

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2013-011

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 05 de marzo de 2015, a las 16h45.-
VISTOS: El Superintendente de Control del Poder del Mercado, designó al abogado Juan Emilio Montero Ramírez, Presidente, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Por excusa presentada por el doctor Marcelo Ortega Rodríguez al haber dado opinión en el presente trámite que consta por escrito, razón por la cual, actúan el abogado Juan Emilio Montero Ramírez y el doctor Agapito Valdez Quiñonez. En lo principal agréguese al expediente el escrito presentado por el operador económico Nestlé Ecuador S.A. ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 05 de marzo de 2015, a las 14h43 y por corresponder al estado procesal del expediente el resolver para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia de conformidad con lo determinado en el último inciso del artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, artículo 38 numeral 2 y artículo 79 penúltimo inciso de la Ley citada, es competente para sustanciar y resolver en primera instancia el incumplimiento de entrega de información a los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado por parte de personas naturales o jurídicas, privadas o públicas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente procedimiento por incumplimiento de entrega de información ha sido sustanciado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en los artículos 76 y 169 de la Constitución de la República como en las disposiciones constantes en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) y su Reglamento, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa, así como de los principios constitucionales de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal sin que se advierta error, vicio o irregularidad que pueda influir en la decisión del presente expediente, razón por la cual se declara la validez procesal de lo actuado.

TERCERO.- CONSIDERACIONES PREVIAS.-

3.1.- En virtud de la providencia de 11 de septiembre de 2014 a las 15h00, la Comisión de Resolución de Primera Instancia avocó conocimiento del presente expediente como consecuencia de la Resolución expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado de 04 de septiembre de 2014 a las 12h00, la misma que en lo principal revoca la decisión adoptada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 24 de junio de 2014 y declara la nulidad de todo lo actuado a partir de fojas dos de este expediente.

3.2.- Mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-293-M de 11 de septiembre de 2014 suscrito por el doctor Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E) se incluye el informe SCPM-IIAPMAPR-0144-^A

2014, de 10 de septiembre de 2014, documento que informa sobre el incumplimiento de entrega de información por parte del operador económico NESTLE ECUADOR S.A.

3.3.- El 03 de octubre de 2014 a las 16h46, el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. presenta en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) el escrito que contiene el recurso de reposición de la Resolución de 4 de septiembre de 2014 a las 12h00, pronunciada por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, recurso horizontal que dado su carácter debe ser ventilado ante la misma autoridad que dictó la Resolución impugnada, esto es, el señor Superintendente de Control del Poder del Mercado, y que de acuerdo con el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, solo tiene efecto devolutivo, por lo tanto, no interrumpió la prosecución de la causa.

CUARTO.- ANTECEDENTES.-

4.1.- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante IIAPMAPR) inició una investigación preliminar de oficio signado con el No.SCAPM-IIAPMAPR-2013-016 y dentro de esta investigación mediante providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00, notificada mediante oficio No.SCPM-IIAPAPR-2013-248 de fecha 17 de septiembre de 2013, se requirió al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. que en el término de cinco (5) días remita a la Intendencia en formato físico y digital no protegido, información de venta, comercialización y distribución de los productos: Multicereal y Nessucar, correspondiente a los años 2011, 2012 y 2013.

4.2.- Con fecha 24 de septiembre de 2013 el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. mediante escrito ingresado a la Secretaría General de la SCPM solicita una prórroga para la entrega de la información requerida, la misma que fue concedida mediante providencia de 25 de septiembre de 2013 a las 16h00 y notificada legalmente a NESTLE ECUADOR S.A. el día 26 de septiembre de 2013 con oficio No.SCPM-IIAPM-2013 concediéndole tres (3) días término adicionales para que dé cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00.

4.3.- Según consta del escrito y anexos presentados el 01 de octubre de 2013 a las 15h05 NESTLE ECUADOR S.A. remite a la IIAPMAPR en formato físico y en digital Excel protegido información sobre comercialización inherente al producto Nessucar, respecto al producto Multicereal, con la indicación *“no cuenta en su catálogo de productos, con alguno cuya denominación sea “MULTICEREAL”*, por los cual no puede proporcionar información respecto de este producto.

4.4.- Con fecha 10 de octubre de 2013 la Dirección Nacional de Investigación, Acuerdos y Prácticas Restrictivas emite un informe en cuya parte pertinente indica que el CD entregado por NESTLE ECUADOR S.A. adjunto al escrito de fecha 01 de octubre de 2013 a las 15h05, se encuentra protegido con clave.

4.5.- Mediante oficio No. SCPM IIAPM-2013-324 de 21 de octubre de 2013, la IIAPMAPR dispuso: *“(...) 3 Al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. ha entregado completa la información documental requerida mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de*

septiembre de 2013 y la información digital la entrega en formato Excel protegido con clave de acceso pese habérsela requerido dicha información en formato Excel no protegido, como consta en el informe citado supra, incumpliendo de esta manera la disposición dada por esta autoridad y lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)".

4.6.- El día 30 de octubre de 2013, a las 12h55, el operador NESTLE ECUADOR S.A. en forma extemporánea entrega la información requerida mediante providencia del 17 de septiembre de 2013 a las 09h00.

QUINTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR LOS INTERESADOS.-

5.1.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR).-

5.1.1.- Mediante oficio SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre de 2013 suscrito por el economista Carlos Chavarría, Intendente de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se requirió al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. que en el término de cinco (5) días remita a la Autoridad de Control del Poder de Mercado información de los años 2011, 2012 y 2013 sobre la venta, comercialización y distribución del producto MULTICEREAL y NESSUCAR en todas sus presentaciones, tanto en el mercado público como en el privado, **información que debe ser remitida en formato físico y digital Excel no protegido.**

5.1.2.- Con oficio No.SCPM-2013-278 de 24 de septiembre de 2013 la IIAPMAPR fija para el día 2 de octubre de 2013 mantener la reunión de trabajo con el operador económico NESTLE ECUADOR S.A.

5.1.3.- Mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-293 de 26 de septiembre de 2013 la IIAPMAPR notifica el contenido de la providencia de 25 de septiembre de 2013, a las 16h00, en la que se le concede al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. una prórroga de tres (3) días adicionales para entregar la información solicitada.

5.1.4.- Según oficio No.SCPM-IIAPM-2013-296 de 30 de septiembre de 2013 se concede nueva fecha a NESTLE ECUADOR S.A. para que tenga lugar la reunión solicitada, sin perjuicio de que proporcione la información requerida en providencias de 17 y 25 de septiembre de 2013.

5.2.- Alegaciones formuladas por el operador económico.-

5.2.1.- Señala que para el cumplimiento del requerimiento de información notificado el 17 de septiembre de 2013 se le otorgó a NESTLE ECUADOR S.A. el término de cinco (5) días hábiles, los cuales se vencían el 24 de septiembre de 2013 por lo que solicitó el 20 de septiembre de 2013 mantener una reunión con el personal de la IIAPMAPR.

5.2.2.- Mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-278 de 24 de septiembre de 2013 la IIAPMAPR fija la reunión para el 2 de octubre a las 15h00, haciendo notar que el término para entregar la información requerida vencía el 24 de septiembre de 2013. En este sentido la reunión solicitada

por NESTLE ECUADOR S.A. tenía como objetivo se aclaren las dudas e inquietudes respecto al requerimiento en cuestión, porque no hubiera tenido eficacia alguna que se celebre la reunión el 2 de octubre de 2013, por lo que el 24 de septiembre de 2013, presenta un nuevo escrito pidiendo se otorgue una prórroga y la IIAPMAPR mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-293 de 26 de septiembre de 2013 le otorga una nueva prórroga de tres (3) días para que entregue la información requerida.

5.2.3.- Sostiene que al haberse realizado la notificación el 26 de septiembre de 2013 la prórroga de tres (3) días vencía el 1 de octubre de 2013 puesto que la reunión se convocó para el 2 de octubre de 2013, es decir un día después del vencimiento del nuevo término, nuevamente NESTLE ECUADOR S.A. se encontró con la imposibilidad de despejar las dudas e inquietudes que tenía sobre el requerimiento, antes del vencimiento del término.

5.2.4.- Por lo expuesto, NESTLE ECUADOR S.A. solicitó se anticipe el día de la reunión para el día lunes 30 de septiembre de 2013 y también indicó que el 2 de octubre de 2013 no se podía llevar a cabo la reunión por estar ausentes los funcionarios de NESTLE ECUADOR S.A. solicitando mediante escrito presentado el 27 de septiembre de 2013 se modifique la fecha establecida para el 30 de septiembre de 2013, petición que obtiene respuesta de la IIAPMAPR mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-296 de 30 de septiembre de 2013.

5.2.5.- Al verse imposibilitado NESTLE ECUADOR S.A. de despejar sus dudas e inquietudes, mediante escrito presentado el 1 de octubre de 2013 a las 15h05, presentó la información requerida **en seis de las once columnas de la plantilla A, tanto físico como en formato digital Excel protegido** para que la IIAPMAPR pueda trabajar el documento Excel.

5.2.6.- El 21 de octubre de 2013 NESTLE ECUADOR S.A. tuvo conocimiento de la inconformidad de la IIAPMAPR con la información entregada, solicitando el operador económico a la IIAPMAPR habilite un período adicional a fin de cumplir con la totalidad de la información requerida, por lo que la IIAPMAPR requirió nuevamente al operador económico que en el término de cinco (5) días entregue la información solicitada y NESTLE ECUADOR S.A. **presentó la información completa el 30 de octubre de 2013.**

5.2.7.- Manifiesta que la conformidad con la información presentada fue validada por la IIAPMAPR en su oficio No. SCPM-IIAPM-2013-414 de 2 de diciembre de 2013 dirigido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), menciona que la información presentada por NESTLE ECUADOR S.A. está completa y accesible. Igualmente, mediante informe No.SCPM-IIAPM-086-2014 contenido en el memorando SCPM-IIAPMAPR-211-2014, la IIAPMAPR se pronunció señalando **que la información presentada el 30 de octubre de 2013** se dio cumplimiento al requerimiento de información realizado.

SEXTO.- PRUEBAS SOLICITADAS POR LOS INTERVINIENTES.-

6.1.- Pruebas solicitadas por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-

6.1.1.- La IIAPMAPR en el escrito presentado en la Secretaría General de la SCPM el 21 de febrero de 2015, a las 15h19, se ratifica en el contenido íntegro del informe signado con el

SCPM-IIAPMAPR-0144-2014 de fecha 10 de septiembre de 2014 que establece motivadamente los fundamentos para imponer sanción por incumplimiento al deber de colaboración establecido en el artículo 38 y 50 de la LORCPM así como en el contenido íntegro de la ampliación al informe referido, constante en el memorando SCPM-IIAPMAPR-376-2014-M de 19 de noviembre de 2014.

6.2.- Pruebas solicitadas por el operador económico NESTLE ECUADOR S.A.

6.2.1.- La providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00, dictada en el expediente No.SCPM-IIAMAPR-2013-016, así como el oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre de 2013 mediante los cuales la IIAPMAPR solicitó a NESTLE ECUADOR S.A. remita información sobre el producto MULTICEREAL Y NESSUCAR.

6.2.3.- El escrito presentado el 20 de septiembre de 2013 a las 12h04, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. solicitó a la IIAPMAPR se fije día y hora para mantener una reunión a fin de esclarecer algunas dudas e interrogantes respecto a la información solicitada.

6.2.4.- El oficio No.SCPM-IIAPM-2013-278 de 24 de septiembre de 2013 mediante el cual la IIAPMAPR fija para el día 2 de octubre de 2013 a las 15h00, la reunión solicitada.

6.2.5.- El escrito presentado el 24 de septiembre de 2013, a las 15h38, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. solicita a la IIAPMAPR se le otorgue una prórroga para la entrega de la información requerida.

6.2.6.- El oficio No.SCPM-IIAPM-2013-293 de 26 de septiembre de 2013 mediante el cual la IIAPMAPR le concede a NESTLE ECUADOR S.A. una prórroga de tres (3) días adicionales para la entrega de la información solicitada.

6.2.7.- El escrito de 27 de septiembre de 2013 a las 08h20, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. solicita a la IIAPMAPR una nueva fecha y hora para la reunión en vista que las personas autorizadas para acudir a la reunión se encontraban fuera del país.

6.2.8.- El oficio No.SCPM-IIAPM-2013-296 de 30 de septiembre de 2013 mediante el cual la IIAPMAPR señala para el 14 de octubre de 2013 a las 15h00 como nueva fecha de la reunión solicitada.

6.2.9.- El escrito presentado el **1 de octubre de 2013** a las 15h05, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. **presenta la información solicitada** por la IIAPMAPR la que pudo recabar, **entregando la plantilla en físico y en digital en formato Excel con clave de acceso.**

6.2.10.- El informe interno de fecha 10 de octubre de 2013 elaborado por la analista economista Mayra Rebolledo Rivera dirigido al economista Carlos Chavarría, Director Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restringidas, en el cual se señala que **no se ha podido acceder a la información proporcionada por NESTLE ECUADOR S.A.** f

6.2.11.- El oficio SCPM-IIAPM-2013-324 de 21 de octubre de 2013 mediante el cual se agrega el oficio presentado por NESTLE ECUADOR S.A. con sus anexos, indicando que se elabore el informe respectivo para la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

6.2.12.- El memorando IIAPMAPR-124-2013 de 22 de octubre de 2013 mediante el cual la IIAPMAPR informa a la Comisión de Resolución de Primera Instancia sobre el incumplimiento de NESTLE ECUADOR S.A. en la entrega de información requerida.

6.2.13.- El escrito presentado el 22 de octubre de 2013 a las 15h50, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. al enterarse de la inconformidad de la IIAPMAPR con la información entregada, solicita mantener una reunión para resolver algunas inquietudes en relación con el oficio SCPM-IIAPM-2013-324 de 21 de octubre de 2013.

6.2.14.- El escrito presentado el 24 de octubre de 2013 mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. solicita a la IIAPMAPR se le conceda un término adicional para presentar la información restante de la planilla A.

6.2.15.- La providencia de 25 de octubre de 2013 a las 10h00, mediante la cual la IIAPMAPR dispuso: “(...) 4.- Sin perjuicio de lo que resuelva el Órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, respecto al incumplimiento en el que ha incurrido el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. conforme consta de los fundamentos de hecho y de derecho insertos en el oficio No. SCPM-IIAPM-2013-324, de fecha 21 de octubre de 2013, a las 09h00, atendiendo el pedido que realiza este operador económico, requiérase nuevamente al operador económico NESTLÉ DEL ECUADOR S.A., para que en el término de cinco (5) días, de cumplimiento a lo dispuesto mediante oficio No. SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre del 2013 (...)”. (subrayado y negrillas nos pertenecen).

6.2.16.- El escrito presentado el 30 de octubre de 2013 a las 12h55, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A. presenta información que no había podido presentar y que fue requerida con oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre de 2013.

6.2.17.- La providencia de 7 de noviembre de 2013, a las 16h30 y el oficio No.SCPM-IIAPM-2013 de 7 de noviembre de 2013 mediante el cual la IIAPMAPR agrega escritos presentados por NESTLE ECUADOR S.A. y declara confidencial la información presentada.

6.2.18.- El oficio No.SCPM-IIAPM2013-414 de 2 de diciembre de 2013 en el cual la IIAPMAPR informa a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que: “(...) 3.- La fecha límite que se le otorgó al operador económico Nestlé del Ecuador S.A., para la entrega de información fue el 14 de septiembre de 2013, sin embargo por efecto de la prórroga concedida el término se extendió hasta el 01 de octubre de 2013, habiendo entregado inicialmente la información requerida por esta Intendencia el día que se vencía dicho término prorrogado, en forma incompleta e inaccesible, toda vez que el CD lo entregaron con clave de acceso (...)”.

6.2.19.- Copia simple del oficio No.0155-F-2014 de 12 de febrero de 2014 suscrito por el señor Diego León M. socio de Addvalue Asesores Cía. Ltda., compañía de Ey (Ernst & Young) dirigido al Vicepresidente Financiero de NESTLE ECUADOR S.A., mediante el cual se hace

referencia a la asesoría prestada para el análisis de la información histórica de conciliaciones de venta.

6.2.20.- El escrito y anexo presentado el 9 de enero de 2014 a las 11h46, mediante el cual NESTLE ECUADOR S.A., presentó ante la IIAPMAPR información referente a la composición nutricional del producto NESSUCAR.

6.2.21.- El pedido de NESTLE ECUADOR S.A. a la IIAPMAPR para que certifique si realizó otros requerimientos de información a NESTLE ECUADOR S.A. dentro del expediente No.SCPM-IIAPMAPR-2013-016, además del realizado el 17 de septiembre de 2013 mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248.

SEPTIMO.- VALORACION JURIDICA DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS.-

7.1- Según se desprende de la providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00, dictada en el expediente No.SCPM-IIAPMAPR-2013-016, y del oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre de 2013 que obran de fojas 570 y 571 respectivamente del expediente, se demuestra que la IIAPMAPR solicitó a NESTLE ECUADOR S.A. que en el término de cinco (5) días remita información de los años 2011, 2012 y 2013, sobre la venta, comercialización y distribución del producto MULTICEREAL NESSUCAR en todas sus presentaciones, tanto en el mercado público como en el privado, información que debía ser remitida en formato físico y digital Excel no protegido, conforme a la planilla A.

7.2.- Del escrito presentado el 20 de septiembre de 2013 a las 12h04, en la Secretaría General de la SCPM por la señora María del Carmen Salgado en su calidad de Gerente de Asuntos Legales de NESTLÉ ECUADOR S.A. constante de fojas 572 del expediente, se encuentra justificada la petición formulada a la IIAPMAPR para que fije día y hora a fin de mantener una reunión.

7.3.- Mediante providencia de 24 de septiembre de 2013 a las 09h00, de fojas 573 del expediente se demuestra que la IIAPMAPR fijó para el día miércoles 2 de octubre de 2013 a las 15h00, para absolver las consultas que efectuó NESTLE ECUADOR S.A. sin perjuicio de que el citado operador económico presente lo requerido mediante providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00.

7.4.- Consta demostrado a fojas 574 y 575 del expediente el escrito presentado el 24 de septiembre de 2013 a las 15h38, en la Secretaría General de la SCPM, por el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. solicitando a la IIAPMAPR su petición de prórroga para la entrega de la información requerida mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre de 2013.

7.5.- Se encuentra justificado procesalmente a fojas 576 del expediente la existencia de la providencia expedida el 25 de septiembre de 2013 a las 16h00 por la IIAPMAPR mediante la cual se le concede al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. **la prórroga de tres (3) días** para que cumpla con lo dispuesto en la providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00.

7.6.- A fojas 577 del expediente se encuentra incorporado el escrito recibido en la Secretaría General de la SCPM el 27 de septiembre de 2013 a las 08h20, mediante el cual se comprueba que el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. solicitó a la IIAPMAPR la modificación de la reunión fijada para 2 de octubre de 2013 expresando que las personas autorizadas para asistir por parte de NESTLE ECUADOR S.A. se encontrarán fuera del país del 2 al 10 de octubre de 2013.

7.7.- Obra de fojas 578 del expediente la providencia dictada el 30 de septiembre de 2013 a las 11h00, por la IIAPMAPR mediante la cual se atiende la petición formulada por el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. y se fija para el 14 de octubre de 2013 a fin de que tenga lugar la reunión solicitada, indicando que en lo demás se estará a lo dispuesto en la providencia de 25 de septiembre de 2013 a las 16h00.

7.8.- Esta demostrado procesalmente de fojas 579 a 582 del expediente el escrito presentado en la Secretaría General de la SCPM el 1 de octubre de 2013 a las 15h05, por el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. mediante el cual: *“remite la información solicitada en archivo Excel respecto al producto Nessucar, adjunta la información correspondiente número de factura, fecha de factura, presentación del producto, nombre del cliente, volumen y valor total”*; agregando que la información restante correspondiente a NESSUCAR no se encuentra disponible; y, añadiendo que *“la compañía no cuenta en su catálogo de productos alguno cuya denominación sea MULTICEREAL, por lo cual no se puede proporcionar información respecto de este producto”*.

7.9.- A fojas 583 del expediente existe el Informe de revisión de la información remitida por NESTLE ECUADOR S.A. elaborado con fecha 10 de octubre de 2013 por la economista Mayra Rebolledo Rivera, Analista de Mercado de la Dirección Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, quien manifiesta que **el CD se encuentra protegido con clave, no siendo posible acceder a la información requerida.**

7.10.- Con la providencia existente de fojas 584 del expediente, dictada el 21 de octubre de 2013 a las 09h00, por la IIAPMAPR se demuestra que la administración notificó al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. manifestándole que **había entregado incompleta la información** documental requerida mediante oficio No.SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre de 2013.

7.11.- A fojas 586 del expediente se comprueba la existencia del memorando IIAPMAPR-124-2013, de 22 de octubre de 2013 mediante el cual la IIAPMAPR remite a la Presidencia de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el Informe y documentos habilitantes previo a imponer sanción.

7.12.- Consta a fojas 587 y 588 del expediente el escrito presentado por el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. en la Secretaría General de la SCPM el 22 de octubre de 2013 a las 15h50, mediante el cual solicita a la IIAPMAPR se fije día y hora para mantener una reunión.

7.13.- A fojas 593 del expediente consta agregada la providencia expedida el 25 de octubre de 2013, a las 10h00, por la IIAPMAPR en cuya parte pertinente dispone que: *“(...) 4.- Sin perjuicio de lo que resuelva el Órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de*

*Control del Poder de Mercado, respecto al incumplimiento en el que ha incurrido el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. conforme consta de los fundamentos de hecho y de derecho insertos en el oficio No. SCPM-IIAPM-2013-324, de fecha 21 de octubre de 2013, a las 09h00, atendiendo el pedido que realiza este operador económico, **requiérase nuevamente** al operador económico NESTLÉ DEL ECUADOR S.A., para que en el término de cinco (5) días, de cumplimiento a lo dispuesto mediante oficio No. SCPM-IIAPM-2013-248 de 17 de septiembre del 2013 (...)*". (subrayado y negrillas nos pertenecen).

7.14.- Se encuentra demostrado de fojas 594 y 595 del expediente la existencia del escrito presentado el 30 de octubre de 2013 a las 12h55, en la Secretaría General de la SCPM por el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. quien adjunta el CD que contiene en formato Excel la información solicitada por la Superintendencia.

7.15.- A fojas 597 del expediente se encuentra justificada procesalmente la existencia de la providencia expedida el 07 de noviembre de 2013 a las 16h30, por parte de la IIAPMAPR mediante la cual se califica de confidencial la información remitida por NESTLE ECUADOR S.A. correspondiente a los años 2011, 2012 y 2013 sobre la venta, comercialización y distribución del producto MULTICEREAL Y NESSUCAR, en todas sus presentaciones.

7.16.- Consta de fojas 260 a 264 del expediente que mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-2014-293-M de 11 de septiembre de 2014 suscrito por el doctor Alexis Jurado Vaca, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (E), remitió a esta Comisión el informe SCPM-IIAPMAPR-0144-2014, de 10 de septiembre de 2014 y sus anexos, documento que informa sobre el incumplimiento de entrega de información por parte del operador económico NESTLE ECUADOR S.A.

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

8.1.- Fundamentos de hecho.-

8.1.1.- Mediante memorando SCPM-IIAPMAPR-2014-293-M se adjuntó el Informe SCPM-IIAPMAPR-0144-2014, de 10 de septiembre de 2014 en el cual se da a conocer a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que la IIAPMAPR inició una investigación preliminar de oficio signado con el No.SCAPM-IIAPMAPR-2013-016 y dentro de esta investigación mediante providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00, notificada mediante oficio No.SCPM-IIAPMAPR-2013-248 de fecha 17 de septiembre de 2013, se requirió al operador económico NESTLE ECUADOR S.A, que **en el término de cinco (5) días** remita a la Intendencia en formato físico y digital no protegido, información de venta, comercialización y distribución de los productos: Multicereal y Nessucar, correspondiente a los años 2011, 2012 y 2013.

8.1.2.- Adicionalmente, mediante providencia expedida el 25 de septiembre de 2013 a las 16h00 por la IIAPMAPR se concede al operador económico NESTLE ECUADOR S.A. **la prórroga de tres (3) días** para que cumpla con lo dispuesto en la providencia de 17 de septiembre de 2013 a las 09h00.

8.1.3.- El 1 de octubre de 2013 a las 15h05, el operador económico NESTLE ECUADOR S.A. ingresa a la Secretaría General de la SCPM un escrito mediante el cual: *“remite la información*

solicitada en archivo Excel respecto al producto Nessucar, adjunta la información correspondiente número de factura, fecha de factura, presentación del producto, nombre del cliente, volumen y valor total"; agregando que la información restante correspondiente a NESSUCAR no se encuentra disponible; y, añadiendo que "la compañía no cuenta en su catálogo de productos alguno cuya denominación sea MULTICEREAL, por lo cual no se puede proporcionar información respecto de este producto".

8.1.4.- El 10 de octubre de 2013 se presentó un Informe de revisión de la información remitida por NESTLE ECUADOR S.A. elaborada por la economista Mayra Rebolledo Rivera, Analista de Mercado de la Dirección Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas quien manifiesta que **el CD se encuentra protegido con clave no siendo posible acceder a la información requerida.**

8.1.5.- El operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. ingresó a la Secretaría General de la SCPM el 30 de octubre de 2013 a las 12h55 un escrito mediante el cual adjunta el CD que contiene en formato Excel la información solicitada por la Superintendencia.

8.2.- Fundamentos de derecho.-

8.2.1.- Constitución de la República del Ecuador.-

Art. 76.- "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)"

Art. 213.- "Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano (...)"

8.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM).-

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

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

requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley. (...)”.
(Subrayado y negrillas nos pertenecen)

Art. 79.- “Sanciones.- *La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

*(...) **Quien** no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o **hubiere suministrado información incompleta** o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas. (...)”.*
(Subrayado y negrillas nos pertenecen)

Art. 80.- “Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- *El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: (...) d) La duración de la infracción (...)”.*

NOVENO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

En el derecho administrativo sancionador es posible encontrar infracciones de lesión, de peligro concreto, de peligro abstracto e infracciones por acumulación. En la especie nos encontramos frente a una infracción de lesión por cuanto son “(...) *aquellas que requieren el efectivo menoscabo del bien jurídico protegido (...)”*⁴.

El artículo 50 de la LORCPM determina la obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado siendo el bien jurídico protegido la facultad que poseen éstos órganos de requerir a toda persona natural o jurídica, pública o privada información verdadera veraz y oportuna a efecto de realizar sus investigaciones.

En atención a la precisión del bien jurídico protegido realizado ut supra es preciso analizar cuál es el deber jurídico que les asiste a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas al amparo de lo previsto en el artículo 50 de la LORCPM, del cual se desprende que están obligados a suministrar información verdadera, veraz y oportuna.

Este deber de colaboración que les asiste no reviste ningún cuestionamiento por parte de quienes están obligados a colaborar, es decir que no es preciso cuestionar si la información requerida es relevante o no para los fines de quien la solicita. En el caso en análisis si es o no relevante para la IIAPMAPR.

Adicionalmente, la información requerida debe cumplir con tres condiciones, estas son que sea verdadera, veraz y oportuna. Para el caso en análisis hay que precisar que por información oportuna se entiende aquella que es remitida a tiempo a efecto de que pueda ser utilizada por quien la solicitó previamente. J

⁴ Manuel Gómez Tomillo. Derecho Administrativo Sancionador: Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo 3ª Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona 2013. Pág. 346

Consecuentemente quien inobserve la obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como efecto jurídico se le debe aplicar una multa sancionatoria de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas conforme así lo establece el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM.

En el caso específico el importe de la Remuneración Básica Unificada debe ser considerada en función del año en el cual el operador económico incumplió con la obligación de colaborar, esto es el monto de \$318 (trescientos dieciocho dólares de los Estados Unidos de América).

En concreto el operador económico Nestlé Ecuador S.A. frente al requerimiento de información realizada por la IIAPMAPR mediante providencia de 17 de septiembre de 2013 y la prórroga concedida y que fuera notificada el 26 de septiembre de 2013, incumplió con su obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado por cuanto:

- a) Frente al primer requerimiento de 17 de septiembre de 2013 el operador económico no entregó en el término de cinco (5) días la información requerida en formato físico y digital Excel no protegido.
- b) La IIAPMAPR mediante providencia de 25 de septiembre de 2013 y notificado al operador económico el 26 de septiembre de 2013 concedió al operador económico el término adicional de tres (3) días para que presente la información requerida.
- c) El operador económico Nestlé Ecuador S.A. mediante escrito ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 01 de octubre de 2013 presentó la información incompleta en formato físico, llenado solamente seis de los once campos solicitados y en formato digital con clave de acceso, es decir la información fue incompleta por ende no entregada oportunamente.
- d) El 30 de octubre de 2013 el operador económico presentó la información requerida por la IIAPMAPR completa y sin claves de acceso para la información digital.
- e) Se constata que el operador económico Nestlé Ecuador S.A. no entregó la información oportunamente y completa durante veinte (20) días término, esto es desde el 02 hasta el 30 de octubre de 2013.

DÉCIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LA RESPONSABILIDAD.-

En la sustanciación del presente trámite se han respetado las garantías, principios y derechos consagrados en la Carta Fundamental del Estado ecuatoriano, especialmente el debido proceso y el derecho de defensa. En relación al debido proceso la Corte Constitucional ha establecido que éste *“(...) no solo conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, sino que constituye una concreta disposición desde el ingreso al proceso y se mantiene durante el*

*transcurso de toda la instancia para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces (...)*⁵

En otro fallo la Corte Constitucional sostiene: *“(...) El debido proceso se materializa en las garantías básicas que permiten el desarrollo de un procedimiento que dé un resultado justo, equitativo e imparcial, a fin de procurar el respeto a los derechos de toda persona a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento, así como para lograr la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes. Observando el trámite propio de cada procedimiento, según sus características y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. (...)”*⁶.

Con estas precisiones y considerando la integralidad del análisis expuesto en la presente Resolución se determina que el operador económico Nestlé Ecuador S.A. al no cumplir con su obligación de colaboración y no entregar la información oportunamente, completa y sin clave de protección incumplió con su deber de acatar la disposición contenida en el artículo 50 de la LORCPM.

Finalmente, esta Comisión considera que el responsable de la inobservancia del artículo 50 de la LORCPM es el operador económico Nestlé Ecuador S.A. quien no entregó oportunamente la información solicitada por la IAPMAPR en consecuencia se estará a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM considerando que la RBU en el año 2013 estaba determinada en \$318 (trescientos dieciocho dólares de los Estados Unidos de América).

DECIMO PRIMERO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

RESUELVE:

1. Aprobar el Informe No. SCPM-IAPMAPR-0144-2014, remitido mediante memorando SCPM-IAPMAPR-2014-239-M, recibido el 12 de septiembre de 2014, a las 14h25, por parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
2. Por no haber entregado la información solicitada por la IAPMAPR oportunamente, sino con un retardo de veinte (20) días término, y al haber infringiendo su obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se impone al operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. una multa sancionadora de doscientas (200) Remuneraciones Básicas Unificadas que ascienden a un valor de USD 63,600 (SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).
3. Ordenar al operador económico Nestlé Ecuador S.A. que la multa sancionadora sea pagada dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la

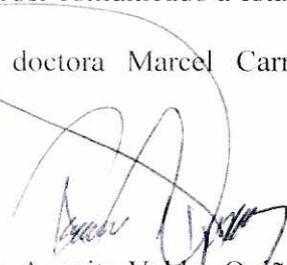
² Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VII de 14 de junio a 20 de junio de 2012, Quito – Ecuador. Pág. 14.

³ Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo XI de 30 de julio, Quito – Ecuador. Pág. 221.

presente Resolución para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.

Actúe en calidad de Secretaria de la Comisión la doctora Marcel Carrera Montalvo.-
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.- A


Ab. Juan Emilio Montero Ramirez
PRESIDENTE


Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO