, la parte denunciante argumenta:

124. La conducta investigada por la Intendencia en relación con estos programas consiste en la implementación de un programa de fidelidad. Para la Intendencia, a través de ambos programas, GRUPO CN estaría incumpliendo con lo previsto en los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

125. De manera general, lo anterior implica que la Intendencia investigó a GRUPO CN por el cometimiento de conductas exclusorias. Es decir que, a diferencia de SOCIO CN y SOCIO CN 2.0. en estos programas de fidelización no existiría la conducta de fijación de precios de reventa.

126. Como su Autoridad lo ha podido validar en el Informe Final y el Informe de Resultados, los programas de fidelización SOCIO Pilsener D.A.L.E. y SOCIO Pilsener D.R.E.A.M., requerían el cumplimiento de algunos pilares para que los "socios" afiliados obtengan los beneficios de éstos. En concreto, para la Intendencia, el pilar a través del cual se cometerían prácticas de abuso de poder de mercado relacionado con estos programas de fidelización es el pilar FRIO.

127. El cumplimiento del pilar FRÍO implicaba impedir / bloquear el acceso a los competidores de GRUPO CN en una triple dimensión: (i) la primera, como un

[89] Blanca García Gómez. Los programas de fidelización de clientes en establecimientos detallistas: un estudio de eficacia. Universidad de Valladolid, tesis doctoral, pp. 21. *Vid.* https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/33109/Tesis1440-181130.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

bloqueo directo, pues, si no se cumplía con el pilar FRÍO los "socios" corrían el riesgo de que se retiren los equipos de frío que se les entregaron, (ii) la segunda, ya que si no se cumplían con este pilar no se podía acceder a todos los beneficios de este programa; y, (iii) la tercera, como un bloqueo indirecto, pues debido al tamaño de los puntos de venta, especialmente del canal off premise, es altamente probable que no quede espacio para poner otro equipo de frío así HEINEKEN ECUADOR lo "auspicie".

128. Por esto, la Intendencia correctamente señala que el cumplimiento de este pilar en ambos programas genera exclusividades de facto y barreras de entrada.

129. HEINEKEN ECUADOR considera relevante señalar que la existencia de estos programas es un hecho no controvertido. Por lo expuesto, es posible concluir que GRUPO CN cometió las prácticas anticompetitivas denunciadas por HEINEKEN ECUADOR y que estás tienen efectos nocivos para la competencia.

[883] Acerca de los programas Socio CN y Socio Pilsener, esta Comisión destaca los siguientes aspectos:

[884] La Intendencia señala que los 4 programas analizados son programas de fidelización y éstos están enmarcados en un esquema de incentivos retroactivo.

[885] Esto equivale a -como se ve en el análisis de los descuentos restrictivos de los contratos Franquicia- que los requisitos necesarios para analizar globalmente a todos y cada uno de los programas son:

- Producto o productos a los que se les aplica una condición y un descuento.
- Precios de esos productos.
- Umbral que separa el cumplimiento de la condición para aplicar a un descuento.
- El descuento que premia la superación de la condición.

[886] Sin embargo, esta Comisión no encuentra en el informe o en los documentos que conforman el expediente los siguientes elementos:

- Producto o productos a los que se les aplica una condición y un descuento.
- Precios de esos productos.
- El descuento que premia la superación de la condición.

[887] Además de los elementos faltantes en el párrafo precedente, aquí hay otro elemento crucial asociado a la particularidad del diseño de estos programas. No consta en el expediente la equivalencia de los premios otorgados por cada programa.

[888] En el caso de los programas que acumulaban puntos, no se indica la tasa de adherencia mensual a los premios, ni tampoco la meta más cumplida por los integrantes de cada programa,

tampoco los premios que fueron reclamados por la acumulación de puntos. Es decir, no consta una medición monetaria de la equivalencia de los incentivos entregados por estos programas.

[889] En el caso de los programas que acumulaban *socio dólares*, no se indica la tasa de adherencia mensual a los premios, ni tampoco la meta más cumplida por los integrantes de cada programa, tampoco los premios que fueron reclamados por la acumulación de esos *socio dólares*. Es decir, no consta una medición monetaria de la equivalencia de los incentivos entregados por estos programas o la tasa de conversión de *socio dólares* a Dólares de los Estados Unidos de América.

[890] Estos faltantes no son un detalle menor. Sin conocer esas equivalencias monetarias -que al final del día contarían como un descuesto- no es posible conocer el impacto de cada uno de los programas sobre la reducción del precio de cada producto que forma parte de los mismos.

[891] La parte denunciante tampoco se refiere a los elementos de análisis faltantes relativos a los distintos programas analizados.

[892] Ergo, se vuelve imposible para esta Comisión determinar cuantitativamente el carácter competitivo o anticompetitivo de cada programa. En este mismo sentido, no es posible determinar para esta Comisión si las condiciones atadas al cumplimiento de umbrales de compra pudiese ser fácilmente superado por el competidor de los denunciados, o si por el contrario, pudiera tener una naturaleza exclusoria.

[893] En este mismo sentido, tampoco ha sido presentado un análisis acerca de los incentivos que tuvieron los operadores económicos denunciados, al molestarse en diseñar programas aparentemente de fidelización, cuando ellos ya comercializan más de 9 de cada 10 botellas de cerveza en Ecuador.

[894] En relación con la teoría de daño del esquema de descuentos retroactivos de los programas analizados, se indica que ésta debe abarcar a determinados rubros de costo, de los competidores o del operador económico dominante; de la revisión del expediente no se cuenta con rubros como el costo variable medio (por mililitro y por presentación de producto). La ausencia de estos elementos impide la comprobación del planteamiento de una teoría del daño.

[895] La Intendencia expone otras conductas conectadas a los programas de materia de análisis (distintas a las implicadas en el esquema de descuentos retroactivos concebidos integralmente) como son el aparente levantamiento de barreras mediante las condiciones a cumplir además de la trascendencia del umbral de compras del esquema de descuentos retroactivos de los programas (pilares de precio, de frío, etc.).

[896] Con prescindencia de esas otras supuestas conductas, esta Comisión considera oportuno en este punto pronunciarse sobre el análisis de efectos de los programas Socio.

[897] En el Informe Final se señala acerca de estos efectos:

1.1.1. *Respecto al impacto real del abuso de posición de dominio con respecto a los programas de FIDELIZACIÓN SOCIO CN, SOCIO CN 2.0., SOCIO PILSENER D.A.L.E.; y SOCIO PILSENER D.R.E.A.M.*

[1180] *Como se ha indicado en el presente Informe los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN SOCIO, en sus distintas modalidades, fueron un programa de FIDELIZACIÓN, los cuales entregaban* ***descuentos retroactivos y por volumen,*** *dichos programas iban dirigidos tanto al canal off, como al on.* ***Los*** *beneficios que eran entregados si los "SOCIOS" llegaban a un cierto umbral de ventas y cumplían con algunos pilares, pilares de los cuales, a criterio de esta Autoridad, en cuanto al PILAR FRÍO y PRECIO, serían posiblemente anticompetitivos.*

(...)

[1185] *Finalmente, y con base a la información presentada en la prueba ya analizada: Escrito y anexos de CERVECERIA NACIONAL y DINADEC, ID 241752, Anexo 447406 (Informe sobre los efectos en la competencia de los descuentos). En el cual la Consultora Butelman en el mentado Informe, en la página 18 expone: "En el caso de número de clientes, el programa Socio CN, Socio CN 2.0 y Socio Pilsener reclutaron un total de* [redacted] ***clientes****, es decir,* ***solamente el*** [redacted]***% del total de clientes de CN […] En términos de volumen de venta, ellos representaron solamente el*** [redacted]***% del volumen total de venta de CN en el año 2019 y 2020".*** *(Énfasis añadido) Asimismo, expuso que los socios de los programas habrían recibido como beneficio "[u]n poco más de 1 millón de dólares".*

[1186] *De lo expuesto por la Consultora, se corrobora la tesis de la Intendencia, en cuanto a que los PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN,* ***efectivamente se aplicaron,*** *incluso exponiendo la cifra de los beneficios que habrían sido entregados.*

[1187] *Ahora, en cuanto a la afectación, toda vez que la cifra de* [redacted] *sería la última que se tiene con respecto al alcance o "FIDELIZADOS" a través de los distintos PROGRAMAS DE FIDELIZACIÓN, dicha cifra es la que se utilizará para el análisis.*

[1188] *Para seguir nuestro análisis es importante recordar que los descuentos retroactivos por volumen condicionados, son una forma de establecer exclusividades de facto, una forma de, como lo indican los roll –ups de CN y DN,* ***fidelizar a los Socios,*** *a través de los beneficios que en este caso se traducen en materiales publicitarios, descuentos o socio dólares. Beneficios que conforme lo expuesto por esta Autoridad en el Informe de Resultados reproducido como prueba, representarían hasta un 6% del volumen de ventas de los* ***fidelizados.***

[1189] *Con base a cifras presentadas por los propios denunciados, los PROGRAMAS tuvieron al menos* [redacted] *SOCIOS; es decir, CN y DN lograron* ***efectivamente fidelizar*** *al* [redacted]*% de sus clientes, a través de la entrega de más de un millón de dólares en beneficios.*

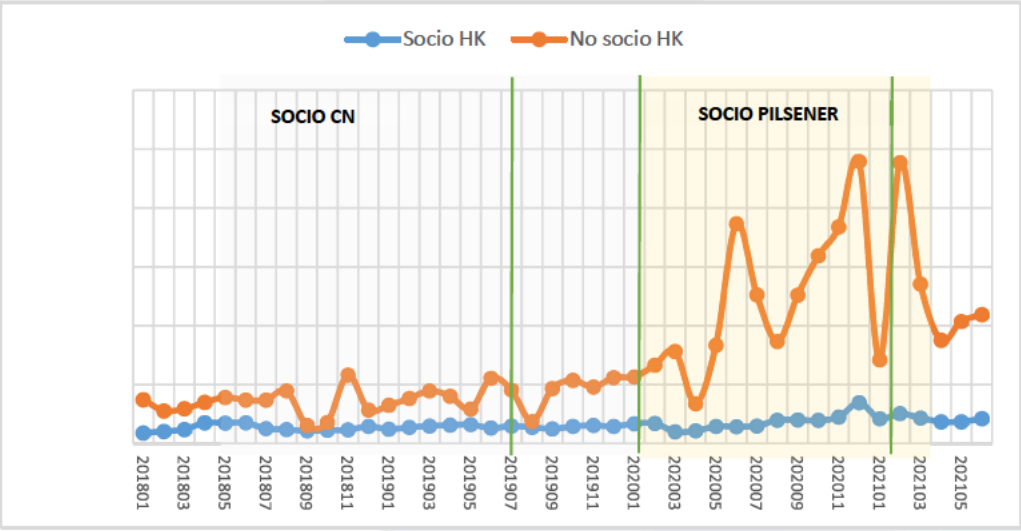
[1190] *Es decir, toda vez que CN y DN lograron* ***efectivamente fidelizar*** *a [redacted] SOCIOS o al [redacted]% de sus clientes, dicho porcentaje o número de puntos de venta fueron afectados para su competencia: HEINEKEN.*

[1191] *Asimismo, en el Informe de Resultados, reproducido como prueba, se realizó el ejercicio correspondiente para comprobar la afectación real, el cual es desarrollado a continuación.*

[1192] *Con el objetivo de analizar la evolución de las compras de los* ***fidelizados*** *en el tiempo, se consideró los clientes o establecimientos que compran cervezas, dentro del mercado relevante determinado, tanto a DINADEC como a HEINEKEN. Se parte de la hipótesis de que si los programas SOCIO, no inciden en el comportamiento de la compra a HEINEKEN por parte de los establecimientos, no se debería identificar diferencias significativas en el monto de compra entre aquellos establecimientos que son SOCIO y aquellos que no son SOCIO.*

[1193] *Conviene señalar que el programa SOCIO, en sus distintas modalidades estuvo dirigido para dos segmentos, el canal on y el canal off. El análisis que se presenta a continuación, sigue esa misma clasificación.*

Gráfico 2. Compras a HEINEKEN por parte de establecimientos off trade según el programa SOCIO



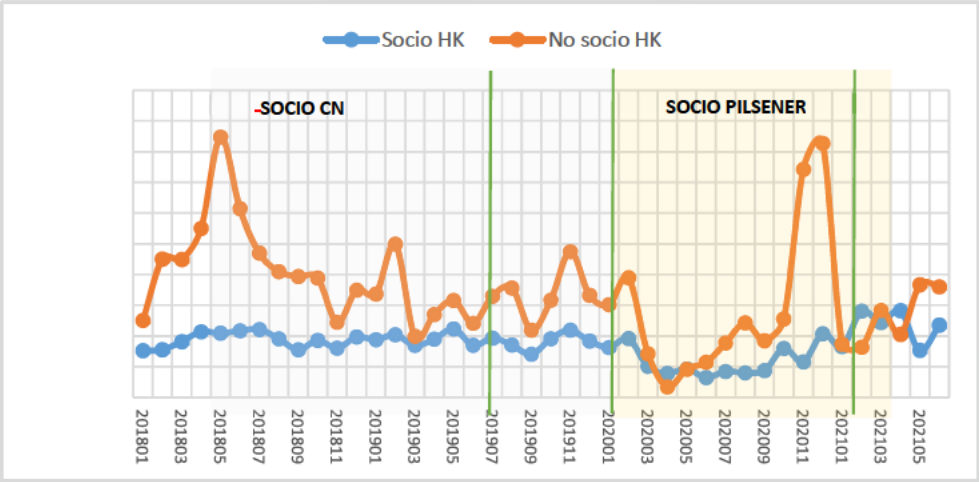
Elaboración: *DNICAPM.*

Fuente: *SRI*

[1194] *Como se observa en el gráfico precedente, las compras que realizan los establecimientos que no se encuentran bajo el programa SOCIO, al operador económico HEINEKEN, son significativamente superiores a aquellos establecimientos, que al estar sujetos al cumplimiento de condiciones, tales como la compra determinada de cajas de producto para acceder a beneficios (puntos o dólares), deben comprar más producto de la competencia.*

[1195] *Adicionalmente, se determina que el volumen de compra de los establecimientos cuando se encuentra en vigencia el programa denominado SOCIO CN, genera una diferencia de las totales compras entre los clientes de HEINEKEN que asciende al 4%. Mientras que una vez que se introduce al mercado el esquema de SOCIO PILSENER esta brecha se incrementa y aquellos clientes que no son socios, adquieren un [redacted]% más producto de HEINEKEN. Si se considera las compras promedio, se observa que, los establecimientos que no se adhirieron al programa SOCIO CN, compran en promedio USD [redacted] a HEINEKEN, mientras que aquellos que son SOCIO CN, adquieren en promedio USD [redacted]. Mientras que para el caso del esquema Socio PILSENER, cuando forman parte del mismo adquieren [redacted] caso contrario adquieren en promedio USD [redacted] Evidenciándose que el programa SOCIO PILSENER, a través de sus condiciones estaría restringiendo en mayor medida a la competencia.*

Gráfico 3. Compras a HEINEKEN por parte de establecimientos on trade según el programa SOCIO



Elaboración: *DNICAPM.*

Fuente: *SRI*

[1196] *En el caso de los establecimientos que pertenecen al canal on trade, se evidencia un comportamiento similar, es decir, los clientes que no se encuentran asociados al programa SOCIO, adquieren más producto de la competencia. Para el periodo en el que estaba vigente el programa SOCIO CN, se observa que en promedio un cliente no adherido, compraba USD [redacted] a HEINEKEN, mientras que uno que pertenecía al programa adquiría en promedio USD [redacted] siendo un [redacted]% inferior.*

[1197] *En el caso de los establecimientos pertenecientes a esta canal, se evidencia que durante la pandemia, el nivel de compras cae en los meses de marzo a abril 2020, para iniciar una recuperación y alcanzar nuevamente la brecha observada entre los dos comportamientos de los establecimientos que no son socio y si lo son. Por otro lado, se observa que una vez que finaliza la vigencia de los programas, las compras que realizan los establecimientos tanto a DINADEC como a HEINEKEN son similares.*

[1198] *Por lo expuesto, se evidencia que los programas objeto de análisis inciden en la estrategia de compra de los establecimientos, lo que permite presumir que los mismos estarían limitando la capacidad de expansión de HEINEKEN en el mercado, es decir, la existencia de una afectación real o actual a la competencia, eficiencia económica y bienestar general.*

[898] Sobre el análisis de efectos de la Intendencia, esta Comisión hace las siguientes puntualizaciones:

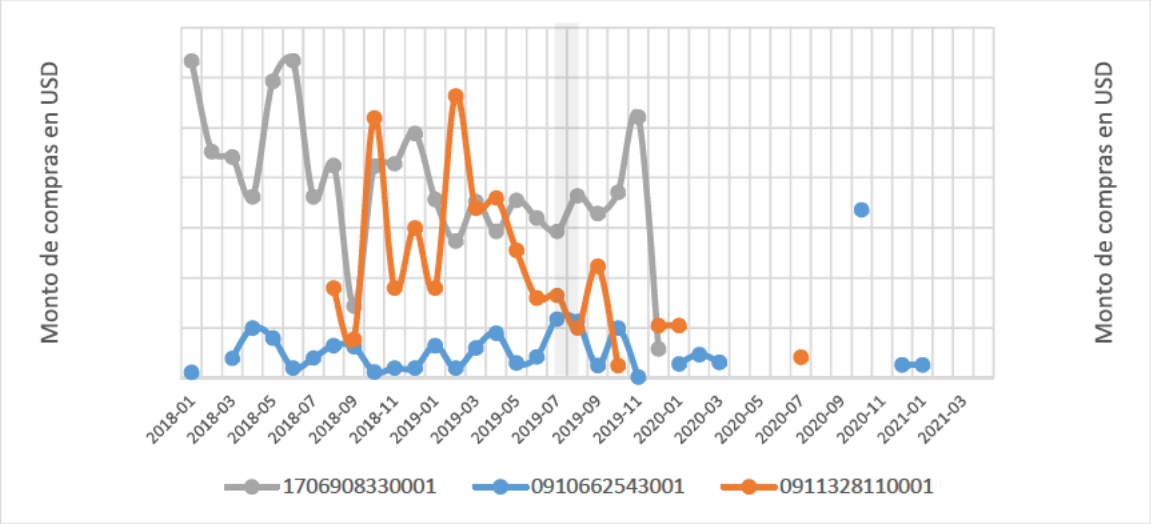
[899] Se indica que se han comparado establecimientos que adquieren cerveza tanto del operador económico denunciante como de los operadores denunciados, sin señalar cómo o mediante qué criterios se integró cada uno de esos grupos. Estas faltas imposibilitan concluir que el análisis de efectos de los programas Socio sea causal o una aproximación a tal calidad de resultado.

[900] Acerca de las conclusiones del gráfico *Compras a HEINEKEN por parte de establecimientos off trade* según *el programa SOCIO,* llama la atención que al describirlas en porcentaje no se indique si son promedio u obedecen a una medición de diferencias en tiempos puntuales, e igualmente que al describir los resultados en promedio se cambie la unidad de medida del análisis.

[901] Llama la atención de esta Comisión el cambio de estándar de evaluación de los efectos visto en cuanto a la evaluación de efectos de los contratos Franquicia Bodega Pilsener en contraste con los efectos de los programas Socio.

[902] En la evaluación de los efectos de los contratos se aprecia que igual que en este caso, se inicia con métodos que son mayormente indiciarios, para luego elevar la calidad de la comparación de los establecimientos relacionados con los contratos. Es así que, se ve en el Informe Final:

Gráfico 4. Ventas de clientes HEINEKEN que suscribieron el CONTRATO DE BODEGA PILSENER



Elaboración: *DNICAPM.*

Fuente: *SRI*

[1172] *Si bien el análisis propuesto, permite evidenciar el efecto que tuvo la suscripción del CONTRATO DE FRANQUICIA BODEGA PILSENER sobre el competidor directo de GRUPO CN, es necesario robustecer la evaluación dado que podría existir efectos asociados a la disminución de ventas de HEINEKEN que no sean atribuidos por programa de Bodega Pilsener. Es por ello que, este órgano de investigación, procedió con la construcción de contrafactuales, mismos que comparten características similares, pero que no suscribieron los contratos con GRUPO CN, por tanto, las diferencias en ventas se explican por la intervención, y en ausencia de la misma, la tendencia de ambos grupos hubieran sido parecidas.*

[903] En el caso de la evaluación de efectos de los contratos Bodega Pilsener, la Intendencia presentó un análisis que por lo menos permite acreditar una buena aproximación a un efecto causal, situación que no fue replicada en la revisión de los efectos de los programas Socio.

[904] Para esta Comisión, el estándar empleado en la examinación de los efectos de los programas Socio en este caso, sin que por lo menos medie una explicación más detallada acerca de la selección de los grupos seleccionados o de las limitaciones en su selección, no es suficiente para acreditar la manifestación de sus supuestos efectos.

[905] Por las razones expuestas en esta sección, de los programas Socio (falta de elementos de los esquemas de descuentos retroactivos y el análisis de efectos reales), esta CRPI se ve imposibilitada de evaluar todas las conductas que la Intendencia indicó que pudieron darse en estos programas, es decir los numerales: 1, 10, 15, 20 y 22, del artículo 9 de la LORCPM

[906]Es necesario en este punto detallar por qué la ausencia de los elementos precio, descuento y costos llevan a descartar conductas relacionadas con afectación de precios derivada de esquemas de descuentos retroactivos.

[907]Si bien la LORCPM no prescribe esos detalles en numerales como 1 de su artículo 9, este tipo no puede entenderse aislado, ni inconexo al texto de inicio de ese mismo artículo, especialmente en referencia a:

> *"(...) por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general".*

[908] Por lo tanto, si bien la norma no indica explícitamente que se requiera de precios, descuentos y costos, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 9 de la LORCPM, lo indica implícitamente, pues si no se cuenta con esos elementos, es imposible llegar a hacer un análisis de conductas anticompetitivas que permita arribar a la conclusión que una actuación asociada a un esquema de descuentos retroactivos por cualquier medio impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, afecte negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

[909]En este respecto, la *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*, coincide con la apreciación de esta CRPI en cuanto a la necesidad de la disponibilidad de elementos como precios, descuentos y costos para determinar inmediatamente el carácter restrictivo de conductas relativas a esquemas de descuentos retroactivos y mediatamente la afectación a la competencia, la eficiencia o los consumidores; tal como se ve a continuación:

> *C. **Conducta excluyente basada en el precio***
>
> *23. Las consideraciones de los apartados 23 a 27 se aplican a la conducta excluyente basada en el precio. Una fuerte competencia de precios suele ser beneficiosa para los consumidores. Por lo general la Comisión sólo intervendrá con objeto de impedir el cierre anticompetitivo del mercado cuando la conducta en cuestión pueda obstaculizar o ya haya obstaculizado la competencia de competidores que sean considerados tan eficaces como la empresa dominante.*
>
> *24. Sin embargo, la Comisión reconoce que en ciertas circunstancias un competidor menos eficaz también puede ejercer una presión que debe tenerse en cuenta al considerar si una determinada conducta basada en el precio da lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La Comisión aplicará un enfoque dinámico al examinar esta presión, dado que si no existe una práctica abusiva dicho competidor puede beneficiarse de ventajas relacionadas con la demanda, tales como efectos de red y de aprendizaje, que tenderán a mejorar su eficiencia.*

25. Para determinar si es probable que incluso un competidor hipotético tan eficiente como la empresa dominante quede excluido del mercado resultante de la conducta en cuestión, la Comisión examinará los datos económicos relativos a los precios de coste y de venta, y, en especial, si la empresa dominante está aplicando unos precios inferiores al precio de coste. Para esto será necesario disponer de datos suficientemente fiables. La Comisión utilizará la información sobre costes de la propia empresa dominante cuando se disponga de ella. Si no se dispone de información fiable sobre dichos costes, la Comisión puede decidir utilizar los datos sobre costes de los competidores u otros datos fiables comparables.

26. Los parámetros de coste que la Comisión podrá utilizar son el coste medio evitable («AAC») y el coste incremental medio a largo plazo («LRAIC») (2). El hecho de no cubrir el AAC indica que la empresa dominante está sacrificando beneficios a corto plazo ya que un competidor con igual grado de eficiencia no puede suministrar a los clientes sin incurrir en pérdida. El LRAIC suele ser superior al AAC porque, contrariamente al AAC (que solamente incluye los costes fijos si ha incurrido en ellos durante el período examinado), el LRAIC incluye los costes fijos específicos del producto contraídos antes del período en que tuvo lugar la presunta conducta abusiva. El hecho de no cubrir el LRAIC indica que la empresa dominante no está cubriendo todos los costes fijos (atribuibles) de producción del bien o servicio en cuestión y que un competidor tan eficiente podría quedar excluido del mercado.

(...)

b) Descuentos condicionales

37. Los descuentos condicionales se conceden a los clientes para recompensarlos por una determinada pauta de conducta de compra. Habitualmente, un descuento condicional consiste en que, si las compras del cliente durante un determinado período de referencia superan un cierto umbral, se le concede un descuento, ya sea sobre todas las compras (descuento retroactivo) o únicamente sobre aquellas que superan el umbral (descuento sobre compras incrementales). Los descuentos condicionales no son una práctica excepcional. Las empresas pueden ofrecer estos descuentos para captar más demanda y, de este modo, estimular la demanda y beneficiar a los consumidores. Sin embargo, cuando es una empresa dominante la que concede estos descuentos también pueden tener efectos reales o potenciales de cierre del mercado similares a los de las obligaciones de compra exclusiva. Los descuentos condicionales pueden producir los mismos efectos sin entrañar necesariamente un sacrificio para la empresa dominante.

38. Además de los factores ya mencionados en el apartado 20, los siguientes factores son de particular importancia para la Comisión de cara a establecer si un determinado sistema de descuentos condicionales puede dar lugar a un cierre anticompetitivo del mercado y, por lo tanto, si figurará entre las prioridades de control de la Comisión.

39. Al igual que ocurre con las obligaciones de compra exclusiva, es más probable que se produzca un cierre anticompetitivo del mercado cuando los competidores no pueden competir en igualdad de condiciones por toda la demanda de cada cliente individual. Un descuento condicional concedido por una empresa dominante puede permitirle utilizar la parte «rígida» de la demanda de cada cliente (es decir, la cantidad que el cliente compraría en todo caso a la empresa dominante) como instrumento para disminuir el precio que debe pagarse por la porción «flexible» de la demanda (es decir, la cantidad que el cliente puede optar por sustituir y para la que puede encontrar sustitutos)

40. De modo general, los descuentos retroactivos pueden cerrar considerablemente el mercado ya que pueden hacer que sea menos interesante para los clientes cambiarse a un proveedor alternativo cuando se trata de pequeñas cantidades de demanda, si esto supone perder los descuentos retroactivos (5). El efecto potencial de cierre de los descuentos retroactivos es en principio mayor en la última unidad comprada del producto antes de superar el umbral. Sin embargo, en opinión de la Comisión, para evaluar el efecto de fidelización de un descuento lo pertinente no es simplemente el efecto sobre la competencia por suministrar la última unidad individual, sino el efecto de cierre que produce el sistema de descuento sobre los competidores (reales o potenciales) del proveedor dominante. Cuanto mayor sea el descuento en porcentaje del precio total y cuanto más elevado sea el umbral, mayor será el estímulo por debajo del umbral y, por lo tanto, más fuerte será la probable exclusión de competidores reales o potenciales.

41. Al aplicar el método expuesto en los apartados 23 a 27, la Comisión se propone investigar, en la medida en que disponga de datos fiables, si el sistema de descuento puede obstaculizar la expansión o la entrada incluso de competidores con igual grado de eficiencia haciendo que les sea más difícil satisfacer una parte de las necesidades de los clientes individuales. En este contexto, la Comisión calculará el precio que tendría que ofrecer un competidor para compensar al cliente por la pérdida del descuento condicional si este último retirase parte de su demanda (la «gama de referencia») a la empresa dominante. El precio efectivo que el competidor tendrá que igualar no es el precio medio de la empresa dominante, sino el precio normal (de catálogo) menos el descuento que pierde por cambiar, calculado sobre la gama de referencia de las ventas y durante el período de referencia. La Comisión tendrá en cuenta el margen de error que puede ser fruto de las incertidumbres inherentes a este tipo de análisis.

De la entrega de equipos de frío

[910] Acerca del comportamiento de entrega de equipos de frio, la Intendencia sostiene:

De la entrega en comodato de Equipos de Frío, como una conducta de abuso de poder de mercado a la luz de los numerales 1, 3, 15 7 22 del artículo 9 de la LORCPM.-

[626] *En esta sección se analiza la entrega de equipos de frío en comodato por parte de las denunciadas y si las condiciones a ser cumplidas por parte de los comodatarios para la recepción de los mismos podrían o no constituir abuso de poder de mercado.*

[627] *En cuanto a los equipos de frío, los operadores económicos expusieron que: (i) CN no suministra equipos de frío en condiciones de exclusividad; y, (ii) la estrategia de CN no es bloquear al competidor mediante la ocupación estratégica de espacios. Asimismo se indicaron los motivos por los cuales, a criterio de los denunciados, el caso no se podría aplicar a la presente investigación, así como, que el caso de Van den Bergh Foods sería uno de los más cuestionados por la doctrina.*[90]

[628] *Lo argüido por los operadores económicos intenta negar dos puntos relevantes que han sido recogidos por vasta jurisprudencia a nivel mundial en cuanto a la configuración de un abuso por la imposición de restricciones verticales a través de la entrega de equipos de frío en comodato por parte de dominantes: i) la existencia de cláusulas de exclusividad ya sean explícitas o de facto a ser cumplidas para la entrega de dichos equipos; y, ii) la ocupación del limitado espacio de las tiendas y locales para la implementación de un segundo equipo de frío, lo cual genera un barrera de entrada artificial, puntos que serán expuestos en el presente acápite.*

[629] *Asimismo, los operadores económicos indican que:*

> *"Por regla general los clientes que solicitan los equipos de frío lo hacen a través de distintos canales dispuestos por la compañía. Estas solicitudes se analizan y se decide entregar un equipo de frío* ***si es que las compras del cliente demuestran que el equipo va a ser utilizado eficientemente.*** *Los equipos no se usan, como Heineken Ecuador S.A. sostiene, como una barrera estratégica.*
>
> ***La compañía tiene información sobre las compras de los clientes.*** *De esa manera, solo se entregan y se mantienen equipos que pueden ser usados de forma eficiente* ***considerando información histórica****; los equipos no son usados como una forma de bloqueo de espacio. [...]*
>
> *A Grupo CN no le interesa ni utiliza los equipos como barreras estratégicas. No colocamos equipos de frío como una forma para bloquear espacios,* ***sino para que los clientes que ya compran la cantidad suficiente que hace eficiente el uso del equipo, lo tengan."***"[91]

[630] *De lo expresado por los operadores económicos se colige que DN entrega los equipos de frío en comodato a clientes que mediante sus compras puedan demostrar que el equipo de frío vaya a ser utilizado eficientemente.*

---

[90] ID. 184338, escrito de explicaciones CN y DN.
[91] ID. 229187.

[631] *Los operadores económicos expresaron que el utilizar eficientemente un equipo de frío es:*

> 4. Como tuvimos la oportunidad de explicar, la eficiencia se refiere al uso del equipo de frío por parte del cliente. Grupo CN no utiliza los equipos de frío como un mecanismo para ampliar su espacio de percha en un punto, sino que entrega un equipo de frío para allí perchar un volumen que el cliente ya compra.
>
> 5. Por ejemplo, un equipo de frío de 10 pies de capacidad se llena con 10 cajas de producto. Estas son cifras reales de un equipo de 10 pies, no hipotéticos.
>
> 6. Cuando un cliente solicita un equipo de frío, Grupo CN revisa sus compras. Si es que en los últimos tres meses el cliente ha comprado 10 cajas mensuales o más, entonces se le entrega un equipo de frío de 10 pies de capacidad. Si es que el cliente no ha comprado al menos 10 cajas, no se le entrega el equipo de frío de 10 pies.
>
> 7. Existen equipos de frío de diversos tamaños. Actualmente existen equipos de 3, 7, 10, 16, 19, 26 y 45 pies que se perchan con 3, 6, 10, 15, 20, 30 y 40 cajas de producto mensual, respectivamente.
>
> 8. Con estos antecedentes, (i) el parámetro objetivo que se utiliza para otorgar un equipo de frío es el volumen de compra; (ii) la medición para la entrega de un equipo de frío se hace considerando las compras del cliente en el último trimestre. De esa manera aseguramos que, como dijimos, se esté perchando en frío un volumen que ya se adquiere. A eso nos referimos con una utilización eficiente.

Fuente: *CN, DN y BBPC*[92]

[632] *Asimismo, cuando se requirió las condiciones a ser cumplidas por los operadores económicos que reciben los equipos de frío por parte de DN, los denunciados expusieron:*

[92] ID. 230326.

11. De manera general, las condiciones que rigen la relación de la entrega y uso de los equipos de frío son las siguientes:

Entrega en comodato:
Por medio del presente documento, dejo constancia que los elementos descritos a continuación fueron entregados al infrascrito cliente/auspiciado, en calidad de préstamo para que sean utilizados como herramienta para el desarrollo de su negocio. En este sentido, queda claramente establecido que la permanencia de estos activos en poder del cliente/auspiciado está sujeta a las políticas internas de colocación y retiro de activos de Cervecería Nacional CN S. A. y Dinadec S. A. Los elementos son entregados en perfectas condiciones y recibidos por el cliente/auspiciado a entera satisfacción.

Modo de uso del Equipo de Frío:
1. En el caso de puntos de venta donde exista únicamente un equipo de frío de propiedad de Cervecería Nacional, podrá disponer del espacio máximo de una bandeja completa del equipo de frío de la compañía, para la colocación de productos del sector de Cervezas Artesanales, y/o bebidas alcohólicas y/o no alcohólicas de productores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, según la definición y aspectos contenidos en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y disposiciones conexas.

2. En el caso de que en el punto de venta exista más de un equipo de frío, se permitirá que coloquen, en el espacio máximo de media bandeja completa de un equipo de frío de propiedad de Cervecería Nacional, productos del sector de Cervezas Artesanales, y/o bebidas alcohólicas y/o no alcohólicas de productores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, según la definición y aspectos contenidos en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y disposiciones conexas.

Limitaciones:
Se prohíbe a los comerciantes mezclar, en el mismo espacio, productos con marcas distintas a las marcas que produzca, distribuya y comercialice Cervecería Nacional y Dinadec. Entiéndase el concepto de "mezclar" el acto mediante el cual, se sobreponga, superponga, o se introduzcan en forma desordenada varios productos diferentes a los que comercialice el dueño del equipo de frío o refrigerador.

Fuente: *DN, CN y BBPC*[93]

[633] *De igual forma, se requirió a las denunciadas la entrega de copias simples de los contratos para la entrega de equipos de frío en comodato por cada una de las tipologías de clientes que manejan. Y, la DNICAPM desarrolló el ANEXO A para requerir información, tomando en cuenta a los clientes con más facturación de los operadores económicos denunciados, superando el millón de USD en el año 2020, información analizada con base en lo reportado por el SRI y las denunciados.*[94] *Las condiciones indicadas por las denunciadas, son concordantes con uno de los contratos presentados por los operadores económicos a los que se requirió la presentación de los contratos con CN y DN en providencia de 09 de marzo de 2022, a las 10h31, sin embargo, se puede observar una condición adicional para la entrega del equipo: el cumplimiento de la planometría, como se desprende de la siguiente captura:*

1.- EXHIBICIONES ADICIONALES PARA PRODUCTO CN
2.- DISPONIBILIDAD DE PORTAFOLIO CN
3.- USO ADECUADO DE ACTIVOS CN
4.- COLOCAR EL PRODUCTO DE ACUERDO A LA PLANOMETRIA DE CN. PRODUCTOS QUE SÍ PUEDEN SER CONSUMO DE MENORES DE EDAD, COMO PONY MALTA, DEBEN SER COLOCADOS EN EL SECTOR JUGOS.
5.- LOS ESPACIOS PUEDEN IR VARIANDO DEPENDIENTE LA NECESIDAD Y NEGOCIACION DE CN CON SUPERMERCADOS MEGA SANTAMARIA

Fuente: *Operador económico*[95]

[634] *Por tanto, de lo expuesto se colige lo siguiente:*

[93] ID. 229962.
[94] El cruce de información se realizó con base en el ID. 214799 y el ID. 229187, Anexo 2.
[95] ID. 230265.

i. *La entrega de equipos de frío en comodato se lo realiza con base en el análisis de volúmenes mínimos de compra;*

ii. *Existen condiciones a ser cumplidas referentes al porcentaje de exhibición o llenado de productos de la competencia;*

iii. *Existe asimismo un cumplimiento de planometría;*

iv. *Existiría una prohibición expresa de mezclar productos de la competencia –marcas distintas a las que produzca CN-, en los equipos de frío.*

- ***Las condiciones encontradas en los contratos de comodato para la entrega de equipos de frío por parte de DINADEC***

[635] *Como se indicó y analizó con respecto al porcentaje de exhibición y llenado en los programas SOCIO PILSENER D.A.L.E. y D.R.E.A.M., el someter a la condición de recibir incentivos por el cumplimiento de un 80% de exhibición de producto generaría barreras de entrada, toda vez que no existe un espacio disponible para la competencia. Lo propio ocurre con las condiciones a ser cumplidas para la entrega de equipos de frío -en comodato- a los clientes de CN. Se debe tomar en cuenta que la condición de exhibición de una bandeja para productos de la economía popular y solidaria no es aplicable para competidores de CN y DN, por tanto, en los equipos de frío de DN, los productos de dichos competidores simplemente no pueden ser exhibidos en los equipos de frío, so pena, de que se incumpla el contrato de comodato.*

[636] *Asimismo, es menester tomar en cuenta que los operadores económicos que entregan dichos equipos de frío tienen cuotas de participación cercanas al monopolio, por ende, la condición del cumplimiento de no mezclar productos de la competencia, es decir, de no exhibir dichos productos es más grave, toda vez que la competencia en el mercado determinado es débil. El requerir que no se mezcle productos de la competencia, so pena de incumplir el contrato de comodato, sería otra forma de exclusividad de facto, toda vez que para no perder el beneficio obtenido –el equipo de frío gratis-, el tendero al que se le otorgó dicho equipo, no compraría producto distinto al de CN y DN.*

(...)

1.1.5. La entrega en comodato de Equipos de Frío, conforme los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.-

[657] *El abuso de poder de mercado en el ordenamiento jurídico nacional, está integrada por una cláusula general prohibitiva y veintitrés modalidades de abuso de poder de mercado, no taxativas, que no limitan las facultades investigativas y de imputación de esta Autoridad de Competencia, en tanto y en cuanto se ajuste a la disposición inserta en la cláusula general del artículo 9 de la norma antes indicada. Dicha cláusula general expresa que:*

"Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general".

[658] *En el presente apartado serán abordados en conjunto los numerales 1, 3, 15 y 22 de dicho artículo, que presuntamente han sido infringidos por los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC; por cuanto, contienen elementos comunes que para este órgano de investigación deben ser considerados como una suerte de cláusula general prohibitiva, como sucede con la cláusula general del artículo 9, dichos numerales establecen:*

"1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de ***entrada*** *o* ***expansión*** *de estos últimos en un mercado relevante, a* ***través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia****. [...]*

3.- Las ***conductas*** *de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido* ***a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios****. [...]*

15.- La ***implementación*** *de prácticas* ***exclusorias*** *o prácticas explotativas [...]*

22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o ***permanencia*** *de competidores actuales o potenciales en el mercado* ***por razones diferentes a la eficiencia económica****. [...]" (Énfasis añadido)*

[659] *Como se puede observar, los numerales tratan hipótesis generales de una posible exclusión a operadores económicos por parte de dominantes por medios ajenos a la eficiencia económica o propia competitividad. Los elementos distintos en la tipicidad entre estos numerales, para el presente caso, ocurre:*

i. Entre el numeral 1 y el 22, ya que el 1, sanciona conductas que afecten la expansión de competidores; y, el 22 por su parte, conductas que afecten la permanencia de competidores, en el presente caso HEINEKEN; y,

ii. *Con respecto al numeral 3, éste habla de la hipótesis de una posible exclusión tanto a los competidores, pero de igual manera, una afectación potencial –"puedan afectar"- a los consumidores y/o usuarios, que en el presente caso sería HEINEKEN o los consumidores de manera general.*

[660] *Ahora, de configurarse ya sea el numeral 1, 3 o 22 del artículo 9 de la LORCPM, se estaría incurriendo también en conductas exclusorias, lo cual se encuentra tipificado en el numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM.*

[661] *De lo señalado en el tipo legal, los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme los numerales 1, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM son:*

i. *La afectación a uno de los bienes jurídicos protegidos por el abuso de poder de mercado: competencia, eficiencia económica o bienestar general;*

ii. *La existencia de un operador económico dominante;*

iii. *Cualquier conducta realizada por parte del dominante que produzca;*

iv. *Una afectación efectiva o potencial en la capacidad de entrada, expansión o permanencia de competidores en el mercado relevante;*

v. *Por medios ajenos a su propia competitividad o eficiencia.*

[662] *En el presente caso se puede colegir que el tipo legal es configurado por lo realizado por parte de CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, toda vez que:*

i. *CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC son operadores económicos con poder de mercado, en el mercado relevante determinado, los cuales tienen una cuota de participación casi monopólica;*

ii. *DINADEC y CN entre 2018 y 2021 han entregado* [redacted] *equipos de frío, lo cual representa una entrega al* [redacted]*% de sus clientes, en promedio entre 2018 y 2021;*

iii. *DINADEC y CN para la entrega de los equipos de frío en comodato han fijado condiciones como el no "mezclar" productos o cumplir planometrías, condiciones que pueden ser consideradas como de exclusividad de facto;*

iv. *Se está dando una afectación a la competencia, toda vez que el fijar cláusulas de exclusividad de facto para la entrega de los equipos de frío entregados en comodato, se generan barreras artificiales a la entrada de potenciales competidores como a la expansión de los actuales;*

v. *Los dominantes están realizando conductas que constituyen abuso del poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales 1 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.*

[663] *Por su parte, los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme los numerales 3 y 15 del artículo 9 de la LORCPM son:*

i. La existencia de un operador económico dominante;

ii. Que el operador económico dominante, debido a la concentración de medios de producción o comercialización, realice conductas abusivas, con efectos exclusorios;

iii. Que la conducta realizada por parte del dominante produzca una afectación, limitación o impedimento efectivo o potencial en la participación de sus competidores en el mercado relevante; o, perjudique a los consumidores o usuarios.

[664] *En el presente caso se puede colegir que el tipo legal prescrito en el numeral 3 del artículo 9 de la LORCPM, es configurado por lo realizado por parte de CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, toda vez que:*

i. CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC, son operadores económicos con poder de mercado, en el mercado relevante determinado, con cuotas cercanas al monopolio;

ii. Nos encontramos en un mercado en el que existe una clara concentración de los medios de producción y comercialización, conforme se desprende de los índices de concentración analizados;

iii. DINADEC y CN para la entrega de los equipos de frío en comodato han fijado condiciones como el no "mezclar" productos o cumplir planometrías, condiciones que pueden ser consideradas como de exclusividad de facto;

iv. Se está dando una afectación a la competencia, toda vez que el fijar cláusulas de exclusividad de facto para la entrega de los equipos de frío entregados en comodato, generan barreras artificiales a la entrada de potenciales competidores como a la expansión de los actuales, lo cual son conductas exclusorias;

[665] *Con base en lo expuesto, al configurarse el tipo legal, para esta Autoridad se configuraría un abuso del poder de mercado por parte de los operadores económicos CERVECERÍA NACIONAL y DINADEC por violentar lo prescrito en el artículo 9 numerales 1, 3, 15 y 22 de la LORCPM.*

[911] Sobre la entrega de equipos de frío en comodato, la parte denunciante manifiesta:

> *152. Si bien la Intendencia desarrolla y calcula por qué existe una afectación real y potencial por la entrega en comodato de equipos de frío, en la versión reservada entregada a HEINEKEN ECUADOR no es posible determinar: (i) cuántos equipos de frío se han entregado, (ii) cómo ha sido la evolución de esta entrega, (iii) cuáles son los requisitos para la entrega de equipos de frío y (iv) cuál es el monto que ha*

invertido GRUPO CN para la entrega de estos equipos de frío. Sin embargo, su Autoridad sí tendrá acceso a esta información, por lo que HEINEKEN ECUADOR respetuosamente solicita que la analice en detalle.

153. La Intendencia concluye que existe una afectación tanto real como potencial por la entrega de equipos de frío en comodato. Como se ha mencionado, estas afectaciones se dan por el efecto exclusorio que existe tanto en el canal on como off premise; y, en esencia, porque la entrega de equipos de frío, genera exclusividades de facto, al impedir a quienes recibieron los equipos de frío mezclarlos con productos de la competencia, so pena de perder el equipo de frío entregado.

154. Lo que concluye la Intendencia, con lo que HEINEKEN ECUADOR está de acuerdo, no es menor, pues la cerveza es un producto que se consume frío. En consecuencia, si una cerveza no es exhibida en un equipo de frío, muy probablemente un consumidor promedio no la adquiera.

155. Por su parte, para la Intendencia existe una afectación potencial partiendo del supuesto de si GRUPO CN hubiese entregado equipos de frío a todos sus puntos de venta; en las mismas condiciones -con las mismas cláusulas- que a los que sí entregó. Evidentemente, la barrera de entrada creada como consecuencia de esta entrega hubiera tenido efectos más nocivos que los que se generaron actualmente, no solo para HEINEKEN ECUADOR, sino para cualquier otro competidor que quiera entrar en este mercado.

[912] De la lectura de los elementos de cargo aportados por la Intendencia se colige que éstos consisten en una exclusividad basada en una supuesta prohibición expresa de mezclar productos de marcas distintas a las que produzca CN, y en unas condiciones a ser cumplidas referentes al porcentaje de exhibición o llenado de productos de la competencia (que no se indica cuáles son).

[913] Por tanto, el único elemento válido de cargo de las conductas supuestamente relacionadas con la entrega de equipos de frío en comodato, es una exclusividad basada en una supuesta prohibición expresa de mezclar productos de marcas distintas a las que produzca CN.

[914] La parte denunciante no se refiere a la supuesta base de las exclusividades, es decir a no mezclar productos de la competencia, en este caso los suyos, con los de los denunciados.

[915] Como prueba de descargo, los denunciados solicitaron que se reprodujera el escrito y anexos presentados por la matriz del Grupo CN –Anheuser-Busch InBev SA/NV– el 20 de octubre de 2016 (ID 25957), en el cual se advierte que la Intendencia de Control de Concentraciones aprobó un contrato de comodato, cuya sección pertinente es exhibida a continuación:

trescientos treinta y cinco 335

ACTA DE ENTREGA RECEPCIÓN DE ACTIVOS COMERCIALES DE CERVECERÍA NACIONAL CN S. A. Y DINADEC S. A.	No.	
	Fecha de entrega:	
	Ciudad:	

Entrega en comodato:
Por medio del presente documento, dejo constancia que los elementos descritos a continuación fueron entregados al infrascrito cliente/auspiciado, en calidad de préstamo para que sean utilizados como herramienta para el desarrollo de su negocio. En este sentido, queda claramente establecido que la permanencia de estos activos en poder del cliente/auspiciado está sujeta a las políticas internas de colocación y retiro de activos de Cervecería Nacional CN S. A. y Dinadec S. A. Los elementos son entregados en perfectas condiciones y recibidos por el cliente/auspiciado a entera satisfacción.

Modo de uso del Equipo de Frío:
1. En el caso de puntos de venta donde exista únicamente un equipo de frío de propiedad de Cervecería Nacional, podrá disponer del espacio máximo de una bandeja completa del equipo de frío de la compañía, para la colocación de productos del sector de Cervezas Artesanales, y/o bebidas alcohólicas y/o no alcohólicas de productores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, según la definición y aspectos contenidos en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y disposiciones conexas.

2. En el caso de que en el punto de venta exista más de un equipo de frío, se permitirá que coloquen, en el espacio máximo de media bandeja completa de un equipo de frío de propiedad de Cervecería Nacional, productos del sector de Cervezas Artesanales, y/o bebidas alcohólicas y/o no alcohólicas de productores pertenecientes al sector de la economía popular y solidaria, según la definición y aspectos contenidos en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y disposiciones conexas.

Limitaciones:
Se prohíbe a los comerciantes mezclar, en el mismo espacio, productos con marcas distintas a las marcas que produzca, distribuya y comercialice Cervecería Nacional y Dinadec. Entiéndase el concepto de "mezclar" el acto mediante el cual, se sobreponga, superponga, o se introduzcan en forma desordenada varios productos diferentes a los que comercialice el dueño del equipo de frío o refrigerador.

[916] La lectura de esta sección del contrato permite descubrir que el elemento de cargo de la Intendencia, en relación con las supuestas conductas asociadas a la entrega de equipos de frío en comodato, es el mismo elemento de descargo solicitado por los operadores económicos denunciados.

Para mayor claridad esta Comisión Procede a transcribir los elementos de cargo y descargo, esto es la cláusula de limitaciones contenido en el Contrato de Comodato (Acta entrega recepción):

> *"Se prohíbe a los comerciantes mezclar, en el mismo espacio, productos con marcas distintas con marcas que produzcan, distribuya y comercialice Cervecería Nacional y Dinadec. Entiéndase el concepto de "mezclar" el acto mediante el cual se sobreponga, superponga, o se introduzcan de forma desordenada varios productos diferentes a los que comercialice el dueño del equipo de frio o refrigerador".*

[917] Acerca de la aprobación del contrato de comodato, y de la literalidad del mismo, esta Comisión señala que su aprobación no es restrictiva por las siguientes razones:

- La compartición de espacio señalada en el contrato hace referencia a los productos relacionados con la economía popular y solidaria, mas no a productos de agentes competidores de los operadores económicos denunciados.
- En relación con la referencia a *productos con marcas distintas a las marcas que produzca, distribuya y comercialice* CN y DN y con la concepción de mezcla contenida en el contrato, esta CRPI considera que constituyen elementos que no excluyen a la competencia de CN y DN por sí misma, dado que no se intuye que tal haya sido la

intención de la aprobación del contrato y porque en los términos de ordenamiento y separación de productos ajenos a CN y DN no son exhaustivos.

[918] En este sentido, se indica que el análisis de una supuesta exclusividad asociada a la entrega de equipos de frío no puede basarse únicamente en apuntar como base de la misma a que los denunciados habrían impedido mezclar, como hizo la Intendencia, sino que debía constatarse por un lado, si los denunciados tenían una razón para de alguna forma evitar que hubiera una *mezcla* de productos, y por otro lado, constatar si es que sobre la base de la utilización de una aprobación que no es restrictiva, se realizaron actuaciones de exclusión o cierre anticompetitivo dentro del mercado relevante, mediante el establecimiento de exclusividades con condiciones que estuviesen por fuera del ámbito de la aprobación del contrato de comodato hecha por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones.

[919] Esta CRPI, considera oportuno además en este punto, referirse a la sección del Informe Final en la que se mostraría el impacto real respecto a la entrega de equipos de frío en comodato.

1.1.6. Respecto al impacto real del abuso de posición de dominio con respecto a la entrega en comodato de Equipos de Frío

[1199] *Como se desprende del presente Informe los denunciados en **todos** los contratos de comodato para la entrega de equipos de frío, han incluido cláusulas supuestamente abusivas, mediante las cuales se impide el "mezclar" productos de la competencia en dichos equipos. Según la información presentada por los propios denunciados, se habrían entregado [redacted] equipos de frío lo que representa, en promedio anual en los cuatro años de entrega, a un [redacted]% de sus clientes. La información presentada es tanto del canal on como del off.*

[1200] *Es decir, en los cuatro años indicados, se habrían entregado equipos de frío aproximadamente a [redacted] clientes; los cuales debido a cláusulas posiblemente abusivas se habrían visto impedidos de colocar productos de la competencia en dichos equipos de frío, so pena de que el mismo sea retirado. Lo cual generaría una exclusividad de facto.*

[1201] *De igual manera, es muy importante tener en cuenta que de la información presentada por los denunciados, la inversión que han realizado en equipos de frío ha sido de alrededor de USD [redacted] millones.[96] Dicha cifra, en promedio, tomando en cuenta a **todos** los clientes que habrían recibido un equipo de frío, representa la entrega de un beneficio gratuito a sus clientes de USD [redacted].*

[1202] *Otro elemento que no se puede obviar es que los denunciados en ID 230326, que ya fue analizado como prueba, indicaron que los equipos de frío son entregados*

[96] ID 229187, Anexo 2.

"[p]ara allí perchar un volumen que el cliente ya compra". Es decir, los equipos de frío son entregados conforme el volumen de compra.

[1203] *Es decir, si un cliente compra 20 cajas, se le entrega un equipo que perche 20 cajas, lo cual toda vez que en dicho equipo, el comodatorio no puede "mezclar" productos de la competencia, es indispensable que el mismo siga adquiriendo dicha cantidad de producto. O, en el supuesto de que incremente su capacidad de compra y requiera un equipo para 10 cajas adicionales, dicho incremento de venta de cerveza será únicamente de CN, toda vez que si dicho incremento fuese de HEINEKEN, no tendría donde exponerlo o enfriarlo, so pena de perder un beneficio gratuito, en promedio, de al menos USD* [redacted]

[1204] *A criterio de esta Autoridad, y como se indicó en el presente Informe, lo realizado por los denunciados constituiría el levantamiento de barreras de entrada artificiales para posibles entrantes, las cuales, de igual manera, afectan a HEINEKEN. Toda vez que éste o potenciales entrantes tendrían impedido el enfriamiento o disposición de sus productos en al menos* [redacted] *equipos de frío de CN y DN.*

[920] La lectura del análisis del *impacto real del abuso de posición de dominio con respecto a la entrega en comodato de Equipos de Frío*, permite determinar que no se trata de una aproximación a un impacto real de las supuestas conductas asociadas a la entrega de estos equipos, sino que se trata de la descripción de una conducta anticompetitiva.

[921] Por lo expuesto en esta sección, *De la entrega de equipos de frío*, en alusión a los elementos de cargo y descargo, y a los supuestos efectos reales constituidos en el mercado relevante, esta Comisión descarta todas las conductas asociadas a la entrega de equipos de frio en comodato. Es decir, las conductas de los numerales 1, 3,15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

[922] Por las consideraciones realizadas en la presente resolución, esta Comisión considera que no se ha podido tener prueba suficiente en el análisis realizado en la etapa de investigación que permita configurar las infracciones previstas en la LORCPM.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ARCHIVAR el expediente No. SCPM-CRPI-025-2022, de conformidad con la parte motiva la presente resolución.

SEGUNDO.- DECLARAR la presente resolución como confidencial y agregarla en la parte confidencial del expediente

TERCERO.- EMITIR la versión no confidencial de la resolución y agregarla a la parte no confidencial del expediente.

CUARTO.- NOTIFICAR la presente resolución en su versión confidencial a los operadores económicos Cervecería Nacional S.A. Dinadec S.A., a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y a la Intendencia General Técnica ,

QUINTO.- NOTIFICAR la resolución en su versión no confidencial al operador económico HEINEKEN ECUADOR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI

Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI, SERIALNUMBER=090621111646, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2023.03.13 16:16:25-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.0

Pablo Carrasco Torrontegui
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
CARL MARTIN PFISTERMEISTER MORA
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-025-2022
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-03-13T16:21:08.210334-05:00

Carl Pfistermeister Mora
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

Édison Toro Calderón
PRESIDENTE

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-025-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 16 de marzo de 2023, 11:40.

Comisionado sustanciador: Carl Pfistermeister.

VISTOS

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-008, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo único.-*** Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:
>
> ¬ *Doctor Edison René Toro Calderón;*
> ¬ *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
> ¬ *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.(...)*

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

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

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

[4] El Informe de Resultados de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante INICAPMAPR), datado el 15 de marzo de 2022.

[5] El Informe Final de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante INICAPMAPR), datado el 6 de septiembre de 2022.

[6] La Resolución de 13 de marzo de 2023, emitida por la CRPI a las 16:15.

CONSIDERANDO

[7] Los siguientes pasajes del Informe de Resultados:

[239] *Para este mercado, este órgano de investigación considera que aquellos costos relacionados con publicidad generan un alto impacto sobre el posicionamiento de una marca. Este hecho puede ser evidenciado en los altos gastos que registran los operadores económicos involucrados en la investigación (...)*

[244] *Con los elementos cuantitativos y de legislación comparada, se puede determinar que la publicidad en el presente caso tiene un peso significativo sobre las posibilidades de ejercer estrategias comerciales y presiones competitivas, e incluso puede influenciar de manera importante la decisión de entrada de un posible competidor, tomando en cuenta que su implementación implica la generación de costos hundidos.*

[8] Los siguientes pasajes del Informe Final:

[180] *De la misma forma, los costos hundidos endógenos se asocian, principalmente, con los gastos en publicidad e investigación y desarrollo. Estos gastos tienen la capacidad de incrementar el precio que los consumidores están dispuestos a pagar por las unidades que adquieren, y también la capacidad de aumentar los costos fijos de las empresas y, por ende, la escala óptima de producción.*[1]

(...)

[188] *Con los elementos cuantitativos y de legislación comparada, se puede determinar que la publicidad en el presente caso tiene un peso significativo sobre las posibilidades de ejercer estrategias comerciales y presiones competitivas, e incluso puede influenciar de manera importante la decisión de entrada de un posible competidor, tomando en cuenta que su implementación implica la generación de costos hundidos.*

[9] Los siguientes pasajes de la Resolución de 13 de marzo de 2023:

[602] *A nivel industrial, la cadena de producción de la cerveza se compone de los eslabones de producción o importación, distribución al por mayor y al por menor, y, comercio al consumo final de la cerveza industrial. De acuerdo con lo señalado, los operadores económicos involucrados participan en los dos primeros segmentos de esta cadena.*

(...)

[741] *Para esta Comisión, en el contexto de este expediente, los gastos en publicidad no representan un costo hundido significativo, a diferencia del aspecto posicionamiento de marca. Éste ha estado vigente por décadas, por lo que su superación no es razonable en el corto plazo.*

(...)

[1] Bruno, N. (2019). Costos hundidos endógenos y competencia: aplicación al caso de telefonía local en EE.UU. *Ensayos de Política Económica, 3*(1), 37-57. https://bit.ly/3sphfQf. Consultado: [14-12-2021]. Pp. 10.

[749] *Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto se encuentre partido por segmentos de categorías de cerveza.*

(…)

[779] *La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de* ***colchones****, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos. (énfasis por fuera del texto original)*

1.1.1 *Del poder de mercado para este caso*

[780] *De acuerdo con los elementos aportados por la Intendencia, se considera para el análisis de poder de mercado a los siguientes argumentos:*

[781] *El mercado definido es un mercado muy maduro.*

[782] *De acuerdo con la evolución histórica de las cuotas de mercado, este es un mercado muy poco disputable.*

[783] *Se tiene en cuenta que las preferencias de los consumidores ecuatorianos de cerveza pudieran ser consideradas como muy rígidas.*

[784] *Pese a que la capacidad ociosa de CN (que oscila en 30 % de su capacidad total de producción) no es cercana a cero, logra atender en promedio al 93 % del mercado, este hecho da cuenta de que un potencial entrante podría esperar que su aparición en el mercado pudiera generar una disminución de los precios de los productos de los denunciados.*

[785] *Las cuotas de mercado de los denunciados son estables y se encuentras por sobre el 90 % de mercado en todos los años analizados.*

[786] *Existe prácticamente un único canal de distribución de cervezas a nivel nacional.*

[787] *Se ha indicado la presencia de barreras de mercado, como una clientela que durante décadas ha conocido –prácticamente- a un único oferente de cervezas, esto repercute en que sus preferencias se han mantenido estáticas a lo largo del tiempo.*

[788] *El mercado definido es un duopolio, cuyas cuotas distan de la mejor situación posible en un mercado de estas características, operadores independientes cada uno con 50 % de participación.*

[789] *Los precios y cantidades determinados para la demanda de los denunciados, dada su escala, son los mismos para el mercado.*

[790] *De acuerdo con los señalamientos precedentes, esta CRPI determina que en este expediente, los operadores económicos denunciados ostentan una posición dominante.*

(…)

[819] *Esta situación resulta especialmente importante ya que esta Comisión, al revisar el informe Final de la Intendencia no encuentra un análisis propio y específico respecto del por qué no estarían justificadas las cláusulas contractuales y en particular de la cláusula de exclusividad señalada por la Intendencia como anticompetitiva.*

(…)

[835] *De la revisión del Informe de Resultados y del Informe Final se desprende la ausencia de un señalamiento por parte de la Intendencia a las razones por las que el órgano de investigación considera que la sugerencia o fijación de precios de reventa sean injustificadas, en atención a las características económicas y legales del caso en resolución.*

(…)

[843] *En adición, esta Comisión resalta que, en relación con conductas de fijación de precios de reventa, es imposible plantearse una teoría del daño sin conocer aspectos nucleares como los precios y los productos involucrados en la conducta, análisis que tampoco ha tenido lugar en el presente caso.*

(…)

[871] *En el presente caso es posible evidenciar que las conductas analizadas no se ajustan perfectamente a los tipos específicos contenidos en los numerales 10 y 11 de la LORCPM, por lo que, el incumplimiento de dicha condición imposibilita su sanción según una conducta de tipo abierto.*

(…)

[878] *Esta Comisión encuentra infundada tal afirmación, y dado que ha descartado la configuración de las conductas 9.11, 9.19 y 9.20, de la LORCPM, siguiendo el razonamiento de la Intendencia, descarta la configuración de los tipos 9.1, 9.15 y 9.22 de la LORCPM.*

(…)

[880] *Esta Comisión encuentra infundada tal afirmación, y dado que ha descartado la configuración de las conductas 9.11, 9.19 y 9.20, de la LORCPM, siguiendo el razonamiento de la Intendencia, descarta la configuración de los tipos 9.3 y 9.15 de la LORCPM.*

[10] El artículo 133 del Código Orgánico Administrativo:

> *Artículo 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.*
>
> *Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.*
>
> *Asimismo, el órgano competente puede, de oficio, realizar las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones en el plazo de tres días subsiguientes a la expedición de cualquier acto administrativo.*
>
> *La solicitud de aclaración, rectificación o subsanación del acto administrativo, no interrumpe la tramitación del procedimiento, ni los plazos para la interposición de los recursos que procedan contra la resolución de que se trate.*
>
> *No cabe recurso alguno contra el acto de aclaración, rectificación o subsanación a que se refiere este artículo, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra el acto administrativo.*

ANÁLISIS

[11] La CRPI ha detectado un error material involuntario en el párrafo 779 de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15. En ese párrafo se hace referencia al producto colchones, elemento ajeno al expediente SCPM-CRPI-025-2022, cuando debía referirse al producto cervezas.

[12] La línea de análisis tanto de la Intendencia como de la CRPI ha girado siempre en torno al producto cervezas en el expediente SCPM-CRPI-025-2022.

[13] Si embargo del incurrimiento de ese yerro, la CRPI manifiesta que el mismo no tiene incidencia en el análisis de fondo de la Resolución en mención, porque para esta Comisión los costos hundidos relativos a gastos en publicidad fueron descartados explícitamente en su ejercicio de definición del mercado relevante, e implícitamente en la determinación de poder de mercado, tal como se aprecia en los párrafos citados *ut supra*.

[14] Por tanto, esta Comisión, en aplicación del artículo 133 del COA, procederá con la aclaración del párrafo 779, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.

[15] En adición, la CRPI ha detectado un error material involuntario en el párrafo 749 de la resolución, en él se quiso expresar que: Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto **no** se encuentra partido por segmentos de categorías de cerveza.

[16] En consecuencia, esta Comisión, en aplicación del artículo 133 del COA, procederá con la rectificación del párrafo 749, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.

[17] Ahora bien, en su resolución de 13 de marzo de 2023, respecto de constatación de esta autoridad de la falta de análisis del carácter injustificado de la cláusulas de exclusividad y de sugerencia o fijación de precios de reventa de los contratos de franquicia "Bodega Pilsener" por parte de la INICAPAMAPR en los respectivos Informes de Resultados y Final[2], esta Comisión aclara y resalta su imposibilidad de realizar dicho análisis por cuenta propia, en primer lugar, por la falta de los elementos de información necesarios para realizar dicho ejercicio; y en segundo lugar, por que en el caso de que esta autoridad hubiere realizado dicho análisis de justificación por cuenta propia habría imposibilitado a los operadores económicos denunciados ejercer adecuadamente su derecho a la defensa en el momento procesal oportuno.

[18] Por otra parte, la CRPI considera adecuado realizar una aclaración con relación al párrafo 843, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.

[19] En relación al numeral 20 del artículo 9 de la LORCPM, esto es la fijación injustificada de precios de reventa, esta Comisión manifestó la imposibilidad del planteamiento de una teoría del daño en el caso concreto ya que en el expediente faltan elementos esencial para la realización de su análisis como es la determinación de precios, así como productos involucrados en la conducta.

[20] Sin embargo, esta Comisión resalta además que al no existir por parte de la Intendencia un análisis del carácter injustificado de la fijación de precios de reventa, también imposibilita desarrollar una adecuada teoría del daño en el caso concreto.

[21] En alusión al párrafo 871, esta CRPI estima oportuno aclarar en relación con la adecuación imperfecta de los hechos (cláusulas de exclusividad y fijación de precios) investigados en las conductas establecidas en los numerales 10 y 11 del artículo 9 de la LORCPM.

[22] Al respecto, los hechos investigados por la Intendencia en la etapa de investigación relativo a la fijación de cláusulas de exclusividad, y fijación de precios de reventa se ajustan espontánea y perfectamente a los tipos siguientes, respectivamente:

> *19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*
>
> *20.- La fijación injustificada de precios de reventa.*

[23] Mientras que esos mismos hechos no tienen un emparejamiento claro y directo con los tipos contenidos en los numerales 10 y 11 del artículo 9 de la LORCPM:

> *10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.*

[2] En relación al análisis constante en los párrafos 819 y 935 de la Resolución de 13 de marzo de 2023.

> *11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.*

[24] Respecto del numeral 10 del artículo 9, la Intendencia interpretó que las conductas objeto de análisis se ajusta a este tipo jurídico en virtud de la cláusulas de exclusividad y de fijación de precios de reventa, conclusión que a criterio de esta autoridad es impreciso por cuanto ambas cláusulas contractuales analizadas tienen en la Ley un tipo específico aplicable que fue objeto de un análisis preponderante por parte de la Intendencia; lo que implica que, previo a la configuración de los hechos en la conducta tipificada en el numeral 10 resulta ineludible adecuarse perfectamente el tipo específico contenido en los numerales 19 y 20 del artículo 9 la LORCPM, en particular respecto del análisis de su justificación.

[25] En adición, con relación al numeral 11 del artículo 9, lo indicado cobra incluso más relevancia ya que la tipificación de dicho numeral exige necesariamente la existencia de un análisis del carácter injustificado de las condiciones contractuales, que cómo ha sido señalado en la resolución de 13 de marzo de 2023 no tuvo lugar por parte de la Intendencia.

[26] En otro orden de ideas, la CRPI considera adecuado realizar una aclaración en relación con los párrafos 878 y 880, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15.

[27] Al respecto, la CRPI puntualiza que las razones para concluir que no es posible la aplicación de los numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM en el caso concreto es debido, en primer lugar, a que la aplicación de cláusulas de tipo general o abiertas deben ser aplicables residualmente para aquellos casos en lo que los hechos estudiados no pueden subsumirse o adecuarse a las conductas específicas o cerradas.

[28] En segundo lugar, y sin perjuicio de lo indicado, esta Comisión resalta que en el caso concreto la Intendencia en su Informe Final considera la infracción de dichos numerales como una consecuencia de la infracción tipo contenida en los numerales 19 y 20 del artículo 9 de la Ley, sin que exista un análisis individualizado de como los hechos objeto de análisis se subsumen perfectamente e individualmente en cada uno de esos numerales 1, 3, 15 y 22 del artículo 9.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ACLARAR Y RECTIFICAR que por un error material involuntario se escribió en la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15:

> [779] *La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de **colchones**, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos. (énfasis por fuera del texto original)*

En lugar de:

[779]La INICAPMAPR ha señalado que la barrera que afectaría el ingreso o la expansión de competidores en el mercado de producción y distribución de **cervezas**, al por mayor y menor, es de tipo estructural y se trata de la existencia de costos hundidos por gastos de publicidad. Por su parte la CRPI determina que las inversiones necesarias para implementación de la operación, así como el factor estratégico relacionado al canal de distribución pueden evaluarse como barreras en el presente caso, además de otras características como las preferencias intertemporales de los consumidores de cerveza ecuatorianos.

SEGUNDO.- RECTIFICAR un error material involuntario en el párrafo 749, de la Resolución de 13 de marzo de 2023, de las 16:15, de la siguiente manera:

[749]Esta autoridad coincide con los denunciados en que el mercado de producto **no** se encuentre partido por segmentos de categorías de cerveza.

TERCERO.- ACLARAR la resolución de 13 de marzo de 2023 de conformidad con la parte que motiva la presente resolución.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Firmado electrónicamente por:
CARL MARTIN PFISTERMEISTER MORA
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-025-2022
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-03-16T11:47:25.76616-05:00

Carl Pfistermeister Mora
Comisionado

PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI, SERIALNUMBER=090621111646, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2023.03.16 11:43:17-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.1

Pablo Carrasco Torrontegui
Comisionado

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

Édison Toro Calderón
Presidente

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-025-2022

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

Comisionado sustanciador: Carl Pfistermeister.

VISTOS

[1] La Resolución SCPM-DS-2023-008, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo único.-*** Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:
>
> - *Doctor Edison René Toro Calderón;*
> - *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
> - *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui (…)*

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO

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

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

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

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

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

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

II. Segunda solicitud de aclaración

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

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

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

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

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

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

III. Tercera solicitud de aclaración

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

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

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

ANÁLISIS

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

Primera solicitud de aclaración

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

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

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

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

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

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

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

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

5.4. Potencial investigación por la existencia de prácticas anticompetitivas.

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

5.5. Fundamento de las peticiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

Segunda solicitud de aclaración

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tercera solicitud de aclaración

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

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

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

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

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

RESUELVE

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

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

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI

Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI, SERIALNUMBER=090821111646, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2023.03.21 15:19:56-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.0

COMISIONADO

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

COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

PRESIDENTE DE LA COMISIÓN
DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA