

VISTOS: Dentro del término establecido en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, este Juzgador emite la sentencia por escrito derivada de la decisión oral emitida en la reinstalación de la Audiencia Pública, en aplicación del contenido requerido por el artículo 17 ibídem, en los siguientes términos: PRIMERO: ANTECEDENTES: 1.1.- Identificación del Accionante: AB. MARCO ANTONIO ELIZALDE JALIL, por los derechos que representa en calidad de Apoderado de la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV. 1.2.- Identificación de la autoridad contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la persona de su Superintendente, Dr. Pedro Páez Pérez. 1.3- Por ser la parte accionada una entidad del Estado, se contó con la Procuraduría General del Estado, en la persona de su Director Regional 1, Ab. Francisco Falquez Cobo. SEGUNDO: FUNDAMENTOS DE HECHO: DE LA RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS NARRADA EN DEMANDA: En lo principal, en su demanda el accionante manifestó: “4.1.- Respecto de la Autorización de Concentración Económica y el Cierre de la Transacción.- ...AB InBev, alcanzó un acuerdo comercial para adquirir la compañía SABMiller, a nivel global, acuerdo que estuvo sujeto y dependiente del cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones, entre ellos la obtención de la autorización de la autoridad de competencia de algunos países, incluyendo la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el Ecuador. Producto de este acuerdo, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 14 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en adelante, LORCPM, con fecha 19 de noviembre de 2015, AB InBev presentó ante la SCPM, la notificación obligatoria de concentración económica consistente en la adquisición de las acciones de SAB Miller tal y como se describe en la solicitud y sus anexos presentada a la SCPM el 19 de noviembre de 2015... ... Luego de un extenso procedimiento de análisis, y del procedimiento respectivo incluyendo reuniones de trabajo y solicitudes de información a ABI y CN, así como pedidos de información a otros operadores económicos además de seminarios públicos organizados por la SCPM, el Ec. Daniel Cedeño, en su calidad de Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, emitió el informe técnico No. SCPM- 1CC-o18-21316-I, en el cual sugiere se impongan las siguientes condiciones estructurales y conductuales para autorizar la operación de concentración económica... ... Tomando como base este informe del organismo técnico competente, que fue emitido como producto de un proceso de investigación y recabo de información proporcionada por los distintos operadores económicos que forman parte del mercado cervecero ecuatoriano, la SCPM a través de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en adelante, CRPI, ente encargado de aprobar o negar la operación de concentración económica, emitió el acto administrativo de 6 de mayo de 2016, las 16h21, a través del cual resolvió aprobar la operación de concentración económica sujeta a las condiciones estructurales y conductuales contenidas en el informe técnico de la Intendencia de Control de Concentraciones y, además, añadiendo las condiciones 9, 10 y 11... ... Finalmente, y luego de todo este proceso administrativo con la autoridad de control, el Compromiso, en el que se implementaban las antedichas 11 condiciones, fue aprobado por la CRPI de la SCPM mediante acto

administrativo del 22 de julio de 2016, las 14h00... ... Cumpliendo los requisitos establecidos en la autorización de 6 de mayo y en el Compromiso aprobado el 22 de julio, AB InBev notificó a la SCPM que el cierre de la transacción a nivel global, se concretó y ejecutó plenamente el día 10 de octubre de 2016 (Anexo 12). Con el cierre de la transacción operó el traspaso de la propiedad y se concretó, de forma definitiva, la operación de concentración a nivel global y por consecuencia en el Ecuador. Es decir, cuando AB InBev notificó el cierre de la transacción, esto es el 10 de Octubre de 2016 AB InBev estaba plenamente autorizada a hacerlo ya que se contaba con una autorización vigente y válida, sin que ahora se pueda invalidar una transacción global. Es extremadamente extraño que habiendo estado autorizada la transacción desde julio de 2016 en adelante, habiendo conocido plenamente el Señor Superintendente que cerraría esta transacción en Octubre, sólo el 15 de noviembre de 2016, esto es a 360 días de solicitada la autorización el 19 de noviembre de 2015, el Sr. Superintendente "de Oficio" la revoque... ...Producto del cierre de la transacción, y en cumplimiento a lo dispuesto y aprobado por la SCPM, se empezaron a implementar todas las condiciones impuestas en el acto del 6 de mayo de 2016 y en el Compromiso aprobado el 22 de julio el 2016 tanto ante la SCPM, como ante las demás autoridades y particulares involucrados en este complejo proceso... ...4.2.- Respecto de los Recursos de Reposición y de Apelación a la autorización de 6 de mayo de 2016... ...Ahora bien, sin perjuicio de los hechos relatados anteriormente, de forma paralela, y mientras se avanzaba en todo el proceso antes indicado, incluido el Cierre de la Transacción, Heineken International B.V. y la Asociación de Cervecerías del Ecuador, interpusieron el 29 de mayo de 2016 un recurso de reposición en contra del acto administrativo de 6 de mayo de 2016 para ante la CRPI (Anexo 16). Asimismo, con fecha 22 de junio de 2016, las compañías Cervecería Artesanal Austral BECKENAUSTRO CIA LTDA. y Cervecería Nórdica, comparecen al proceso a través de una tercería coadyuvante... ...Ambos recursos, y las tercerías, fueron negados por la CRPI de la SCPM, mediante sendas resoluciones dictadas el 21 de julio de 2016, argumentando, principalmente, que los actores no tenían legitimación activa para presentar este tipo de recursos dado que no eran partes procesales de la operación de concentración económica, según lo estipulado en el segundo inciso del art. 21 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPMFrente a la negativa de los recursos de reposición, el 19 de agosto de 2016, la Asociación de Cervecerías del Ecuador, y Heineken International B.V., así como las compañías Cervecería Artesanal Austral BECKENAUSTRO CIA LTDA. y Cervecería Nórdica, interpusieron un recurso de apelación, en sede administrativa, para ante el Superintendente de Regulación y Control del Poder de Mercado... ...El 7 de octubre de 2016, la Asociación de Cervecerías del Ecuador presentó su desistimiento al recurso de apelación el cual, luego del procedimiento respectivo, fue aceptado por el Superintendente... ...Finalmente, el 15 de noviembre de 2016, las 14h00, el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió negar el recurso de apelación presentado por Heineken International B.V., y sus tercerías... ...Sin embargo, el Superintendente, sorpresiva y arbitrariamente, sin seguir el procedimiento para revocar de oficio actos administrativos favorables, a continuación, y vulnerando

los derechos constitucionales de AB InBev, ordena de oficio, pero dentro del expediente de apelación, lo siguiente: "Quinto.- De oficio, además de las 11 condiciones de orden estructural y conductual a las que se subordinó la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico Anheruser-Bush InBeV SA/NV CAB InBeV'), consistente en la adquisición de acciones por parte de Anheruser-Bush InBeV SA/NV ("AB InBeV") y Compañía Sab Miller, se dispone la desinversión de la marca "Club", para lo cual: a) Se deja sin efecto la resolución expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia el 22 de julio de 2016, en la cual se resolvió "Aprobar la propuesta de documento final "COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES" de fecha 22 de julio de 2016, presentado por el operador económico Ambev Ecuador S.A. a través de su apoderado doctor Roque Bustamante Espinosa. 2. Autorizar la concentración económica entre los operadores económicos COMPAÑIA CERVECERA AIVIBEV ECUADOR S.A., subsidiaria de Anheruser-Bush InBeV SA/NV ("AB InBeV"), con Cervecería Nacional CN S.A., DINADEC., y CERNYT S.A., subsidiarias de SABMILLER. (...)" b) Se dispone que el operador económico Ambev Ecuador S.A., en el término de diez (10) presente un alcance a la Carta Compromiso de Cumplimiento de Condiciones incorporada el 22 de julio de 2016, en la cual se incluya la desinversión de la marca Club, para lo cual se ordena a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, realice el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad de competencia y contenidas en el documento "COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES" y su ALCANCE para lo cual informará de manera semestral a la Comisión de Resolución de Primera Instancia."... ..Para mayor ilustración de su señoría dentro de esta acción de protección, voy a desmenuzar y explicar lo que hizo el Superintendente en la citada resolución. Dentro de un expediente que tramitó un recurso de apelación interpuesto por la empresa HEINEKEN a la autorización de concentración de 6 de mayo de 2016, resuelve: Ratificar la resolución de primera instancia de la CRPI y negar la apelación presentada por Heineken, y las pretensiones del actor, entre ellas la venta de Club; pero, De oficio, resuelve reconocer la pretensión más importante del actor del recurso de apelación la cual es la venta de la marca Club, y ordena que esta se añada como condición No. 12 al Compromiso, dejando sin efecto la autorización del 22 de julio de 2016, que es un acto favorable para AB InBev ... Esto último no solamente es contradictorio con el recurso de apelación y el análisis realizado por la SCPM a lo largo de este proceso, sino que, además, es inejecutable por cuanto producto de lo ordenado en el acto de 6 de mayo de 2016, y ratificado el 22 de julio de 2016 con la aprobación del Compromiso, el 10 de octubre de 2016 se notificó el Cierre de la Transacción, con lo cual la transferencia de la propiedad quedó perfeccionada. Pero, y esto es lo más grave, la arbitraria e inconstitucional actuación del señor Superintendente vulnera los derechos constitucionales de AB InBev y puede producirle un daño grave e inminente..." HECHOS PROBADOS RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN: 2.1.- Queda probada la falta motivación, tanto del numeral 4 de la parte considerativa séptima denominada "Análisis Fático Jurídico de las Pretensiones", así como en consecuencia el acápite resolutorio Quinto del acto impugnado, esto es, el emitido por el Dr. Pedro Páez Pérez,

Superintendente de Control del Poder de Mercado, de fecha 15 de noviembre del 2016, las 14h00 dentro del Expediente de Apelación SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS. 2.2.- El numeral 4 de la parte considerativa séptima, dice lo siguiente: "...4) Respecto de la consideración de la desinversión de la marca Club; Como parte del condicionamiento emitido por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia del 06 de mayo de 2016 se obliga a las partes a: i) A desinvertir la planta de producción cervecera y la distribución de Ambev Ecuador, ii) la venta de las marcas Biela, Zenda, Dorada y Maltín y iii) licenciamiento de la marca Brahma por un período de hasta 20 años, estos condicionamientos obligan a que un operador tercero ingrese al mercado y compre este negocio en su conjunto, para que la operación de concentración sea autorizada por el Organismo de Competencia Ecuatoriano. La venta de las marcas que se incluyen dentro del condicionamiento no son las más atractivas del mercado, dado que no ocupan una cuota de mercado representativa dentro del mismo. El incluir dentro de los condicionamientos la venta de una marca con mayor representación a las ya mencionadas, generaría un mayor incentivo a que empresas interesadas inviertan en la adquisición del negocio, de esta forma la venta de la fábrica, la distribución, las marcas y el licenciamiento serían un atractivo negocio en el cual invertir. El contar con un negocio en marcha con marcas atractivas que tengan un fuerte posicionamiento y una cuota de mercado considerable, permitiría que el ingreso de un nuevo operador económico sea más sencillo, ya que más empresas, sean nacionales o internacionales, estarían dispuestas a invertir. De esta forma se estaría mitigando el riesgo de que, al no haber marcas atractivas a la venta existan pocos compradores, lo que no permitiría que se dé la operación de concentración en el Ecuador. Por otro lado como se mencionó anteriormente las marcas a ser desinvertidas no constituyen una cuota de mercado representativa dentro del mercado cervecero, razón por la cual un nuevo operador económico sin contar desde el inicio con una marca fuerte debidamente posicionada, le sería muy difícil ejercer presión competitiva necesaria para poder eliminar cualquier riesgo a la competencia y sana concurrencia en el mercado, de esta forma contar con una marca fuertemente posicionada permitiría que el nuevo operador desde el inicio de sus operaciones genere la presión competitiva necesaria al operador concentrado. De esta forma se considera que la venta de una marca representativa dentro del negocio a ser desinvertido, podría generar las ventas necesarias en un mercado para evitar constituir un monopolio en el mercado cervecero. Si el nuevo operador no cuenta con una marca fuerte desde el inicio de sus operaciones en el Ecuador, pese a las otras marcas desinvertidas, no podrá mantener las ventas, razón por la cual la cuota de mercado disminuiría y habría una mayor posibilidad de prácticas unilaterales. Estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta inclusive si el nuevo operador ingresa al mercado con una marca reconocida a nivel mundial, ya que pese a que esta sea atractiva para el consumidor, desde un inicio no generará las ventas necesarias para generar competencia en el mercado. De esta forma se puede ultimar que, el incluir dentro del proceso de desinversión a una marca 'con una cuota de mercado representativa,- permitiría que el nuevo operador económico ingrese al mercado de una manera eficiente y pueda generar la presión competitiva

suficiente para por un lado, mantenerse en el mercado como un competidor fuerte y por otro eliminar cualquier probabilidad de practica unilateral que podría generar el nuevo operador concentrado como objeto de la obtención de mayor poder de mercado. Con respecto a la capacidad instalada se debe considerar que, en el negocio cervecero industrial, la explotación de economías de escala es un requisito indispensable para mantener márgenes positivos y subsistir en el mercado. El objetivo de las empresas cerveceras es mantener en plena utilización todos los recursos disponibles, esto reduce los altos costos fijos que implica mantener todo el aparataje productivo de la cerveza. En este escenario, el óptimo desempeño de una empresa en este sector, y refiriéndose a la situación de que el negocio puede perdurar en el tiempo, se requiere como condicione necesaria y suficiente que la fábrica utilice al menos un porcentaje alto de capacidad para la producción de cervezas. Una utilización de un porcentaje elevado de la planta de producción es posible, única y exclusivamente, a través de la obtención una porcentaje significativo del mercado, entendiéndose como la posibilidad de producir grandes cantidades de productos y que estos sean adquiridos por los consumidores de cervezas. Esto es alcanzable en este sector a través del posicionamiento de marca, intensidad de publicidad y muchos años de gestión. Dentro de los procesos de concentración económica, donde se evidenció un aumento de posición de dominio producto de la operación, la desinversión estructural de la planta de producción ha estado acompañada de marcas reconocidas que cuentan con una demanda potencial elevada, que permita copar gran parte de la capacidad de producción para reducir los altos costos fijos y tener mayor maniobrabilidad para la gestión de precios y utilidades y con esto generar mayor rentabilidad al ser más eficiente con sus costos. Las Autoridades de Competencia deben procurar que el paquete de desinversión pueda generar que el operador que las adquiriera una estabilidad de su negocio al largo plazo, no se puede vender una planta que al corto plazo pueda cerrar por no contar con el nivel necesario de producción para mantener cierto nivel de utilidad. Este requisito de poseer una marca importante con una demanda cautiva puede provocar que la operación del nuevo competidor pueda ser evidentemente viable en el tiempo. Con la desinversión de las marcas Zenda, Dorada, Biela, Maltín y la licencia temporal de Brahma, no se lograría tener una plena utilización de la capacidad instalada de la planta de Ambev Ecuador, que permitiría ser eficiente al nuevo operador adquirente, ya que los costos de producción de marcas que no tienen una demanda estable y suficiente para justificar la operación, pueden generar a largo plazo una pérdida de beneficios y potencial salida del operador que adquiriera el paquete de desinversión. A criterio de esta autoridad, adicional a la venta de la planta, se requiere una marca reconocida de origen nacional para que la operación, desde el punto de vista técnico de producción, permita que el operador ingresante logre mantenerse en el mercado, en este sentido si únicamente se desinvierten marcas que son marginales en el mercado, la operación puede verse afectada al largo plazo, lo que contrae consigo una probable desaparición del competidor cuyo efecto sería, nuevamente un acaparamiento del mercado por parte de la empresa concentrada. Respecto a la rentabilidad y la presión competitiva, es la autoridad de competencia quien debe cerciorarse que la desinversión permita que el operador económico

ejercer presión competitiva a largo plazo, se debe tener presente que la estructura de los condicionamientos garanticen que los recursos desinvertidos o las medidas conductuales tengan un efecto sobre la competencia y que el nuevo operador pueda mantenerse compitiendo por largo periodos de tiempo. En este sentido, atado al concepto de escala mínima de producción, la rentabilidad es la variable principal para la generación de inversión por parte de las empresas, en estricto sentido, la esencia de una unidad productiva es la maximización del beneficio. Con este criterio, a través de las marcas desinvertidas y la licencia de la marca Brahma, el nuevo operador no podría generar una rentabilidad adecuada y sustentable en el tiempo, esto entendiéndose que dentro del proceso competitivo con la empresa con poder de mercado, las ventas de las mencionadas marcas pueden tender a disminuir, e incluso bajo la hipótesis que el nuevo operador ingrese buenos productos, la demanda ecuatoriana de cervezas está claramente identificada con marcas nacionales, por lo tanto es improbable que marca entrante y las marcas desinvertidas puedan mantener rentabilidad para el operador debido a la elasticidad tan baja entre las diferentes marcas de cervezas. Lo argumentado anteriormente puede dar señales que un nuevo operador internacional o nacional que tenga la capacidad para adquirir el paquete desinvertido, no pueda generar rentabilidad durante muchos años, lo que genere un desincentivo, no solo ex ante, sino dentro del proceso competitivo de generar mayores inversiones en el mercado, al tener una marca consolidada y sea ésta la que permita la explotación de economías de escala, la empresa ingresante tendrá la capacidad de generar competencia no solo en precios (si se mide a través del diferencial de Lerner, como medida de intensidad de competencia), sino que al tener una demanda amplia, podrá generar presiones para redistribuir el consumo de marcas competidoras, equilibrando el mercado cervecero nacional. En este sentido, si la política competitiva de Cervecería Nacional era no rivalizar las marcas Club y Pilsener (primera y segunda marca del mercado cervecero), lo cual estanca el mercado, el ingreso de nuevo operador que cuente con la marca Club permitiría que el mercado tenga un verdadero proceso, dinámico competitivo dentro del sector, conllevando a una situación de beneficio a los consumidores como un menor precio, explotación de nuevas variaciones de cervezas y probablemente una ampliación del mercado cervecero en Ecuador. Por lo tanto, la autoridad de competencia deberá dar el incentivo necesario para que la empresa entrante pueda permanecer en el mercado en el largo plazo, y generar presiones competitivas. Esto se puede lograr bajo la desinversión de una marca de cerveza nacional y ampliamente reconocida como es el caso de Club; en consecuencia de lo manifestado se determina que la desinversión de la marca Club, incentivaría a grandes empresas cerveceras a invertir mayor volumen de recursos en vista que tendrán en su poder la segunda marca más reconocida del sector y una de las más rentables, por lo tanto iniciar operación con una de las cervezas de mayor circulación genera mayores expectativas de inversión para el sector". 2.3.- Por su lado, la parte resolutive Quinta dispone: "Quinto.- De oficio, además de las 11 condiciones de orden estructural y conductual a las que se subordinó la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico Anheuser-Busch InBeV SA/NV CAB InBev"), consistente

en la adquisición de acciones por parte de Anheruser-Bush InBeV SA/NV ("AB InBev") y Compañía Sab Miller, se dispone la desinversión de la marca "Club", para lo cual: a) Se deja sin efecto la resolución expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia el 22 de julio de 2016, en la cual se resolvió "Aprobar la propuesta de documento final "COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES" de fecha 22 de julio de 2016, presentado por el operador económico Ambev Ecuador S.A. a través de su apoderado doctor Roque Bustamante Espinosa. 2. Autorizar la concentración económica entre los operadores económicos COMPAÑIA CERVECERA AIVIBEV ECUADOR S.A., subsidiaria de Anheruser-Bush InBeV SA/NV ("AB InBev"), con Cervecería Nacional CN S.A., DINADEC., y CERNYT S.A., subsidiarias de SABMILLER. (...)" b) Se dispone que el operador económico Ambev Ecuador S.A., en el término de diez (10) presente un alcance a la Carta Compromiso de Cumplimiento de Condiciones incorporada el 22 de julio de 2016, en la cual se incluya la desinversión de la marca Club, para lo cual se ordena a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, realice el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad de competencia y contenidas en el documento "COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES" y su ALCANCE para lo cual informará de manera semestral a la Comisión de Resolución de Primera Instancia."... 2.4.- En ambas partes del acto impugnado materia de estudio, se verifica que en ningún momento se cumplen los presupuestos constitucionales que debe contener una decisión motivada, esto es: La norma o principio normativo en la que se funda y la aplicación de la misma al caso concreto.- De igual modo, esto no fue desvirtuado en estricto derecho constitucional por la parte accionada pese a tener la carga de la prueba de aquello, de conformidad con el último inciso del artículo 16 de la LOGJCC; todo lo cual se argumentará entre otras consideraciones, a continuación. TERCERO: FUNDAMENTOS DE DERECHO: A) SOBRE LA COMPETENCIA DEL SUSCRITO JUZGADOR: Habiendo sido objeto de controversia de parte de la entidad accionada la falta de competencia del suscrito por cuanto alegó que el acto impugnado fue emitido en la ciudad de Quito y que no tenía efectos societarios en esta ciudad de Guayaquil, es necesario realizar las siguientes observaciones: 3.1.- Que el artículo 7 de la LOGJCC indica claramente que será competente para conocer y resolver sobre una garantía jurisdiccional, el juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto o donde se producen sus efectos.- En la especie, el acápite del acto impugnado tenía como principal efecto la desinversión de la marca Club. De acuerdo a sendos certificados relativos a dicha marca, que obran de fojas 18 a 38 inclusive del cuaderno procesal, vemos que el titular de dicha marca es la compañía CERVECERÍA NACIONAL CN S.A., la cual tiene su domicilio en esta ciudad de Guayaquil de conformidad con dicha documentación. 3.2.- En el mismo sentido el accionante en el punto c.4 de su demanda indicó que la cerveza de marca Club se produce en la ciudad de Guayaquil, en la planta de CN ubicada en la parroquia Pascuales, en la calles Cobre y Rosavín, en el km. 16,5 vía a Daule, lo cual nunca fue controvertido por los accionados. 3.3.- Finalmente, la entidad accionada en la persona de su abogado compareciente, manifestó en la Audiencia Pública, que el acto impugnado tenía repercusión a nivel nacional. 3.4.- Por lo expuesto, este Juzgador concluye que es

competente para conocer y resolver la presente causa, toda vez que el acto impugnado produce sus efectos en la ciudad de Guayaquil: Tanto por ser parte del territorio nacional en el cual surte repercusión el acto impugnado, como por cuanto la marca y fábrica que la producen tienen su asiento en esta ciudad, por lo que un proceso de desinversión indiscutiblemente ocurriría en este cantón.-

B) SOBRE LA VALIDEZ PROCESAL: 3.5.- En la presente causa se ha respetado el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes, así como se ha dado cumplimiento con los principios de la justicia constitucional, así como con los principios procesales de las garantías jurisdiccionales, determinados respectivamente en los artículos 2 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; por lo que se declara válido todo lo actuado dentro de la presente causa.

C) SOBRE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: 3.6.- De acuerdo al artículo 88 de nuestra Constitución: “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. 3.7.- Nuestra Corte Constitucional, en su sentencia 001-16-PJO-CC (caso No. 0530-10-JP) la ha definido de la siguiente manera: “La acción de protección de los derechos, como garantía jurisdiccional, es un mecanismo procesal judicial al alcance de todos los ciudadanos, reconocido en la Constitución para que en caso de que sus derechos hayan sido vulnerados por una autoridad pública o personas privadas, estos puedan obtener su restablecimiento y una posterior reparación por el daño causado, con lo cual la acción de protección es la realización de un derecho constitucional/humano en sí mismo”.

D) SOBRE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: 3.8.- De acuerdo al artículo 40 de la LOGJCC, son tres los requisitos de procedencia de una acción de protección, siendo: “Art. 40.- Requisitos.- La acción de protección se podrá presentar cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Violación de un derecho constitucional; 2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y, 3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. 3.9.- Dicho esto, es necesario verificar si ante los hechos expuestos por los contendientes y pruebas que obran de autos, se han verificado estos tres supuestos. Considero importante empezar por el no controvertido en la especie que es el del #2, el cual queda comprobado toda vez que de acuerdo al artículo 213 la parte accionada es una de las Superintendencias que a su vez conforman la Función de Transparencia y Control Social, por lo que se entiende que el acto impugnado fue emitido por una autoridad pública. 3.10.- Ahora bien, la parte accionada tanto en la persona de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado como de la Procuraduría General del Estado, solicitaron a este Juzgador que declare improcedente la presente acción de protección por cuanto no se configuraba el tercer presupuesto legal, esto es, “La inexistencia

de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. 3.11.- Para analizar entonces la problemática del caso puesto a mi resolución, el suscrito se encuentra obligado actuar en base a precedentes constitucionales, conforme lo dispone el artículo 2.3 de la LOGJCC. Por consiguiente, nuestra Corte Constitucional para entender el alcance los numerales 1 y 3 del artículo 40 de la ley de la materia, que son el objeto a resolver en la presente causa, emitió mediante sentencia No. 001-16-PJO-CC dentro del caso No. 0530-10-JP, la siguiente jurisprudencia vinculante: "Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido.”.- En adelante siempre que se hable de jurisprudencia vinculante es en alusión a este fallo de nuestra Corte Constitucional. 3.12.- Dentro de las consideraciones que recoge la mencionada jurisprudencia vinculante, tenemos la recogida en la sentencia No. 016-13-SEP-CC, la cual en lo pertinente dice: “..... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales.” 3.13.- La Jurisprudencia vinculante califica a la acción de protección como la vía adecuada y eficaz para amparar el derecho vulnerado, por cuanto por la materia que protegen, esto es, la dimensión constitucional de un derecho fundamental, son los instrumentos procesales diseñados para tal fin y en consecuencia idóneos para resolver sobre el daño causado. Textualmente, la Corte dice: “La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado exige pues la verificación de dos situaciones puntuales. La primera que el derecho que se invoca no cuente con otra vía de tutela en la justicia constitucional; es decir, que no esté amparado por una vía procesal constitucional especial que se pueda considerar más idónea. Lo cual quiere decir que el juez o jueza constitucional debe analizar si la vulneración del derecho constitucional que se invoca es objeto de protección en otras garantías jurisdiccionales, por ejemplo la libertad y la vida e integridad física de las personas privadas de libertad en el hábeas corpus, el acceso a la información pública en la acción de acceso a la información pública, la información e intimidad personal en el habeas data, etc. Pues si en efecto, el derecho invocado cuenta con una vía especial en la justicia constitucional, esa debe ser considerada la vía idónea y eficaz para amparar el derecho vulnerado.”... “Un segundo supuesto que se debe constatar a partir del requisito señalado en el artículo 40 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es que la vulneración a la que se alude en la acción de protección recaiga, en efecto, sobre el ámbito constitucional del derecho vulnerado. Anteriormente, esta Corte ha analizado las diferentes dimensiones que presentan los derechos, determinando que la justicia constitucional y en concreto, la acción de protección, tiene por objeto el

amparo directo y eficaz de la dimensión constitucional del derecho vulnerado".

3.14.- Dicho esto, tenemos entonces como primera conclusión, que las garantías jurisdiccionales entre ellas la acción de protección, tienen como objeto el proteger la vulneración de un derecho en su ámbito constitucional o iusfundamental. La Corte Constitucional recogiendo lo dicho por el profesor Juan Montaña Pinto dice: "Esto significa que, para que proceda la acción de protección, la violación del derecho necesariamente debe afectar el contenido constitucional del mismo y no a las otras dimensiones del derecho afectado por acción u omisión de autoridad pública".

3.15.- Entonces debemos saber diferenciar para concluir si la acción de protección es la vía idónea y eficaz para solucionar un problema propuesto en la vía constitucional, si el derecho presuntamente vulnerado atañe a la dimensión constitucional o legal del mismo, de ahí que el requisito del artículo 40.3 de la LOGJCC no tiene como finalidad la inactivación de la justicia constitucional, sino que ésta sea utilizada para precautelar únicamente el ámbito constitucional de los derechos. La jurisprudencia lo recoge del siguiente modo: "Es así que el requerimiento de la "inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado" no va orientado a impedir la activación de la justicia constitucional, sino que precautela que esta sea invocada cuando la materia que la motiva requiera verdaderamente de un pronunciamiento de esta índole y no ordinario; cuando el ámbito constitucional del derecho de las personas sea vulnerado".- En el mismo sentido, en otro considerando de la referida jurisprudencia vinculante, la Corte señala: "En tal virtud, cuando de por medio existan vulneraciones a derechos constitucionales de las personas la vía adecuada y eficaz para la protección de ese derecho será la acción de protección".

3.16.- La solución que da la Corte para identificar el *thema decidendum* se encuentra recogida en la ya referida jurisprudencia vinculante, la cual señala: "Al respecto, esta Corte considera que la solución que debe utilizarse, en primer lugar, es la identificación del *thema decidendum* y su correspondencia con el objeto de la acción de protección. Es decir, cuando lo que se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección. En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infraconstitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales."

3.17.- En la especie, el accionante ha dicho que el acto administrativo impugnado le ha vulnerado los siguientes derechos constitucionales: a) Vulneración del derecho al debido proceso, en cuanto a la garantía del cumplimiento de ser juzgado por autoridad competente; b) Vulneración del derecho al debido proceso, en cuanto a la garantía del cumplimiento de ser juzgado con observancia del trámite propio para cada procedimiento; c) Vulneración del derecho a la defensa, por la falta de notificación del informe del Intendente de Control de Concentraciones, y por la falta de consideración del informe de AGON; d) Vulneración del derecho a una debida motivación consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal L de la

Constitución; e) Vulneración del derecho a recurrir actos que decidan sobre derechos; f) Violación al derecho a la seguridad jurídica. 3.18.- Considero necesario analizar primeramente, el derecho que este Juzgador ha considerado vulnerado por la parte accionada en detrimento del accionante, esto es el de la motivación que debió tener el acto impugnado.- En este sentido, el literal “L” del numeral 7 del artículo 76 de nuestra Constitución dice: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: I. 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.” 3.19.- Del mismo modo, esta garantía ha sido definida de la siguiente manera por la Corte Constitucional Ecuatoriana en su sentencia No. 010-14-SEP-CC dictada dentro del caso No. 1250-11-EP: “[...] la motivación tiene condiciones mínimas a saber: debe ser razonable, lógica y comprensible; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar los conflictos, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniencia de los enunciados normativos utilizados”. 3.20.- Con esto concluimos que para que exista motivación, deben concurrir dos presupuestos: El anunciamiento de normas o principios jurídicos en los que se funda una decisión, y la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso en concreto. 3.21.- Dicho esto, de la sola revisión del considerando séptimo número 4, como de la parte resolutive quinta del acto impugnado, esto es, de la resolución del 15 de noviembre del 2016, emitida dentro del expediente de apelación SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS, se puede claramente determinar que no existe en ninguna de sus partes el señalamiento de norma alguna en la cual se base la entidad accionada para decidir la desinversión de la marca “Club”; y de igual modo, ni dicho acto ni en su posterior aclaración de fecha 28 de noviembre del 2016, a las 15h00 (foja 287 y vuelta), se indica como el caso en concreto se resuelve con la aplicación de dichas normas, esto es, la explicación de la pertinencia. 3.22.- En consecuencia, sin necesidad de análisis o aplicación de una norma infraconstitucional o en su defecto de su inaplicación, tenemos como resultado la verificación de la vulneración al derecho de la accionante en su dimensión constitucional, a recibir una resolución debidamente motivada de parte de la Superintendencia de Poder de Control de Mercado, pues no han concurrido los dos presupuestos que requiere un acto motivado ya determinados anteriormente. 3.23.- Es importante señalar también, que de acuerdo al último inciso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, es la entidad pública accionada la que tenía invertida la carga de la prueba en cuanto desvirtuar la no ocurrencia de las vulneraciones de derechos alegadas por el accionante. En la especie, la accionada dijo que se encontraba técnicamente motivada la decisión impugnada, pero en ningún momento este criterio técnico puede reemplazar a los presupuestos constitucionales que nos fija el artículo 76.7.L de nuestra Constitución, ya

explicados anteriormente. 3.24.- A contrario sensu, este Juzgador llega a la conclusión que en los demás derechos que el accionante alude se le han vulnerado, por cuanto es necesaria la aplicación de una norma infraconstitucional o el análisis por falta de la misma, es un tema que no es objeto de la justicia constitucional, por cuanto presuntamente se afectaría a la dimensión legal del derecho de la actora. 3.25.- Refuerzo lo anterior, por cuanto para analizar si el Superintendente actuó dentro de sus lineamientos competenciales, sería necesario aplicar artículos de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, específicamente los artículos 65 y 68 de dicho cuerpo normativo.- Del mismo modo, para determinar si se cumplió con el trámite apropiado habría que entrar en análisis de artículos infraconstitucionales como el 24 de LORCPM e incluso infranormativos como el 22 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, lo cual como se dijo no correspondería a la dimensión constitucional de los presuntos derechos lesionados, por lo que no es en vía de justicia constitucional su resolución. 3.26.- En idéntico sentido, la presunta vulneración del derecho a la defensa por la falta de notificación de informes, atañe el análisis de norma de procedimiento infraconstitucionales e incluso observar valoración probatoria en sede administrativa, lo cual es ajeno a las garantías jurisdiccionales.- Finalmente en este sentido, sobre el derecho a recurrir como sobre la vulneración a la seguridad jurídica, de la forma planteada por el actor, tendría que entrar en estudio sobre la aplicación de los artículos 66, 67, 68 y 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado respectivamente, con lo cual se discutiría la dimensión legal de los mismos, siendo esto ajeno a la presente acción, motivos por los cuales no son considerados lesionados en su esfera o dimensión constitucional por este Juzgador. 3.27.- Entonces, se verifica que han concurrido los tres presupuestos de procedencia de la acción de protección respecto de la falta de motivación como parte del derecho a la defensa de la parte accionante en lo siguiente: 1.-Se ha atacado la dimensión constitucional del derecho a la motivación, consagrado en el artículo 76.7.L de nuestra Constitución, lo cual se ha verificado sobre la base de parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, al no ser necesario para determinar dicha vulneración ni analizar o aplicar norma infraconstitucional; 2.- Se ha infringido por autoridad pública, como lo es la Superintendencia de Poder de Control de Mercado; y 3) De acuerdo a nuestra Jurisprudencia vinculante ampliamente explicada en este fallo, de existir la vulneración a la dimensión constitucional de un derecho, la vía adecuada y eficaz para la protección de ese derecho es la acción de protección, caso contrario sería desconocerle sus atributos de eficaz y directa que le otorga la misma Constitución. 3.28.- En la presente sentencia escrita, este Juzgador ha cumplido lo que determina la Corte Constitucional: "...En este orden de ideas, el Pleno del Organismo en sus sentencias Nros. 041-13-SEP-CC y 043-13-SEP-CC insistió en que: "... la carga de demostración sobre la adecuación y eficacia de los procedimientos ordinarios no recae sobre el accionante, sino sobre el juzgador, al momento en que determina si la violación efectivamente se verificó o no en el caso puesto en su conocimiento". 3.29.- Ahora bien, las reparaciones solicitadas por la parte actora han sido las siguientes: "6.2.1. La restitución total de los derechos vulnerados de mi representada, de manera que se restablezca la situación

jurídica anterior a la violación de los derechos constitucionales declarados, de manera que se mantenga la vigencia plena del acto administrativo del 22 de julio de 2016 y las 11 condiciones detalladas en el Compromiso, impuestas por la SCPM. 6.2.2. La garantía de que no se vuelva a repetir el acto impugnado, mediante otro acto de similar naturaleza que exprese la misma intención y finalidad.” 3.30.- La consecuencia de un acto no motivado la trae la misma disposición constitucional que define la no motivación, y esto es, la nulidad del mismo. En la especie, no ha sido materia de controversia la totalidad de la resolución del 15 de noviembre del 2016, emitida dentro del expediente de apelación SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS, por lo que se declara sin motivación y por consiguiente nulo tanto el considerando séptimo número 4, como de la parte resolutive quinta de dicho acto administrativo. Como consecuencia jurídica toda nulidad restablece la situación jurídica anterior a la violación, por lo cual se considera que esta reparación cumple con el carácter de integral en el sentido determinado en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 3.31.- Este Juzgador considera contrario a la naturaleza de la acción de protección y por ende de sus funciones, pronunciarse respecto a cualquier acto que pudiera emitir dentro de sus facultades constitucionales y legales la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, cuyas atribuciones se encuentran detalladas en el artículo 38 de la Ley Orgánica que la regula, por lo que considera improcedente la fórmula reparatoria establecida en el punto 6.2.2 de la demanda, motivo por el cual la rechazo. CUARTO: CONFIDENCIALIDAD DEL EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS.- 4.1.- Considero importante resaltar que mediante escrito de fecha 30 de noviembre del 2016 a las 15h43, la parte accionada aparejó en 294 fojas el expediente administrativo del cual se emitió el acto impugnado, conforme lo solicitó de oficio este Juzgador en la Audiencia Pública. 4.2.- Que el artículo 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, le da un carácter de confidencial a la tramitación de los procesos previstos en dicha Ley, como el que nos ocupa, debiendo mantener este Juez la confidencialidad de la información. 4.3.- En mérito de ello, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4.12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispongo que al ya haber sido actuada la prueba solicitada y a fin de mantener la reserva de la información mantenida en la misma, la señora Actuaría proceda mediante oficio, a devolver las 294 fojas aparejadas en escrito de fecha 30 de noviembre del 2016 a las 15h43 por la entidad demandada. QUINTO.- RESOLUCIÓN: En base a todos los argumentos fácticos y constitucionales motivados ut supra, declaro vulnerado el derecho a la debida motivación de la resolución de los poderes públicos como garantía del derecho a la defensa, la cual a su vez forma parte del debido proceso, de conformidad con el literal “L” del numeral 7 del artículo 76 de nuestra Constitución, por lo que el suscrito AB. JOSÉ LUIS TAPIA FRANCO, MGTR., Juez de la Unidad Civil con sede en el cantón Guayaquil y Juez Constitucional de la presente causa, en aplicación de los artículos 40 y 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA”, declara procedente la Acción de Protección

presentada por el AB. MARCO ANTONIO ELIZALDE JALIL por los derechos que representa en su calidad de Apoderado de la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV en contra de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO en la persona de su Superintendente Dr. Pedro Páez Pérez, disponiendo como medida de reparación integral la consecuencia jurídica que establece el mismo artículo 76.7.L de nuestra Constitución ante un acto inmotivado, esto es, declarar la nulidad del considerando séptimo número 4, como de la parte resolutive quinta del acto impugnado, esto es, de la resolución del 15 de noviembre del 2016, emitida dentro del expediente de apelación SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS.- Que la señora Actuaría de cumplimiento inmediato al punto 4.3 de la presente sentencia.- Una vez ejecutoriado en este fallo, se dará cumplimiento a lo establecido en el artículo 86.5 de la Constitución y 25.1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.- CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-