



REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL
www.funcionjudicial.gob.ec

Juicio No: 09292202200977

Casillero Judicial No: 5185

Casillero Judicial Electrónico No: 0918696717

notificaciones@pinoelizalde.com, rafulloat92@gmail.com, roberto.moreno@ab-inbev.com

Fecha: viernes 21 de abril del 2023

A: ELIZALDE JALIL MARCO ANTONIO

Dr/Ab.: RAFAEL ALEJANDRO ULLOA TRIVIÑO

**SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y
TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS**

En el Juicio Especial No. 09292202200977 , hay lo siguiente:

VISTOS: Por el sorteo de ley ha correspondido conocer y resolver a este Tribunal de la **Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas**, los **recursos de apelación** interpuestos por: la Procuraduría General del Estado y por la Abg. Elizabeth Landeta Tobar (*Intendente Nacional Jurídico y Procuradora Judicial de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*), **en contra de la sentencia** dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Penar Sur con competencia en Delitos Flagrantes, con sede en el cantón Guayaquil, Abg. Ruth Ronquillo Alvarado, el día 21 de julio del 2022, a las 14:09, en la que declaró con lugar la acción de protección propuesta por el ciudadano Marco Antonio Elizalde Jalil, por los derechos que representa en calidad de Apoderado de la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV.

El Tribunal quedó integrado por los jueces provinciales: Dr. Víctor Vacca González (juez ponente), Dr. Henry Morán Morán^[1] y Abg. Juan Paredes Fernández; y, el estado de la causa constitucional, **después de haberse realizado la audiencia**, es el de **resolver**; y, para hacerlo, se consignan las siguientes consideraciones:

I

COMPETENCIA

1. Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ha prevenido en el conocimiento de este proceso, conforme consta en la razón del acta de sorteo electrónico del 05 de septiembre del 2022; y, es competente para conocer y resolver las impugnaciones presentadas, al tenor de lo previsto en los Arts. 86 numeral 3 de la Constitución; 24 y 168 numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional (*en adelante, LOGJyCC*); y, 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial (*en adelante COFJ*).

II VALIDEZ DEL PROCESO

1. En esta instancia, no se observa omisión de solemnidad sustancial ni vicio de procedimiento que influya o pudiera influir en la decisión de la causa; por lo que se declara válido este proceso constitucional de acción de protección.

III ANTECEDENTES

1. El ciudadano **Marco Antonio Elizalde Jalil** (*Apoderado de la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV (en adelante, AB InBev)*), acude a esta vía constitucional, con su demanda de acción de protección (*fs. 33 a 54*), en contra del Dr. Danilo Sylva Pazmiño (*Superintendente de Control del Poder de Mercado*) y de la Procuraduría General del Estado. La demanda mediante la cual interpone y ejercita la acción de protección, queda resumida en los siguientes términos:

“...4.1 Compra y condicionamientos.- AB InBev es una compañía multinacional con sede en Bélgica, que en el año 2016 adquirió localmente la compañía CN. Esta adquisición, de conformidad con lo previsto en la LORCOM, requería de la autorización de la SCPM, lo cual se verificó mediante actos administrativos del 6 de mayo y del 22 de julio del 2016. En ambas actuaciones, la SCOM -a través de la CRPI- autorizó la referida compra-operación de concentración económica- sujeta al cumplimiento de 11 condiciones que debía cumplir CN. La forma específica mediante la que AB InBev se comprometía al cumplimiento de dichas condiciones fue recogida en el documento denominado “Compromiso de cumplimiento de condiciones”, mismo que fue aprobado por la SCPM en la referida actuación del 22 de julio del 2016”

...a efectos de que su autoridad tenga un entendimiento general sobre el contenido de estos, es conveniente señalar que las condiciones 4, 5 y 6 a los que se sometió la operación de adquisición, fueron los siguientes:

- **Condición 4.-** Permitir al competidor (definido conforme los actos de autorización) el uso de la red de comercialización de DINADEC S.A.
- **Condición 5.-** Limitar el valor a invertir en publicidad en las marcas Pilsener, Club, Budweiser, Bud66 y Pony Malta.
- **Condición 6.-** Permitir un espacio en los refrigeradores -equipos de frío- para cervezas artesanales y bebidas alcohólicas de operadores de la economía popular y solidaria.

4.2. Seguimientos de cumplimiento de condiciones.- A efectos de mantener un seguimiento del cumplimiento de dichas condiciones se estableció que la SCPM realizaría, cada dos años, una evaluación de la eficiencia de las condiciones 4, 5 y 6 antes referidas.

4.3. El informe de eficiencias.- ...la evaluación de las condiciones indicada anteriormente debía realizarse cada dos años, la primera vez que la SCPM la

realizó fue en el año 2021. Fue así como, en el proceso de analizar esas eficiencias, mediante providencia del 8 de diciembre de 2021 la SCMP ordenó que se ponga en conocimiento de AB InBev el contenido del informe **SCMP-IGT-INCCE-2021-035...** del 19 de noviembre del 2021 elaborado por la INCCE, que analizaba por primera vez, la eficiencia y el cumplimiento de las condiciones antedichas 4, 5 y 6 por parte de AB InBev.

La notificación de este informe a AB inBev se realizaba con la finalidad de que esta se pronuncie sobre su contenido previo a que la CRPI, como órgano competente dentro de la SCPM, y de conformidad con lo establecido en el Acto del 22 de julio de 2016, tome una decisión sobre él y, específicamente, decida si modifica las referidas condiciones... esta notificación y de manera específica conocer el contenido íntegro del informe resultaba de trascendental importancia para un adecuado ejercicio al derecho de defensa de mi representada pues, en el mismo existían pronunciamientos sobre la actuación de mi poderdante en el mercado ecuatoriano y, en particular, sobre si las condiciones impuestas a AB InBev habían sido cumplidas, si eran eficientes, si deben modificarse o, directamente, si se debe sancionar por incumplimientos de las mismas a AB InBev...

4.4. La notificación del informe mutilado.- ...el 8 de diciembre de 2021 la SCPM nos notificó con el informe nos percatamos que el mismo se encontraba mutilado, pues existía información de trascendental importancia oculta y tachada, lo que impedía tener un conocimiento pleno del fundamento de las alegaciones y conclusiones en él contenidas. De manera específica... existían datos de alegaciones, conclusiones, referencias a documentos y, en general, una extensa cantidad de información que no había sido puesta en consideración de mi representada, manteniéndose así oculta a mi poderdante pese a que la misma resultaba indispensable para un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa...

...Esto, indudablemente, impedía que mi representada se pueda pronunciar de forma adecuada sobre el informe, y pueda ejercer de forma plena su derecho a la defensa ¿Cómo podría AB InBev pronunciarse sobre un documento -más aún cuando contiene acusaciones en su contra y tiene el efecto potencial de afectar sus derechos-, cuyo contenido íntegro, desconoce?...

...mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 2021... AB InBev solicitó a la SCPM que, a efectos de poder pronunciarse sobre el contenido del informe, remita previamente copia íntegra del informe, esto es, sin tachaduras o información oculta.

4.5. Segunda notificación con el informe mutilado.- Frente lo solicitado por AB InBev, mediante providencia dictada el 14 de enero de 2022, la SCPM nos notificó, por segunda ocasión con el informe.

Sin embargo, y pese a que mi poderdante había indicado expresamente que la existencia de tachaduras en el informe le impedían pronunciarse adecuadamente sobre su contenido y ejercer así plenamente su derecho a la defensa, la SCPM volvió a remitir a ABI una versión del informe lleno de tachaduras e información oculta que, al igual que la anterior ocasión, imposibilitan que mi representada conozca la fehacientemente el contenido, fundamento y alcance del Informe, y sobre todo, el origen y naturaleza de los hechos recogidos en el Informe, y que parecerían incluir acusaciones directas contra AB InBev, mismas que podrían derivar bien en investigaciones en su contra, o una eventual modificación de las condiciones a ellas impuestas, conculcándose así su derecho a la defensa...

...por medio de escrito presentado el 28 de enero de 2022... AB InBev insistió a la SCPM en que le remita el informe sin tachaduras o información oculta para poder ejercer de forma adecuada nuestro derecho a la defensa.

4.6. Tercera notificación con el informe mutilado.- ...el 18 de febrero de 2022 la SCPM nos notificó por tercera ocasión con el Informe y sus anexos. Sin embargo... pese a que mi representada había indicado de forma reiterada a la SCPM que el conocimiento y acceso a una versión íntegra del informe y sus anexos resultaba indispensable para un adecuado ejercicio a su derecho a la defensa, la SCMP volvió a remitir, por tercera ocasión, una versión incompleta y mutilada del Informe y sus Anexos, llena de tachaduras e información oculta...

...por medio de escrito presentado el 8 de marzo de 2022... se volvió a manifestar a la SCPM que mi representada no podía ejercer, en esas condiciones, su derecho a la defensa dado que, entre otras cosas, no se puede hacer una contradicción sobre hechos relacionados a AB InBev, por estar ocultos en el Informe... se solicitó, una vez más, que se remita de forma completa e íntegra el Informe y sus anexos, si pena de vulnerar el derecho constitucional a la defensa.

4.7. Negativa expresa a otorgar el informe íntegro.- Frente a este último pedido, la SCMP mediante providencia de 28 de marzo de 2022 negó la solicitud de entregar el informe íntegro y manifestó que este hecho no vulneraría el derecho a la defensa de AB InBev.

En vista de la prácticamente ausente motivación por parte de la SCPM para negar el acceso a la versión íntegra y completa del Informe y sus Anexos, que derivaría en una vulneración a mi derecho constitucional a la defensa, el 7 de abril de 2022 mi representada solicitó una aclaración de lo indicado en la antedicha providencia... Esta solicitud, sin embargo, fue rechazada mediante providencia del 12 de abril de 2022 en la que la SCPM, a través de la CRPI, negó expresamente el acceso de AB InBev a una versión íntegra y completa del Informe. El falaz, arbitrario y deficiente argumento bajo el cual se fundamentó esta negativa, fue básicamente que, a su criterio, la entrega de una versión mutilada y con tachaduras del informe era legítima por cuanto:

...la censura de la información en los términos indicados está amparada en la normativa vigente y no constituye una violación al derecho de defensa. Además, de una revisión de la versión reservada del informe SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, la CRPI encuentra que es inteligible y permite perfectamente que el operador económico AB InBev pueda captar todo su contexto e hilo conductor y, por lo tanto, controvertir los argumentos relacionados con las eficiencias de los condicionamientos.

...su autoridad puede constatar los siguientes hechos:

- i. La SCPM se ha negado expresa y reiteradamente a entregar el informe y sus anexos de forma íntegra a AB InBev. El argumento que utilizan es que el ocultamiento de información no vulnera el derecho a la defensa de AB InBev.
- ii. La SCPM ha entregado el informe y sus anexos a AB InBev, de forma mutilada, con tachaduras e información oculta, teniendo claro conocimiento que la información tachada guarda relación directa con mi representada y que tenemos el derecho a contradecir.

Los hechos antes descritos, y en particular, las actuaciones de la SCPM contenidas

en los actos administrativos de 28 de marzo de 2022 y de 12 de abril de 2022, vulneran los derechos constitucionales de AB InBev al debido proceso, en su manifestación en el derecho a la defensa -art. 76.7 letras d) y h) CRE; a la motivación -art. 76.7 letra L) CRE-; y, a la seguridad jurídica -art. 82 CRE.”

El accionante también agrega:

“...En el presente caso... AB InBev es parte procesal, justamente con la SCPM, en el procedimiento administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017. LA calidad de parte de AB InBev y sus filial CN, ha sido reconocida expresamente por la SCPM, en varias ocasiones dentro del expediente que contiene el procedimiento administrativo... de seguimiento de condiciones.

...en aplicación del citado artículo 76.7 letra d) CRE, Ab InBev tienen el derecho constitucional de acceder a **todos** los documentos y actuaciones procesales dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017, como consecuencia del ejercicio pleno de su derecho a la defensa.

Sin embargo, la SCPM, a través de la CRPI, ha negado a mi representada el acceso a todos los documentos y actuaciones procesales dentro del proceso del que soy parte procesal...”.

“...en el proceso que sustancia la SCPM se está verificando, entre otras, el cumplimiento de la Condición 6, es decir, si se ha permitido un espacio en los refrigeradores para Cervezas Artesanales y bebidas alcohólicas de operadores de la economía popular y solidaria. Para verificar el cumplimiento de la Condición 6, la SCPM realizó un cuestionario a cerveceros artesanales relacionados a las actividades realizadas por las filiales ecuatorianas de mi representada.

Conforme consta en el párrafo 84 del Informe, la SCPM señala que se recolectaron declaraciones de 16 cerveceros artesanales quienes alegaron la existencia de “algún tipo de impedimento” para ingresar sus productos de frío o que los mismos habían sido retirados. Más adelante, la SCPM se refiere a lo expresado por 5 cerveceros específicos, pero en forma arbitraria y violatoria del derecho a la defensa, tacha por completo las acusaciones y declaraciones realizadas sobre las supuestas actuaciones de mi representada. La condición 6, por sí misma, contiene una obligación genérica, cuyo cumplimiento debe analizarse detalladamente y en el contexto de hechos específicos. De igual manera, la afirmación de la SCPM contenida en el Informe de que 16 cerveceros habrían experimentado “algún tipo de impedimento” es imprecisa y vaga, pues no refiere en forma exacta el tipo de impedimento que está analizando o las circunstancias en que se habría materializado.

En este sentido, no es posible conocer detalladamente el contenido de las acusaciones realizadas en contra de mi representada sobre el alegado incumplimiento de la condición 6, sin saber exactamente lo que cada uno de estos cerveceros declaró...”.

Más adelante, el accionante, continúa:

“...5.6.1. Datos de la prueba documental contenida en el estudio econométrico presentado por un tercero ajeno al expediente.-

En el informe se tacha toda la información relevante relacionada con un estudio econométrico presentado por tercero en el que aporta información sobre eficacia de la condición No. 4.

...sin perjuicio de que el solo hecho de que la SCPM permita que un tercero ajeno

al expediente, por iniciativa de ese tercero, presenté documentos y alegaciones que no le han sido requeridos –y que en todos los casos constituyen graves acusaciones sobre la actuación de mi representada... debemos indicar que el hecho que mi representada no pueda pronunciarse sobre uno de los documentos en los que se basará la entidad demandada para su resolución, constituye una garantía de contradecir pruebas...”

“...5.6.2. Datos de prueba documental sobre efectos de la condición No. 5 sobre otro un tercero.-

En el informe se impide que mi representada conozca los datos con relación a los efectos que ha tenido la condición No. 5 sobre el operador económico con el que se firmó un acuerdo de distribución conjunta ya quien, mediante el estudio, pretende demostrar –suponemos porque no tenemos acceso a la información completa- que la condición no fue eficaz y que, además, Ab InBev la incumplió. De esta forma, mi representada no puede pronunciarse respecto a los datos expuestos por la autoridad demandada para formar su criterio sobre la condición No. 5, incluyendo acusaciones contra AB InBev de haberla incumplido, coartando la garantía que le asiste a mi representada de contradecir todo el Informe...”

5.6.3. Contenido de testimonios de cerveceros artesanales.-

...para verificar la eficacia y, sobre todo, el cumplimiento de la condición No. 6, la entidad demandada formuló un cuestionario a varios cerveceros artesanales, cuyas preguntas estaban estrictamente relacionadas con la actividad de mi representada. Sin embargo, el contenido de lo expuesto por cada una de las personas consultadas ha sido tachado en el Informe. Incluyendo, lo que suponemos del vago contexto, son acusaciones directas en contra de AB InBev de haber incumplido la condición, lo que podría acarrear consecuencias millonarias. De esa forma, a mi representada se le ha impedido que pueda contradecir lo expuesto por terceros sobre su conducta...”

El accionante en su demanda, también dice:

“...si bien la SCPM ha fundamentado porqué puede declarar de manera general la confidencialidad de información, no ha cumplido con fundamentar y sustentar: (i) qué faculta a oponer la confidencialidad de información a las partes de un procedimiento, tomando en consideración que, como se anotó anteriormente, el texto constitucional otorga un acceso irrestricto e ilimitado a las partes al expediente; y, (ii) qué la faculta y bajo qué argumentos puede otorgar, en el caso específico, prevalencia al derecho a la libertad de empresa de terceros, por sobre el derecho a la defensa de mi representada.

Y lo mismo ocurre... en lo que respecta a la fundamentación fáctica del argumento, toda vez que la SCPM en ningún momento ha establecido, y mucho menos sustentado o demostrado:

- Que la información tachada sea información cuya divulgación afecte los derechos de terceros, en específico su derecho a la libertad de empresa;*
- Que la divulgación de dicha información efectivamente suponga una afectación a la libertad de empresa de dichos terceros. Es decir, no ha sustentado o fundamentado cual sería el riesgo específico o consecuencia concreta que se produciría con la divulgación y que afecte la libertad de empresa del tercero; y,*

- *Llegado el punto de realizar un análisis de ponderación y proporcionalidad de la medida de impedir el acceso a una versión íntegra y completa del informe, sustentar cómo: (i) el grado de protección y tutela (satisfacción) del derecho a la libertad de empresa del tercero, es superior al grado de afectación al derecho a la defensa de AB InBev como parte del procedimiento, sobre todo cuando la propia SCPM ha dicho que la información tachada es fundamental para tener mayores y mejores elementos para formar la voluntad administrativa; y (ii) la medida es estrictamente proporcional, para lo cual debía analizar y justificar que esta era la forma menos gravosa para proteger los derechos de terceros, teniendo en cuenta que la SCPM cuenta con otras herramientas para garantizar esta protección.*

Estas omisiones en el ejercicio argumentativo de la SCPM determinan la insuficiencia de la motivación del acto impugnado, motivo por el cual se habría incumplido con la garantía de motivación...”.

Finalmente, como pretensión, el accionante solicita:

“... 6.1. Declare que las actuaciones administrativas dictadas el 28 de marzo de 2022 y su aclaración dictada el 12 de abril de 2022, por la SCMP, a través de su órgano de la CRPI, dentro del expediente administrativo No. SCMP-CRPI-2016-017, han vulnerado los derechos constitucionales de AB InBev al debido proceso, en su manifestación en el derecho a la defensa -art.76.7 letras b) de la convención Americana de Derechos Humanos.

6.2. *Que, como consecuencia de lo anterior, se deje sin efecto las referidas actuaciones administrativas de la SCPM.*

6.3. *De conformidad con el artículo 18 de la LOGJCC, solicito que, como medida de reparación integral, se ordene:*

- 1. Que la SCPM, a través de la CRPI, me notifique el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 elaborado por la INCCE, y todos sus anexos y documentos que sirvieron de base para su elaboración, de forma íntegra y completa, sin tachaduras o información oculta de ningún tipo;*
- 2. Como garantía de no repetición, se ordene que toda la información que se genere del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017, y que trate sobre AB InBev, de forma directa o indirecta, me sea notificada de forma íntegra y completa, libre de cualquier tachadura o información oculta”.*

1. Luego del sorteo electrónico de ley, realizado el 26 de mayo de 2022, a las 16:17, el conocimiento y resolución de la demanda constitucional de acción de protección (No. 09292-2022-00977) le correspondió al Juez de la Unidad Judicial Penal Sur con competencia en Delitos Flagrantes con sede en el cantón Guayaquil, Abg. Ubaldo Eladio Macías Quinton. Posteriormente, el Juez a quo mediante providencia del 31 de mayo del 2022, a las 17:48, avocó conocimiento de la causa judicial en referencia y la calificó y admitió a trámite; asimismo, convocó a audiencia oral y pública para el 29 de junio del 2022, a las 09:00; y, dispuso notificar a los legitimados pasivos y al Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado.

1. La audiencia se instaló en la fecha y hora convocada, conforme consta en el acta de extracto de audiencia (fs. 185 a la 191), con la presencia de la Abg. Ruth Ronquillo Alvarado, Jueza de la Unidad Judicial Penar Sur con competencia en Delitos Flagrantes; quien, suspendió la audiencia, para abrir la causa a prueba. La reinstalación de la referida audiencia (fs. 235 a 239) fue el día 05 de julio del 2022 a las 17:00, en la que, la Jueza a quo aceptó la demanda de acción de protección de la referencia y declaró la vulneración de los derechos constitucionales *“a la defensa en su garantía de acceso a los documentos que forman parte del expediente, contradecir los elementos que fueron presentados en su contra y contar con todos los elementos adecuados para la preparación de su defensa, seguridad jurídica y sobre todo motivación”*.

1. La sentencia fue reducida a escrito el 21 de julio del 2022, a las 14:09 (fs. 243 a la 256); y, la Procuraduría General del Estado y la Abg. Elizabeth Landeta Tobar (*Intendente Nacional Jurídico y Procuradora Judicial de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*), mediante escritos presentados el día 27 de julio del 2022, interpusieron recursos de apelación.

1. También se observa, que mediante escrito de fecha 28 de julio del 2022, a las 15:20, el Dr. Marco Elizalde Cueva (*apoderado de la compañía AB InBev*), presentó aclaración y ampliación de la sentencia dictada por la Jueza a quo; y, que en providencia del 09 de agosto del 2022, a las 18:48, la Jueza a quo, con relación a la solicitud de ampliación y aclaración propuesta por el accionante, indicó lo siguiente:

“... b.-) En cuanto a la solicitud de aclaración y ampliación a la Sentencia emitida el 28 de julio del 2022 a las 15h20, por la suscrita sobre la vulneración al derecho a la motivación, esta Juzgadora estima que a lo largo de su sentencia existe un claro y 182895153-DFE amplio desarrollo y motivación sobre los vicios en los que incurrió la entidad pública demandada, específicamente sobre su arbitrario accionar al impedir o limitar el acceso a todas las actuaciones del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017 a la accionante, pese a ser parte de dicho procedimiento, y sin haya mediado fundamento legal alguno para aquello. En tal sentido, siendo que una de las causas por las cuales se vulneró el derecho a la defensa del accionante, viene dada por la actuación arbitraria de la SCPM al negar el acceso a los documentos sin fundamento legal, esto determinar claramente, y de forma consecuente, la vulneración al derecho a la motivación del accionante, toda vez que los actos impugnados, esto es, los actos administrativos del 28 de marzo de 2022 y de 12 de abril del 2022, no cumplieron con los elementos esenciales de la motivación, al no citar las normas jurídicas aplicables al caso, y bajo las cuales fundamentaron su actuación. En razón de aquello, y bajo esta explicación, esta Juzgadora estima que la sentencia es suficientemente clara y amplía en cuanto a los fundamentos para determinar la vulneración al derecho a la motivación, al ser esta una vulneración acaecida como consecuencia de la arbitraria actuación y sin fundamento legal, de

la entidad pública demandada.

4.3) Finalmente, en cuanto a la solicitud de aclaración de la sentencia en lo que respecta a las medidas ordenadas en su parte resolutive, esta Juzgadora, sin perjuicio de considerar que el texto de la resolución es suficientemente claro, más aun tomando en consideración que las disposiciones constitucionales y la ejecución de las sentencias expedidas en garantías jurisdiccionales deben atender al principio de favorabilidad y progresividad, y en definitiva, a la forma que más favorezca el goce de derechos...

En cuanto al destinatario de las medidas ordenadas en sentencia, la resolución es clara en establecer que es la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, entidad de derecho público considerada como una unidad, es decir como una institución independiente, lo que determina que, independientemente de los distintos órganos o direcciones que puedan existir dentro de la estructura orgánico funcional interna de dicha entidad, es toda la institución pública (y por tanto cada uno de sus órganos, direcciones, o funcionarios) la obligada a cumplir y acatar lo resuelto en sentencia de forma inmediata y otorgar acceso inmediato y sin restricción alguna a todos los documentos, anexos e información que forman parte del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017, y todos los documentos que sirvieron o fueron tomados en consideración para la elaboración del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 por parte de la INCCE. En este sentido se deja en claro también, que es obligación del Superintendente de Control de Poder de Mercado como máxima autoridad de la entidad pública demandada el primer llamado y obligado a acatar lo resuelto en sentencia y supervigilar que todos los órganos, direcciones y funcionarios de la institución a su cargo cumplan de manera directa y eficaz con los mandatos expedidos por esta Jueza Constitucional y garantice el cumplimiento y respeto a las garantías del derecho a la defensa del accionante en los procedimientos administrativos a su cargo.-

En cuanto al alcance del término "acceso", del sentido de la sentencia expedida, y conforme lo previsto en la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es claro que dicho término debe ser entendido de forma amplia y no restrictiva, toda vez que al establecer el texto constitucional que "Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento", lo hace de forma amplia y sin restricciones. En tal sentido, y tomando en consideración que de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la norma constitucional debe ser interpretada y aplicada en el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos, la obligación impuesta a la SCPM de conceder acceso a todos los anexos, documentos, actuaciones o información del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017, y toda la información, documentos, informes o actuaciones relacionados o que sirvieron de base o fueron tomados en consideración para la elaboración del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, debe ser interpretada y aplicada de forma amplia, y por tanto comprende el derecho, tanto a tener conocimiento de la existencia de dicha información, como a revisar de forma directa e inmediata dicha información; y así como a obtener copias o reproducciones de dicha información, toda vez que solo de esta forma es que se garantiza de manera efectiva el derecho del particular, no solo a tener acceso a dicha información, sino a contar con el tiempo y los medios adecuados

para su defensa...

Finalmente, es necesario indicar que, al ordenarse a la SCPM que conceda acceso inmediato a “todas las actuaciones y documentos en relación al expediente” No. SCPM-CRPI-2016-017, esta juzgadora ha sido por demás clara al indicar que son “todas” las actuaciones y documentos relacionados a dicho expediente, lo que incluye lógicamente los expedientes que precedan o se deriven de dicho expediente, sea que se tramiten ante la misma CRPI o ante cualquier otro órgano o dirección de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Esta juzgadora debe ser clara en indicar que las medidas de reparación y no repetición ordenadas tienen la finalidad de garantizar que la SCPM como entidad demandada respete y garantice el efectivo y pleno goce del derecho a la defensa de la accionante dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017 y específicamente que pueda acceder a los documentos que forman parte de dicho documento y que cuente con los medios adecuados para la preparación de su defensa. En tal sentido, resulta lógico e indiscutible que si el expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017 se nutre de información contenida en otros expedientes, o que otros expedientes preceden o se derivan de dicho expediente, el acceso a la información contenida en dichos expedientes resulta indispensable para el adecuado ejercicio de su derecho a la defensa, pues solo de esa forma el particular se encontrará en la posición de tener una comprensión clara e íntegra de los elementos sobre los cuales se resolverá su situación particular...”

En la misma providencia del 09 de agosto del 2022, a las 18:48, la Jueza a quo, admitió los recursos de apelación interpuestos, y dispuso que se remita el expediente procesal a la Sala de sorteo de la Corte Provincial de Justicia de la Provincia del Guayas.

IV

ALEGACIONES REALIZADAS ANTE LA JUEZA A QUO, EN LA AUDIENCIA DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN, SEGÚN LA SENTENCIA DE PRIMER NIVEL

1. Consta en el expediente constitucional de acción de protección, que en la audiencia oral y pública realizada ante la Jueza a quo, **el accionante**, a través de su defensa técnica, **Abg. Marco Antonio Elizalde Jalil y/o Abg. Jorge Luis Cedeño Cuellar**, entre otras alegaciones, dijo:

“...a fin de poder demostrar a su autoridad los hechos que originaron la vulneración flagrante de los derechos constitucionales a mi representada la misma que es en contra del acto administrativo contenido en la providencia dictada el 28 de marzo del 2022 y su aclaración dictada, el 12 de abril de 2022, por la CRPI, dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017, y aquellas actuaciones y hechos derivados directamente de este acto y para una mejor formación de su criterio respecto de la presente acción de protección, se realiza la siguiente relación circunstanciada de los hechos:

Compra y condicionamientos.- *AB InBev es una compañía multinacional con sede en Bélgica, que en el año 2016 adquirió localmente la compañía CN. Esta adquisición, de conformidad con lo previsto en la LORCPM, requería de la autorización de la SCPM, lo cual se verificó mediante actos administrativos del 6 de mayo de 2016 y del 22 de julio de 2016. En ambas actuaciones, la SCPM -a través*

de la CRPI- autorizó la referida compra –operación de concentración económica- sujeta al cumplimiento de 11 condiciones que debía cumplir CN. La forma específica mediante la que AB InBev se comprometía al cumplimiento de dichas condiciones fue recogida en el documento denominado “Compromiso de cumplimiento de condiciones”, mismo que fue aprobado por la SCPM en la referida actuación del 22 de julio de 2016. Sin perjuicio de que el contenido específico de los referidos actos administrativos, así como del Compromiso, no son relevantes para la resolución de la presente acción (razón por la que no es necesario que se adjunten para su conocimiento y valoración), a efectos de que su autoridad tenga un entendimiento general sobre el contenido de estos, es conveniente señalar que las condiciones 4, 5 y 6 a los que se sometió la operación de adquisición, fueron las siguientes: Condición 4.- Permitir al competidor (definido conforme los Actos de Autorización) el uso de la red de comercialización de DINADEC S.A...

Seguimiento de cumplimiento de condiciones.- A efectos de mantener un seguimiento del cumplimiento de dichas condiciones, se estableció que la SCPM realizaría, cada dos años, una evaluación de la eficiencia de las Condiciones 4, 5 y 6 antes referidas. **El informe de eficiencias.-** Si bien la evaluación de las condiciones indicada anteriormente debía realizarse cada dos años, la primera vez que la SCPM la realizó fue en el año 2021. Fue así como, en el proceso de analizar esas eficiencias, mediante providencia del 8 de diciembre de 2021 la SCPM ordenó que se ponga en conocimiento de AB InBev el contenido del Informe (en adelante, el Informe) del 19 de noviembre de 2021 elaborado por la INCCE, que analizaba, por primera vez, la eficiencia y el cumplimiento de las antedichas condiciones 4, 5 y 6 por parte de AB InBev. La notificación de este Informe a AB InBev se realizaba con la finalidad de que esta se pronuncie sobre su contenido previo a que la CRPI, como órgano competente dentro de la SCPM, y de conformidad con lo establecido en el Acto del 22 de julio de 2016, tome una decisión sobre él y, específicamente, decida si modifica las referidas condiciones. En mérito de aquello, y como usted comprenderá, señor Juez, esta notificación, y de manera específica conocer el contenido íntegro del Informe resultaba de trascendental importancia para un adecuado ejercicio al derecho a la defensa de mi representada pues, en el mismo existían pronunciamientos sobre la actuación de mi poderdante en el mercado ecuatoriano y, en particular, sobre si las condiciones impuestas a AB InBev habían sido cumplidas, si eran eficientes, si deben modificarse o, directamente, si se debe sancionar por incumplimientos de las mismas a AB InBev. Es evidente que todo esto afecta los derechos y obligaciones de AB Inbev.

La notificación del Informe mutilado.- Ahora bien, el 8 de diciembre de 2021 la SCPM nos notificó con el Informe. Sin embargo, señor Juez, al revisar el contenido del Informe nos percatamos que el mismo se encontraba mutilado, pues existía información de trascendental importancia oculta y tachada, lo que impedía tener un conocimiento pleno del fundamento de las alegaciones y conclusiones en él contenida. De manera específica, señor Juez, existían datos, alegaciones, conclusiones, referencias a documentos y, en general, una extensa cantidad de información que no había sido puesta en consideración de mi representada, manteniéndose así oculta a mi poderdante, pese a que la misma resultaba indispensable para un adecuado ejercicio de su derecho a la defensa. Un ejemplo de aquello se puede observar en la página 36 del Informe, Esto, indudablemente,

impedía que mi representada se pueda pronunciar de forma adecuada sobre el Informe, y pueda ejercer de forma plena su derecho a la defensa. Cómo podría AB InBev pronunciarse sobre un documento -más aún cuando contiene acusaciones en su contra y tiene el efecto potencial de afectar sus derechos-, cuyo contenido íntegro, desconoce. Debido a aquello, y con la finalidad de poder ejercer adecuadamente su derecho a la defensa, mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 202..., AB InBev solicitó a la SCPM que, a efectos de poder pronunciarse sobre el contenido del Informe, remita previamente copia íntegra del Informe, esto es, sin tachaduras o información oculta.

Segunda notificación con Informe mutilado.- Frente a lo solicitado por AB InBev, mediante providencia dictada el 14 de enero de 2022, la SCPM nos notificó, por segunda ocasión, sin embargo, y pese a que mi poderdante había indicado expresamente que la existencia de tachaduras en el Informe le impedían pronunciarse adecuadamente sobre su contenido y ejercer así plenamente su derecho a la defensa, la SCPM volvió a remitir a ABI una versión del Informe lleno de tachaduras e información oculta que, al igual que la anterior ocasión, imposibilitan que mi representada conozca fehacientemente el contenido, fundamento y alcance del Informe, y sobre todo, el origen y naturaleza de los hechos recogidos en el Informe, y que parecerían incluir acusaciones directas contra AB InBev, mismas que podrían derivar bien en investigaciones en su contra, o una eventual modificación de las condiciones a ella impuestas, conculcándose así su derecho constitucional a la defensa. Ante esta situación, por medio de escrito presentado el 28 de enero de 2022, AB InBev insistió a la SCPM en que le remita el Informe sin tachaduras o información oculta para poder ejercer de forma adecuada nuestro derecho a la defensa.

Tercera notificación con Informe mutilado.- Frente a la insistencia de AB InBev, el 18 de febrero de 2022 la SCPM nos notificó por tercera ocasión con el Informe y sus anexos. Sin embargo, señores Jueces, y pese a que mi representada había indicado de forma reiterada a la SCPM que el conocimiento y acceso a una versión íntegra del Informe y sus Anexos resultaba indispensable para un adecuado ejercicio a su derecho a la defensa, la SCPM volvió a remitir, por tercera ocasión, una versión incompleta y mutilada del Informe y sus Anexos, llena de tachaduras e información oculta. De esta manera, sorprendidos por la insistencia de la SCPM en remitir versiones mutiladas y con tachaduras del Informe y sus Anexos, por medio de escrito presentado el 8 de marzo de 2022, se volvió a manifestar a la SCPM que mi representada no podía ejercer, en esas condiciones, su derecho a la defensa dado que, entre otras cosas, no se puede hacer una contradicción sobre hechos relacionados a AB InBev, por estar ocultos en el Informe. Esto equivaldría, señor juez, a que se solicite a una de las partes que se pronuncie sobre lo relatado por un testigo, pero luego no se le dejó acceder al contenido íntegro del testimonio. Por ende, se solicitó, una vez más, que se remita de forma completa e íntegra el Informe y sus anexos, so pena de vulnerar el derecho constitucional a la defensa.

Negativa expresa a otorgar el Informe íntegro.- Frente a este último pedido, la SCPM mediante providencia de 28 de marzo de 2022 negó la solicitud de entregar el Informe íntegro y manifestó que este hecho no vulneraría el derecho a la defensa de AB InBev. En vista de la prácticamente ausente motivación por parte de la SCPM para negar el acceso a la versión íntegra y completa del Informe y sus

Anexos, que derivaría en una vulneración a mi derecho constitucional a la defensa, el 7 de abril de 2022 mi representada solicitó una aclaración de lo indicado en la antedicha providencia. Esta solicitud, sin embargo, fue rechazada mediante providencia del 12 de abril de 2022 en la que la SCPM, a través de la CRPI, negó expresamente el acceso de AB InBev a una versión íntegra y completa del Informe. El falaz, arbitrario y deficiente argumento bajo el cual se fundamentó esta negativa, fue básicamente que, a su criterio, la entrega de una versión mutilada y con tachaduras del Informe era legítima por cuanto: la censura de la información en los términos indicados está amparada en la normativa vigente y no constituye una violación al derecho de defensa. Además, de una revisión de la versión reservada del Informe SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, la CRPI encuentra que es inteligible y permite perfectamente que el operador económico AB InBev pueda captar todo su contexto e hilo conductor y, por lo tanto, controvertir los argumentos relacionados con las eficiencias de los condicionamientos.

...de los antecedentes expuestos, su autoridad puede constatar los siguientes hechos: i. La SCPM se ha negado expresa y reiteradamente a entregar el Informe y sus anexos de forma íntegra a AB InBev. El argumento que utilizan es que el ocultamiento de información no vulnera el derecho a la defensa de AB InBev. ii. La SCPM ha entregado el Informe y sus anexos a AB InBev, de forma mutilada, con tachaduras e información oculta, teniendo claro conocimiento que la información tachada guarda relación directa con mi representada y que tenemos el derecho a contradecir. Los hechos antes descritos, y en particular, las actuaciones de la SCPM contenidas en los actos administrativos de 28 de marzo de 2022 y de 12 de abril de 2022, vulneran los derechos constitucionales de AB InBev al debido proceso, en su manifestación en el derecho a la defensa -art. 76.7 letras d) y h) CRE; a la motivación -art. 76.7 letra L) CRE-; y, a la seguridad jurídica -art. 82 CRE...”.

*“...En el presente caso, al encontrarnos dentro de un expediente administrativo cuyo objeto es que la autoridad demandada verifique y se pronuncie sobre las condiciones impuestas en contra de mi representada, con la facultad de modificar las obligaciones que ya tiene a su cargo, es evidente que dentro del expediente que sustancia la entidad demandada, se deciden sobre los derechos y obligaciones de AB InBev, motivo por el cual, es asimismo evidente, que se deben respetar en todas las etapas las garantías del derecho a la defensa consagradas en las CRE. **Vulneración al derecho a la defensa en su garantía de acceder a todos los documentos (art. 76.7.d CRE)...”.***

1. También constan las alegaciones realizadas por el **Abg. Francisco Riofrío Cuerva** y el **Abg. Carlos Luis Vásquez**, defensores técnicos de la **Superintendencia de Control del Poder de Mercado (accionada)**, quien, entre otros argumentos, indicó:

“...Es importante hacer la diferenciación, para el presente caso, en el tipo de procedimiento administrativo frente al que nos encontramos. El derecho administrativo, para fines de sustanciación tiene dos partes diferenciadas, aquella como ejercicio del poder público, o común o general, y aquella como ejercicio del poder punitivo o sancionatorio. El expediente administrativo que nos trae, SCPM-

CRPI-2016-017, no es un procedimiento administrativo sancionatorio, tanto es así que la resolución que autoriza el proceso de la concentración económica entre cerveceras, de 2017, no tiene origen sanatorio, ese acto administrativo y todos aquellos que le siguen, y todos los actos de simple administración, mantendrán esa naturaleza de procedimiento administrativo común sin ejercicio del poder punitivo, por ende no serán elementos de cargo.

... el accionante pretende por el fondo acceder al informe íntegro, su argumento es aplicar el literal d, del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, fuera de toda consideración de pertenencia, y lo hace respecto de un acto de simple administración, que no contiene cargas procesales, acto que de su lectura, habla a favor del administrado. Busca aplicar esa norma constitucional en un procedimiento que no determina derechos y obligaciones en esa actuación temporal. Se ha dicho ya que la columna vertebral de este caso recae sobre el informe 2021-035; o completo, numero SCPM-IGT-INICCE-2021-035. Informe que mediante acto administrativo en firme, ejecutoriado, de 24 de noviembre de 2021 emitido por la crpi o comisión de resolución de primera instancia, bajo lo mandado y permitido en el artículo confidencial. Este acto administrativo no está siendo visto o discutido por esta acción de protección, y me adelanto, entregar el informe íntegro, aquel que no contiene censura, sería derogar un acto administrativo firme que no ha sido ventilado dentro de esta audiencia y proceso, cuando ese acto administrativo tuvo vía de impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Pero, para los fines de entendimiento del caso, se debe conocer que el mercado regulado bajo la operación de concentración económica que hoy conocemos, es altamente concentrado, existiendo solo tres partes en él, siendo el más grande competidor el hoy accionante. Ab inBev supera en más de las dos terceras partes a sus competidores, siendo el segundo competidor Heineken Ecuador, y finalmente, con una mínima participación todos los productores o cerveceros artesanales.

Cuando se dio la operación de concentración económica entre cervecería nacional y ABI, se creó un grupo económico enorme cuyo poder de mercado superaba las fuerzas de oferta y demanda del mercado de cerveza en el país, para eso la SCPM puso los once condicionamientos, de esos once condicionamientos, en el informe que hoy nos trae, el 2021-035, se analizan solo tres, el 4, 5 y 6. Siendo importantísimo que se entienda el contenido del informe, hago un llamado de atención hacia la misma estructura del informe, si se lo lee se encontrará que está dividido en cinco secciones... El accionante requiere conocer todo el informe porque a su parecer necesita ejercer su derecho a la defensa, pero no es así. La primera conclusión contenida en los párrafos 96 y 97, cuando refiere a la condición 4, señala que hay imposibilidad de medir su eficacia por parte de la administración, por ende no le impone carga alguna al administrado. El párrafo 98 al referirse a la condición 5, refiere que la misma fue efectiva, y nuevamente, no se le impone carga al administrado sobre lo de defenderse. Y finalmente, el párrafo 99 al hablar de la condición 6, se dice que no se ha demostrado que ABI haya impedido a los cerveceros artesanales el acceso de equipos de frío, es decir deslinda todo nexo causal con el administrado, pero lo más importante es la línea final de este párrafo, en el que la INCEE recomienda dejar sin efecto la condición 6, lo cual le beneficia al hoy accionante.

Teniéndose clarísimo que ya en las conclusiones la administración no pasa

elementos de carga o acusaciones, las tachas o censuras del informe no deberían ser conocidas, pues no hay contradicción que ejercer, la administración pone en conocimiento el informe porque el administrado debe estar comunicada o notificado de las actuaciones y decurso del expediente administrativo en todo momento, pero sin elementos de carga, no debe ejercerse derecho de defensa en el principio de contradicción.

El informe en total tiene doce tachas, pero las ubicaré por secciones y sus párrafos. La sección dos va del párrafo 18 al 39, en esta existen cinco censuras, párrafos 34, 35, 36, 37 y 38, pero al leerse el informe se encontrarán dos cosas, por un lado, esa censura se debe a que se ha protegido información del competidor del accionante, Heineken.

Todos los 5 párrafos contienen información de Heineken respecto de sus ejercicios de comercialización y distribución, y por otro lado, el párrafo que concluye esa sección, el párrafo 39, excluye a ABINVEV de todo tipo de carga o responsabilidad de la imposibilidad de medir la eficacia de la condición, es decir no hay contradicción alguna, pues no se le acusa o dispone nada. Otorgar esta información al competidor más grande del mercado, competidor directo del protegido, es vulnerar sus derechos y atentarse contra el desarrollo común y normal de oferta y demanda del mercado, en los campos de distribución y comercialización.

La sección 3 del informe comprende los párrafos del 40 al 70 y encontramos las cuatro tachas siguientes en el subtítulo efecto en el competidor, lo cual nos permite conocer que será información del único que compite con el accionante, Heineken. Los párrafos 66, 67, 68 y 69, son información confidencial de mercado y desarrollo comercial de Heineken, por lo que entregarse y dar a conocer la misma a su oponente de mercado, sería perjudicar el mercado mismo que sería atentarse contra el objeto de la LORCPM.

Pero debe entenderse que, estas cuatro censuras se ven necesarias para la protección de información por confidencialidad, pero también lo son para los efectos de una supuesta contradicción, puesto que, en el párrafo 70 del informe se concluye que ABI no ha realizado aumentos desproporcionales en inversiones de publicidad, no lo ha hecho, que se mantuvo la relación publicidad-ventas en los estándares de la industria, y además que Biela o Heineken pudo invertir en publicidad sin afectarse por estrategias de ABI. Todo esto demuestra que esas cuatro censuras, para los fines de un ejercicio del derecho a la defensa en su principio de contradicción, no lo afectaban, puesto que no corresponden a elementos de cargo.

Finalmente, tenemos la sección 4 que se refiere al condicionamiento número 6. Para tratar esta sección primero debemos saber qué contiene pues es la sección que más partes negras o censuras tiene, y aquí lo que se investiga es la eficacia de la condición que impone, en palabras breves, que ABI permita a los cerveceros artesanales u operadores de la económica popular y solidaria tener acceso a espacios en los equipos de frío o refrigeradores propiedad de ABI que otorga a tiendas, supermercados, etcétera... Las tres partes censuradas son los párrafos 81 en el cuadro 15, párrafo 83 en el cuadro 16 y el párrafo 84. Del contenido de los subtítulos de estos cuadros, se podrá identificar que la tacha corresponde a aquella en que se protege información de mercado, por ende, nadie que no sea dueño de esa información puede conocerla, salvo la administración por supuesto. Pero lo importante aquí es ver que los párrafos que cierran la sección 85 y 86, señalan que,

por un lado, no existe nexo vinculante con la falta de acceso a los equipos de frío con Cervecería Nacional o DINADEC, y por otro, que se imposibilita determinar incumplimiento de la condición por parte de ABI, es decir, son dos párrafos que excluyen responsabilidad y no imponen cargas al administrado, no necesitándose, al no ejercerse poder punitivo, de contradicción.

Como se puede observar, la estructura del informa, atendiendo párrafo por párrafo y las conclusiones del mismo, se verá que es un acto de simple administración, emitido en un procedimiento administrativo común, que no ejerce poder punitivo, es decir no es de aquellos procedimientos administrativos sancionadores, y que, por tanto, no es un elemento de carga del cual deba defenderse el administrado...

...el expediente administrativo por su naturaleza no es sancionatorio, dos, que el informe no constituye una carga contra el administrado, tres, que las cuatro órdenes procedimentales de 8 de diciembre de 2021 y de 14 de enero, 18 de febrero y 12 de abril no imponen elementos de carga al administrado, y cuatro, que la verdad procesal de todo el expediente resguarda la vigencia, firmeza y eficacia de un acto administrativo que dispone la confidencialidad del informe 2021-035, los principios del derecho a la defensa no se han visto vulnerados. No hay contradicción que ejercer, no se ha vulnerado la inmediación al procedimiento y todas sus actuaciones, se han dado en igualdad de armas y se ha permitido presentar prueba y contradecir aquella que ha sido necesaria...”.

1. Por su parte, la **Abg. María Ferrán Viteri**, en representación del Abg. Juan Izquierdo Intriago (*Director Regional 1 de la Procuraduría General del Estado*) inter alia, expresó:

“...la institución accionada tiene su Ley orgánica, tiene su reglamento y aparte de eso tiene sus instructivos los cuales son conocidos y en virtud de ellos es que han procedido con la declaratoria de confidencialidad, la información pertenece a los otros operadores... en cuanto que tiene que ver la motivación se ha pronunciado... exige que las autoridades enuncien la norma sujeta a la explicación de estas normas a los hechos del caso por lo que siendo así... efectivamente la accionada dentro del expediente administrativo como se ha manifestado aquí, le ha puesto en conocimiento las providencias debidamente motivadas, que incluso el informe con la protección de cierta información de las otras operadoras que forman o conforman el campo cervecero ante esto... efectivamente la institución accionada no ha cometido ni ha vulnerado algún derecho constitucional como han manifestado, lo que está haciendo es lo que permite la norma legal, las normas ordinarias y están reguladas, es decir la accionado ha respetado la seguridad jurídica, ha dado una resolución debidamente motivada, en ningún momento ha habido indefensión por parte del accionante puesto que estos han comparecido al proceso y han tenido conocimiento de cada una de las providencias emitidas dentro de este expediente administrativo... como ha sido manifestada por mis antecesores que son conocedores de la materia dentro de este informe que se solicita la información, no hay ningún cargo contra los accionantes o sea, no se les está imponiendo ninguna sanción como para que deban pronunciarse sobre un acto que ellos hayan cometido y que esté reflejado en dicho informe asimismo... se dio lo que solicita esa información y esa solicitud está contemplada en la Constitución y en la ley... declare la improcedencia de esta acción puesto que... no hay violación de derecho

constitucional alguno, más aún que han presentado el informe, es lo mismo que hace la institución accionada en proteger en ese informe información que pertenece a otro competidor en el campo cervecero...”

1. En su dúplica el **Abg. Jorge Cedeño Cuellar**, defensa técnica del accionante, inter alia, dijo:

*“...se pretende en todo procedimiento que establezcan derecho y obligaciones tienen garantías del debido proceso y se pretende decir aquí y ser escuchado el argumento de que en este caso no se están decidiendo derechos y obligaciones y por ende no aplica el debido proceso... **No hay actividad de la administración pública que pueda estar por fuera de las garantías y los derechos constitucionales, por lo tanto no hay ejercicio del poder público, que no esté limitado por la ley y la Constitución no pueden haber lugares exentos de control, no puede existir eso porque eso sería previo al Estado de derecho cuando el poder podía hacer lo que le daba la gana, hoy en día el poder público está aquí para satisfacer los intereses generales y actuar conforme a la Constitución y a la ley respetando el derecho a las partes, solicito que mi representada debe tener acceso a toda la documentación completa sin tachaduras y que se me permita defenderme...”***

1. También, consta la dúplica realizada por el **Abg. Francisco Riofrío**, defensor técnico de la **Superintendencia de Control del Poder de Mercado (accionada)**, quien entre otros argumentos, expresó:

“...se debe analizar los derechos constitucionales ya que el derecho a la defensa tiene garantías... pero hay que ver si el fin de esta acción de protección esas garantías del derecho a la defensa se deben a una instrucción abierta,... artículo 76 dice que en todo proceso hay derechos y obligaciones, estamos en un proceso de aquellos que no se determina derechos y obligaciones, y como es un acto de simple administración las actuaciones de todo el expediente administrativo no determina derechos y obligaciones, por lo que no se puede aplicar. La división de la aplicación del derecho a la defensa es la acción constitucional y la acción del ejercicio constitucional, es justamente el artículo 76 de la Constitución, si es que la contraparte hubiese probado que en el ejercicio del derecho a la defensa no se respetó la contradicción, estuviéramos dentro de ella no existe eso si no existen mediación en el procedimiento, no existe eso si es que no tuvo igualdad de armas, no existe eso si no pudo hacer práctica probatoria, no existe eso... no existe eso evidentemente porque es un procedimiento administrativo no sancionador, que no tiene por qué elevarse a la opción constitucional... reitero existe improcedencia de la acción de protección porque no se ha determinado la vulneración del derecho a la defensa en su ejercicio debido a que el expediente SPM ser pi 0162 1017 no era de aquellos que determinan derechos y obligaciones, y todas sus actuaciones administrativas después del acto administrativo que condicionó a la operación de concentración se cumplan bajo el aspecto del Art. 76 por lo tanto, es improcedente la acción constitucional...”

1. Asimismo, consta la dúplica realizada por el **Abg. Carlos Vásquez**, defensor

técnico del accionado, quien entre otros argumentos, expresó:

“...se ha alegado que esta información no pondría nada en el acceso a la información pública de conformidad a lo señalado en la Ley Orgánica sin embargo el artículo uno de esa misma ley no señala que toda información que emane de las instituciones o entidades públicas es sujeta y es información de carácter público, lo mismo manifiesta en la Constitución en el artículo 91, en este sentido señora jueza solicito se declare improcedente la presente acción...”.

V

CONSIDERACIONES DE LA JUEZA A QUO PARA “DECLARAR CON LUGAR LA DEMANDA DE ACCIÓN DE PROTECCIÓN”

1. Conforme consta en el expediente procesal, la sentencia escrita fue dictada el 21 de julio del 2022, las 14:09 (fs. 243 a la 256), en la que, la Jueza a quo para declarar con lugar la demanda de acción de protección propuesta por el legitimado activo, consideró lo siguiente:

*“...**SEXTO:** ... Debo indicar de cada una de las intervenciones realizadas en esta Audiencia Pública celebrada en el presente proceso, y sobre todo el punto central gira entorno a determinar si el hecho de la Superintendencia de Control de Mercado haya entregado a la compañía AB INBEV, una versión del Informe SCPM-IGTINCCE-2021-035, en el que existía tachaduras, constituyó o no al derecho de la defensa en sus garantías a la motivación y a la seguridad jurídica, este problema o discusión y planteamiento dentro de las observación determina que el razonamiento judicial de esta juzgadora a efecto de resolver esta Acción Constitucional debe estar orientado básicamente analizar en primer lugar si las garantías del derecho a la defensa son aplicables a un procedimiento administrativo de naturaleza no sancionadora y en segundo lugar si el acceso irrestricto a la información a un informe expedido o elaborado dentro de un procedimiento administrativo sustanciado ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado se encuentra tutelado bajo el alcance y fin del derecho a la defensa, y si la restricción del acceso impuesta por dicha entidad pública, se encuentra institucionalmente o legalmente amparado, es decir determinar si ha existido o no una vulneración de derechos constitucionales, el análisis de estos puntos en su conjunto es lo que determinara si en la presente causa se habría configurado o no los requisitos de procedencia de toda acción de protección conforme lo dispuesto en el Art. 88 de la CRE en concordancia con lo dispuesto en el Art. 40 de la LOGJCCC...”*

...en cuanto al primero de estos puntos... el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, fue elaborado y expedido dentro del procedimiento administrativo No. SCPM-CRP I-2016-017, cuya finalidad específica fue que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, de seguimiento si la accionante había cumplido una serie de condiciones impuesta a una operación de concentración.

... dentro de la observaría de las condiciones impuesta de la que la accionante fue parte y se destacó sobre todo la finalidad de dicho procedimiento y de tal manera era de analizar y determinar si dichas condiciones eran o no eficientes, es un claro indicador que, aun cuando dicho procedimiento no sea de naturaleza sancionador como ha sido reconocido por ambas partes en un procedimiento en el que clara y evidentemente se resuelve sobre los derechos y obligaciones de un sujeto

específico toda vez que resuelve y se pronuncia sobre situaciones particulares del individuo y tiene la potencialidad de alterarlas o modificarlas en razón de lo expuesto y a criterio de esta JUZGADORA las garantías del derecho a la Defensa si son plenamente aplicables dentro del procedimiento administrativo No. SCPM-CRP I-2016-017, en razón que el Art. 76 de la CRE establece de forma clara y categóricamente que todo proceso en el que se determine derecho y obligaciones de cualquier orden se respetaran los derechos al debido proceso, muy respetuosa de eso y si en el texto constitucional no realiza, o no establece o describe distinción o limitación alguna que restrinja estos derechos dependiendo de la naturaleza del procedimiento, mal podría una autoridad administrativa o inclusive judicial imponer una sanción al pleno ejercicio o goce del procedimiento de naturaleza distinta a la sancionatoria, pues lo contrario indicaría una actuación contraria e ilegítima y reprochable desde la esfera Constitucional al restringir de un derecho constitucional sin justificación alguna, en tal sentido a criterio de esta Juzgadora era y es deber de la SPCM garantizar que dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRP I-2016-017, se respete el efectivo goce del derecho al debido proceso y a la defensa de la compañía accionante...

... con respecto al segundo punto relevante esto es, determinar si ha existido una vulneración de derechos constitucionales como consecuencia de la existencia de tachaduras en el informe, lo primero que esta juzgadora y es necesario recordar en materia constitucional rige los principios de justicia de los derechos, supremacía constitucional en interpretación más favorable, en razón de aquello y del análisis y valoración de la supuesta vulneración de los derechos acusada por el accionante debe ser abordada con atención a los referidos principios y en base aquello esta Juzgador considera que la existencia de tachadura en el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, si vulneró el derecho a la accionante a acceder a todo los documentos que forman parte del procedimiento, pues conforme el texto constitucional dicho acceso debe ser inmediata, directo e irrestricto, y no estableciendo limitación o salvedad alguna, más aun dicho artículo ni remite al legislador la competencia o facultad para restringir o limitar el alcance a dicho informe, debo destacar que en tal sentido observando lo que dicen estas reglas básicas de exegesis y hermenéutica jurídica, y esta Autoridad Judicial y ni la entidad Accionada se encontraban facultadas a restringir el derecho constitucional en mención, debiendo aplicarse e interpretarse en su literalidad, la cual ofrece un acceso directo e ilimitado a las partes procesales a la totalidad de los documentos y elementos de un procedimiento y lo que respecta al Art. 47 de la Ley Orgánica de Regulación de Poder de Mercado, bajo el cual la entidad accionada y sobre todo observando la totalidad de los documentos y elementos dentro de la observaría al procedimiento... alegraría que se encontraba legitimada para restringir el acceso a la accionantes y es necesario indicar que esta juzgadora del análisis del Artículo en mención no encuentra que la entidad administrativa limite el acceso a la partes de un procedimiento, y a todos los documentos que forma parte del mismo, el referido artículo si bien dice sobre un deber de secreto y reserva de las actuaciones y procedimiento administrativos a cargo de la entidad accionada no prevé y establece que esta se encuentre facultada a limitar el acceso al expediente a las partes del mismo, en tal sentido no observa que el artículo en mención legitime la actuación de la autoridad administrativa, ni tampoco que el contenido de dicho artículo entre en

conflicto o se suponga un obstáculo directo a la concesión libre e ilimitado de las partes al procedimiento, en razón de lo expuesto esta juzgadora considera sobre todo dentro del presente caso que se había configurado una vulneración al derecho constitucional de la parte accionante a acceder a los documentos que forman parte del expediente, lo que deviene de una vulneración a su derecho constitucional a la defensa... en el caso en concreto se ha vulnerado también el derecho constitucional a la defensa de la compañía AB INBEV, debo indicar dentro de esta vulneración también está el pleno derecho a contradecir sobre los elementos presentados en su contra y como se podría contradecir de lo que se desconoce, debo indicar que todos los elementos y ocurre también con el cargo de vulneración a la garantía de contar con todos los medios adecuados para ejercer la defensa y tomando en consideración que la garantía de acceso a todos los documentos que forman parte del expediente constituye sobre todo el presupuesto necesario para el ejercicio del pleno del resto de garantía que conforma el derecho a la defensa, esta juzgador estima que al haberse impedido el acceso pleno a la totalidad de los documentos que forman parte No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, se puso al accionante en una posición que no contaba con todo los medios adecuados para ejercer su defensa pues al desconocerse elementos que forman parte del expediente administrativo el particular se ve imposibilitado de tener una comprensión adecuada y total y plena del procedimiento, y de esta manera poder plantear su estrategia de defensa a la realidad procesal del expediente administrativo... en el presente caso sería, el accionante al no tener acceso a todos los elementos del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, no contó con la totalidad de los medios necesario para preparar su defensa, finalmente lo que respecta las alegaciones a la vulneración a los derechos a la motivación y a la seguridad jurídica, esta juzgadora, considera que también procedente puesto que de la actuación de la entidad demanda careció en lo absoluto de motivación al no encontrar fundamento alguno que lo legitime, dicha actuación fue arbitraria...”.

Finalmente, la Jueza a quo concluyó:

“...ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”, declaro con lugar la presente Acción de Protección propuesta por el ciudadano **Marco Antonio Elizalde Jalil**, por los derechos que representa en calidad de Apoderado de la compañía **ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV y/o a quienes hagan sus veces**; ante la vulneración de varios de sus derechos constitucionales entre los cuales se encuentran: a la garantía de acceso a los documentos que forman parte del expediente, contradecir los elementos que fueron presentados en su contra y contar con todos los elementos adecuados para la preparación de su defensa, seguridad jurídica y sobre todo motivación,... declaro con lugar y se deja sin efecto la providencia de fecha 28 de marzo del 2022 y su aclaración dictada el 12 de abril del 2022, dentro del procedimiento administrativo No. SCPM-CRPI- 2016-017, que la SPCM de manera inmediata a través del órgano correspondiente cumpla con notificar a la compañía AB INBEV, con una versión íntegra y sin tachadura del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, del 19 de noviembre del 2021 y le conceda acceso inmediato a todo los anexos, información que sirvieron como sustento o base para la elaboración de dicho informe, acceso que deberá concederse de manera íntegra y completa, como garantía a no

repetición esta Juzgadora dispone a la SCPM conceda como parte del expediente administrativo No. SCPMCRPI- 2016-017, acceso inmediato a todas las actuaciones y documentos en relación al expediente y debiendo abstenerse en el futuro de poner limitaciones u obstrucciones a la información en cualquier momento, se exhorta a la SCPM que deberá adecuar sus actuaciones a lo que establece el texto constitucional y por lo tanto en su deber de hacer garantizar sus derechos y los derechos de los particulares y garantizar en todo momento el pleno y goce del derecho a la parte en un procedimiento, se está sancionatorio o no sancionatorio...”

VI EL RECURSO DE APELACIÓN

1. El Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, tiene competencia para conocer y resolver el recurso de apelación formulado por la Procuraduría General del Estado y por la Abg. Elizabeth Landeta Tobar (*Intendente Nacional Jurídico y Procuradora Judicial de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado*), por intermedio de sus defensas técnicas, contra la sentencia que declara con lugar la demanda de acción de protección, propuesta por el ciudadano Marco Antonio Elizalde Jalil, por los derechos que representa en calidad de Apoderado de la compañía ANHEUSER-BUSH INVEB SA/NV.

1. La competencia surge por mandato del Art. 76 numeral 7, letra m de la Constitución, lo cual guarda armonía con la garantía de la doble instancia prevista en el Art. 86 numeral 3 inciso 2 de la misma Ley Suprema; y, Art. 24 de la LOGJyCC, que prevé esta forma de impugnación contra sentencias, resoluciones o autos definitivos proferidos en primera instancia dentro de un proceso constitucional; lo que constituye un medio que amplía el derecho a la defensa y garantiza el denominado doble conforme.

VII LAS ALEGACIONES REALIZADAS EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE ALZADA

1. Conforme consta en el acta de extracto de audiencia (fs. 125 y 131) del expediente de segunda instancia, el **Abg. Francisco Riofrío, en representación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante, SCPM)**, en uso de la voz, al fundamentar su recurso de apelación, entre otras alegaciones, dijo:

“...El presente caso tiene dos aristas muy importantes... por un lado tenemos el ser normativo y por otro lado tenemos el deber jurídico, el deber ser jurídico encontramos en la sentencia del 22 de julio del 2022 y un auto del 9 de agosto del 2022 totalmente dañinos para el derecho de la competencia ecuatoriana, un caso que mediante acción de protección o que inició mediante acción de protección irrumpió con toda la confianza legítima que posee una autoridad de competencia a través de la figura denominada confidencialidad, secreto, reserva de la información

que maneja dentro de los expedientes administrativos, el caso si inició con una demanda para conocer un informe, la impugnación se hizo respecto de dos actos de simple administración y la búsqueda o el fondo era que se entregue la versión no confidencial de dicho informe, los anexos que compaginan ese informe pero termino declarando de manera definitiva por el fondo por los efectos que no existe facultad de confidencialidad de ningún tipo, **es decir que todo tipo de información, sea cual sea, frente a quien sea, en el momento que sea puede ser puesta en conocimiento de las partes por un mandato o una norma de la Constitución**, sin embargo, efectivamente, nunca se lograron analizar o se analizaron o se motivaron los efectos que contraía declarar esto, y evidentemente no se analizó la pertinencia ni la necesidad de la figura de confidencialidad dentro de una autoridad de competencia, debe quedar perfectamente claro señores jueces que el tema de fondo pertenece o pertenecía realmente a un asunto de mera legalidad...

...podrán identificar que no existe motivación en la sentencia y menos en el auto ampliatorio no existe pronunciamiento alguno que diferencie cómo y por qué puede declararse confidencial siendo información y con respecto de quien además, y esta ausencia de motivación es la que además se le dio el camino fácil mencionado anteriormente para resolver sin medir los riesgos que representan para la administración y el derecho de competencia, la Superintendencia efectivamente no desconoce la norma del Art. 76 pero defiende arduamente... que no existe vulneración de garantías al derecho a la defensa por censurar, por tachar cierta información a las partes procesales, cuando esta información no consiste en los hechos del caso, cuando esta información no demuestra el análisis de subsunción de infracciones cuando no contiene la valoración de tipicidad de la infracción administrativa que se está tratando e investigando dentro del expediente administrativo; es decir, cuando la información censurada, la información que tiene tachas, no se trata de elementos de convicción del administrado y no se trata de la relación circunstancial de los hechos ni de la valoración probatoria, ni del recuento de los elementos probatorios o de los actos del infractor, o los elementos probatorios de cargo cabe perfectamente declararla confidencial sobre todo cuando esta información pertenece a un tercero, un tercero dentro de un Mercado relevante, muy concentrado...

...AB Inbev es el operador económico con mayor Poder de Mercado, dentro de ese Mercado relevante y la información que se reveló a través de la sentencia desde el auto fue de la competencia directa de este operador económico, se recalca... que no toda censura puede comportar automáticamente indefensión, eso lo reconoce la doctrina, eso lo ha dicho justamente autoridades de competencia pares a nivel mundial, la relevancia constitucional ahora para la acción de protección, la relevancia constitucional de la indefensión consiste en impedir o dificultar sustancialmente la defensa de las partes, cuando se genera un desbalance procesal... justamente pertenece a la esfera constitucional cuando la censura no provee certeza, certeza del fundamento de la infracción, del fundamento de la conducta, eso es lo que genera, lo que causa indefensión a una de las partes, eso es lo que limita la contradicción, el no conocer datos que no pertenecen a la infracción, datos que pertenecen al Mercado y a la competencia no genera indefensión en lo absoluto, por lo que son datos que no necesitan ser contradichos, la censura de información que no demanda contradicción que no constituye

elementos de cargo, que no es parte de sus referidos y elementos de convicción es legalmente viable con fines de declararla confidencial y es constitucional para el debido proceso... de la revisión del informe que es el 035 del 2021 que fue el fondo originario de la demanda tiene doce partes censuradas, dentro de esas 12 partes de toda la información pertenece a agentes externos, agentes externos a AB Inbev agentes principalmente a la competencia Heineken Ecuador en 7 de las 12 tachas, y ninguna de esas son elementos de convicción que necesitan ser contradichas por la parte accionante, por la administración de esas circunstancias y justamente se puede encontrar o analicemos si podemos encontrar de estos datos, de esas 12 censuras, datos o documentos necesarios para fijar los hechos o entender el análisis y la valoración objeto del procedimiento, no, no hay... es información necesaria para garantizar el derecho a la defensa, no, tampoco, si se trata de información que no sirve para fijar el alcance, el contenido o los efectos de las prácticas objetos del procedimiento que no sirve para la averiguación y la prueba de los hechos y la calificación de las conductas que no refiere a indicios algunos, que no refiere a indicios objetos de la investigación, realmente esto puede causar... indefensión o puede vulnerar los derechos o intereses legítimos de un administrado que no los conoce, la respuesta va a ser negativa para todas las preguntas...

...en este caso nos encontramos por fuera de la relevancia constitucional porque esas 12 censuras del informe no pidieron, no dificultaron sustancialmente a la defensa de AB Inbev en ningún momento... de la verdad procesal de este proceso, no causaron indefensión de ningún tipo, no existió ese desbalance procesal que demanda justamente la esfera constitucional... con la excusa de una norma constitucional se tiraron uno de los pilares básicos... actualmente somos el hazme reír del derecho a la competencia mundial justamente por este caso, porque la Superintendencia abrió un expediente a la competencia mayoritaria dentro de un Mercado relevante altamente concentrado, justamente la protección que da toda autoridad de competencia es la protección de los secretos empresariales, la protección de datos comerciales, la protección de los propiedad industrial, de propiedad intelectual, justamente la garantía denominada garantía del debido secreto, del secreto requerido, conociéndolos secretos empresariales de su competidor, o del Mercado en general en el que participa en varias de sus esferas se garantizó el derecho a la defensa de AB Inbev, no, no se lo hace, lo que se garantizó es generar desconfianza en la protección de datos que tiene la Superintendencia desde la óptica, o desde la visión de los Mercados...

...venimos por una sentencia que no motiva justamente el cómo se desarrolla una figura jurídica a lo largo de la norma, la sentencia irrumpe contra los principios de la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que son los principios de ponderación e interpretación sistemática del Art. 4, el caso irrespeto, el caso, la sentencia, irrespeto la improcedencia de la acción, justamente por la norma del Art. 41 numeral 1... aunque la Constitución en el Art. 76 numeral 7 literal d, es un absoluto es un efecto macro, no se debe olvidar que la LORCPM, es decir, la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder del Mercado y la LOTAIP posibilitan que las partes de un procedimiento puedan instar la confidencialidad, la confidencialidad de determinados datos suyos y de documentos sobrantes, suyos por parte de la administración, la norma constitucional no puede verse configurada como un derecho absoluto respecto del desarrollo normativo infraconstitucional

pues justamente se condiciona a las circunstancias de cada caso concreto... un caso concreto no es igual para la generalidad, no se puede aplicar el Art 76 para un caso que tiene dimensiones distintas al todo normado en la norma del Art. 76, son justamente en definitiva las que permiten determinar el desarrollo, el análisis de la información, es la que permite determinar si una información ha de tener o no el carácter de confidencial... se debe tener en cuenta que determinada información puede ser confidencial solamente en relación con determinadas personas y empresas, evidentemente, si ya se sabe que no se trata de elementos de convicción resta determinar no solo si es confidencial sino frente a quien lo es... si la competencia, el operador económico mayoritario del Mercado conoce los datos de todo el Mercado y su competencia realmente es necesario ¿declarar la indefensión? Realmente se puede hablar de una vulneración al derecho a la defensa, la respuesta absoluta es un no justamente porque un competidor no puede, no, un competidor no debe tener acceso a la información de sus rivales, las garantías del Mercado, las garantías del libre ejercicio económico se ven comprometidos en este momento... el no motivar la forma en que se vulneraría el derecho a la defensa, el debido proceso de los administrados en este caso evidentemente la parte actora, el cómo se causó la indefensión, no existe motivación alguna de estas, no, se citó la norma como premisa mayor, se puso la confidencialidad... los efectos de lo sentenciado no pueden reponerse, ya no hay como, AB Inbev ya conoce todos los secretos del Mercado cervecero y los de su competencia, lo que se busca a esta altura... es reformular lo resuelto para lo venidero, el tener el pronunciamiento de un tribunal de alzada, que derrumbe el ilógico sentenciado en primera instancia, que analice más allá de las formas y con eso dejar de ser el punto de crítica mundial, de tratadistas de autoridades del derecho de competencia pares... actualmente señalan al Ecuador como el primer país en perder la confianza legítima de protección de información confidencial...”.

1. En iguales términos se le concedió la palabra al **Dr. Jorge Cedeño Cuellar**, en representación de la compañía AB InBev (*accionante*); y, en su intervención, conforme consta en el acta de extracto de audiencia, inter alia, dijo:

“...me gustaría analizar dos precisiones en cuanto a lo manifestado por la Superintendencia de Control y Mercado, y la primera... es que las normas constitucionales los derechos constitucionales no son excusas... lo que más le preocupa a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado, más que cumplir con el expreso mandato de respetar y hacer respetar los derechos de las partes de un procedimiento, es pensar estableciendo un autor o una institución internacional en cuanto a la actuación de la administración, lo que le debería preocupar a la Superintendencia de Control de Poder del Mercado es si está o no está cumpliendo o respetando los derechos constitucionales de las partes, y la segunda precisión que se debe realizar es que la Superintendencia del Control del Mercado... ni cualquier autoridad administrativa tiene derecho o tiene competencia para hacer ella quien decida que es relevante o que es importante para la estrategia de defensa de una persona, de un particular dentro de un procedimiento administrativo y eso es lo que han venido a decir hoy en la audiencia... eso es inadmisibles porque el ejercicio del derecho a la defensa indica que es el particular que tiene que decir qué es relevante o no para el ejercicio de su derecho a la defensa, y por eso es que la

Constitución concede un acceso amplio y abierto a todo el expediente administrativo y a todos los documentos que lo conforman y ya se da el particular que es relevante o que no es relevante, como en el presente caso lo ha hecho, por ejemplo, vemos aquí la presencia de la compañía CBC sobre la cual ante la autoridad administrativa vemos que la información presentada por dicha compañía en el año 2016 y 2017 no es relevante en este caso específico para el ejercicio de nuestro derecho a la defensa... en el presente caso casi lo único que hay que analizar es... el informe No. 2021-35 que es un informe emitido por la Superintendencia de Compañías dentro de un procedimiento administrativo de la Superintendencia del Control del Poder del Mercado, emitido dentro de un procedimiento administrativo que es puesto en conocimiento a mi representada, y le pide a la Superintendencia que se pronuncie sobre esto previo adoptar una decisión sobre el contenido de este informe, una decisión que a lo que va es a determinar si se han cumplido o no se han cumplido los condicionamientos impuestos por la Superintendencia, y determinar si estos condicionamientos fueron o no fueron eficientes, este documento... es lo que basta para comprender de que trata este caso y cuál es el fondo de este caso, el fondo de este caso no es un caso de confidencialidad, de derechos de terceros, es un caso de violación al derecho a la defensa, este es un caso en el cual corresponde analizar básicamente si desde la esfera constitucional o si... es admisible o no que una administración pública restrinja a la parte de dicho procedimiento el acceso a todos los documentos y elementos de dicho procedimiento administrativo y la respuesta a dicha pregunta en base a lo establecido en la Constitución y en términos de la Corte Constitucional es que no es admisible, porque la Constitución es clara al establecer en que la parte de un procedimiento tiene el derecho a acceder a todo el expediente, a todos los documentos que lo conforman sin establecer restricción alguna y sin hacer una remisión al devengador para que esta pueda imponer límites...

... lo que a efectos fácticos interesa y ha sido reconocido por la autoridad administrativa es que la autoridad entregó este informe con las tachaduras que usted puede observar, tachaduras que a criterio de la Superintendencia se encontraba legitimado a hacerlos de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Control del Poder del Mercado pero el fundamento de esta acción radica en que esas tachaduras, ese acceso restringido dentro del expediente administrativo vulnera de manera efectiva 3 derechos constitucionales, en primer lugar el derecho a la defensa entre ellos sus garantías, como son la garantía de acceder a todos los documentos que forman parte de un expediente, de contradecir todos los elementos que se presenten en su contra y el contar con todos los medios adecuados para ejercer su defensa, y adicionalmente se vulnera el derecho a la motivación y a la seguridad... el derecho a la defensa como ustedes conocen está contemplado en el Art. 76 numeral 7 de la Constitución, el cual establece una serie de garantías que forman parte de este derecho a la defensa, en el caso específico son 3 las que acusamos son vulneradas y son curiosamente las 3 garantías constitucionales que la Corte Constitucional y que la propia Corte Constitucional ha determinado que representan las condiciones mínimas para el ejercicio adecuado del derecho a la defensa, la sentencia numero 369 17 de la Corte Constitucional... es enfático al sostener que estas 3 garantías, la de acceso, la de contar con los medios y la de contradecir, forman parte de las condiciones mínimas para el

ejercicio adecuado del derecho a la defensa, no para un ejercicio nominal aparente sino para un ejercicio real de este derecho y menciona adicionalmente en la sentencia numero 330 68 18 EP que estas garantías lo que buscan es que el particular, la persona, tengan la oportunidad y las condiciones apropiadas para ejercer una defensa efectiva... sostiene la Corte en este punto, que el acceso al expediente, así como todas las piezas procesales que permitan el diseño de una estrategia de defensa imposibiliten el ejercicio del derecho a la contradicción, forma parte de este núcleo esencial del derecho a la defensa... esto nos puede llevar... a ciertas primeras conclusiones, la primera es que el derecho de acceso, el derecho a contar con los medios, el derecho a contradecir que las pruebas dentro del procedimiento administrativo forman parte del núcleo esencial al derecho a la defensa, el segundo es que estas tres garantías se encuentran íntimamente vinculadas, razón por la cual el incumplimiento o la transgresión de uno, puede llevar a la transgresión de las otras dos garantías y es por esto en que sostiene la Corte que para poder contar con los medios adecuados para preparar una defensa es un requisito indispensable poder acceder a la totalidad del expediente y de igual manera sostiene que para poder contradecir las pruebas presentadas en su contra es necesario o indispensable acceder a todos los elementos que forman parte del expediente porque solo de esta manera se puede tener una concepción, una dimensión clara de las imputaciones realizadas en contra de un particular, la tercera conclusión... es que la propia Corte Constitucional es el órgano encargado de delimitar el alcance y contenido de los derechos constitucionales, dice de manera clara que el derecho al acceso, implica el acceso a todas las piezas procesales que permitan el diseño de una estrategia, es decir, la Corte Constitucional ratifica que no existe una restricción normativa al acceso a los elementos que forman parte del expediente... sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha advertido que la imposibilidad de acceder a las actuaciones realizadas dentro de un procedimiento administrativo impide que la persona afectada se defienda... podrán observar en las páginas que proyecto, en las páginas 27 y 28 se hace referencia que se tacha información de un informe presentado por un tercero del cual se puede derivar o extraer el cumplimiento de unas comisiones, entonces cómo puede ser posible que la autoridad administrativa nos solicite que nos pronunciemos sobre documentos, sobre información a la cual no podemos tener acceso, lo mismo ocurre... con tachaduras con restricciones en cuanto al contenido del testimonio rendido por terceros en el procedimiento administrativo, en el cual se han pronunciado sobre cuestiones relacionadas con mi representada, como podrán ustedes observar, de fojas 36 a 37 del informe en cuestión, se hace referencia a versiones rendidas por terceros que ni siquiera sabemos qué dicen, entonces cómo puede pretender la autoridad administrativa que nos defendamos o nos pronunciemos sobre el contenido de versiones rendidas por terceros cuando no se no ha hecho y no se nos ha permitido observar qué es lo que se ha dicho y de esta manera poder contradecir estas afirmaciones... es aquí donde radica el principal problema de los argumentos de la Superintendencia, porque la Superintendencia pretende de forma arbitraria ser ella quien decida qué es relevante o no es relevante para el ejercicio del derecho a la defensa... los argumentos de la Superintendencia tendríamos que resumirlos, a sostener que el Art. 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado los faculta a restringir el

acceso a determinados documentos de un expediente aun a quien es parte de ese expediente... si nosotros analizamos el famoso Art. 47, de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado... en ningún momento concede la facultad a la autoridad administrativa para restringir el acceso a los documentos que forman parte del expediente... básicamente lo que dice señores jueces es que quienes forman parte de un proceso como podría ser AB Inbev o las autoridades administrativas de la Superintendencia y Control de Poder del Mercado tienen el deber de guardar reserva, de guardar secreto de la información a la que han tenido acceso dentro de estos procedimientos, eso no equivale bajo ningún concepto señores jueces a sostener que dicho artículo implica o determina o faculta que la Superintendencia puede negarnos el acceso a todos los documentos que forman parte del procedimiento administrativo y que son relevantes y necesarios para el ejercicio de nuestro derecho a la defensa y que somos nosotros que nos tenemos que decidir que es relevante, necesario o no para el diseño de nuestra defensa... la Corte Constitucional ha tenido respecto a la publicidad de los expedientes administrativos y judiciales de los derechos de las partes dentro de un procedimiento administrativo, la sentencia No.3616IN y acumulados expedida este año, expedida en el 2022... respecto a la publicidad de los expedientes y al acceso a aquello, manifiesta lo siguiente, el principio de publicidad tal como se ha establecido en las normas constitucionales referidas entre esas el Art. 76 numeral 7 de la Constitución, debe tenerse en dos dimensiones, una dimensión externa que determina que el proceso es público de forma tal que todos los ciudadanos deban conocerlo, tener acceso al mismo y actuar como veedores con ciertas limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, que guarda relación con el derecho a la intimidad y privacidad de las personas, el honor o la seguridad, esto es confidencialidad, reserva... este principio de publicidad tiene una segunda dimensión, una dimensión interna y manifiesta la Corte Constitucional que esta dimensión interna guarda estricta relación como el derecho a la defensa de tal forma que las excepciones que podrían aplicarse en la dimensión externa, confidencialidad, secreto u otras restricciones legales... no afectan el acceso que deben tener las partes a todos los documentos y actuaciones del proceso... Solicitando básicamente que se rechace el recurso interpuesto y en su lugar se ratifique la decisión adoptada en primera instancia.”

1. Asimismo, se le concedió la palabra al **Dr. Walter Avilés**, en representación de la **Procuraduría General del Estado**; quien, en su intervención, conforme consta en el acta de extracto de audiencia, entre otros argumentos, expresó:

“ La Procuraduría solicita se revoque el fallo de primer nivel puesto que en el mismo no se ha observado los argumentos que se vieron dentro del proceso, al proceso de primer nivel se aplicó la documentación necesaria, esto es el expediente que tuvo, que en el motivo de esta acción de protección solicitamos como procuraduría se revise el mismo, ya que dentro del mismo mencionado en uso de las facultades que me da la misma Ley, esto es la Ley Orgánica de Regulación de Control y Poder del Mercado, haciendo uso de esa atribución que le da el Art. 47, esto es el deber de secreto y reserva que fue mencionado por la parte accionante, en el mismo dictó su resolución y dentro de la resolución que como ya fue mencionada en esta audiencia fue una resolución, en uso de esta atribución, hay ciertas partes desarrolladas o que

no son posibles de ver, porque esta información no pertenece a las partes porque forma parte de unos terceros...

el acto administrativo según lo establece la Constitución en su Art. 63 puede ser esta resolución por la vía que los jueces pueden conocer los asuntos de mera legalidad es decir revisar el proceso donde deberían verificar si hubo una vulneración del derecho o más allá, en ese sentido la misma Corte Constitucional en sentencia 082-2014-EC EP-1180 11EC, ha establecido que no toda las vulneraciones hay ordenamiento jurídico necesariamente tienen salida para el debate dentro de la esfera para los conflictos en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces dentro de la justicia ordinaria... la Corte Constitucional en sentencia 1084-14-EC-20 ha establecido que la vulneración del derecho a la defensa de un sujeto procesal cuando está en indefensión, esto es cuando decide comparecer al proceso o a una diligencia determinante, o cuando pese haber comparecido no ha contado con el tiempo suficiente para preparar una defensa técnica adecuada y además cuando en razón de un acto no ha podido hacer uso de los mecanismos que dicta la Ley, la institución mencionado no ha vulnerado su derecho a la defensa puesto que dentro del proceso ha comparecido dentro de sus funciones, tanto es así que usó los recursos necesarios para que la institución accionada verifique y resuelva sobre sus pretensiones... solicitamos como procuraduría se revoque el fallo de primer nivel y se declare la improcedencia de esta acción de protección en virtud de que no cumpla con los requisitos del Art. 40 y del Art. 42 dentro de los numerales 1 por no haber vulneración de derechos constitucionales y no existe acción y omisión por parte de la institución que lesiones estos derechos”.

1. Luego de la intervención del representante de la Procuraduría General del Estado; solicitó la palabra, el Dr. Marco Elizalde Jalil, quien en calidad de **Procurador Judicial de la Compañía AB InBev (accionante)**, inter alia, dijo:

“...quiero dejar absolutamente claro que no es intención de AB Inbev acceder a la información de CBC o de TIA y así lo hemos dejado en claro ante la Superintendencia de Control de Poder del Mercado y no hemos accedido a esa información, ni nos interesa hacerlo nunca.”

1. A la audiencia de fundamentación de recurso de apelación, también compareció el **Abg. Emilio Gallardo**, en representación de la **Cámara de Industrias de Guayaquil (en calidad de Amicus Curiae)**; quien en su intervención, conforme consta en el acta de extracto de audiencia, inter alia, dijo:

“Somos un gremio productivo con más de 85 años que viene representando digamos al sector productivo de la ciudad de Guayaquil en sus áreas circundantes y del Ecuador... conocimos del caso y nos generó una preocupación... queremos dejar que se mantenga y que se establezca un precedente y probablemente llegara a la Corte Constitucional dado lo conflictivo que he visto que las presentaciones de la Superintendencia ha manifestado y es por eso que nosotros lo vemos como relevante para dejar una situación que a nosotros nos puede perturbar un poco, que está relacionada básicamente con el famoso debido proceso, que creemos que

todas empresa debe acceder, debe poder utilizar y no debe ser negado por ninguna autoridad... cuando nosotros entendemos el acceso a la documentación y es una persona o una persona jurídica la investigada porque se está investigando si se está cumpliendo con ciertos actos o ciertos compromisos leer un informe como se presenta y como se presentó los abogados del accionante, nos lleva a concluir que si no se le está permitiendo la defensa... de la interpretación que hemos revisado en la Ley que permita a la Superintendencia negar la entrega de los informes completos cuando se está investigando a persona jurídica determinada y el acceso debería implicar que no haya censura, el señor de la Superintendencia ha manifestado también que el uso de la información por parte de cervecería podría afectar a la competencia pero para eso están ellos, por eso si se ha tomado medidas contrarias a la competencia si ya hecho mal uso eso es algo que le corresponde a Superintendencia en un momento posterior... Éste procedimiento como se da en cervecería y donde nosotros nos lleva la preocupación es que se va a determinar si es o no una obligación o un derecho por parte de una empresa y la jueza de primera instancia señala efectivamente que se va a determinar y por eso debería acceder la empresa a esa información, y nosotros si es que le escogemos el caso en concreto para que se deje un precedente en general, creemos la importancia de este caso para que cualquier empresa sea o no competencia sea de cualquier parte del país tenga el acceso a poder defenderse cuando se los está investigando, creemos que el debido proceso no tiene limitaciones, creemos que es la discrecionalidad de las autoridades de Control si bien es discrecional no puede ser digamos ajena al Art. 76 de la Constitución...”.

1. También, se le concedió la palabra al **Abg. Francisco José Dávila**, Patrocinador de la compañía **Heineken Ecuador** (en calidad de **Amicus Curiae**); quien, en su intervención, conforme consta en el acta de extracto de audiencia, expresó:

“...puedo entender que la defensa técnica de la parte actora califique este proceso como sencilla considerando que no es información confidencial la que se está divulgando y en segundo lugar que también me sorprende que la defensa técnica de la parte actora señale que no desea acceder a información confidencial, que les han comparecido en esta causa como amicus curie. Y esto por la simple injerencia, significa que si se pretende acceder a la información confidencial de Heineken Ecuador en otras palabras si deseo acceder a información confidencial de mi competidor directo... Heineken Ecuador se pronunciará sobre derechos constitucionales que se han violado en virtud de lo ordenado en la sentencia en primera instancia y si por sorprendente que parezca en un proceso constitucional de acción de protección en lugar de proteger derechos constitucionales se los están violando. El derecho constitucional que se está violando es el derecho de la seguridad jurídica... en el caso que nos ocupa como ustedes conocen en la sentencia de primera instancia se ordenó que la Superintendencia de Control del Poder del Mercado a la que en adelante me referiré simplemente como SCPM, entregue a AB Inbev toda la información y actuaciones y documentos que obran en el expediente administrativo número SCPM CRPI -2016-017 y sin embargo no se consideró como referido Expediente administrativo como esta información calificada

como confidencial... En primer lugar, el oficio SCPM INTPE BNTPE -2021-107 del 19 de marzo de 2021, en cuyo capítulo tercero señala que: Declárese con carácter confidencial... los anexos número uno y dos adjuntos al escrito presentado por operador económico Heineken Ecuador S.A. el 15 de marzo de 2021 a las 11:15 am consta con tres páginas y dos anexos y especificado con el número de trámite interno ID 188065 de conformidad con el Art. 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y Art. 3 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder del Mercado, así como otras disposiciones normativas y también se calificó como confidencial la información de Heineken Ecuador en el oficio número SCPM INTPE INTC BNCPE -2021-156, del 10 de junio de 2021, que cuya parte pertinente se señala el trámite con carácter confidencial. Los anexos al escrito presentado por Heineken Ecuador el 8 de junio de 2021... por esto Heineken Ecuador al igual que otros operadores económicos entregan a la Superintendencia de Control del Mercado como órgano de Control, información confidencial efectiva con la certeza de que esta información luego de ser calificada como confidencial, pase a ser protegida por la SCPM y no va a ser divulgada menos aún... a su único competidor directo la compañía AB Inbev... En las acciones de acceso a la información publicada cuando está de por medio del expediente administrativo o judicial información confidencial, lo que hace la autoridad competente es desclasificar la información de modo que no se entregue la información confidencial de terceros que haya sido calificada previamente en esa calidad de lo contrario se vulnera el derecho a la seguridad jurídica y su elemento de certeza como ha ocurrido en el presente caso... El segundo derecho violado es el derecho a la protección de datos personales que está recogido en el Art. 66 de la Constitución y el referente al cuarto de la Corte Constitucional de la sentencia numero 1666 numeral 19 de la Constitución y respecto al 4to la Corte Constitucional la sentencia número 2064-14-EP/21 del 27 de enero de 2021 ha reconocido lo siguiente el derecho a la protección de datos personales y la autodeterminación informativa... lo que está sucediendo en el presente caso es que se está entregando información confidencial que contiene datos personales de la compañía Heineken Ecuador a su único competidor directo la compañía AB Inbev y para que usted lo tenga con mayor claridad qué información... se está entregando a la compañía AB Inbev que reposa en el expediente administrativo cuyo acceso se le ha dado la compañía "torelec S.A." Se ha entregado reporte de ventas realizadas, estructura de costos, canales de distribución y otros secretos comerciales... como va este escenario podemos pretender que una compañía que conoce información confidencial participe en igualdad de condiciones del Mercado de cerveza... el tercer derecho que se está vulnerando es el derecho a la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades recogidos en el Art. 336 de la Constitución y respecto a la Corte Constitucional en la sentencia 3-19 IN/21 del 10 de noviembre del 2021 ha demostrado y ha analizado lo que le corresponde al estado al asegurar la competencia en igualdad de condiciones, obligaciones que se definen a través... de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado... se entregó información confidencial de un operador económico su competidor directo, como el estado puede garantizar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades lo que se tendría que hacer es que se entregue información... de lo contrario será imposible que estos dos operadores económicos participen en el

Mercado de la cerveza en igualdad de condiciones y oportunidades... y señor juez es lo único que está solicitando... se respete su información confidencial... en este proceso lo que AB Inbev está alegando es la vulneración de su derecho constitucional a la defensa por no poder acceder a toda la información del expediente administrativo, lo que ocurre es que el expediente administrativo obra información confidencial y sensible de Heineken Ecuador y de otros operadores económicos calificada por la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, entonces siguiendo la línea argumentativa de AB Inbev como actora dentro de este proceso en el Art. 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder del Mercado y el Art. 3 del Reglamento para la Aplicación de la referida Ley son inconstitucionales por violar su derecho a la defensa, entonces si estos Arts. fueran inconstitucionales por violar su derecho a la defensa, acaso no debían presentar una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional en lugar de presentar una acción de protección y estos artículos previos son claras públicas de autoridades competentes y deben ser aplicados por autoridades competentes y al aplicar estas normas no vulneraría el derecho a la seguridad jurídica... Si ustedes no revocan esta sentencia de primera instancia Heineken Ecuador solicito que ustedes la modulen expresamente prevista esa facultad en el Art. 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, estableciendo que la información confidencial de Heineken Ecuador no podrá ser entregada a su competidor directo AB Inbev al igual que la información confidencial de los otros operadores económicos.”

1. Asimismo, se le concedió la palabra a la **Abg. Estefanía Fierro Valle**, en representación de **The Central America Bottling Corporation (en adelante, CBC)**, en calidad de tercero coadyuvante; quien, en su intervención, inter alia, dijo:

“El interés legítimo de mi representada CBC dentro de este proceso es porque dentro del expediente existe información entregada en los años 2016 y 2017 lo cual es de propiedad y de única pertenencia de CBC, ya que incluye información de la operación de acciones financieras, ingresos por territorio y categoría de ventas, es decir netamente comercial de mi representada, de la primera intervención por parte del procurador judicial AB Inbev se ha tomado en este proceso nota de que no es interés de AB Inbev, acceder a esta información porque de acuerdo a esta empresa no es relevante para su derecho a la defensa que no tiene nada de relación con los informes mencionados con esta audiencia... el interés de CBC de no acceder a la información por parte de la compañía Inbev, no tendríamos más interés en la causa adicionalmente que se tome en cuenta que la empresa INBEV no accederá en este expediente ni en ningún momento a la información entregada en 2016 y 2017 por parte de CBC”.

1. Finalmente, se le concedió la palabra al **Abg. Juan Ramírez Viteri**, en representación de **Tiendas Industrias Asociadas (TIA)**; quien, en calidad de amicus curiae, en su intervención, conforme consta en el acta de extracto de audiencia, inter alia, argumentó:

“...TIA tiendas industriales asociadas se dedica a la venta al por menor de

productos alimenticios y de uso cotidiano entre estos están las cervezas que son justamente el dilema de este proceso, al ser un tercero interesado porque la compañía DINADEC de la cual es accionista mayoritaria a la compañía AB INBEV actora de este proceso es la que propone justamente la acción de protección y DINADEC es un proveedor de mi representada en este caso TIA y por eso tengo un interés directo en la defensa de este caso... en la sentencia del 21 de julio del 2022 se ordena a la Superintendencia la entrega de información confidencial entre esta de mi representada, efectivamente, en el auto del 09 de agosto del 2022, se amplía esta sentencia y se ordena que se entregue toda la información confidencial e incluso todos los expedientes sean derivados del expediente original y por ende se nos notifica a nosotros TIA con la entrega el 13 de agosto para la entrega de esta información, información que contiene ventas, nombres de proveedores, costos, utilidades, márgenes, precios de venta, información confidencial y financiera de la compañía... El procurador judicial de AB Inbev que manifestó que efectivamente su derecho a la defensa en el ámbito del acceso a la información es absoluto, y en realidad no es un derecho absoluto, es un derecho restringido por las normas constitucionales legales que regulan este acceso, justamente para la protección de la información confidencial de terceros se puede ver vulnerada en este tipo de procesos, la Superintendencia ha entregado la información que AB Inbev necesita para dar su contestación y ha excluido efectivamente y de buena fe protegiendo justamente lo que dice la Constitución y las normas infra constitucionales sobre la protección de datos, justamente esta vulneración de derechos constitucionales a la seguridad jurídica por cuanto nosotros en la entrega de buena fe de nuestra información confiábamos en que justamente la norma establecida en el Art. 47 de la Ley de Regulación de Poder de Control del Mercado establece el tema de confidencialidad, justamente confiando en que esta información iba a ser resguardada por la Superintendencia de Control de Poder del Mercado ahora se ve vulnerada por una ilegítima acción de protección que obviamente vulnera la confidencialidad de mis datos y obviamente le da una ventaja inorgánica a la compañía AB Inbev, justamente con la competencia del resto de operadores del Mercado, vulnerando otro derecho constitucional como ya fue mencionado por los Abogados que me antecedieron... pido que se module de la sentencia o se revoque la misma en el sentido de que no se puede entregar esta información confidencial que afecta los derechos constitucionales de terceros”.

VIII

LA INSTITUCIÓN DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE ALZADA

1. El Art. 88 de la Constitución de la República, expresa lo siguiente:

“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado

de subordinación, indefensión o discriminación”.

Asimismo, el Art. 39 de la LOGJyCC, reitera que: *“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data...”.*

Las normas reproducidas nos informan que la acción de protección por su naturaleza **es tutelar, directa, sumaria, preferente, inmediata, intercultural y reparatoria o preventiva, según sea el caso**; y, la misma, puede ser ejercida por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado, incluso, en la causa puede intervenir un tercero que tenga interés; y, su procedimiento será sencillo, rápido y eficaz.

1. Las normas de carácter constitucional citadas, tutelan los derechos de las personas ante el poder público, **siendo el objeto principal de la acción de protección, el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos** que no estén protegidos por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, etc.; conforme lo establece el Art. 41 numeral 1 de la LOGJyCC, para que proceda la acción de protección, resulta imprescindible que concurren tres elementos esenciales: **a) Que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública no judicial; b) Que el acto u omisión viole uno o más de los derechos contenidos en la Constitución o en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, vigentes; y, c) Que la violación de derechos disminuya o anule su goce o ejercicio.** Así también cuando se refiere a personas particulares, el numeral 4 del Art. 41 del mismo cuerpo de ley, determina lo siguiente:

“Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo”.

1. Con relación a este caso en concreto, conforme a lo manifestado en la demanda de acción de protección, así como por las constancias que obran en el expediente procesal constitucional, por la prueba documental presentada tanto por el legitimado activo y los legitimados pasivos, este Tribunal de Alzada determina lo siguiente:
a.) De fojas 145 a la 158, del expediente procesal constitucional, consta la **resolución de fecha 26 de agosto del 2020**, a las 12:10, firmado electrónicamente por los ciudadanos: Mgs. Marcelo Vargas Mendoza (*presidente*), Edison Toro Calderón (*comisionado*) y Jaime Lara Izurieta (*comisionado*) dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017, la misma que

en su parte resolutive, inter alia, dice:

“...PRIMERO. - DECLARAR que no fue posible verificar el cumplimiento de la condición número 3, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO. - SOLICITAR a la INCCE que, en el término de treinta (30) días, presente un informe donde indique lo siguiente:

- i. El seguimiento sobre el cumplimiento de la condición número 5 para el primer semestre de 2020, teniendo en cuenta que los tres años para su cumplimiento fenecieron el 24 de agosto de 2020.
- ii. Para establecer el cumplimiento de la sub-condición 10.1., los resultados del reporte anual sobre los productores que fueron calificados para el acceso al proceso de embotellamiento de los operadores económicos concentrados, de conformidad con lo establecido en los “Lineamientos Generales para el Cumplimiento de los Condicionamientos” y lo establecido en la parte motiva de la presente resolución.
- iii. Un análisis del cumplimiento total de la condición número 11, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva...

TERCERO.- SOLICITAR a la INCCE que, en el término de noventa (90) días, presente un informe donde realice un análisis de la eficiencia de las condiciones 4, 5 y 6, de conformidad con lo indicado en la parte motiva...

CUARTO.- DECLARAR el cumplimiento de las sub-condiciones 9.1. y 10.3., de conformidad con la parte motiva...

QUINTO.- DECLARAR que no fue posible determinar el cumplimiento de la condición 10.2.

SEXTO.- SOLICITAR al operador económico **InBev** que para lograr el cumplimiento cabal de la condición 10.2., realice lo siguiente...”.

b.) De fojas 121 a la 143, consta con fecha 10 de enero del 2022, el **extracto reservado del informe SCPM-IGT-INCCE-2021-035, de fecha 19 de noviembre del 2021**, enviado por el Econ. Francisco Javier Dávila Herrera (Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas) y, dirigido a Marcelo Mendoza Vargas (Presidente de la CRPI), **el mismo que refiere al análisis de la eficiencia de las condiciones 4, 5 y 6 impuestas a AB InBev.**

c.) De fojas 159 y 160, consta el **memorando No. SCPM-INCCE-DNCCE-2021-217, de fecha 19 de noviembre del 2021**, firmado electrónicamente por la Abg. Dominique Benalcázar Palacios (secretaria de sustentación de la DNCCE) dirigido para Marcelo Vargas Mendoza (Presidente de la CRPI), mediante el cual se notificó el extracto de la providencia del 19 de noviembre del 2021, la misma que inter alia, dice:

*“...en virtud de lo establecido en los artículos 39, 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 3 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, **DECLÁRESE con carácter CONFIDENCIAL:***

...2. Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, elaborado por la Dirección Nacional de control de Concentraciones económicas y aprobado por el suscrito Intendente, mediante el cual se realiza un análisis de la eficiencia de las condiciones 4, 5 y 6 impuestas a la empresas Anheuser-Busch InBev SA/NV, solicitado por la Comisión de Resolución de primera Instancia...

...5.1. REMÍTASE a la Comisión de Resolución de Primera Instancia la versión confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, en el cual se realiza el análisis de la eficiencia de las condiciones 4, 5 y 6 impuestas al operador económico Anheuser-Busch InBev SA/NV...”.

d.) De fojas 161 a la 163, consta la providencia del día **24 de noviembre del 2021**, firmada electrónicamente por Marcelo Vargas Mendoza (*presidente de la CRPI*); Edison Toro Calderón y Jaime Lara Izurieta (*comisionados de la CRPI*), la misma que en su parte pertinente, dispone:

“...PRIMERO.- DECLAR con carácter confidencial el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 DE 19 DE NOVIEMBRE DE 2021.

...CUARTO.- CONCEDER a la INCCE un término adicional de ocho (8) días para remitir el extracto no confidencial del informe No.SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, contado a partir de la fecha de entrega del informe a la CRPI...”.

e.) De fojas 164 y 165, consta la providencia de fecha **08 de diciembre del 2021**, a las 12:27, firmada electrónicamente por el Presidente y los comisionados de la CRPI, en la que, inter alia, se dispuso: *“...SEGUNDO.- TRASLADAR al operador económico AB InBev el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 para que, en el término de cinco (5) días, manifieste lo que considere pertinente...”.*

f.) De fojas 23, consta la materialización del correo electrónico, enviado por el ciudadano Mario Navarrete Serrano (*apoderado especial de AB InBev*) a la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (*en adelante, CRPI*), el día **15 de diciembre del 2021**, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017, con relación al informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, en el que, solicitó se les *“traslade una copia íntegra del informe, sin secciones tachadas, e incluyendo todos los anexos”*; asimismo, *“que se conceda a ABI un tiempo razonable y proporcional para pronunciarse”*.

g.) De fojas 166 a la 168, consta la providencia del **14 de enero del 2022**, a las 10:55, firmada electrónicamente por el Presidente y los comisionados de la CRPI, que en su parte pertinente, dice:

“...SEGUNDO.- DECLARAR como confidencial la versión reservada del Informe PM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 remitido por la INCCE a través del memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2022-014 de 10 de enero de 2022, signado con Id. 2225000...”

...CUARTO.- TRASLADAR al operador económico AB InBev la versión reservada del informe SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 para que, en el término de diez (10) días, manifieste lo que considere pertinente...”.

h.) De fojas 26, consta la materialización del correo electrónico, enviado por el Apoderado especial de AB InBev a la CRPI, el día **28 de enero del 2022**, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017, con relación al informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, en el que, inter alia, dijo:

“...Hemos recibido, nuevamente, una versión del Informe que incluye tachones. Esos tachones impiden que conozcamos detalles esenciales para ejercer nuestros derechos constitucionales. Incluso se tachan lo que por el contexto, suponemos son acusaciones vertidas en contra de ABI. Tampoco se nos han entregado los

antecedentes que sirvieron para construir el reporte...”.

i.) De fojas 169 a la 172, consta la providencia de fecha **18 de febrero del 2022**, a las 10:20, firmada electrónicamente por el Presidente y los comisionados de la CRPI, la misma que, entre otros argumentos, refiere lo siguiente:

“...Que, la versión reservada del informe SCPM-IGT-INCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 censura información confidencial de terceros que no puede ser expuesta, ya que de lo contrario se estaría incumpliendo con la normativa, sobre el tratamiento de la información confidencial. Por tal razón, la CRPI no puede remitir la versión confidencial del mencionado informe.

*Que, no obstante lo anterior, para que el operador económico **AB InBev** ejerza adecuadamente su derecho de contradicción, se la trasladará los extractos no confidenciales de los documentos que sirvieron de sustento para elaborar el informe No. SCPM-IGT-INCCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021.*

*Que, con dichos extractos y la versión reservada del Informe SCPM-IGT-INCCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, el operador económico **AB InBev** contará con todos los elementos necesarios para expresar su parecer...*

DISPONE

*...**SEGUNDO.- TRASLADAR** al operador económico **AB InBev** el memorando SCPM-INCCCE-DNCCE-2022-035 de 15 de febrero de 2022 y anexos, signado con id. 227847 (extractos no confidenciales de los documentos que sirvieron de sustentos para elaborar el informe No. SCPM-IGT-INCCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, para que en el término de diez (10) días, manifieste lo que considere pertinente...”.*

j.) De fojas 29, consta la materialización del correo electrónico, enviado por el Apoderado especial de AB InBev a la CRPI, el día **08 de marzo del 2022**, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017, en el que, inter alia, expresó:

“...Después de revisar los documentos vemos que las secciones testadas son extensas y suponen un impedimento infranqueable para ejercer los derechos constitucionales de ABl... Las normas internas de confidencialidad no están sobre el mandato general de la Constitución...”.

k.) De fojas 173 a la 174, consta la providencia del **28 de marzo de 2022**, a las 10:33, firmada electrónicamente por el Presidente y los comisionados de la CRPI, en la que, inter alia, dice:

...CONSIDERANDO

Que, teniendo en cuenta que la protección de la información confidencial de terceros se desprende de los artículos 18 numeral 2, 66 numeral 19, 76 literal d) y 91 de la Constitución Nacional; 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública ; 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; 3 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y 6 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la CRPI una vez revisado el procedimiento donde se está haciendo un análisis de las eficiencias de las condiciones no encuentra violación de ninguna norma de carácter superior...

DISPONE

*...**SEGUNDO.- INFORMAR** al operador económico de **AB InBev** que la CRPI no encuentra ninguna violación al debido proceso ni a los derechos*

constitucionales...”.

l.) De fojas 32, consta la materialización del correo electrónico, enviado por Andrés Rubio Puntea, el día **07 de abril del 2022**, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-017, el que en su parte relevante, solicitó a la CRPI, lo siguiente: *“aclare las conclusiones de su providencia de 4 de abril de 2022, especialmente respecto de la interacción entre el carácter confidencial que cierta información pudiera tener y el derecho de ABI a la defensa (esto es, su derecho de conocer toda la información necesaria para fijar los hechos y entender el análisis y la valoración de la autoridad a cargo del procedimiento del cual es parte)”.*

m.) De fojas 175 a la 182, consta la providencia de fecha **12 de abril del 2022** a las 12:36, firmada electrónicamente por el Presidente y los comisionados de la CRPI, la misma que, en su parte pertinente, dice:

“...CONSIDERANDO

*...Que, estando dentro del término legal se absolverá la solicitud de aclaración realizada por el poder económico **AB InBev**.*

*Que, atendiendo a que el operador económico **AB InBev** ha sido recurrente en indicar que en el presente procedimiento se transgredió su derecho de contradicción, la CRPI encuentra la ocasión para aclarar mediante una argumentación más extensa lo plasmado en la providencia de 28 de marzo de 2022 y, con esto, despejar cualquier tipo de duda que le haya surgido al mencionado operador de la lectura de la misma.*

*Que, el operador económico **AB InBev** sostiene que al no poder acceder a la información confidencial de terceros, previamente declarada como tal y censurada en el informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, se le estaría vulnerado su derecho a la defensa.*

*Que, en el presente procedimiento, tal y como se narró en el acápite de vistos, la CRPI ha realizado un conjunto de acciones para salvaguardar el derecho de contradicción del operador **AB InBev**, sin transgredir los derechos de terceros relacionados con información confidencial...*

*...Que, la censura de la información en los términos indicados está amparada en la normativa vigente y no constituye una violación al derecho de defensa. Además de una revisión de la versión reservada del Informe SCPM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021, la CRPI encuentra que es inteligible y permite perfectamente que el operador económico **AB InBev** pueda captar todo su contexto e hilo conductor, y por lo tanto, controvertir los argumentos relacionados con las eficiencias de los condicionamientos.*

...es importante destacar que esta etapa del procedimiento busca únicamente establecer la eficiencia de los condicionamientos. No se pretende establecer posibles incumplimientos, ni mucho menos imponer sanciones. Por lo tanto, la información de terceros es fundamental para que la SCPM tenga mayores y mejores elementos para decidir lo pertinente, respetando, claro está, el carácter confidencial de tal información...”.

1. Con estos antecedentes el legitimado activo presentó la demanda de acción de protección, indicando que se han vulnerado su **derecho a la defensa, a la motivación y a la seguridad jurídica**.

Al respecto, este Tribunal de alzada observa lo siguiente:

1. CON RELACIÓN A LA EXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA:

La parte accionante ha manifestado **que se le ha vulnerado su derecho a la defensa**, previsto en el **Art. 76 numeral 7 de la Constitución de la República**, especialmente lo estipulado en las **letras d) y h)**, por cuanto, **no se le permitió acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento administrativo**; y, no se le permitió contradecir los argumentos que se presentaron en contra de la empresa ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV.

Con relación a la garantía básica, del **derecho a la defensa**, la Corte Constitucional en la **sentencia No. 4-19-EP/21, del 21 de julio de 2021**, expresó:

“27. El derecho constitucional al debido proceso y las garantías que lo conforman asisten a todas las personas que se encuentren ante un procedimiento en que se discutan sus derechos y obligaciones... El derecho a la defensa, como parte de éstas, debe ser “...garantizado de forma integral, sin excluir de forma indebida a ninguno de los sujetos procesales”. Las situaciones de indefensión de alguno de los sujetos procesales originan una vulneración de la garantía de no ser privado del derecho a la defensa y la imposibilidad de contar con tiempo suficiente para preparar la defensa técnica adecuada...”.

En el presente caso, el legitimado activo, ha determinado que se le vulneró su derecho a la defensa, por cuanto, **dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017**, no se permitió acceder a todos los documentos que constan en el referido expediente, por lo que, tampoco pudo contradecir los argumentos que se han presentado en su contra.

Al respecto, este Tribunal observa, que mediante providencia de fecha **08 de diciembre del 2021**, a las 12:27, firmada electrónicamente por el Presidente y los comisionados de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (*en adelante, CRPI*), se dispuso trasladar a la empresa **AB InBev** el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 del 19 de noviembre de 2021 para que, en el término de cinco días, manifieste lo que considere pertinente; por lo que, mediante correo electrónico el día **15 de diciembre del 2021**, el apoderado especial de AB InBev, se dirige a la CRPI de la SCPM, y solicita que se les *“traslade una copia íntegra del informe, sin secciones tachadas, e incluyendo todos los anexos”*.

Por lo que, mediante providencia del **14 de enero del 2022**, a las 10:55, la CRPI, le hace conocer a la empresa AB InBev, que se declara *“como confidencial la versión reservada del Informe PM-IGT-INCCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 remitido por la INCCE a través del memorando SCPM-INCCE-DNCCE-2022-014 de 10 de enero de 2022, firmado con Id. 2225000”*, pero le traslada al operador económico **AB InBev** la versión reservada del referido informe, para que, en el término de 10 días, manifieste lo que considere pertinente.

Posteriormente, mediante correo electrónico del 28 de enero del 2022, el Apoderado especial de AB InBev, se dirige a la CRPI, indicando que la versión del informe *“incluye tachones”* y que esos tachones no le permiten conocer los detalles esenciales para ejercer su defensa. Al respecto, en providencia del 18

de febrero del 2022, a las 10:20, la CRPI, le responde al Apoderado especial de AB InBev, indicando que la versión reservada del informe SCPM-IGT-INCE-2021-035 de 19 de noviembre de 2021 “*censura información confidencial de terceros que no puede ser expuesta*”, ya que de lo contrario se incumpliría con la normativa, sobre el tratamiento de la información confidencial; y, que es por eso, que no puede remitir la versión confidencial del mencionado informe (*sin los tachones*). Además, la CRPI, le traslada “*los extractos no confidenciales de los documentos*” que sirvieron de sustento para elaborar el informe de la referencia, disponiendo que, en el término de 10 días, manifieste lo que considere pertinente.

Sin embargo, la empresa AB InBev, mediante correo electrónico de fecha 08 de marzo del 2022, enviado a la CRPI, insiste que “*las secciones testadas son extensas y suponen un impedimento infranqueable para ejercer los derechos constitucionales de ABI... Las normas internas de confidencialidad no están sobre el mandato general de la Constitución...*”. Por lo que, en providencia del 28 de marzo de 2022, a las 10:33, la CRPI, tomando de base la normativa legal y constitucional (*que menciona en la referida providencia*) le informa al operador económico de AB InBev **que no encuentra ninguna violación al debido proceso ni a los derechos constitucionales.**

Finalmente, mediante correo electrónico, del 07 de abril del 2022, la empresa AB InBev, solicitó a la CRPI, **que aclare las conclusiones de su providencia de 4 de abril de 2022**, especialmente respecto de la interacción “*entre el carácter confidencial que cierta información pudiera tener y el derecho de ABI a la defensa*”; por lo que, mediante providencia del 12 de abril del 2022 a las 12:36, la CRPI, le informa que “*la censura de la información en los términos indicados está amparada en la normativa vigente y no constituye una violación al derecho de defensa*”, indica además que, de una revisión de la versión reservada del Informe SCPM-IGT-INCCE-2021-035 del 19 de noviembre de 2021, **la CRPI encuentra que es inteligible y que permite perfectamente que el operador económico AB InBev pueda captar todo su contexto e hilo conductor**, y por lo tanto, **controvertir los argumentos relacionados con las eficiencias de los condicionamientos.** También la CRPI, deja constancia que “*esta etapa del procedimiento busca únicamente establecer la eficiencia de los condicionamientos*” y que **no se pretende establecer posibles incumplimientos, ni mucho menos imponer sanciones.**

Por lo expuesto, este Tribunal de Alzada aprecia, que desde el 15 de diciembre del 2021, la empresa AB InBev, **evadió dar sus argumentaciones referentes al extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 del 19 de noviembre de 2021**, que la CRPI puso en su conocimiento dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-2016-017. Las alegaciones, iniciales fueron, que requería **una copia íntegra del informe, sin secciones tachadas, e incluyendo todos los anexos**; y, cuando, la CRPI, le respondió que aquello, no se podía realizar, por cuanto “*la censura de la información está amparada en la normativa vigente y no constituye una violación al derecho de defensa*”, la empresa AB InBev insistió, pese a que dentro del expediente administrativo, **la CRPI de la SCPM, no pretendía establecer incumplimientos, ni sanciones**, pues se trataba únicamente de establecer la eficiencia de los condicionamientos que la empresa debía acatar.

Por lo tanto, este Tribunal de Alzada, observa que el Art. 76 de la Constitución se refiere al debido proceso para determinar “derechos y obligaciones”; por tanto, la primera verificación a realizar es comprobar si ese procedimiento se dirigía a eso. Luego, si se verifica lo primero (*determinación de derechos y obligaciones*), pasar a lo segundo (*debido proceso*), pues, si bien es cierto, la Ley Suprema en su Art. 76, numeral 7, letras d) y h) refiere que las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; y, que podrán contradecir los argumentos que se presentaron en su contra; no es menos cierto, que la SPCM, está plenamente facultada (*por la normativa vigente, Art. 47 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*), para declarar la confidencialidad de determinados datos que coloque dentro de sus informes; y, de lo que se evidencia, en el presente caso, existen datos con calidad de “confidenciales”, dentro del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 del 19 de noviembre de 2021; incluso, la parte accionada, así como quienes se presentaron en la audiencia de apelación en calidad de tercero coadyuvante y de amicus curiae, han sostenido que la información que consta en el referido informe involucra datos relevantes de otros operadores económicos y, que por ello, si el accionante tiene acceso a esos datos, **podría obtener ventaja en el mercado**, tal como se encuentra previsto en el Art. 6 del Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SPCM.

Este Tribunal de Apelaciones, es consciente de que conforme al derecho positivo nacional e internacional, **la regla es que existe la publicidad como garantía del debido proceso** y también dentro del mundo comercial, y que **por excepción, existe la posibilidad de restringir la publicidad de la información** (*pues el secreto comercial hoy es un valor fundamental de la propiedad intelectual*), siempre que tales datos contengan detalles de carácter técnico, comercial o industrial incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, programas y medios de comercialización, información de investigación y desarrollo, estudios, regímenes especiales de precios o cualquier otra información que se encuentre sujeta a un esfuerzo razonable para ser protegida, y por tanto, que merezca limitar el acceso a ella.

Asimismo, se reitera, que según lo manifestado por los legitimados y demás intervinientes, lo que se iba a determinar dentro del expediente administrativo, era el cumplimiento de las condiciones que fueron impuestas a la empresa AB InBev, es decir no se determinarían ni derechos ni obligaciones; **por lo que, no se encontraba frente a un proceso sancionatorio, sino que únicamente, se constataría si cumplió o no con las referidas condiciones**. Por lo expuesto, este Tribunal de Alzada, considera que la SPCM no vulneró el derecho a la defensa de la empresa AB InBev, pues contestó todos los correos electrónicos que ésta le envió, incluso se evidencia que no negó arbitrariamente el acceso a la documentación, en la forma alegada por el accionante, por cuanto éste requería datos que no eran relevantes para su defensa, porque se trataba de información con carácter de confidencial y de otras empresas, como son Heineken, CBC, Tía, etc.

Además, la SPCM, le remitió al accionante, toda la información que podría ser útil para que éste ejerza su derecho a la defensa, tachando únicamente información que no era de la empresa AB InBev, y que por tratarse de datos de

terceros, de ser expuestos podrían afectar la competitividad en el mercado, de esas otras compañías; por lo tanto, más allá de que **la regla de publicidad garantiza el derecho a la defensa**, este derecho no se ve vulnerado, en la forma en que ha sido expuesta por el accionante, puesto que lo que no se le permitió acceder es a información ajena. Como agregado relevante, se debe consignar, que aun en el proceso penal, el derecho a acceder a información no es ilimitado, pues existen normas que imponen restricciones y reservas con la información (Art. 475, numerales 3 y 4; y, Art. 499 del Código Orgánico Integral Penal).

1. CON RELACIÓN A LA EXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA MOTIVACIÓN:

La motivación de sentencias y resoluciones (*en el ámbito judicial y en sede administrativa*), **es otra de las garantías del debido proceso**, que impone a los poderes públicos dictar resoluciones debidamente motivadas, pues de manera expresa, la Constitución en el Art. 76 numeral 7, letra I), determina:

“...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”.

Precisamente, con relación a la motivación, inter alia, la Corte Constitucional en sentencia No. 1320-13-EP/20, del 27 de mayo de 2020, dijo: *“39. La motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades públicas de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones...”*.

En la sentencia 1158-17-EP/21, con respecto a la motivación, la Corte Constitucional dijo:

“...28. La garantía de la motivación, entonces, exige que la motivación sea suficiente, independientemente de si también es correcta, o sea, al margen de si es la mejor argumentación posible conforme al Derecho y conforme a los hechos. Es decir, la mencionada garantía exige que la motivación contenga: (i) una fundamentación normativa suficiente, sea o no correcta conforme al Derecho; y, (ii) una fundamentación fáctica suficiente, sea o no correcta conforme a los hechos. Como esta Corte ha señalado, “la garantía de la motivación no incluye un derecho al acierto o a la corrección jurídica de las resoluciones judiciales”.

En este caso en concreto, el accionante ha manifestado que por 3 ocasiones le solicitó a la CRPI, que le remita una copia íntegra del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 y, con relación a las respuestas de la CRPI, determina que a su criterio éstas no fueron motivadas, por lo que se le vulneró su derecho constitucional a la motivación.

Al respecto, el Tribunal de Alzada aprecia, que la CRPI de la SCPM, **ha dado respuesta a todas las solicitudes realizadas por el accionante, proporcionando una motivación aceptable**, tanto fáctica como jurídica. Además, en las respuestas emitidas por la CRPI, insistió que en el informe SCPM-IGT-INCE-2021-035 del 19 de noviembre de 2021, **se censuró información confidencial de terceros, que no podía ser expuesta**

indicando que, de lo contrario, se estaría incumpliendo con la normativa vigente, sobre el tratamiento de esa información. Incluso, la CRPI, le remitió al accionante, los extractos no confidenciales de los documentos para que pueda examinarlos; y, en la providencia del 28 de marzo de 2022, a las 10:33, la CRPI, le indicó de forma clara al accionante, cada uno de los artículos constitucionales y legales, que le prohibían remitirle la información confidencial de otras empresas.

Por lo tanto, este Tribunal de Alzada, no observa que se haya vulnerado el derecho a la debida motivación, en la forma en que lo ha alegado el accionante, pues todas las respuestas que se le remitieron al accionante, estuvieron debidamente motivadas, incluso con la normativa vigente. Además, por ser actuaciones de mero trámite (*actos de simple administración*), no ameritan mayores razones o justificaciones, pues se reitera, no se trataba de una resolución sancionatoria.

1. CON RELACIÓN A LA EXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA:

El Art. 82 de la Constitución, establece que:

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Al respecto, la Corte Constitucional, **en sentencia No. 231-18-SEP-CC, caso No. 0470-15-EP, del 27 de junio del 2018**, dijo:

“...el derecho constitucional a la seguridad jurídica garantiza el acatamiento de las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, y la debida observancia de normas jurídicas previas, claras y públicas por parte de las autoridades competentes, lo cual permite guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos y la equidad procesal, otorgando de esta forma, estabilidad y confiabilidad en la administración de justicia”.

Como se observa, de la norma constitucional invocada y de la sentencia citada, emerge con nitidez, que **la seguridad jurídica radica en la confianza de la ciudadanía que espera el imperio de los principios, derechos y garantías constitucionales**, cuya aplicación debe realizarse de manera uniforme y sin discriminaciones, ya que **ante hechos judiciales iguales sometidos a la decisión judicial, deben existir resoluciones judiciales similares**, prohibiendo que las autoridades administrativas o judiciales realicen interpretaciones arbitrarias o al margen de la Constitución y de las leyes, que den lugar a la afectación de los derechos garantizados por las normas de derecho vigente.

Es a través de la seguridad jurídica, que se pretende garantizar la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, así lo ha considerado la Corte Constitucional del Ecuador en un sinnúmero de resoluciones, de las cuales una, en párrafos anteriores se ha mencionado dentro de esta sentencia; por lo tanto, es importante analizar si las alegaciones realizadas por el legitimado activo alcanzan, para demostrar que se haya vulnerado el derecho a la seguridad jurídica **con la negativa de proporcionarle información**

confidencial, perteneciente a terceros y que según la entidad accionada, nada tenía que ver con lo que era materia de pronunciamiento por parte de la accionante.

El Art 20 de la Constitución dice:

“Art. 20.- El Estado garantizará la cláusula de conciencia a toda persona, y el secreto profesional y la reserva de la fuente a quienes informen, emitan sus opiniones a través de los medios u otras formas de comunicación, o laboren en cualquier actividad de comunicación”

Al respecto el Art. 66 numeral 21 de la Constitución dice:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.”

Las normas reproducidas permiten colegir que la Ley Suprema del Estado garantiza el secreto de la correspondencia, el secreto profesional, al punto de considerarlos inviolables, por tanto esto no es discutible en este proceso, la facultad de la entidad accionada de proteger la información confidencial de terceros, por tanto, el accionante debió acreditar que la información que requería no tenía nada que ver con el secreto o confidencialidad comercial y que le era necesaria para ejercer su derecho a la defensa, lo cual no se acreditó en este proceso constitucional. Así, tenía que demostrarse en este proceso que, el no concederse la información que requería vulneraba el Bloque de Constitucionalidad y las normas de derecho secundario, con trascendencia constitucional.

Por lo que, este Tribunal de alzada, por las constancias que obran en el expediente constitucional y que han sido analizadas en detalle, no observa que se haya vulnerado la seguridad jurídica del accionante, porque la información que solicitó reiteradamente, y que lo llevó a presentar esta acción de protección, no le pertenecía a la empresa AB InBev, sino a otras, de lo cual ha quedado constancia en el relato de esta sentencia.

Por lo expuesto, este Tribunal de apelaciones advierte, que tampoco encuentra probada la alegación de la vulneración del derecho a la seguridad jurídica, por cuanto, la SCPM actuó en el marco del derecho secundario, evitando entregar información que involucraba datos de otros operadores económicos que se encontraban en el mismo mercado competitivo de AB InBev; por lo tanto, bajo las facultades que le prevén normas de derecho secundario, la INCCE resolvió declarar la confidencialidad del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035, del 19 de noviembre de 2021.

1. Como bien es conocido, la institución de la acción de protección, tal como lo prevé el Art. 39 de la LOGJyCC, tiene como finalidad el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, no obstante, a criterio de este

Tribunal de Alzada, no se observan vulneraciones a los derechos constitucionales del accionante, pues, no se ha constatado que la declaración de confidencialidad de parte del informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-035 del 19 de noviembre de 2021, entregado por la CRPI, haya restringido el derecho a la defensa del accionante; ya que ni siquiera, la información reservada o confidencial, se trataba de datos relacionados con la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV, que fueran necesarios para contestar el informe.

Por lo que, no se probó en la forma en que lo manifestó el accionante, que se hayan vulnerado las garantías de la defensa, por no permitirle acceder a todos los documentos que él solicitaba; así tampoco, no se ha demostrado que las notificaciones que se realizaron dentro del expediente administrativo, carezcan de una mínima motivación; ni se probó que con la negativa a entregar el informe íntegro, se haya afectado el derecho a la seguridad jurídica dentro de este caso en concreto.

1. Por lo expuesto, en este caso en concreto, no se cumplen los supuestos previstos en el Art. 41 de la LOGJyCC para que proceda la acción de protección, con respecto a la violación de derechos fundamentales, pues no nos encontramos ante la vulneración de los derechos previstos en la Constitución o de aquellos que involucren accionar la vía constitucional.
1. En consecuencia, de conformidad con lo establecido en el Art. 42 numeral 1 de la LOGJyCC, resulta la presente acción en **improcedente**, al no desprenderse de los hechos fácticos y jurídicos consignados, vulneración de derechos constitucionales; y, al existir prevista en la normativa infraconstitucional una vía expedita, adecuada y eficaz para el reclamo que realiza el accionante, que de creerlo necesario puede acudir ante los jueces competentes de lo contencioso administrativo ejerciendo la acción subjetiva o de plena jurisdicción, corresponde declarar su improcedencia.

IX RESOLUCIÓN JUDICIAL

1. Por las consideraciones expuestas y por cumplirse los estándares básicos y necesarios para la motivación de las resoluciones, este **TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por unanimidad, resuelve, aceptar** los recursos de apelación interpuestos por los legitimados pasivos; y, consecuentemente:
 - a. Se **revoca** la sentencia subida en grado, de fecha 21 de julio del 2022, a las 14:09, dictada por la Jueza de la Unidad Judicial Penal Sur con competencia en delitos flagrantes con sede en el cantón Guayaquil,

Provincia del Guayas, Abg. Ruth Libertad Ronquillo Alvarado;

- b. En su lugar, se **declara improcedente** la acción de protección propuesta por el ciudadano Marco Antonio Elizalde Jalil, por los derechos que representa en calidad de Apoderado de la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV.

1. Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente procesal a la Unidad Judicial de origen, para los fines legales consiguientes. Asimismo, que la Secretaria de la Sala, envíe copia certificada de esta sentencia a la Corte Constitucional, conforme lo establece el Art. 86, numeral 5 de la Constitución; en concordancia con lo previsto en el Art. 25, numeral 1 de la LOGJyCC.

Notifíquese.-

1. [^] *Reemplaza al ex juez provincial, Dr. Carlos González Abad, por ausencia definitiva.*

f).- PAREDES FERNANDEZ JUAN AURELIO, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE PENAL; HENRY WILMER MORAN MORAN, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE PENAL; VICTOR GREGORIO VACCA GONZALEZ, JUEZ.

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

ALVAREZ GOMEZ MERCEDES
SECRETARIA