



REF. 21-2009

HONORABLE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

FRANCISCO DÍAZ RODRÍGUEZ, ANA LILIAN VEGA y OSCAR DÁMASO ALBERTO CASTILLO RIVAS, actuando como Directores del **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA** –en adelante “el Consejo Directivo”– en el proceso contencioso administrativo iniciado **TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE** –en adelante **TELEFÓNICA**–; a Vos respetuosamente **MANIFESTAMOS:**

I. LEGITIMACIÓN DE PERSONERÍA


Para acreditar que actuamos como Directores Propietarios del Consejo Directivo adjuntamos a este escrito los siguientes documentos: a) Copia certificada del Diario Oficial número veintitrés, tomo número trescientos noventa, del dos de febrero de dos mil once, en el que aparece publicado el acuerdo número sesenta y cinco, por medio del cual el Presidente de la República, nombró al licenciado Francisco Díaz Rodríguez, como Superintendente de Competencia para un período de cinco años, contados a partir del dos de febrero de dos mil once; y b) Copia certificada por notario de la certificación emitida el veinticuatro de marzo de dos mil once, por el Secretario para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República, del acuerdo número ciento cuarenta y cinco, por

medio del cual el Presidente de la República, nombró a la doctora Ana Lilian Vega y al licenciado Dámaso Alberto Castillo Rivas, conocido por Oscar Dámaso Alberto Castillo Rivas, como Directores Propietarios del Consejo Directivo, por un período de cinco años, contados a partir del veintiuno de marzo de dos mil once.



II. ANTECEDENTES

Previo a exponer el contenido de este informe, es oportuno hacer una relación de los hechos que anteceden a las resoluciones aquí impugnadas.

Con base en la denuncia presentada por GRUPO CENTROAMERICANO DE TELECOMUNICACIONES, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE y EL SALVADOR NETWORK, SOCIEDAD ANÓNIMA ante la Superintendente de Competencia, en contra de TELEFÓNICA y otros operadores de telefonía móvil, el día 11 de julio de 2008 se emitió el auto de instrucción con que se inició el procedimiento sancionador contra dichos agentes económicos por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas. Dicho procedimiento se identifica bajo la referencia SC-022-D/PA/R-2007.



El objeto de investigación del procedimiento sancionador era determinar si TELEFÓNICA y los otros sujetos investigados, amparados en su posición dominante, estarían exigiendo a las denunciadas, como requisito para la firma de un contrato de interconexión, las suscripciones de los contratos CPP conteniendo cláusulas no equitativas y discriminatorias.



En el curso de dicho procedimiento se le hizo un requerimiento de información a TELEFÓNICA y a los demás investigados por medio de resolución de fecha 17 de septiembre de 2008. Dicha información debía ser entregada el día 2 de octubre de ese mismo año.

TELEFÓNICA presentó cierta información el día 30 de septiembre y 2 de octubre; sin embargo, después de analizar toda la información proporcionada por TELEFÓNICA y el resto de agentes económicos, se determinó que dicha sociedad no había incorporado toda la información y documentación solicitada.

Por lo anterior, en la resolución de fecha 1 de diciembre de 2008 se ratificó el requerimiento efectuado previamente, otorgándosele un plazo de diez días para completar la información, plazo que vencía el día 11 de diciembre de ese mismo año. Sin embargo, el día 2 de diciembre TELEFÓNICA, en lugar de presentar la información faltante, solicitó que se revocara la resolución del día 1 de diciembre, recurso que fue declarado sin lugar el día 5 de diciembre del mismo año.

El plazo otorgado finalizó el día 11 de diciembre de 2008 y TELEFÓNICA presentó cierta información en esa fecha, sin embargo la misma no fue presentada de forma completa, pues hicieron falta: a) los balances de comprobación internos al 31 de diciembre de 2006 y 2007; y b) gráfica que presente los elementos e infraestructura básica y estándar presente y/o utilizada generalmente para que una llamada originada en un terminal fijo finalice en una red móvil.

Debido a tal circunstancia, el día 16 de diciembre de 2008, se inició el procedimiento sancionador SC-024/M/R-2008 contra TELEFONICA.

Una vez iniciado el procedimiento sancionador por falta de colaboración, el día 2 de enero de 2009 TELEFÓNICA terminó de presentar la información faltante.

Finalmente, el día 15 de enero de 2009, este Consejo Directivo resolvió el procedimiento sancionador por falta de colaboración SC-024/M/R-2008, determinando que TELEFÓNICA incurrió en la infracción prevista en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia y, en consecuencia, le impuso una multa de US\$7,900.20, por el retraso en presentar la información.



Tal decisión fue recurrida por TELEFÓNICA el día 16 de enero de 2009, pero el día 19 de de ese mismo mes y año el Consejo Directivo rechazó el recurso y confirmó la sanción administrativa.

Vale agregar que el procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas (SC-022-D/PA/R-2007) finalizó mediante resolución emitida por el Consejo Directivo el día 21 de abril de 2009. En dicha resolución se determinó que no se demostraron las prácticas anticompetitivas investigadas.

II. RELACIÓN DE LA PRETENSIÓN DE LA DEMANDANTE

En el proceso, la demandante reclama contra las siguientes actuaciones emitidas por el Consejo Directivo: (a) resolución emitida el día 15 de enero de 2009, en la que se impuso multa a TELEFÓNICA por el incumplimiento del deber de colaboración, sancionado en el inciso sexto del Art. 38 de la Ley de Competencia; y (b) resolución emitida el día 19 de enero de 2009, por medio de la cual se confirmó el acto sancionatorio luego de conocer el recurso de revocatoria; ambas resoluciones dictadas en el procedimiento administrativo SC-024/M/R-2008.

La pretensora aseveró en su demanda que se violó el art. 44 de la Ley de Competencia en tanto: *“los poderes de requerimiento de información de dicha funcionaria están limitados a que lo solicitado sea “RELEVANTE” de cara a la investigación que ésta se encuentren diligenciando”*.

Luego agrega que: *“se deduce que las acciones que la Superintendente pueda realizar en ejecución de su poder de instrucción deben encontrarse directamente relacionadas o encaminadas a servir de insumo para determinar de forma suficiente y razonable, que las acciones que se le pretenden atribuir a TELEFONICA se encuentran debidamente tipificadas en la ley”*; y a, criterio de la demandante: *“El estudio de esta información en particular revela que es de naturaleza Estrictamente Contable (...) ésta no guarda vinculación ni*

RELEVANCIA alguna con la definición de la comisión del ilícito que se imputa a TELEFONICA, y dicho sea de paso con ninguno de los elementos de las atribuciones de esa entidad, constituyendo en consecuencia, un acto eminentemente EXTRALEGAL.”

Por otra parte, el apoderado de la actora expresó que se violó el art. 46 de la Ley de Competencia, pues manifiesta que en el procedimiento sancionador alegó que: “no existía ilícito administrativo que perseguir ya que bajo la aplicación del principio de informalidad administrativa a la prueba hasta entonces aportada por mi mandante revelaba que en efecto se había cumplido con la entrega puntual de la información requerida”; y, a su criterio: “en la parte argumentativa de supuesto sustrato de ambas resoluciones, NO se relacionó análisis o justificación alguna que simplemente hiciera relación, y ya no se diga controvirtiera esta alegación (...) para el caso de mérito pasa por el hecho que realizada la alegación de la informalidad como argumento de descargo [por TELEFONICA], debió haberse expresamente resuelto y motivado su denegatoria.”

Asimismo, agrega que existió violación a los arts. 240, 242 y 343 del Código de Procedimientos Civiles, pues en el procedimiento la parte actora: “solicitó la deposición de un experto en materia contable a fin de establecer que la información contable presentada el 2 de octubre, era de alguna manera de contenidos equivalentes, ello con miras a justificar que la visión no formalista de la misma permitiera tener por satisfecha la pretensión o interés administrativo que guió a su solicitud.- El caso es que no obstante dicha prueba era claramente pertinente, idónea, y oportuna el Consejo Directivo de la SC la denegó de forma ilegal, violando con ello los derechos de defensa y de debido proceso de [TELEFÓNICA]”.

Finalmente expuso que se violó el art. 37 de la Ley de Competencia, en tanto: “la administración considera que el retraso en el procedimiento es CONSIDERABLE ya que a su juicio se extiende desde el 17 de septiembre en que se hizo el primer

Handwritten signatures and initials on the right margin, including a large stylized signature at the top, followed by 'Loh' and another signature below it.

reclamo de información, hasta el 2 de enero de 2009 en que a su juicio éste fue solventado". Y, en todo caso, para el abogado de la actora: "No es imputable a mi mandante el retraso en el período que se acusa, dado que en primer lugar la Superintendente fue hasta el día 1 de diciembre que emitió realmente un juicio sobre la información presentada por mi mandante, calificándola hasta entonces de incompleta".

En atención a lo anterior, es dable apuntar que la pretensión de TELEFÓNICA en este proceso contencioso administrativo, se sostiene en los siguientes argumentos:

1. Que el Consejo Directivo violó el art. 44 de la Ley de Competencia pues los balances de comprobación requeridos cuya entrega tardía provocó la imposición de la multa, no eran relevantes en la investigación del procedimiento SC-022/D/PA/R-2007.
2. Que el Consejo Directivo violó el art. 46 de la Ley de Competencia pues no motivó el rechazo al argumento planteado por TELEFÓNICA respecto a la aplicación del principio de informalidad.
3. Que el Consejo Directivo violó los arts. 240, 242 y 343 del Código de Procedimientos Civiles pues denegó injustificadamente prueba pericial ofrecida por TELEFÓNICA.
4. Que el Consejo Directivo violó el art. 37 de la Ley de Competencia pues el retraso en el procedimiento SC-022/D/PA/R-2007 no es atribuible a TELEFÓNICA.

III. ARGUMENTOS QUE JUSTIFICAN LA LEGALIDAD DE LOS ACTOS RECLAMADOS

A continuación se procederá a examinar cada uno de los argumentos expuestos por la demandante a efecto de demostrar su inconsistencia y esclarecer que los actos impugnados están acordes a las previsiones legales y constitucionales.

1. Que el Consejo Directivo violó el art. 44 de la Ley de Competencia pues los balances de comprobación requeridos, cuya entrega tardía provocó la imposición de la multa, no eran relevantes en la investigación del procedimiento SC-022/D/PA/R-2007.

En el procedimiento sancionador bajo la referencia SC-022-D/PA/R-2007, se investigaba si TELEFÓNICA y los otros sujetos investigados, amparados en su posición dominante, estarían exigiendo a las denunciantes, como requisito para la firma de un contrato de interconexión, la suscripción de los contratos CPP conteniendo cláusulas no equitativas y discriminatorias.

En vista de que los abusos de posición dominante se examinan bajo la regla de la razón, para determinar si las conductas investigadas eran o no una práctica anticompetitiva, no bastaba con demostrar que telefónica había obligado a los denunciantes a suscribir contratos CPP y que en éstos se incluían determinados tipos de cláusulas. Además era necesario examinar si tales conductas perjudicaban las condiciones de competencia en el mercado investigado y, a cambio provocaban algún beneficio ilegítimo en los presuntos infractores.

Lo anterior obliga a que la autoridad de competencia deba contar con información que le permita aclarar cómo funciona el mercado investigado, cómo se estructura internamente los operadores que en él participan y cómo se relacionan éstos entre sí.


Por ello, tal como se expuso en la resolución emitida el 15 de enero de 2009, los balances de comprobación requeridos sí eran documentos relevantes en la investigación, pues: *"...del nivel de detalle de las cuentas contables obtenido a través de los balances de comprobación interna, [se conoce] la estructura interna contable incluyendo las relaciones financieras con proveedores, acreedores y deudores."*






Por lo anterior su digna autoridad puede verificar que los balances de comprobación sí constituían información relacionada al objeto de la investigación y por ello, la Superintendencia de Competencia estaba facultada para requerirlos.

2. Que el Consejo Directivo violó el art. 46 de la Ley de Competencia pues no motivó el rechazo al argumento planteado por TELEFÓNICA respecto a la aplicación del principio de informalidad.


TELEFONICA manifiesta que en el procedimiento sancionador SC-024/M/R-2008 planteó que: "bajo la aplicación del principio de informalidad administrativa a la prueba hasta entonces aportada por [ella] revelaba que en efecto se había cumplido con la entrega puntual de la información requerida". Tal argumento, según la parte actora, no fue valorado por este Consejo Directivo.

 Del análisis del expediente administrativo, su digna autoridad puede verificar que el escrito mediante el cual se evacua la audiencia prevista en el artículo 11 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, es el que presentó TELEFONICA el día 22 de diciembre de 2008. Y en dicho escrito, TELEFONICA no plantea el argumento antes aludido.


 Es en el escrito presentado el 13 de enero de 2009 en el que, a partir de la página 3, TELEFONICA plantea el argumento en mención. Este escrito se presentó en el plazo probatorio.

 A partir de lo anterior, se observa que la oportunidad que tiene el presunto infractor para plantear sus argumentos de defensa es, única y exclusivamente, en el curso de la audiencia prevista en el art. 11 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos. De manera que, el plazo probatorio está diseñado solamente para incorporar elementos probatorios que demuestren

los alegatos de defensa previamente planteados, y no para incorporar nuevos argumentos o ampliar y modificar los ya expuestos.

En virtud de lo anterior, en la resolución final del procedimiento SC-024/M/R-2008 no era procedente que se valorarán como argumentos de defensa alegaciones planteadas de forma extemporánea. 

Del análisis de los actos reclamados su digna Autoridad puede verificar que el Consejo Directivo, sí valoró todos los argumentos que TELEFONICA planteó oportunamente en el escrito presentado el día veintidós de diciembre de 2008.

3. Que el Consejo Directivo violó los arts. 240, 242 y 343 del Código de Procedimientos Civiles, pues denegó injustificadamente prueba pericial ofrecida por TELEFÓNICA.

En el escrito presentado el 13 de enero de 2009 TELEFONICA ofreció prueba pericial para demostrar que: *“la documentación enviada por [TELEFONICA] posee la información que consta en un balance de comprobación”*.

En su demanda TELEFÓNICA sostiene que dicha prueba se rechazó, únicamente, pues –según ella- el Consejo Directivo estimó que admitir esa prueba retrasaría el procedimiento. Tal rechazo, para TELEFÓNICA, es ilegal, ya que, a su entender, los criterios para admitir o rechazar una prueba se constriñen a verificar: *“a. Si la prueba requerida es pertinente. b. Si la prueba requerida es idónea. c. Si la prueba requerida es oportuna”*.

En la resolución emitida el día 19 de enero de 2009 el Consejo Directivo expuso al respecto que: *“la petición de prueba pericial de TELEFÓNICA formulada en su escrito de fecha trece de enero del presente año, aunque contradictoria, fue considerada al momento de emitir la decisión final de fecha quince de enero del corriente año. Y es que, como ya se mencionó, anterior a la fecha en que*



TELEFÓNICA solicitó la prueba pericial, ésta ya había presentado la información solicitada y, precisamente, por tal circunstancia, dicho agente económico había pedido la terminación de este expediente por haber cumplido con el requerimiento de la Superintendencia de Competencia relacionado con los citados balances”.

A partir de lo anterior se observa que la prueba pericial se rechazó por impertinente. Y es que, en el requerimiento de fecha 17 de septiembre de 2008 se solicitaron los balances de comprobación y TELEFÓNICA, en lugar de presentarlos, decidió presentar una documentación distinta que, a su criterio, cumplía con lo solicitado.

Ante tal circunstancia, la Superintendente requirió los balances de comprobación por segunda ocasión el 1 de diciembre de 2008. Finalmente, TELEFÓNICA presentó dichos balances, extemporáneamente, el día 2 de enero de 2009.

Así, siendo que los documentos que requirió la Superintendente eran los balances de comprobación, estos documentos (y no otros) eran los que TELEFÓNICA debía presentar. Y no quedaba a su discreción presentar otros documentos que, a su criterio, contuvieran la misma información.

En consecuencia, en vista que el procedimiento SC-024/M/R-2008 tenía por objeto verificar si TELEFÓNICA había o no cumplido con el requerimiento hecho en el plazo correspondiente, no era pertinente admitir la prueba pericial solicitada, pues ya se habían presentado los balances de comprobación, tal como se habían requerido, y además, en el escrito de fecha 13 de enero de 2009 TELEFÓNICA solicitó la terminación del procedimiento por haber cumplido ya con todo el requerimiento.

4. Que el Consejo Directivo violó el art. 37 de la Ley de Competencia pues el retraso en el procedimiento SC-022/D/PA/R-2007 no es atribuible a TELEFÓNICA.

TELEFONICA manifiesta que al determinar el monto de la multa impuesta, se violó el art. 37 de la Ley de Competencia al valorar indebidamente el criterio del daño causado; pues, a su criterio, el retraso en la investigación del procedimiento SC-022/D/PA/R-2007 es atribuible a la Superintendencia de Competencia.

Al respecto, en la resolución emitida el día 15 de enero de 2009, sobre dicho punto, el Consejo Directivo expuso que el daño causado: *"... se ha producido en virtud de la tardanza por parte de la presunta sociedad infractora, al no presentar en tiempo la totalidad de la información requerida. Lo anterior, afectó de forma negativa la investigación que se realiza en el expediente de prácticas anticompetitivas referencia SC-022/D/PA/R-2007. En concreto, provocó que el desarrollo del caso se viera dilatado desde la fecha del primer requerimiento de información (diecisiete de septiembre de dos mil ocho) hasta la fecha que fue presentada (dos de enero de dos mil nueve), entorpeciendo una expedita administración y tramitación del mismo."*

TELEFÓNICA basa su argumento, en que, a su criterio, el requerimiento realizado el 17 de septiembre de 2008 difiere del realizado el 01 de diciembre de 2008; sin embargo, su digna autoridad puede verificar que, respecto a los balances de comprobación, éstos fueron solicitados en ambos requerimientos.

Por otra parte, respecto al esquema relacionado a los procesos de terminación de llamadas, este se requirió en la resolución de fecha 17 de septiembre de 2008, pero en vista que TELEFONICA no los presentó, el día 01 de diciembre de 2008 se ratificó **ese mismo** requerimiento, especificando de forma puntual, la información solicitada y la forma en la que ésta debía ser presentada.

9/17
L. Lora
47 marzo 2009
por punto 12

En virtud de lo anterior, se determinó que TELEFÓNICA conocía desde el primer requerimiento de fecha 17 de septiembre de 2008 la información concreta que la Superintendente le estaba solicitando. Por otro lado, el hecho que TELEFÓNICA omitiera presentarla en dos plazos que se le otorgaron y, en su lugar, lo hiciera hasta que tuvo conocimiento de la existencia de un procedimiento sancionador por falta de colaboración, evidencia que dicha sociedad sí sabía desde un inicio sobre la información que se le requería; y su demora en presentarla, en lugar de obedecer a deficiencias atribuibles a las resoluciones de la Superintendente, era únicamente atribuible a la decisión de TELEFÓNICA de no colaborar en la forma que se le solicitó.

Con base en todas las consideraciones expuestas, con todo respeto **PEDIMOS:**

- (a) Se admita el presente escrito;
- (b) Se tenga por rendido el informe requerido;
- (d) Se pronuncie sentencia definitiva, declarando la legalidad de los actos reclamados.

Suscrito en Antigua Cuscatlán, y para ser presentado en San Salvador, a los veintiocho días del mes de junio de dos mil once.



sentado a las catorce horas treinta y siete minutos del veintiocho de junio de dos mil once, por **Daniel Eduardo Olmedo Sánchez**, de treinta y tres años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, a quien identifico por medio de su **Tarjeta de Abogado** número 9611, en original y seis copias, todas con sus anexos, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley. Adjunta fotocopias certificadas notarialmente de: **1)** Portada y página No. 54 del Diario Oficial No. 23, Tomo No. 390, de fecha dos de febrero de dos mil once; **2)** Certificación de Acuerdo Ejecutivo No. 145, de fecha veintiuno de marzo de dos mil once, extendido por el Secretario Para Asuntos Legislativos y Jurídicos de la Presidencia de la República, el veinticuatro de marzo de dos mil once.



