

Juzgado Primero de lo Contencioso Administrativo: Santa Tecla, a las quince horas con treinta minutos del día veintiuno de diciembre de dos mil dos mil veintidós.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por la sociedad Tomza Gas de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, que se abrevia Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., por medio de sus apoderados, los abogados Mario Francisco Valdivieso Castaneda, María Teresa Berdugo de Valdivieso y José Mario Valdivieso Berdugo; contra las actuaciones del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia (CD-SC).

Han intervenido en el presente proceso: *i*) la sociedad Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., por medio sus apoderados, los abogados Mario Francisco Valdivieso Castaneda, María Teresa Berdugo de Valdivieso y José Mario Valdivieso Berdugo; *ii*) el CD-SC, por medio de sus apoderados, los abogados Nardá del Rosario Rivera Martínez y Gerardo Daniel Henríquez Angulo, este último sustituido posteriormente por la abogada Blanca Geraldina Leiva Montoya; y *iii*) el Fiscal General de la República, por medio de su agente auxiliar, la abogada Susana Ivett Portillo Ayala, sustituida posteriormente por el abogado Manuel Antonio González Portillo.

#### Analizados los argumentos y considerando:

##### I. Antecedentes de hecho.

La parte actora manifestó en su demanda que reclama contra las siguientes actuaciones: *(i)* resolución de 15-08-2018, pronunciado en el procedimiento referencia SC-021-O/OI/NR-2018, por medio de la cual se sancionó a la sociedad Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., por la cantidad de \$43,800.48 en concepto de multa por la comisión de la infracción administrativa tipificada en el art. 38 inc. 6° de la Ley de Competencia (LC), al haber faltado a su deber de colaboración en el sentido de no haber proporcionado de forma completa la información y documentación requerida en el procedimiento administrativo sancionador con referencia SC-005-O/PI/R-2018; *(ii)* resolución de 22-08-2018, por medio de la cual se resolvió declarar ejecutoriada la resolución final de 15-08-2018; y *(iii)* resolución de 29-08-2018 pronunciada por el CD-SC mediante el cual declaró improponibles los recursos de revisión y revocatoria interpuestos.

##### II. Términos del debate planteados por las partes y opinión del Fiscal General de la República.

1. Conforme a la demanda y lo verificado en la audiencia única, el objeto del presente proceso consiste en determinar, bajo el *principio de eventualidad*, si los actos descritos en el considerando I de este auto son ilegales por los argumentos siguientes: *i*) inobservancia al principio de tipicidad como manifestación del principio de legalidad; *ii*) vulneración al

derecho a un procedimiento administrativo legalmente configurado; *iii*) vulneración al derecho de propiedad; y *iv*) vulneración al principio de proporcionalidad e inobservancia de los arts. 37 y 38 LC.

2. Por su parte, el **CD-SC**, por medio de sus apoderados contestó la demanda manifestando no estar de acuerdo con los argumentos esgrimidos por la parte actora en su demanda.

3. El abogado **Manuel Antonio González Portillo**, en representación del Fiscal General de la República, en su opinión técnica expuso que la parte actora estaba obligada a presentar una información concreta ya que dicha sociedad estaba siendo parte de un procedimiento por parte de la autoridad demandada por lo que debía cumplir con el requerimiento realizado, lo cual no hizo, en ese sentido no se pudieron comprobar los motivos de ilegalidad planteados y tampoco se vulneraron los principios constitucionales alegados.

### III. Prueba ofertada por las partes y admitida en la audiencia única.

1. A. *La parte actora y la autoridad demandada*, ofrecieron como prueba el expediente administrativo con referencia SC-021-O/OI/R-2018, en el que consta el procedimiento sancionador tramitado en contra de la sociedad demandante referencia SC-005-O/PI/R-2018.

C. *El Fiscal General de la República*, por medio del abogado **Manuel Antonio González Portillo**, manifestó que no tenía prueba que ofertar.

2. Prueba admitida en la audiencia única.

De conformidad al art. 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) se admitió la prueba documental propuesta por la parte actora y las autoridades demandadas, por tener las características de pertinencia y utilidad.

### IV. Hechos probados y relación de los hechos relevantes acreditados.

De acuerdo con la pretensión planteada, los términos del debate y las pruebas aportadas y admitidas, se ha comprobado lo siguiente:

1. Que en el romano VI de la parte resolutive de la resolución con referencia SC-005-O/PI/R-2018, de fecha 09-03-2018, pronunciada por el Superintendente de Competencia, se requirió a la demandante –y otros agentes económicos– para que presentara en el plazo máximo de veinte días hábiles la información siguiente:

1) *Con el objeto de identificar los órganos de decisión, la personalidad jurídica y la estructura organizativa de cada una de las empresas investigadas:*

a) *Copia certificada por notario de la escritura pública de constitución de la sociedad y escrituras públicas de modificaciones al pacto social o la última escritura pública de modificación al pacto social que contenga el texto íntegro de las cláusulas que regule a la sociedad, inscrita en el Registro de Comercio.*

b) *Copia certificada por notario de la credencial de administración o junta directiva vigente, inscrita en el Registro de Comercio.*

c) *Copia certificada por notario de la(s) credencial(es) de administración o junta(s) directiva(s) vigentes para el periodo de enero 2012 a diciembre 2017, inscrita(s) en el Registro de Comercio.*

d) *Detalle de los accionistas y cronología de sus movimientos, para el período de enero 2012 a diciembre 2017.*

e) *Esquema y detalles del grupo económico y vinculaciones a las que pertenece la sociedad, así como la cronología de movimientos en el mismo, para el periodo de enero 2012 a diciembre 2017.*

f) *Detalle de la estructura organizativa de la sociedad, en la que desglose gerencias, áreas, unidades y/o departamentos, indicando: la función de cada una de ellas, el número de empleados que la integran (temporales o permanentes) y el nombre y cargo de las personas que las dirigen. Asimismo, deberá señalar la ubicación de las mismas. Esta información deberá proporcionarse desde el período de enero de 2012 a la fecha.*

g) *Listado de nombres, cargos y funciones del personal encargado y que labora para las distintas actividades relacionadas con la oferta y comercialización de glp a granel. La anterior nómina deberá ser presentada para el periodo de enero de 2012 a la fecha.*

2) *Con el objeto de conocer aspectos relevantes para el funcionamiento de/ mercado y las operaciones de cada uno de los investigados, durante el periodo comprendido de enero 2012 a diciembre 2017:*

a) *Detalle de la capacidad instalada de almacenamiento de cada una de sus plantas, en galones, especificando su ubicación; y, de ser el caso, los detalles de las ampliaciones o modificaciones que hayan sufrido desde el año 2012.*

b) *Detalle de las fuentes de abastecimiento (proveedores) de glp, incluyendo como mínimo lo siguiente: (1) el nombre de la sociedad a la que efectúan la compra; (2) país de procedencia del glp; (3) forma de internación del glp al país —terrestre o marítima—; (4) subcontrataciones realizadas para llevar el glp a sus plantas de almacenamiento y nombre de las sociedades subcontratadas. En todos los casos, deberá identificar si las sociedades descritas poseen algún tipo de relación o vinculación en términos de control.*

c) *Identificación de los eslabones de la cadena de valor en los que participa en los mercados de glp doméstico (envasado en cilindros) y granel —importación, almacenamiento, distribución, comercialización, etc.).*

d) *Explicación y esquema que muestre el funcionamiento de la cadena de suministro del glp a granel.*

e) *Explicación sobre los principales términos y condiciones establecidas o negociadas para la comercialización del glp a granel, incluyendo, al menos, periodicidad en la entrega; condiciones de la entrega; plazos de pago; forma de establecer el precio; relaciones de exclusividad; contratos; comodatos; arrendamientos; mecanismo de distribución del glp; cotizaciones y plazos de vigencia; etc.*

f) *Explicación detallada de su política de establecimiento de precio para la comercialización del glp a granel.*

g) *Detalle de las zonas geográficas en las que comercializa el glp a granel, o si lo vende a nivel nacional.*

3) *Proporcionar el nombre, cargo e información de contacto del personal técnico designado para evacuar consultas puntuales o para asistir a las reuniones explicativas a programar en los citatorios que para dichos efectos se notifiquen, una vez presentada la información requerida. (consta a fs. 31 al 48 del Expediente Administrativo -EA-).*

2. Que por medio del escrito de 20-04-2018 la sociedad demandante, a través de su apoderado, solicitó una prórroga de diez días para poder cumplir con la entrega de la información y documentación requerida en la resolución antes descrita (consta a fs. 50 EA).

3. Que mediante resolución de 25-04-2018 con referencia SC-005-O/PI/R-2018, pronunciada por el Superintendente de Competencia, se concedió una prórroga a Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., determinándose como fecha límite para cumplir el requerimiento de información el día 28-04-2018 (a fs. 51 al 53 EA).

4. Que por medio del escrito de 02-05-2018, la sociedad demandante por medio de su apoderado presentó información a efecto de cumplir con el requerimiento efectuado en el romano VI de la parte resolutive del auto de fecha 09-03-2018 (a fs. 55 EA).

5. Que mediante resolución de 21-05-2018, el Superintendente de Competencia efectuó una serie de prevenciones en relación con la información presentada por la demandante en el escrito antes relacionado, en específico respecto de los puntos VI.1.a), VI.1.e), VI.1.g), VI.2.b) y VI.3.

De igual forma, se efectuó requerimiento adicional a la sociedad demandante --y otros agentes económicos-- a presentar en el plazo máximo de cinco días hábiles la información siguiente:

*A. Detalle de la clasificación (tipo, categoría, etc.) de clientes de glp a granel que la sociedad ha tenido durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017, brindando las explicaciones acerca de los criterios que determinan dicha clasificación y en qué se diferencian.*

*B. Detalle de los tipos de contratos que suscribió la sociedad con sus clientes de glp a granel, durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017, anexando los modelos de cada tipo de contrato suscrito.*

*C. Identificación de los nombres de clientes de glp a granel con quienes la sociedad suscribió los contratos detallados en la letra anterior.*

*D. Denominación/ nombre/ naturaleza que la sociedad ha atribuido a estos contratos; periodo de vigencia; y demás datos predeterminados en plantilla anexa en disco compacto (CD), durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017; y*

*E. Identificación del nombre de los clientes a los cuales la sociedad vendió glp a granel mediante precio negociado sin mediar contrato (clientes sin contrato), durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017, conforme a la plantilla anexa en CD. (a fs. 70 al 80 EA).*

6. Que por medio del escrito de 06-06-2018, la sociedad demandante a través de su apoderado presentó información a efecto de cumplir con las prevenciones efectuadas en la resolución de 21-05-2018, respecto de los puntos VI.1.a), VI.1.e), VI.1.g), VI.2.b) y VI.3 (a fs. 82 EA).

7. Que mediante resolución de 21-06-2018, el Superintendente de Competencia tuvo por cumplido el requerimiento de información efectuado en la resolución de 09-03-2018, por parte de la sociedad demandante.

Asimismo, ordenó remitir al CD-SC certificación de los pasajes pertinentes del expediente para los efectos del art. 38 inc. 6° LC, en relación con el posible incumplimiento manifiesto e injustificado de la sociedad demandante, respecto del requerimiento de información adicional, efectuado en el punto resolutivo IX de la resolución de 21-05-2018 (a fs. 95 al 100 EA).

8. Que en fecha 12-07-2018 la sociedad demandante presentó al Superintendente de Competencia, por medio de escrito de 10-06-2018, la información adicional requerida en relación con los puntos IX.-A, IX.-B, IX.-C, IX.-D, IX.-E de la resolución de 21-05-2018 (a fs. 32 y 33 EA).

9. Que mediante resolución de 18-07-2018 con referencia SC-021-O/OI/R-2018, el CD-SC ordenó de oficio el inicio del procedimiento sancionador en contra de la demandante por no remitir la información y documentación que le fue requerida mediante resolución de 21-05-2018, sin que hubiera mediado una justificación valedera que le impidiera proporcionarla en los términos que le fue solicitada (fs. 16 al 20 EA).

10. Que por medio de la resolución de 15-08-2018 con referencia SC-021-O/OI/NR-2018, el CD-SC sancionó a la sociedad demandante Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., por la cantidad de \$43,800.48 en concepto de multa por la comisión de la infracción administrativa tipificada en el art. 38 inc. 6° LC, al haber faltado a su deber de colaboración

en el sentido de no haber proporcionado de forma completa la información y documentación requerida en el procedimiento administrativo sancionador, con referencia SC-005-O/PI/R-2018 (a fs. 102 al 105 EA).

11. Que por medio de la resolución de 22-08-2018 con referencia SC-021-O/OI/NR-2018, se resolvió declarar ejecutoriada la resolución final de 15-08-2018 antes descrita (a fs. 117 EA).

12. Que por medio de escrito de 23-08-2018 dirigido al CD-SC, la sociedad demandante solicitó que se revocaran las resoluciones de 22-08-2018 y 15-08-2018 (a fs. 119 al 122 EA).

13. Que mediante resolución de 29-08-2018 con referencia SC-021-O/OI/NR-2018, el CD-SC declaró improponible el recurso de revisión interpuesto contra la resolución de 22-08-2018 y el recurso de revisión interpuesto en contra de la resolución final de 15-08-2018 (a fs. 123 al 125 EA).

14. Que por medio de escrito de 30-08-2018 dirigido al CD-SC, la sociedad demandante solicitó que se revocaran la resolución de 29-08-2018 antes descrita, y se resolvieran los recursos de revocatoria y de revisión interpuestos mediante escrito de 23-08-2018 (a fs. 127 al 129 EA).

15. Que mediante resolución de 12-09-2018 con referencia SC-021-O/OI/NR-2018, el CD-SC declaró improponible el recurso de revisión interpuesto contra la resolución de 29-08-2018 antes descrita (a fs. 132 al 133 EA).

## V. Exposición razonada de los fundamentos de derecho aplicables al presente proceso.

### 1. Primer fundamento jurídico: Inobservancia al principio de tipicidad.

#### A. Argumentos de la parte actora

El CD-SC ha sancionado la infracción establecida en el art. 38 inc. 6° LC, sin embargo, ha querido forzar y configurar el tipo con un elemento extraño que no está considerado en la tipificación de la infracción atribuida, asimismo, no se ha comprobado la existencia de los elementos del tipo que objetivamente configuran tal infracción; y finalmente, para imponer una sanción no basta la extemporaneidad, sino que es necesario que, además, se haya actuado de forma deliberada o negligente.

a. i. En primer lugar, el principio de tipicidad ha sido violentado porque la conducta que se atribuye a la demandante y que se pretende castigar consiste en que la información presentada respecto de los puntos D y E no corresponde a lo requerido, pues la demandante no utilizó las plantillas provistas para incorporar la información, sin embargo, dicha conducta no está tipificada como infracción, es decir, no existe una norma legal previa que la tipifique como infracción.

ii. De igual manera, no dice de qué forma comprueba que la demandante presentó en los puntos D y E otro tipo de información distinta a la requerida.

Por lo que, eso significa que la demandante sí cumplió con entregar la información requerida y que la sanción se le ha impuesto no por no haberla presentado, sino por no haber utilizado las plantillas provistas para incorporar tal información.

iii. Asimismo, la conducta atribuida no coincide con la conducta prevista como infracción en el mencionado art. 38 inc. 6º, ya que el elemento material de este tipo es no suministrar la colaboración requerida y la infracción que se atribuye es no haber entregado la información y documentación requerida.

Lo anterior, en la medida que el deber de colaboración y la entrega de información y documentación, son cosas diferentes y así son considerados por la LC y su reglamento, de conformidad con los arts. 44 LC, 8 y 9 del Reglamento de la Ley de Competencia (RLC).

b. En el caso hipotético que la conducta prevista fuese la atribuida a la demandante, aún se habría vulnerado el principio de tipicidad, ya que en un juicio de tipicidad debe señalarse con precisión cada uno de los distintos elementos alternativos establecidos y los elementos específicos, ya sea: *a)* que no se suministró la colaboración requerida; *b)* que sí se suministró la colaboración pero se hizo de manera incompleta; o bien, *c)* que sí se suministró la colaboración pero se hizo de una manera inexacta. De igual manera obligaba a comprobar: *a)* que no se suministró la colaboración y que no lo hizo en forma deliberada; o, *b)* que al haber suministrado la colaboración en forma incompleta o inexacta, lo hizo por negligencia.

Sin embargo, en la resolución impugnada no se realiza ni una sola valoración seria de ninguno de los elementos del tipo de la infracción establecida en el art. 38 inc. 6º LC.

c. Finalmente, en los párrafos 51 y 52 de la resolución de 15-08-2018, el CD-SC hace referencia a que no fue posible identificar algunas variables; y se afirma que el plazo concluyó el 6-06-2018 y se presentó la información el 12-07-2018, y que con eso comprueba que la misma además de incompleta es extemporánea. Y que por esa sola circunstancia puede imponer la sanción.

Sin embargo, esta afirmación está alejada de la verdad y abiertamente vulnera el principio de tipicidad, puesto que, en todo caso, no bastaría la extemporaneidad, sino que sería necesario que, además, se haya actuado deliberadamente o en forma negligente, sin embargo, en el presente caso, está probado lo contrario ya que si la información requerida no estaba completa no había sido por negligencia y mucho menos por intención; y que en todo caso, se pudo tratar de una mala comprensión del personal a cargo que consideró que se había cumplido los requerimientos de información; y que si eso no fue así, presentó en forma más detallada la información adicional requerida.

De igual forma, la omisión de entrega o la entrega incompleta puede ser deliberada o negligente, pero no ambas ya que se violentaría el principio lógico de contradicción, según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Asimismo, se podría configurar una especie de arbitrariedad por parte de la Superintendencia, pues para el primer requerimiento de información otorgó veinte días hábiles y para el requerimiento adicional concedió cinco días.

En consecuencia, al haber entregado toda la información que podía entregar por ser la que tenía, no podría haber entregado más y, por tanto, en concordancia con el principio de filosofía universal *“el que hace lo que puede, no está obligado a hacer más”*.

### ***B. Argumentos de la autoridad demandada.***

Si la SC solicita la entrega de información por medio de formatos de plantillas a que hace referencia TOMZA y los cuales no utilizó, no lo hace de manera “arbitraria” sino con el fin de hacerle saber de manera clara y precisa al investigado qué tipo de información es necesaria y relevante para la investigación.

En ese orden de ideas, la SC procedió a tramitar el procedimiento sancionador por falta de colaboración mediante el cual se le sancionó a TOMZA por haber presentado de manera extemporánea la información solicitada en el apartado IX del auto de 21-06-2018, y por remitir información incompleta por medio de su escrito de 12-07-2018. En dicho escrito TOMZA no presentó la información que se le especificaba en la plantilla proporcionada por la SC.

No es cierto lo afirmado por la demandante, respecto de que no se comprobó que presentó como puntos D y E otro tipo de información, pues en la resolución final impugnada consta que el CD-SC revisó y analizó la información presentada por TOMZA en su escrito del 12-07-2018, en relación con la requerida en el apartado IX de resolución del 21-05-2018, a fin de verificar su cumplimiento, con lo que comprobó las inconsistencias advertidas.

En ese orden de ideas, el CD-SC en los párrafos 49 al 53 de la resolución final expuso que: *“Se comprueba que TOMZA no ha cumplido con el formato requerido por esta Institución, en el sentido de haber utilizado un formato distinto al solicitado”*. Además, comprobó que *“TOMZA presentó como punto D y E otro tipo de información, referida a una Base de datos de compras diarias de Gas Licuado de Petróleo (GLP) a granel Para (sic) el período de enero 2012 a diciembre 2017”*. En virtud de lo anterior, el CD-SC advirtió que: *“de esa información presentada no es posible identificar las variables requeridas en el punto D [y tampoco] fue posible identificar las variables requeridas en el punto E [...] así como aquella información relativa al año, NIT del cliente, nombre del cliente, nombre del contrato, fecha de inicio y finalización del mismo; variables que iban incorporadas en la plantilla de Excel entregada”*.

Por lo que el CD-SC concluyó que aun cuando la demandante presentó cierta información esta era incompleta respecto de la solicitada por la SC, de ahí la importancia de cumplir con el formato proveído pues, de hacerlo así, TOMZA habría presentado la información completa.

En consecuencia, concluyó que: “de esa información presentada no es posible identificar las variables requeridas en el punto D del cuadro antes referido, tales como la “Denominación/nombre/naturaleza que la sociedad ha atribuido a estos contratos; periodo de vigencia; y demás datos predeterminados en plantilla anexa en disco compacto (CD), durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017’ así como aquella información relativa al año, NIT del cliente, nombre del cliente, nombre del contrato, fecha de inicio y finalización del mismo; variables que iban incorporadas en la plantilla de Excel entregada.

Se constata que la demandante faltó a su deber de colaboración por omisión, tal como lo señala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, por no haberla presentado dentro del plazo concedido y por no haberla presentado de forma completa, es decir por haberla presentado de forma incompleta y extemporánea.

En relación con el argumento planteado respecto de que no se ha comprobado el elemento del tipo “de forma deliberada o por negligencia”, la demandante manifestó dentro del procedimiento sancionador que el motivo por el cual no entregó la información requerida dentro del plazo concedido, se debió a “una mala comprensión el personal a cargo que se consideró que se había cumplido los requerimientos de información”, a lo que el CD-SC señaló que dichas alegaciones no son suficientes para justificar la falta de presentación de la información en tiempo y forma, principalmente porque las conductas de sus empleados determinan la diligencia con la que debería de actuar una sociedad responsable.

De igual forma, el CD-SC comprobó que el mal uso de los plazos otorgados a la demandante, aunado a la falta de cumplimiento manifiesto del requerimiento adicional realizado en la resolución de 21-05-2018, denota una negligencia de la demandante para presentar la información.

Asimismo, el CD-SC al momento de analizar y fundamentar el criterio del daño causado coligió una actitud negligente de la requerida, pues no solo faltó al deber de colaboración, sino que, además, mostró una actitud indiferente al ignorar de forma deliberada, manifiesta y sin justificación válida el requerimiento de información adicional que le fue realizado.

Por lo que el CD-SC concluyó que no se encontraba ninguna justificación válida para que la demandante no hubiera presentado en tiempo y forma toda la información requerida en la resolución del 21-05-2018 respecto del requerimiento de información adicional contenido en el apartado IX de dicho proveído.



## C. Decisión sobre el fundamento jurídico descrito.

### a. Jurisprudencia aplicable.

#### i. Del ejercicio de la potestad sancionadora.

La Sala de lo Constitucional, en la sentencia de 22-10-2018, pronunciada en el proceso con referencia 82-2020, definió la potestad sancionadora de la administración pública, y determinó:

*“Potestad sancionadora de la administración pública.*

1. *En términos generales, la administración pública es la estructura orgánica compuesta por diversas instituciones a la que se le atribuye la función de gestionar los bienes, recursos y servicios estatales, mediante actividades encaminadas a la realización del bien común y del interés colectivo. A fin de realizar la satisfacción de los intereses generales, la administración cuenta con un poder, no solo de crear normas —generales y abstractas— de rango inferior al legislativo, sino también para emitir decisiones y hacerlas ejecutar de forma inevitable. Estas potestades se caracterizan como posibilidades y deberes de actuación que el ordenamiento jurídico atribuye a la administración, para que puedan producir efectos jurídicos en la realidad y tengan la capacidad de imponer al administrado el deber de tolerancia al desarrollarse su ejercicio.*

*Dentro de ellas, para el caso concreto, interesa resaltar aquellas que se relacionan con el poder sancionatorio de la administración, y cuyo ejercicio puede incidir negativamente en la esfera de los derechos fundamentales de los administrados. En la actualidad, es innegable que a través del Derecho Administrativo Sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no solo repruebe, sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades y servidores públicos.*

2. *Ahora bien, el ejercicio de este poder coercitivo está sujeto a los condicionamientos exigibles a cualquier actuación administrativa, a saber: (i) principio de habilitación previa, según el cual la administración necesita de un respaldo normativo explícito de acuerdo con la reserva de ley formal para intervenir negativamente en los derechos fundamentales de los ciudadanos. De modo que se excluye toda posibilidad de que se pueda imponer limitaciones a los derechos sin norma legal que lo ampare; (ii) principio de proporcionalidad, es decir, debe existir congruencia entre los fines que persigue la actuación administrativa y las medidas de intervención utilizadas; (iii) principio de igualdad, esto es, la actuación administrativa no puede tener como fundamento una discriminación o un tratamiento desigual irrazonable ante los diversos sectores de la población; y (iv) principio favor libertatis, de acuerdo con el cual la administración —dentro de todos aquellos medios posibles o admisibles para realizar una intervención— debe escoger el que resulte más favorable a los derechos de las personas.*

*[...] En esa línea, para garantizar una intervención justificada en los derechos, el art. 14 Cn. habilita y condiciona constitucionalmente a la administración pública para que pueda sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas. Así lo ha reconocido este Tribunal, al establecer el enclave constitucional es válido para el establecimiento de sanciones administrativas. Ahora bien, según el modelo constitucional y democrático del ejercicio del poder político, la potestad sancionatoria está jurídicamente limitada por la ley, entendida esta no únicamente como ley formal, sino también por las disposiciones constitucionales. En efecto, sobre ello versa el principio de legalidad, que determina que toda acción administrativa se presente como un ejercicio de poder atribuido previamente por la ley (art. 15 Cn.), así como delimitado y construido por ella, de manera que no se pueda actuar sin una atribución normativa previa. De esta forma, la ley otorga a la administración facultades de actuación que pueden producir efectos jurídicos, como la imposición de una sanción, que puede ser de diversa naturaleza a las indicadas en el art. 14 Cn., según se ha establecido en varios pronunciamientos de este Tribunal.*

3. *Por tanto, no debe perderse de vista que dicha potestad sancionadora es una de las facetas que el genérico poder punitivo del Estado muestra frente al administrado o sus servidores. La diferencia que posee con respecto a los ilícitos de naturaleza penal es solo cuantitativa —en razón de la intensidad de la sanción a imponer—. De ahí que la aplicación de los principios y reglas constitucionalizadas que presiden el Derecho Penal sean aplicables al Derecho Administrativo Sancionador, con fundamento en la homogeneización o unidad punitiva, siempre que se atienda a la singularidad en cada uno de sus procedimientos, en respuesta a la naturaleza de los ilícitos y de sus sanciones, así como a la mayor intervención de las sanciones administrativas sobre las penales en el ordenamiento jurídico. Por ello, la aplicación de los principios y garantías que rigen en el ámbito de la legislación penal es igualmente exigible y aplicable en el Derecho Administrativo Sancionador”.*

#### ii. Del principio de tipicidad.

Ahora bien, en la sentencia de 24-08-2015, emitida en el proceso de Inconstitucionalidad con referencia 53-2013/54-2013/55-2013/60-2013, en relación con el principio de tipicidad, ha expuesto que:

*“En definitiva, el principio de tipicidad, taxatividad, determinación o certeza en Derecho Administrativo Sancionador exige que la ley describa una conducta (acción u omisión), de “sus elementos esenciales” o “de forma genérica”, pero que sea “constatable por el aplicador de la ley”. Dado que la descripción legal de la infracción administrativa debe permitir una “predicción razonable de los elementos o características definidoras del acto u omisión acreedor de una sanción”, no se pretende que la ley enumere de manera exhaustiva todos los comportamientos infractores posibles. Sin embargo, la exigencia de precisión suficiente o el estándar de la previsibilidad de la sanción implican que la tipificación de una infracción administrativa al menos debe identificar o definir una conducta objetiva, verificable o “constatable” por el aplicador.*

4. Hay aquí una diferencia entre el principio de tipificación administrativa como manifestación del principio de legalidad en materia sancionadora (arts. 2, 8 y 14 Cn.) y el alcance de dicho principio de legalidad respecto a la actividad de la Administración en general (art. 86 Cn.). En este último, basta una cobertura normativa o el reconocimiento jurídico de una atribución de potestades, que pueden ser establecidos con cierta amplitud a partir de los márgenes interpretativos de las disposiciones aplicables. En cambio, en el ámbito sancionador la legalidad supone una exigencia cualificada, en el sentido de que el tipo de la infracción debe contener en su texto una descripción efectiva (aunque sea genérica, abstracta o esencial) de una conducta, sin que esta pueda ser “construida” por vía de la interpretación.

En otras palabras, el contenido fáctico de la infracción no debe ser el resultado de la capacidad interpretativa del órgano aplicador, sino de la capacidad expresiva y redactora del órgano legislativo. No importa, entonces, si la calidad o condición infractora de una conducta puede ser dotada de alguna cobertura legal mediante un ejercicio interpretativo. Lo que importa es si en la base de dicho ejercicio interpretativo existe un texto legal que determine con precisión suficiente un comportamiento objetivo, al que quepa atribuirle esa calidad o condición. El tipo sancionador debe ser en realidad descriptivo, en el sentido de que exprese literalmente un supuesto de hecho, aunque sea genérico y abstracto, que permita identificar o prever cuál es el comportamiento prohibido y que pueda ser verificado mediante la prueba por el órgano aplicador.

5. Como ya se dijo, esta exigencia es compatible con una técnica legislativa que tipifique conductas mediante conceptos jurídicos indeterminados (con los criterios expuestos en la ya citada Sentencia de 8-VII-2015, Inc. 105-2012), pero también por medio de remisiones normativas. Estas últimas consisten en enlaces, conexiones o referencias explícitas de una disposición legal hacia otra del mismo cuerpo normativo o de otro u otros distintos, en los que se complementa la descripción de la conducta prohibida por el tipo sancionador. Cuando esta forma de tipificación indirecta se realiza mediante disposiciones complementarias que carecen de rango legal o que son distintas a las disposiciones emitidas por la Asamblea Legislativa (por ejemplo, remitiendo a reglamentos), sus consecuencias pueden tener mayor relevancia desde la perspectiva de la exigencia de reserva de ley (ese fue el problema analizado en la ya citada Sentencia de 1-II-2013, Inc. 127-2007, que reitera los criterios para la validez de tales remisiones normativas), pero no es el objeto de la pretensión examinada en este proceso.

Cuando las remisiones normativas se dirigen hacia otros artículos de la misma ley, la fórmula o la expresión legal de reenvío debe permitir la identificación concreta de cuáles son esas otras disposiciones de complementación y el contenido acumulativo de ambas (disposición remitente y disposición remitida) debe satisfacer siempre el estándar del mandato de taxatividad o certeza, es decir, la enunciación literal y suficientemente precisa de una conducta reconocible como infracción”.

### iii. Del deber de colaboración establecido en la LC.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de 4-09-2017, pronunciada en el proceso con referencia 254-2014, expuso que:

*“1. Se ha manifestado anteriormente que la Superintendencia de Competencia posee la facultad de requerir información de cualquier agente económico en la investigación de prácticas anticompetitivas.*

*Así, el inciso primero del artículo 9 del Reglamento de la Ley de Competencia determina que «Para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia, la Superintendencia podrá requerir por escrito a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, los datos, la información, documentación y colaboración pertinente, señalando al efecto el plazo correspondiente para su presentación».*

*Consecuentemente, el artículo 50 de la Ley de Competencia establece que todos los organismos gubernamentales y demás autoridades en general, así como cualquier persona están en la obligación de dar el apoyo y colaboración necesaria a la Superintendencia, proporcionando toda clase de información y documentación requerida en la investigación por violación a los preceptos de la referida ley. En este mismo sentido, el inciso final del artículo 47 del Reglamento de la Ley de Competencia dispone que la Superintendencia podrá solicitar información a cualquier*

persona natural o jurídica, pública o privada, quienes están obligados a suministrarlos datos, documentación y colaboración que se les requiera.

La anterior obligación implica no sólo el cumplimiento del requerimiento de la Superintendencia de Competencia —quien es capaz de valorar la conveniencia o no de cierta información o documentación para el objeto de la investigación— en cuanto a la forma o el contenido señalado, sino, también, en cuanto al plazo concedido.

Por lo que, la sola desobediencia al deber de colaboración en una o ambas dimensiones afecta, limita o entorpece el ejercicio de la facultad de investigación de la Administración otorgada para cumplir el objeto de la Ley de Competencia, pues la información o documentación requerida lo ha sido por considerarla relevante o necesaria para determinar la existencia o no de posibles prácticas contrarias a la ley de la materia y, de esta manera, prevenirlas o eliminarlas, en su caso.

En consecuencia, el incumplimiento a este deber por parte del agente económico implica una puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, la competencia, lo que se traduce en un daño, al punto que el legislador lo concibe como una infracción sancionable (artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia)".

### **b. Disposiciones legales aplicables.**

El art. 38 inc. 6° LC, establece que:

La Superintendencia podrá también imponer multa de hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta; la misma multa se podrá imponer a quienes no acataren una medida cautelar ordenada de conformidad a la presente Ley.

El art. 50 LC, establece que:

Todos los organismos gubernamentales y demás autoridades en general, así como cualquier persona están en la obligación de dar el apoyo y colaboración necesaria a la Superintendencia, proporcionando toda clase de información y documentación requerida en la investigación por la violación a los preceptos de esta Ley.

El art. 47 inc. final LC, establece que:

La Superintendencia podrá solicitar información a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, así como a las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública, quienes están obligados a suministrar los datos, documentación y colaboración que requiera la Superintendencia; dicha información podrá ser confrontada con la obtenida por otros medios.

### **c. Análisis al caso concreto.**

En relación con la inobservancia a este principio, la parte actora ha alegado en resumen que: *i*) el CD-SC ha querido forzar y configurar el tipo con un elemento extraño que no está considerado en la tipificación de la infracción atribuida; *ii*) no se ha comprobado la existencia de los elementos del tipo que objetivamente configuran tal infracción; y, finalmente, *iii*) que para imponer una sanción no basta la extemporaneidad, sino que es necesario que, además, se haya actuado de forma deliberada o negligente.

*i.* En primer lugar, del contenido de la resolución impugnada de 15-08-2018 se advierte que el CD-SC afirmó —tal como lo menciona la parte actora— que: “con solo el hecho de presentar información fuera del plazo señalado para el efecto, ya se incurre en el supuesto de falta de colaboración señalado en artículo 38, inciso 6°, de la LC”; esa aseveración, aduce el CD-SC, se expuso en atención a un alegato vertido por la actora dentro del procedimiento sancionador con el cual pretendía ser eximida de responsabilidad, por haber presentado la información “antes de que se hiciera la notificación legal de la instrucción del procedimiento sancionador”.

De igual forma, a partir del párrafo 45 de la referida resolución, el CD-SC analiza la documentación presentada por la actora por medio del escrito de 12-07-2018. Finalmente, concluye que la demandante cometió la infracción administrativa tipificada en el art. 38 inc. 6° LC, al haber faltado a su deber de colaboración en el sentido *de no haber proporcionado de forma completa la información y documentación requerida* en el procedimiento sancionador, referencia SC-005-O/PI/R-2018.

Al respecto, el art. 38 inc. 6° LC establece que: “*La Superintendencia podrá también imponer multa de hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta*” (resaltado es nuestro).

Del contenido de esta disposición y de lo resuelto por el CD-SC, en el caso concreto que nos ocupa, se constata que la infracción atribuida a la sociedad actora únicamente versa sobre “*no haber proporcionado de forma completa la información y documentación requerida*”.

En consecuencia, dado que haber suministrado la colaboración *de manera extemporánea*, no fue uno de los elementos que tomó en consideración el CD-SC para sancionar a la demandante, este Juzgado omitirá pronunciarse en relación con los argumentos destinados a desvirtuar este punto.

*ii.* El art. 50 de la LC dispone que todos los organismos gubernamentales y demás autoridades en general, así como cualquier persona, están en la obligación de dar el apoyo y *colaboración* a la Superintendencia; para tal efecto, establece de qué forma va a brindarse dicho apoyo y colaboración, esto es, *proporcionando toda clase de información y documentación requerida en la investigación de posibles vulneraciones a las disposiciones normativas de dicha ley.*

En esa lógica, el art. 47 inc. final del RLC señala que la Superintendencia de Competencia puede solicitar información a cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, quien estará obligada a suministrar los datos, documentación y colaboración que le sea requerida.

En consecuencia, no es cierto el argumento planteado por la actora respecto de que el deber de colaboración y la entrega de información y documentación, de conformidad con la LC y el RLC sean diferentes, dado que el art. 50 LC delimita dicho deber de colaboración a proporcionar toda clase de información y documentación que sea requerida.

*iii.* Ahora bien, en relación con la infracción que nos atañe la Sala de lo Contencioso Administrativo ha señalado que: “*Del examen de la disposición normativa relacionada se advierte que la infracción tipificada en la misma hace referencia al incumplimiento al deber de colaboración, el cual se puede configurar desde dos perspectivas: (a) por no presentar, deliberadamente o por negligencia, la totalidad de la información requerida, y (b) por presentar, deliberadamente o por negligencia, incompleta o inexacta la*

*misma información*” (Sentencia de 30-09-2019, pronunciada en el proceso con referencia 243-2012).

En el presente caso, a la sociedad actora se le sancionó por la presentación incompleta de la información solicitada en fecha 21-05-2018.

La demandante alega que se le atribuyó la infracción prevista en el art. 36 LC respecto de los puntos D y E de la resolución de 21-05-2018, ya que la información presentada no correspondía a lo que se le había requerido en tales puntos, *por no haber utilizado las plantillas provistas para incorporar la información*, en ese sentido, la demandante señala que dicha conducta no está tipificada como infracción, es decir, no existe una norma legal previa que la tipifique como infracción.

Asimismo, señala que el CD-SC no dice de qué forma comprueba que la demandante presentó en los puntos D y E otro tipo de información distinta la requerida. Por lo que, eso significa que la demandante sí cumplió con entregar la información requerida y que la sanción se le ha impuesto no por no haberla presentado, sino por no haber utilizado las plantillas provistas para incorporar tal información.

Ahora bien; en el párrafo 47 de la resolución impugnada de 15-08-2018, el CD-SC expuso que: *“en cuanto a los puntos D y E, la información presentada no corresponde a lo requerido, pues TOMZA no utilizó las plantillas provistas para incorporar la información, las cuales están diseñadas para que los agentes económicos incorporen la información relevante para el objeto de la investigación”*.

Además, en el párrafo 51 de la misma resolución expuso que: *“De esa información presentada no es posible identificar las variables requeridas en el punto D del cuadro antes referido, tales como la “Denominación/ nombre/ naturaleza que la sociedad ha atribuido a estos contratos; periodo de vigencia; y demás datos predeterminados en plantilla anexa en disco compacto (CD), durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017”, así como aquella información relativa al año, NIT del cliente, nombre del cliente, nombre del contrato, fecha de inicio y finalización del mismo; variables que iban incorporadas en la plantilla de Excel entregada.*

*Tampoco fue posible identificar las variables requeridas en el punto E del cuadro antes referido, tales como la “Identificación del nombre de los clientes a los cuales la sociedad vendió glp a granel mediante precio negociado sin mediar contrato (clientes sin contrato), durante el período que comprende los años 2012 hasta el 2017, conforme a la plantilla anexa en CD”, así como aquella información relativa al año, NIT del cliente y nombre del cliente; variables que iban incorporadas en la plantilla de Excel entregada”*.

Tal como se advierte de lo descrito anteriormente –en similares términos a lo pronunciado por la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia antes citada 243-2012–, en el presente caso la sanción impuesta a la sociedad demandante no tuvo como

fundamento la presentación de la información requerida en un formato distinto –plantilla electrónica– al entregado por la SC, sino la remisión incompleta de la información solicitada.

En efecto el CD-SC consideró que de la información presentada no era posible identificar las variables requeridas antes mencionadas, ni tampoco la “*información relativa al año, NIT del cliente y nombre del cliente*” –requisitos anexos en la plantilla de Excel que se le proporcionó, según lo afirma la autoridad demandada–; circunstancia que no ha sido controvertida por la parte actora, es decir, no afirma haberla proporcionado o que esta no le hubiera sido requerida.

De ahí que, no haber utilizado la plantilla proporcionada por la SC, no tiene conexión directa con la infracción administrativa atribuida a la demandante. Ciertamente, tal infracción está referida a la falta de diligencia de la demandante para atender el requerimiento en los términos efectuados por el Superintendente de Competencia.

También, es importante hacer notar que, pese a que la sociedad demandante afirma que el CD-SC no ha comprobado que en los puntos D y E *remitió información distinta* a la requerida por dicha autoridad, se aclara que en la resolución de 15-08-2018, la autoridad demandada *atribuye la ausencia de remitir la información* de los puntos D y E, por lo que carece de relevancia pretender que la aludida autoridad compruebe que se ha remitido otra información diferente a la que requirió.

En ese orden de ideas, se concluye que el CD-SC adecuó la conducta realizada por la sociedad demandante a una de las descripciones típicas establecidas en el art. 38 inc. 6° LC –suministrar la colaboración requerida de *manera incompleta*–.

*iv.* Ahora, tal como lo expone la Sala de lo Contencioso Administrativo, pese a que el silogismo fáctico se ha comprobado, es imprescindible que, además, se identifique el nexo de culpabilidad, por estar prohibida la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria (Sentencia de 22-10-2014, pronunciada en el proceso con referencia 308-2011).

La parte actora alega que para imponer una sanción no basta la extemporaneidad, sino que es necesario, además, que se haya actuado de forma deliberada o negligente, sin embargo, aduce, en el presente caso está probado lo contrario, ya que si la información requerida no estaba completa no había sido por negligencia y mucho menos por intención; y que, en todo caso, se pudo tratar de una mala comprensión del personal a cargo que consideró que se había cumplido los requerimientos de información.

Al respecto, en el párrafo 66 de la resolución impugnada de 15-08-2018 la autoridad demandada expuso que: “*En suma, el mal uso de los plazos otorgados a TOMZA desde un inicio, aunado a la falta de cumplimiento manifiesto del requerimiento adicional realizado en la resolución del 21 de mayo de 2018, denota una negligencia de ese agente económico para presentar la información, tal como ella*

misma lo advierte al expresar -en su escrito de fecha 12 de julio de 2018- que la falta de presentación de la información 'fue por una mala comprensión del personal a cargo que se consideró que se había cumplido los requerimientos de información'".

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de 22-10-2014, pronunciada en el proceso con referencia 308-2011, similar al presente caso, expuso que: "la actora ha sostenido a lo largo del procedimiento administrativo sancionador, así como del proceso contencioso administrativo, que el motivo por el cual se entregó la información requerida hasta el diecisiete de junio del año dos mil once, se debió —en términos generales— a un error involuntario. [...] La sociedad impetrante, pretende alegar que por una falta imputable a la persona que labora para [la actora], y su propio error (de la recepcionista) no se tomaron las acciones necesarias para enviar la información solicitada (en tiempo y forma) por parte de la Administración.

Al respecto, esta Sala señala, que la sociedad demandante no ha considerado la teoría de los actos propios, la cual establece que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, es decir nadie puede actuar en contra de sus propios actos; admitir tesis contraria en este punto devendría en un sofisma jurídico, que incentivaría negativamente la buena fe procesal. Este análisis parte de establecer que: la responsable de la contratación del personal idóneo para realizar las funciones del puesto, es la sociedad actora; la responsable de inducir y explicar los canales por los cuales debe diligenciarse la información, es la sociedad actora; la interesada en que la correspondencia se reciba en el tiempo y la forma adecuada, es la sociedad actora; en consecuencia, es indefectible concluir, que la falta de diligencia, bien sea para el reclutamiento de su personal, para la inducción, y para delimitación de las responsabilidades del puesto, es absoluta y exclusivamente de [la actora].

En este caso, nos encontramos en un supuesto, donde existe una expectativa legítima que la Administración ha notificado a la persona idónea (recepcionista) la requisición de la información para el procedimiento administrativo sancionador referencia SC-017-0/PS/R2010; es dable afirmar entonces, que [la actora] creó expectativas justificables en razones fácticas, bajo las cuales es previsible aseverar que había sido correctamente notificada la persona jurídica".

En ese orden de ideas, en el presente caso la parte demandante manifestó no tener la intención de presentar de forma incompleta la información requerida, por lo que dado que por medio del escrito de 10-06-2018 admitió que fue por una mala comprensión del personal a cargo que consideró que se habían cumplido los requerimientos de información; de conformidad a la teoría de los actos propios, tal como lo expresa el CD-SC en la resolución impugnada, quedó establecido que el grado de negligencia atribuido ha sido por responsabilidad de la demandante en la medida que fue notificada de la solicitud el 21-05-2018, a través de esquila entregada a su recepcionista, quien manifestó estar autorizada para recibir dicho documento; por ende, la falta de comprensión del personal a cargo no puede,

en este caso, ser atribuido a la autoridad demandada, puesto que la demandante es la responsable de la contratación de su personal.

Finalmente, en relación con lo expuesto por la demandante en cuanto a que *“la omisión de entrega o la entrega incompleta puede ser deliberada o negligente, pero no ambas ya que se violentaría el principio lógico de contradicción”*, del contenido del primer acto impugnado se constata que el CD-SC ha sido enfático en señalar en distintos pasajes de la resolución impugnada que *“se colige una actitud negligente de la requerida”*. Por ende, no se advierte la contradicción señalada por la parte actora en este extremo de su reclamo.

v. La parte actora también señaló que se podría configurar una especie de arbitrariedad por parte de la Superintendencia de Competencia, pues para el primer requerimiento de información otorgó veinte días hábiles y para el requerimiento adicional concedió cinco días.

En relación con dicho punto, la Sala de lo Contencioso Administrativo también se ha pronunciado –Sentencia ref. 243-2012 de fecha 30-09-2019– señalando que: *“este Tribunal advierte que el Superintendente de Competencia no ha manipulado antojadizamente o de forma arbitraria el plazo establecido en el artículo 9 del RLC.*

*Tal disposición no concretiza un período para la presentación de la información requerida, pues la fijación del mismo es una potestad discrecional que el ordenamiento jurídico ha instaurado a favor de la mencionada autoridad administrativa.*

*Dicha potestad tiene su fundamento en lo establecido en el artículo 44 de la LC -que instaura la potestad del Superintendente para requerir los informes o documentación relevante para sus investigaciones- y el artículo 9 del RLC. De la conjunción de ambas disposiciones resulta la atribución, al Superintendente de Competencia, de una potestad discrecional para definir, en cada caso concreto, un plazo específico en el que los agentes económicos deberán remitir la información que sea solicitada.*

*En ese orden, es en atención a tal potestad discrecional y al grado de relevancia de la información y documentación solicitada, que el Superintendente ha de fijar un plazo -razonable y proporcional- para que las personas naturales o jurídicas cumplan con el deber de colaboración al que están obligados según la LC.*

*Ciertamente, para cada caso en particular, el plazo determinado por el Superintendente será diferenciado, ello, en atención a la naturaleza, volumen y tipo de información requerida”.*

Conforme al citado criterio jurisprudencial, se constata que la parte actora ha omitido brindar argumentos que justifiquen la aparente arbitrariedad alegada, en la medida que el primer requerimiento al que alude es distinto del que motivó la infracción impuesta. En tal contexto, este último, a consideración del CD-SC, requeriría de un plazo diferenciado, a menos que *la naturaleza, volumen y tipo de información requerida*, hubiesen sido las mismas, circunstancia que no fue alegada por la actora en su demanda.



Finalmente, la demandante argumenta haber entregado toda la información que podía entregar por ser la que tenía y, por tanto, no podría haber entregado más, en concordancia con el principio de filosofía universal *“el que hace lo que puede, no está obligado a hacer más”*.

Sin embargo, como también ha expuesto la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sentencia antes referida –243-2012–, la parte actora en el procedimiento administrativo de actuaciones previas, no manifestó y tampoco acreditó al Superintendente de Competencia que no poseía la información reputada como faltante, como para estimar alguna causa atenuante de responsabilidad o de dosimetría punitiva.

En virtud de lo antes expuesto, no se ha comprobado que el CD-SC haya incurrido en la inobservancia al principio de tipicidad en los términos expuestos por Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V.; en consecuencia, *deberá desestimarse este extremo del reclamo formulado.*

**2. Segundo fundamento jurídico:** *Vulneración al derecho a un procedimiento administrativo legalmente configurado.*

**A. Argumentos de la parte actora**

El procedimiento sancionatorio se tramitó conforme a lo establecido en la Ley de Procedimientos para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos (LPIAMA), como lo señala el art. 73-A del RLC.

En consecuencia, el procedimiento sancionatorio en el que se impuso multa a la demandante, no se configuró legalmente; porque si en la LC no existieran disposiciones que regulen los procesos para imponer las sanciones previstas en los incisos quinto, sexto y séptimo del art. 38 LC, las normas procedimentales que tendrían que haberse aplicado son las del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM) y no la LPIAMA, pues así dispone en forma expresa, categórica y terminante, el art. 20 CPCM que *“En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del Civil y Mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente”*.

Por lo que al haberse configurado el procedimiento según lo dispone la LPIAMA, se vulneró el derecho a que el procedimiento administrativo se configurara legalmente aplicando las normas pertinentes del CPCM.

El art. 73-A RLC no puede servir de fundamento para la vulneración del derecho de la demandante; pues en el presente caso, la antinomia es aparente, ya que, en atención a la jerarquía de las normas, la ley es secundaria, el art. 20 CPCM es el que debe aplicarse con preferencia una disposición reglamentaria de menor jerarquía.

La no configuración legal del procedimiento administrativo permitió que el CD-SC negara o violentara ciertos derechos procesales a la demandante, en la medida que la resolución final del procedimiento administrativo fue emitida el 15-08-2018 y notificada el 20-08-2018, y el día 22-08-2018 el Consejo Directivo la declaró ejecutoriada, sobre la base

del art. 15 LPIAMA. Lo que implica que la resolución final se declaró ejecutoriada por no haberse interpuesto dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación el recurso de revocatoria; ya que si bien el art. 504 CPCM establece el plazo de 3 días para presentar el recurso de revocatoria, el art. 17 LPIAMA establece veinticuatro horas.

Pero aun suponiendo que el procedimiento administrativo a seguir fuese el de la LPIAMA, tampoco ese procedimiento se configuró en forma legal; por lo siguiente:

El 23-08-2018 la demandante interpuso ante el CD-SC: i) recurso de revocatoria contra la resolución pronunciada el 22-08-2018; y ii) recurso de revisión contra la resolución pronunciada el 15-08-2018.

El CD-SC por auto de 29-08-2018, declaró improponibles ambos recursos, por considerar que para el recurso de revocatoria, la resolución impugnada no admitía ningún tipo de recurso o medio de impugnación, pues en ella no se impuso la multa respectiva; y b) el recurso de revisión se encuentra regulado en la LPIAMA con la finalidad de que la resolución sea revisada por el superior jerárquico de la autoridad administrativa que lo haya emitido; y de conformidad con el art 6 LC el CD-SC es la autoridad máxima de la SC; siendo así no existe autoridad jerárquica superior que conozca el recurso de revisión interpuesto, por lo que el medio impugnativo que se debió utilizar era el recurso de revocatoria.

El 30-08-2018 la sociedad demandante interpuso recurso de revocatoria contra esa resolución de 29-08-2018 por considerar no ser legales los argumentos señalados, pidiendo que se admitieran y resolvieran. En dicho escrito hizo ver al CD-SC que sus argumentos no estaban apegados al ordenamiento jurídico; pues no es cierto que el recurso de revocatoria únicamente pueda interponerse contra la resolución que impone la multa o el arresto; pues si en la LPIAMA no hay disposición específica sobre el recurso de revocatoria contra las otras resoluciones, de conformidad con el art. 20 CPCM debía de aplicarse supletoriamente el art. 503 CPCM que dice: "*Los decretos y los autos no definitivos admitirán recurso de revocatoria, el cual será resuelto por el mismo juzgador que dictó la resolución recurrida*". Además, se le hizo ver que, por su propia naturaleza, el recurso de revocatoria es subsidiario y optativo; es subsidiario porque procede interponerlo cuando no existe otro recurso contra los decretos o los autos no definitivos que se consideren gravosos; y es optativo cuando contra esas resoluciones existen otros recursos como los de apelación o revisión.

Pero el Consejo Directivo, por auto de 12-09-2018, resolvió declararlo también improponible.

Por lo que tampoco el procedimiento establecido en LPIAMA se habría configurado legalmente aun cuando hipotéticamente hubiese sido el procedimiento.

### ***B. Argumentos de la autoridad demandada.***

El RLC desarrolla los procedimientos para lograr el cumplimiento de los fines de la LC; en ese sentido, a falta de desarrollo de procedimiento en la misma, para comprobar si una persona ha cometido la infracción del art. 38 inc. 6° LC, es que el art. 73-A LC indica que el procedimiento establecido en la LPIAMA (ya derogada) es el que se deberá seguir.

Lo anterior en consonancia con el art. 33 inc. 2° RLC que establece que, en lo no previsto en la LC, ni en el RLC, se aplicarán supletoriamente, otras normas de derecho administrativo.

Debido a lo anterior, no se puede dar mérito al alegato de la demandante, pues el art. 73-A RLC establece que el CD-SC deberá actuar de conformidad con el trámite dispuesto en la LPIAMA; en primer lugar, en virtud de una infracción tipificada en la LC, y en segundo lugar porque en relación con el art. 31 del RLC, no existe ni en la LC ni en su reglamento el

desarrollo de un procedimiento a seguir para determinar la infracción contenida en el art. 38 inc. 6° LC.

En consecuencia, el art. 20 CPCM no es aplicable pues, como se puede determinar, se aplican las disposiciones específicas reguladas en la LPIAMA para este tipo de procedimientos.

Ahora bien, la demandante alega que debió aplicarse el art. 503 CPCM en relación al recurso de revocatoria, sin embargo, el derecho a recurrir es una categoría jurídica de configuración legal. Por ello, esta facultad se encuentra supeditada a los términos procedimentales prescritos en la disposición legal de que se trate.

De ahí que, el CD-SC por una parte rechazó el recurso de revocatoria interpuesto en contra del auto que declaró ejecutoriada la resolución por medio de la cual se impuso multa a la demandante, por no ser impugnabile conforme a la LPIAMA; por otra parte, rechazó el recurso de revisión en contra de esta última resolución, dado que se estableció que no hay autoridad superior al CD-SC dentro de la estructura administrativa de la SC, pues de conformidad al art. 16 LPIAMA, este medio de impugnación solo se encuentra prescrito “para ante la autoridad inmediata superior cuando la hubiere”.

Admitir recursos de forma supletoria para todas las resoluciones que se emitan en dicho procedimiento iría en contra de la celeridad del procedimiento que ha pretendido el espíritu de la ley, además la supletoriedad prescrita en el art. 20 CPCM es limitada al establecer dicha disposición que esta aplica en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil.

Para el caso de la LPIAMA, existe disposición legal que regula el tema impugnativo, pues prescribe el recurso de revocatoria y de revisión, otorgándole a cada uno de ellos, de forma expresa, su ámbito de aplicación, por ello, ambos recursos no pueden aplicarse antojadiza o arbitrariamente, al gusto del administrado o de la autoridad.

En consecuencia, aplicar supletoriamente el art. 503 CPCM, como lo pretende la demandante, devendría en una suplantación de configuración legislativa, ya que tal disposición ampliaría el alcance del recurso de revocatoria regulado en el art. 16 LPIAMA, a decretos y autos simples.

### ***C. Decisión sobre el fundamento jurídico descrito.***

#### ***a. Jurisprudencia aplicable.***

*i.* En la sentencia de 02-10-2017 referencia 241-2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo sostuvo que el procedimiento administrativo es una herramienta que tiende a la protección de derechos y satisfacción de pretensiones, por lo que, procura mantener su existencia de manera íntegra y eficaz hasta lograr su finalidad. Para tal efecto, se configuran determinados mecanismos legales de depuración, que permiten garantizar el cumplimiento

de dicho propósito; ejemplo de ello son las ilegalidades procesales, en virtud de las cuales, las etapas procesales deben asegurar al administrado una posibilidad real de defensa ante las ilegalidades que se puedan manifestar a lo largo del procedimiento administrativo, pero estas irregularidades deben ser analizadas detenidamente bajo el principio de relevancia o trascendencia.

Lo anterior implica que las ilegalidades de índole procesal, deben de alguna manera provocar un efecto tal que genere una desmejora material en la esfera jurídica del administrado, desprotección entendida como una indefensión indiscutible que cause un daño irreparable al desarrollo de todo el procedimiento y genere una conculcación clara de los principios constitucionales que lo inspiran.

*ii.* De los procedimientos establecidos en la LC y en la LPIAMA.

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de 1-03-2011, pronunciada en el proceso con referencia 259-2007, expuso que:

*Como se ha establecido de lo regulado en la Ley de Competencia, el procedimiento contemplado en la misma se encamina por una parte a proporcionar a la Administración Pública las herramientas necesarias para hacer su investigación y tomar la correspondiente decisión, y por otra parte busca otorgar todas las garantías a los agentes económicos a quienes se les atribuya el cometimiento de prácticas anticompetitivas, estableciendo los parámetros a tomarse en cuenta para imponer las correspondientes sanciones, otorgando plazos relativamente extensos para aportar alegaciones y pruebas dada la naturaleza de la investigación, concediendo además un plazo prudencial a la Administración para tornar la decisión final, en la que se deberá ordenar la cesación de las prácticas anticompetitivas. Lo anterior en aras de dar a las partes involucradas en la investigación las oportunidades necesarias para desvirtuar o probar lo investigado, dado el carácter técnico y complejo de la misma.*

*Sin embargo, además de realizar investigaciones y procedimientos para sancionar las posibles prácticas anticompetitivas la ley otorga a la Superintendencia de Competencia otras facultades siempre con la finalidad de defender y promover la competencia efectiva, como son la realización de estudios de mercado.*

*Dichos estudios cobran gran relevancia para los objetivos de la Superintendencia de Competencia, pues con ellos se persigue dotarla de herramientas técnicas para el análisis de investigaciones sobre prácticas anticompetitivas así como para que realice las recomendaciones de políticas públicas que conlleven mayor transparencia y eficiencia a los mercados.*

*En dicho sentido, los estudios de mercado persiguen dotar de los datos necesarios a la Administración Pública para que esta pueda conocer las condiciones de competencia en un sector específico, determinando los mercados relevantes, la posible existencia de barreras a la entrada para el mercado en análisis, la posición de dominio de los agentes económicos que operan en cada mercado relevante, entre otros.*

*De lo anterior se desprende que la naturaleza de la actividad que realiza la Administración Pública al realizar un estudio de mercado es distinta a la actividad que realiza al hacer la investigación de prácticas anticompetitivas. Aquí lo que se requiere del agente económico es su colaboración para lograr que la Superintendencia de Competencia obtenga los datos necesarios para conocer las condiciones de competencia en un determinado sector. Lo que conlleva a concluir que el procedimiento diseñado en la Ley de Competencia para sancionar las posibles prácticas anticompetitivas no resulta idóneo para sancionar una falta de colaboración del agente económico en proporcionar información, pues el objeto de este procedimiento es sancionar la falta de cooperación mientras que aquel la práctica anticompetitiva.*

*En razón de lo anterior, este Tribunal concluye que la Administración Pública no vulneró el contenido del Título IV de la LC, al aplicar el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, ya que la supletoriedad de dicha normativa en cuanto al procedimiento se establece de lo regulado en los artículos 1 y 2 de la misma, que disponen que dicha ley "regula el procedimiento para la imposición de arresto o multa por la contravención de leyes, reglamentos u ordenanzas, cuya aplicación compete a las autoridades administrativas. El procedimiento que aquí se establece no será aplicable cuando en la respectiva ley, reglamento u ordenanza, el trámite de los mismos, garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor". Y además que, "Sólo cuando la ley, el reglamento o la ordenanza, sancione expresamente con arresto o con multa una contravención, se podrá imponer tales sanciones; en consecuencia, la analogía y la interpretación analógica, extensiva o inductiva, no podrán emplearse para imponer las sanciones mencionadas".*

**b. Disposiciones legales aplicables:**

El art. 1 LPIAMA, establece que:

Esta ley regula el procedimiento para la imposición de arresto o multa por la contravención de leyes, reglamentos u ordenanzas, cuya aplicación compete a las autoridades administrativas. El procedimiento que aquí se establece no será aplicable cuando en la respectiva ley, reglamento u ordenanza, el trámite de los mismos, garantice los derechos de audiencia y de defensa al presunto infractor.

El art. 2 LPIAMA, prevé que:

Sólo cuando la ley, el reglamento o la ordenanza, sancione expresamente con arresto o con multa una contravención, se podrá imponer tales sanciones; en consecuencia, la analogía y la interpretación analógica, extensiva o inductiva, no podrán emplearse para imponer las sanciones mencionadas.

El art. 73 LPIAMA, prescribe que:

Para imponer las sanciones previstas en los incisos quinto, sexto y séptimo del Art. 38 de la Ley, el Consejo deberá actuar de conformidad a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos.

***c. Análisis al caso concreto.***

La vulneración que arguye la parte actora se fundamenta en lo siguiente: *i)* las normas procesales que debían aplicarse eran las contenidas en el CPCM y no las contenidas en la LPIAMA; *ii)* aun suponiendo que el procedimiento a seguir fuese el establecido en la LPIAMA, tampoco ese procedimiento se configuró en forma legal.

i. La Sala de lo Contencioso Administrativo ha expuesto que la supletoriedad de las normas constituye un concepto doctrinario cuya función esencial se emplea, en los supuestos siguientes: *i)* que, existiendo una figura jurídica en determinado ordenamiento legal, ésta no estipule dentro de su contenido la institución jurídica de la cual se recurre vía supletoriedad; o, *ii)* aun estableciéndola, no la regule de forma clara y precisa; de tal forma que, vacíos o deficiencias en la ley, habilitan la posibilidad de adoptar de manera supletoria otro cuerpo normativo, al que por su naturaleza se pretende dar contenido, con el objetivo de solucionar un conflicto jurídico determinado (Sentencia de 27-09-2019, pronunciada en el proceso referencia 153-2014).

En consecuencia, previo a la aplicación supletoria de una norma o cuerpo normativo es preciso identificar la necesidad que amerite tal aplicación, ya sea de forma total o parcial.

En relación con este punto, la misma Sala ha concluido –postura que este Juzgado comparte– que el procedimiento diseñado en la LC para sancionar las posibles prácticas anticompetitivas no resulta idóneo para sancionar una falta de colaboración del agente económico en proporcionar información, pues el objeto de este procedimiento es sancionar la falta de cooperación, mientras que aquél la práctica anticompetitiva (Sentencia de 01-03-2011, pronunciada en el proceso con referencia 259-2007).

En ese orden de ideas, dado que el procedimiento establecido en la LC no resulta ser idóneo para sancionar la falta de colaboración de un agente económico en proporcionar

información, es procedente realizar una búsqueda de normas o disposiciones a efecto de solventar ese vacío normativo.

Sin embargo, para tal efecto, es preciso previamente definir ciertos parámetros de búsqueda, tales como el carácter y la naturaleza de la disposición que se pretender aplicar. Sobre este punto la mencionada Sala en la sentencia antes citada –153-2014– ha expuesto que:

*“para realizar una integración normativa y dotar de reglas claras a la Administración y a los administrados, se habilitaba –como hoy lo hace el art. 20 CPCM– la supletoriedad de otro cuerpo normativo, al que por su proximidad y naturaleza [administrativa sancionadora] se pretende dar contenido, con el objetivo de solucionar un conflicto jurídico determinado, y evitar actuaciones indefinidas o arbitrarias de la Administración.*

*En esta inteligencia, la LPLAMA, al ser de naturaleza administrativa sancionadora habría de integrarse sistemáticamente a la Ley Orgánica Judicial y a la Ley de Notariado, en lo que al ahora discutido procedimiento sancionatorio compete. [Sin embargo, la regulación] ahí establecida no alcanza a llenar el vacío normativo durante el procedimiento [...] Por ello, con el fin de realizar un correcto control de la legalidad del acto sancionatorio [...] debe realizarse una integración dentro del derecho punitivo, a fin de encontrar una solución a favor de la seguridad jurídica del justiciable como bastión para resolver el presente conflicto y que además sea acorde con el debido proceso.*

*En esta línea, importa traer a colación la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, quien ha concluido que: «...los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales» [Inc. 18-2008, de las doce horas veinte minutos del día veintinueve de abril de dos mil trece].*

*Esto último es importante, debido que, al concluir que los ilícitos administrativos y penales comparten la misma naturaleza o núcleo esencial emanado del poder punitivo del Estado, es posible advertir que la norma supletoria que más se asemeja conforme a las actuaciones que se realizan en el derecho sancionatorio, después de la LPLAMA, es el Código Procesal Penal -CPP-”.*

Es decir que, ante un vacío legal, debe agotarse en primer lugar aquellas normas que en atención a su proximidad y naturaleza puedan ser aplicables; en el presente caso, aquellas normas de carácter **procedimental** –administrativas– y de **naturaleza** punitiva –derecho administrativo sancionador–.

Ahora bien, de no existir ninguna disposición que cumpla con dichas características, se debe acudir a aquellas normas que, aunque no sean tan próximas –**normas de carácter procesal**–, sean de la misma naturaleza.

En consecuencia, no es cierta la afirmación sostenida por la actora en el sentido que, para tramitar el procedimiento administrativo sancionador, debía aplicarse supletoriamente el CPCM, en la medida que el ámbito material de aplicación de dicho código no es de carácter punitivo, sino civil y mercantil, materias que son de naturaleza distintas.

Ahora bien, en relación con la aplicación supletoria de la LPIAMA ante la ausencia de un procedimiento específico, la Sala de lo Contencioso Administrativo –153-2014–, ha expuesto que:

*“de antaño, para solventar ese vacío normativo en procedimientos sancionatorios llevados por la Administración, se creó la Ley de Procedimientos para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, hoy derogada –en adelante LPIAMA– [vigente en aquel momento], que era por excelencia la ley de remisión inmediata en materia administrativa, en cuyos considerandos señalaba la necesidad de contar con una ley que desarrollara, con trámites breves y sencillos, el ejercicio de la facultad de imponer las sanciones que el art. 14 Cn. confiere a las autoridades administrativas, de ahí que, en la misma se regulaba un procedimiento simplificado, con plazos más cortos, acorde a garantías constitucionales.*

*En esta línea, el art. 1 LPIAMA establecía que el objeto de dicha ley [en caso no existiera en la ley de la materia] era regular un procedimiento constitucionalmente configurado que otorgase al administrado las garantías*

de audiencia, contradicción y defensa, entre otras, que de conformidad a la Carta Magna son indispensables para que se considere constituido el debido proceso. Entre las instituciones que se perfilaban, estaban la prescripción de la acción y de la ejecución de la sanción.

Lo anterior tiene relevancia, en armonía a la sujeción que la Administración Pública tiene del Principio de Legalidad, en su vinculación positiva, en cuanto a que la LPIAMA le confería una habilitación de rango de ley formal, para evitar áreas libres de control o una actuación arbitraria y/o indefinida por parte del poder punitivo del Estado.

De ahí que la LPIAMA únicamente podría aplicarse en el supuesto que la normativa a complementar no estipulara dentro de su contenido la institución jurídica de la cual se recurre vía supletoria; o, aun estableciéndola, las regulara de manera deficiente. Por ello, para realizar una integración normativa y dotar de reglas claras a la Administración y a los administrados, se habilitaba -como hoy lo hace el art. 20 CPCM- la supletoria de otro cuerpo normativo, al que por su proximidad y naturaleza [administrativa sancionadora] se pretende dar contenido, con el objetivo de solucionar un conflicto jurídico determinado, y evitar actuaciones indefinidas o arbitrarias de la Administración”.

En la misma lógica, la Sala de lo Contencioso Administrativo en sentencia antes citada (259-2007), se pronunció sobre este mismo punto, habiendo concluido que el procedimiento establecido en la LC no era el idóneo para sancionar la falta de colaboración de un agente económico en proporcionar información. Señaló que la LPIAMA, de conformidad a su ámbito de aplicación establecido en sus artículos 1 y 2, era la normativa supletoria aplicable, criterio que este Juzgado también comparte.

ii. Ahora bien, la parte actora alegó además que aun suponiendo que el procedimiento a seguir fuese el establecido en la LPIAMA, tampoco ese procedimiento se configuró en forma legal. Sin embargo, respecto de tal conclusión, únicamente realiza una exposición de hechos y mención de alegaciones formuladas en los recursos interpuestos en sede administrativa -vinculadas con la aplicación supletoria de los recursos establecidos en el CPCM- así como las resoluciones que la autoridad demandada dio a tales cuestionamientos; omitiendo exponer en este proceso, los argumentos que justifiquen la vulneración que alega.

No obstante, en atención al resultado del análisis realizado previamente, es pertinente aclarar que, dado que el acceso a los recursos es un derecho de configuración legal, los recursos oponibles en el procedimiento sancionador en cuestión son, en efecto, los establecidos en la LPIAMA.

En virtud de lo antes expuesto, no se ha comprobado que el CD-SC haya incurrido en la vulneración al derecho a un procedimiento administrativo legalmente configurado, en los términos expuestos por Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V.; en consecuencia, *deberá desestimarse este extremo del reclamo formulado.*

**3. Tercer y cuarto fundamento jurídico: Vulneración al derecho de propiedad e inobservancia al principio de proporcionalidad y a los art. 37 y 38 LC.**

**A. Argumentos de la parte actora**

**Vinculados con el principio de proporcionalidad**

El art. 38 inc. 1º LC establece que el monto de las multas se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el art. 37 LC, en consecuencia, el CD-SC para imponer la sanción debió tomar en cuenta dichos criterios de dosimetría, pero de la sola

lectura de los actos impugnados se puede comprobar que no atendió ni uno solo de ellos, lo cual deviene en una infracción a los art. 37 y 38 LC.

En la pág. 21 de la resolución final de 15-08-2018, el CD-SC, en la letra A “Sobre los Criterios para cuantificar la multa”, en el párrafo 70, afirma que el art. 37 LC es la única disposición legal que establece los criterios a observar para la imposición de sanciones; no obstante, confunde y hace otra afirmación excluyente: “*que tales criterios son considerables para establecer el nivel de gravedad*”.

El art. 38 LC establece los criterios para determinar el monto de la multa, sin embargo, el CD-SC desatendiendo dicha disposición afirma que tales criterios son considerables, pero para establecer el nivel de gravedad.

En consecuencia, tales criterios no los considera como lo que son “criterios de dosimetría punitiva”, sino que los estima como criterios para establecer el nivel de gravedad de la infracción. Y con esta confusión no ha podido referirse al primer criterio “la gravedad de la infracción” como debió hacerlo.

Por tal razón, en el párrafo 71, sobre el daño causado, en lugar de hacer cuantificaciones sobre el daño causado (si hubo alguno) a los consumidores o a otros agentes económicos, el CD-SC hace referencia a efectos negativos o perniciosos que ha causado la falta de colaboración; y en el siguiente párrafo menciona que se produce un daño importante e irreparable en el análisis y los resultados del mencionado procedimiento de investigación.

Además, en el párrafo 73, el CD-SC mezclando un elemento del tipo de la infracción, con los criterios de dosimetría punitiva, que “se colige una actitud negligente”, y que –aunque no dice de donde es que la colige–, no es cierto que la demandante haya mostrado una actitud indiferente al requerimiento adicional de información.

Ahora bien, en relación con la gravedad de la infracción, al haberse considerado que la conducta atribuida a la demandante es constitutiva de infracción administrativa; para imponerle la sanción correspondiente se tendría que haber graduado la gravedad de la misma de conformidad con la teoría general de la culpa. Cualquiera otra forma de calificación sobre la gravedad de una infracción que haga la Autoridad Administrativa tendría que ser arbitraria.

De igual forma, el CD-SC en una forma ilógica –pues supone que una misma infracción puede ser, indistintamente, de mayor o de menor gravedad–, concluye sin ninguna clase de argumentos reales, que la infracción de la demandante se ubica en un nivel medio de gravedad; categoría que no existe. Por lo que se ha confundido la naturaleza de los criterios del art. 37, criterios que no han podido ser analizados por el CD-SC para los efectos del art. 38 LC.



Por lo que la multa impuesta es ilegal, puesto que fue impuesta vulnerando los arts. 37 y 38 LC, lo cual deviene en falta de fundamentación de la resolución en la que impone la multa, lo que constituye infracción de los arts. 46 LC y 216 CPCM.

Finalmente, en los actos administrativos impugnados existe una violación a los subprincipios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, lo cual trae como consecuencia que se considere infringido el principio de proporcionalidad.

En relación con el principio de necesidad, está demostrado que, sin necesidad de imponer sanción alguna, si fue posible obtener de la demandante la entrega de la información que le fue requerida en el auto de instrucción de 9-03-2018. Ahora bien, en cuanto al requerimiento adicional hubiese bastado una prevención y un plazo razonable para que la demandante hubiese proporcionado la información y la documentación con la que contaba. Por lo que no era necesaria la multa impuesta para alcanzar, supuestamente una finalidad que, de paso, no se señala con claridad.

Ahora bien, en relación con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, una sanción cumple con tal principio si superados los juicios de idoneidad y necesidad, es adecuada en relación con la magnitud o lesividad del comportamiento infractor. En tal sentido, la multa impuesta a la demandante no puede superar este juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, pues, en primer lugar, no se ha establecido cuál es la magnitud o la lesividad de la conducta atribuida a la demandante. Pero en todo caso, no podría existir proporción o adecuación entre una conducta que consiste en no entregar en tiempo alguna información, con una multa de más de cuarenta mil dólares. Por lo que no se puede desatender el principio general de prohibición en exceso.

#### ***Vinculados con el derecho a la propiedad***

Las resoluciones o actos impugnados causan agravios a la demandante por cuanto la multa afecta a su patrimonio, por lo que violenta su derecho de propiedad sobre su dinero, en la cuantía de la multa. Multa que es ilegal porque, según se ha expuesto, se impuso con violación al derecho a un procedimiento administrativo sancionatorio legalmente configurado y con respecto a los principios de tipicidad y de proporcionalidad. Procedimiento en los que además se inobservaron los artículos 37 y 38 LC.

#### ***B. Argumentos de la autoridad demandada***

##### ***Vinculados con el principio de proporcionalidad***

Con respecto al argumento aludido por la demandante, resulta extraño tal aseveración, pues sin mayor análisis, razonamiento, ni fundamento, señala que las infracciones de la disposición referida carecen de justificación en relación con su finalidad.

No obstante, la falta de argumentos para expresar la supuesta vulneración anterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso referencia 21-09, ha reconocido

claramente los rangos mínimos y máximos que puede aplicar el CD-SC al momento de imponer una multa.

En segundo lugar, la demandante alegó que el CD-SC para imponer la sanción debió tomar en cuenta los criterios de dosimetría del art. 37 LC, es innegable que la demandante se contradice en sus alegatos, pues en esta supuesta violación expresa que no atendió ni un solo criterio establecido en el art. 37 LC, para después advertir que dichos criterios los estimó el CD para establecer el nivel de gravedad.

A pesar de la confusión de la demandante o de su mera inconformidad con lo resuelto por el CD-SC, resulta fácil de comprobar, tal como consta en el romano VI de la resolución final impugnada, que todos los criterios prescritos en la disposición aludida fueron analizados, pero únicamente fueron aplicados el daño causado, la duración de la infracción y el nivel de gravedad.

Al contrario de lo que asume la demandante, el CD-SC sí se pronunció sobre todos los criterios contenidos en el art. 37 LC tal como consta en la resolución y utilizó los que eran aplicables, además de razonar cada uno de los criterios aplicados, como se plasmó en párrafos anteriores, esa autoridad judicial advertirá que el CD-SC también analizó y fundamentó el criterio de gravedad en 3 rangos, a saber: *i)* rango de mayor gravedad: ausencia total de colaboración; *ii)* rango intermedio de gravedad: colaboración parcial, incompleta o inexacta; *iii)* rango de menor gravedad: colaboración completa pero extemporánea.

En el presente caso se demostró que el agente económico presentó de forma extemporánea e incompleta la información requerida y por lo tanto encajaba en el rango intermedio de gravedad (4 a 6 salarios mínimos mensuales). Como consecuencia, y sobre la base de un análisis integral de los criterios aplicados, concluyó que a la demandante se le impusieron 4 salarios mínimos urbanos en la industria, que en ese rango resulta ser el mínimo para imponerse. Dichos salarios fueron multiplicados por los días hábiles establecidos en el criterio de la duración de la infracción, que resulta ser otro de los criterios aplicados en la resolución final impugnada.

Habiéndose establecido de qué manera es que el CD-SC razonó los criterios aplicables para imponer la multa a la demandante y ubicarla en el rango intermedio de gravedad, es necesarios advertir que, del alegato esgrimido por la demandante, el CD-SC advierte que esta se limita, sin ninguna clase de argumentos reales a aseverar de forma simple que la infracción se ubica en un nivel intermedio de gravedad que no existe.

Las estimaciones realizadas por el CD-SC se encuentran dentro del marco legal de aplicación de sus facultades discrecionales al momento de imponer una sanción, y dicha imposición deviene de una resolución debidamente motivada y aplicando los parámetros y

3

critérios establecidos por la LC dentro de un procedimiento administrativo sancionados tramitado de manera regular y en atención al debido proceso.

Para el caso en concreto, uno de los criterios que el CD-SC debe considerar para determinar la sanción a imponer, según el art. 37 LC, es la gravedad de la misma, sin embargo, dicha disposición normativa no fija los niveles de gravedad de la conducta a sancionar. Por tanto, el CD-SC debe proceder, tal como lo ha hecho en el caso en cuestión, a establecer las razones por las cuales escoge una cuantía determinada dentro del rango establecido en la ley. Por tanto, lejos de ser arbitraria, la fijación de los niveles de gravedad establecidos por esta CD-SC, viene a ser una herramienta útil para la transparencia y seguridad jurídica del administrado, ya que obliga a este CD-SC a motivar las razones de porqué considera que una determinada conducta encaja con un nivel de gravedad, ya sea rango mayor, medio o menor.

En relación inobservancia a los subprincipios de necesidad y proporcionalidad, la experiencia en relación con la entrega de información contenida en el primer requerimiento es un uso incorrecto de los plazos otorgados por la SC.

Del auto del 21-06-2018, la autoridad judicial podrá comprobar que el Superintendente, luego de revisar la información presentada por la demandante el 06-06-2018, observó que dicho agente económico subsanó la prevención realizada en la resolución de 21-05-2018; sin embargo, se advirtió que la demandante omitió, de forma manifiesta y sin justificación alguna, presentar la información adicional requerida en el punto resolutivo IX de dicho auto, detallado en el romano IV.B.g.

Como consecuencia, a la demandante no era necesario prevenirle, ya que tenía el conocimiento que no había entregado la información adicional requerida y lejos de presentarla en los días inmediatamente posteriores o solicitar nuevo plazo, presentó escrito diez días después, cuando ya tenía conocimiento que el CD-SC había iniciado un procedimiento por falta de colaboración, puesto que ya se le había notificado auto de instrucción de 04-07-2018.

Finalmente, la demandante expuso que la multa impuesta no puede superar el juicio de proporcionalidad estricto sensu, pues el CD-SC no estableció la magnitud o lesividad de la conducta atribuida. Al respecto, como ya se determinó en acápites anteriores al momento de fundamentar el criterio del daño causado, el CD-SC estableció que se produjo un daño importante e irreparable en el análisis y los resultados del procedimiento de investigación por práctica anticompetitiva, dilató su conclusión y obligó a un desgaste innecesario de los recursos de la Superintendencia. Como consecuencia, la demandante entorpeció las funciones de la SC y obstaculizó el análisis de información esencial y pertinente para la investigación de la comisión de la conducta tipificada en el art. 25 letra a) LC.

Además, el CD-SC para determinar la cuantía del monto de la multa también aplicó los reiterados criterios que ha sostenido en este tipo de procedimientos por falta de colaboración, en el entendido que para la conducta comprobada y sancionada se impone una multa de entre 4 a 6 salarios mínimos, componiendo para el presente caso la multa en ese rango, es decir, 4 salarios mínimos urbanos en la industria.

Dicho lo anterior, el CD-SC consideró que la multa impuesta a la demandante es idónea para alcanzar los fines perseguidos por la SC, es decir, disuadir a los agentes económicos para que se abstengan de infringir el mandato de ley descrito en el art. 38 inc. 6° LC, ya que esta infracción representa una obstrucción a la función conferida legalmente a dicha institución, contenida en el cap. I tít. IV LC.

### ***C. Decisión sobre el fundamento jurídico descrito.***

#### ***a. Jurisprudencia aplicable.***

##### ***i. Del principio de proporcionalidad.***

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de 9-10-2013, pronunciada en el proceso con referencia 21-2009, definió la potestad sancionadora de la administración pública, y determinó:

*“En las sanciones establecidas en la Ley de Competencia se regulan claramente los rangos en cuanto al monto de la multa a imponerse, los cuales deben ser considerados por la Administración Pública a efecto de cuantificar el monto de la multa impuesta; siendo imprescindible considerar que la naturaleza de la represión de las infracciones administrativas sea adecuada a la naturaleza del comportamiento ilícito, imponiendo el deber de concretar la entidad de la sanción a la gravedad del hecho.*

*Doctrinariamente, la técnica para establecer tales sanciones es denominada como «marco punitivo genérico», que establece los límites mínimos y máximos dentro de los cuales el órgano competente debe determinar la sanción a imponer posterior a la atribución de una infracción, debiendo ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto que justifiquen la modulación de la misma. En tal sentido, la Administración Pública, después de identificar al sujeto, calificar los hechos, valorar la prueba y atribuir una infracción, impone una sanción ajustada a lo previsto en la norma.*

*En este punto es necesario recordar que uno de los principios fundamentales del derecho administrativo sancionador es el principio de proporcionalidad, el cual establece los límites de la actuación represiva; destacando a la vez que, al imponerse una sanción administrativa de este tipo, debe estar en conexión con la discrecionalidad administrativa, obligando a la Administración Pública a tomar en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas que concurren para la graduación de la sanción, evitando de esta manera la arbitrariedad y apeándose a los parámetros pretendidos por la ley.*

*En ese mismo orden, doctrinariamente se ha destacado el importante papel que cumple el principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones, en el sentido que la Administración Pública al sancionar debe motivar expresamente la aplicación de un criterio de graduación y su cuantificación para no aparentar o ser arbitrario, puesto que, caso contrario — acorde con la discrecionalidad administrativa—, procedería aplicar el mínimo legalmente establecido”.*

##### ***ii. Sobre los criterios para la imposición de multas establecidos en el art. 37 LC.***

La Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia emitida el 4-09-2017, en el proceso de Amparo con referencia 254-2014 estableció:

*“2. En la Ley de Competencia se establecen claramente los marcos punitivos de las multas a imponer, los cuales deben ser considerados por la Administración Pública a efecto de cuantificar el monto de las mismas.*

*La técnica para establecer tales sanciones consiste en determinar los límites mínimos y máximos dentro de los cuales el órgano competente debe fijarla la misma posterior a la atribución de una infracción, debiendo ponderar las circunstancias que establece el legislador en cada caso en concreto para llegar a establecer de manera -específica el monto de la multa a aplicar. En tal sentido, la Administración Pública, después de identificar al sujeto, calificar y acreditar los hechos, impone una sanción ajustada a lo previsto en la norma.*

En este punto es necesario recordar que uno de los principios fundamentales del derecho administrativo sancionador es el principio de proporcionalidad, el cual establece los límites de la actuación represiva; destacando a la vez que al imponerse una sanción administrativa de este tipo, la Administración Pública está obligada a tomar en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas que concurren, para la graduación de la sanción, evitando de esta manera la arbitrariedad y apeándose a los parámetros pretendidos por la ley.

En ese mismo orden, la Administración Pública, al sancionar, debe motivar expresamente la aplicación de los criterios de graduación, y la cuantificación de la multa para no aparentar o ser arbitrario; caso contrario procedería aplicar el mínimo legalmente establecido.

En el presente caso, el Consejo Directivo ha analizado, en la resolución del doce de marzo de dos mil catorce, los criterios del artículo 37 de la Ley de Competencia para cuantificar el monto de la multa respectiva, siendo éstos la gravedad, el daño causado, la duración y la reincidencia.

Tales criterios han sido considerados en la resolución doce de marzo de dos mil catorce, de la siguiente manera: (i) la gravedad de la actuación se encuentra en el nivel medio de gravedad, debido a la presentación de la información requerida de forma "parcial, incompleta o inexacta" (folio 123 vuelto del expediente administrativo); (ii) el daño causado provocado son los efectos negativos o perniciosos que ha provocado la falta de colaboración, de forma "incompleta o inexacta por parte de las personas" (folio 124 frente del expediente administrativo), sobre el cumplimiento de las atribuciones de la Superintendencia de Competencia, que en el caso particular se refiere al "procedimiento sancionador por presuntas prácticas anticompetitivas realizadas en el mercado de la provisión del seguro provisional de invalidez y sobrevivencia a los afiliados de las AFP, por parte de determinadas aseguradoras, entre ellas AIG Vida (...) el daño causado se ha producido en tanto dicho procedimiento sancionador se encuentra en la etapa de análisis del cumplimiento de los requerimientos de la información presentada, y la falta de alguna de ésta entorpece el avance del análisis así como también dilata el curso del procedimiento, comprometiendo de esta manera los plazos que legalmente establece la LC (...) Lo anterior, ha provocado un entorpecimiento por parte de AIG Vida en el procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas referido, al retrasar el análisis de la información del caso y, por consiguiente, extender innecesariamente los períodos internos (...) con el fin de poder integrar el expediente, generar el incidente de confidencialidad respectivo (...) (folio 124 frente y vuelto del expediente administrativo); (iii) duración, criterio que queda plenamente comprendido dentro de la estructura de la multa, la cual es sobre una base diaria por cada día de atraso, el cual se ha computado así "Para la copia de la oferta presentada por AIG Vida en la licitación I-2009 convocada por AFP Crecer para la contratación del seguro de invalidez y sobrevivencia de sus afiliados, el retraso objeto de sanción se circunscribe a los días transcurridos desde la fecha siguiente en que concluyó el plazo adicional concedido a esa sociedad en la resolución de fecha veinte de enero de dos mil trece, hasta la fecha en que se puso de manifiesto la imposibilidad de cumplir este punto del requerimiento, es decir, desde el veintiocho de enero de dos mil catorce hasta el veinticuatro de febrero de dos mil catorce (...) Para la explicación referida a la renovación o vigencia del contrato de reaseguro suscrito en el año dos mil ocho por AIG Vida y Sisa Vida, en respaldo al contrato de seguro de invalidez y sobrevivencia existente entre la primera de esas aseguradoras y la AFP Confía, el retraso objeto de sanción se circunscribe a los días transcurridos desde la fecha siguiente en que concluyó el plazo adicional concedido a AIG Vida en la resolución de fecha veinte de enero de dos mil trece, hasta la fecha en que se presentó la explicación requerida, es decir, desde el veintiocho de enero de dos mil catorce hasta el veinticuatro de febrero de dos mil catorce" (folio 124 vuelto del expediente administrativo); (iv) la reincidencia, es mencionada como un criterio atenuante, debido a la carencia de la misma; (v) efecto sobre terceros, criterio que no es aplicable al presente caso; y, (vi) finalmente, dimensiones del mercado, criterio que no aplica, pues no se está sancionando ningún tipo de práctica anticompetitiva.

Debe precisarse que la autoridad demandada, en cuanto a la duración del incumplimiento, determinó para el retraso de la presentación de la copia de la oferta presentada por AIG Vida en la licitación I-2009 convocada por AFP Crecer para la contratación del seguro de invalidez y sobrevivencia de sus afiliados, que éste período correspondía a los días transcurridos desde el día siguiente a la fecha en que se puso de manifiesto la imposibilidad de cumplir este punto del requerimiento, es decir, desde el veintiocho de enero de dos mil catorce hasta el veinticuatro de febrero de dos mil catorce. [...] Es decir, el incumplimiento se dio desde el veintiocho de enero de dos mil catorce hasta el veinticuatro de febrero de dos mil catorce.

Dichos períodos de incumplimiento así fueron delimitados en la resolución administrativa de fecha doce de marzo de dos mil catorce, en la cual se sancionó a la parte actora tal como consta a folio 124 vuelto del expediente administrativo.

Al haber determinado la duración del incumplimiento, éste elemento se tuvo como criterio para la imposición de la multa.

3. El legislador, como consecuencia de la falta parcial o total de cooperación —para el caso en concreto— de los agentes económicos, estableció en el artículo 38 inciso sexto de la Ley de Competencia que «La Superintendencia podrá también imponer multa de hasta diez salarios mínimo mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta. (...)».

Para imponer dicha sanción el Superintendente debe tener en cuenta los criterios establecidos en el artículo 37 de la Ley de Competencia "Para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la

*infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia”.*

*Las relacionadas disposiciones regulan los parámetros que tienen que ser considerados por el Superintendente y el Consejo Directivo a efecto de cuantificar el monto de la multa impuesta.*

*Los mencionados perfiles o circunstancias son los llamados criterios de dosimetría punitiva, cuyo establecimiento en la norma sancionadora y aplicación concreta por parte de la Administración, se intenta adecuar la respuesta punitiva del poder público en la entidad exacta del comportamiento infractor cometido.*

*El plazo que se contabilizó para calcular el monto de la sanción lo constituyó el período transcurrido entre el día en que venció el plazo para cumplir con el requerimiento de información, y el día en que el mismo fue satisfecho.*

*Por lo anterior, el Consejo Directivo, al emitir las resoluciones impugnadas, no ha vulnerado el principio de proporcionalidad, ni el artículo 37 de la Ley de Competencia, ya que ha realizado un análisis de los hechos acontecidos y probados, aplicando los criterios determinados en la Ley de Competencia para el cálculo de la multa impuesta a AIG VIDA.*

*Por consiguiente, esta Sala determina que no existe el vicio de ilegalidad de la violación al principio de proporcionalidad tal y como lo sostiene la sociedad demandante”.*

### **b. Disposiciones legales aplicables:**

El art. 37 LC, establece que:

Para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia.

### **c. Análisis al caso concreto.**

En relación con la inobservancia al principio de proporcionalidad, la parte actora ha alegado que el CD-SC no atendió los siguientes aspectos: *i)* los art. 37 y 38 LC; *ii)* el subprincipio de necesidad; y *iii)* el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

i. Sobre la inobservancia a los arts. 37 y 38 LC, plantea que: *a)* de la lectura de los actos impugnados se puede comprobar que la autoridad demandada no atendió ni uno solo de los criterios de dosimetría establecidos en el art. 37 LC; *b)* no se han efectuado cuantificaciones sobre el daño causado; *c)* para imponerle la sanción correspondiente se tendría que haber graduado la gravedad de esta de conformidad con la teoría general de la culpa.

En efecto, aduce que la Administración Pública al hacer uso de la potestad sancionadora debe aplicar criterios de graduación para cuantificar la sanción a imponer dentro de los límites mínimos y máximos que establezca la ley –cuando esta los prevea–, o limitarse a tomar la opción mínima establecida en la ley.

También afirma que el art. 38 inc. 6 LC, establece que la Superintendencia podrá imponer como sanción una multa de hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso. En el presente caso se ha impuesto una sanción de cuatro salarios mínimos mensuales, en consecuencia, el CD-SC no ha impuesto la sanción mínima que establece la LC y, por tanto, debió cumplir con los requisitos aplicables establecidos en el art. 37 LC.

Ahora bien, al dar lectura a la resolución de 15-08-2018 este juzgado verifica que se ha considerado por el CD-SC lo siguiente:

*a) Gravedad:* Según afirma la autoridad demandada los supuestos –de mayor a menor– para establecer la gravedad de la infracción son: *i)* ausencia total de colaboración, *ii)*

colaboración parcial, incompleta o inexacta, y iii) colaboración de forma extemporánea. En ese orden el CD-SC estimó que: “[...] *la infracción de TOMZA se ubica en un nivel medio de gravedad, al verificarse la colaboración parcial por presenta información incompleta y extemporánea*” (fs. 144 frente EA).

**b) Daño Causado:** “*se determina por medio del análisis de los efectos negativos o perniciosos que ha provocado la falta de colaboración, [...] sobre el cumplimiento de las atribuciones de la Superintendencia de Competencia, que en el caso particular se refiere al procedimiento de investigación ref. SC-005--/PI/R-2018. En el caso concreto al no entregarse en tiempo, forma y completa la información solicitada, se produce un daño importante e irreparable en el análisis y los resultados del mencionado procedimiento de investigación, dilata su conclusión y obliga a un desgaste innecesario de los recursos de la Superintendencia. Como consecuencia, TOMZA entorpeció las funciones de esta Institución y obstaculizó el análisis de información esencial y pertinente para la investigación de la comisión de la conducta tipificada en el artículo 25 letra a) de la LC, específicamente, por el supuesto acuerdo para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma en la comercialización de GLP a granel, para consumo comercial/industrial*” (fs. 142 vto. EA).

**c) Duración:** “*Este criterio queda plenamente comprendido dentro de la estructura de la multa, la cual es sobre una base diaria por cada día hábil de atraso. En el caso particular, este aspecto deberá ser computado en dos períodos [...] en virtud de que el período comprendido entre el 4 y el 18 de julio del presente año no será tomado en cuenta al momento de cuantificar la multa, pues en este se tramitó el incidente de nulidad señalado y se ordenó la repetición de todo lo actuado en este procedimiento [...] Total: 36 días hábiles*” (fs. 143 frente EA).

**d) Reincidencia:** es mencionada como un criterio atenuante, debido a la carencia de ésta (fs. 143 vto. EA).

En relación con el efecto sobre terceros y las dimensiones sobre el mercado manifestó que, no era aplicable al presente caso, dado que no se está sancionando ningún tipo de práctica anticompetitiva.

De acuerdo con lo expuesto por la autoridad demandada –citado anteriormente–, se constata que no es cierto lo afirmado por la actora en el sentido que el CD-SC no atendió ni uno solo de los criterios de dosimetría punitiva establecidos en el art. 37 LC, dado que sí fueron examinados en tal carácter por esa autoridad en la resolución de 15-08-2018. De igual forma, tal como lo señala la parte actora, el CD-SC en la resolución impugnada afirmó que tales criterios son “*considerables para establecer el nivel de gravedad*”, sin embargo, bajo el contexto que realiza dicha afirmación, es lógico y evidente que se refiere a la *gravedad de la sanción a imponer*, y no solo al criterio de “*gravedad de la infracción*” –que el CD-SC desarrolla posteriormente en su resolución en los términos antes expuestos (letra a) de la página que

antecede y fs. 144 EA)—, por lo que tampoco es cierto que no se haya analizado los criterios del art. 37 LC como “*Criterios de dosimetría punitiva*”, según lo alega la actora.

Ahora bien, respecto de que no se han efectuado cuantificaciones sobre el daño causado a los consumidores u otros agentes económicos, es preciso aclarar, en primer lugar, que el criterio previsto en el art. 37 LC, no requiere estrictamente efectuar una cuantificación numérica de los daños causados a los consumidores o a los agentes económicos, estableciendo un *Quantum* específico de los daños, sino que el análisis dependerá del caso en concreto. En el presente proceso, no es lógico pretender que se establezca una cuantificación de los daños causados a los consumidores o a otros agentes económicos, en la medida que la infracción en cuestión radica en *no suministrar a la Superintendencia de Competencia la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta*, supuestos que no implican un detrimento o un daño directo a los consumidores o a otros agentes económicos, sino indirecto, en la medida que las facultades de investigación que se otorgan a la Superintendencia de Competencia le autorizan para requerir, a las entidades públicas y a cualquier agente económico, toda la documentación e información que considere necesaria, *para promover, proteger y garantizar la competencia en El Salvador* (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 9-10-2013, pronunciada en el proceso con referencia 21-2009).

En efecto, el CD-SC ha analizado dicho requisito sobre la base de los efectos negativos o perniciosos que provocó la falta de colaboración en el procedimiento de investigación ref. SC-005-O/PI/R-2018, en consecuencia, ha cumplido con tal criterio dispuesto en el art. 37 LC.

De igual forma, se advierte que el CD-SC en la resolución de 15-08-2018, efectuó un análisis de los criterios establecidos en el art. 37 LC, en similares términos a los expuestos en la sentencia de 04-09-2017, pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo en el proceso con referencia 254-2014, en los cuales se constató el cumplimiento en la aplicación de los criterios determinados en la LC para el cálculo de la multa.

Finalmente, la parte actora señala que para imponerle la sanción correspondiente se tendría que haber graduado la gravedad de esta de conformidad con la teoría general de la culpa; en efecto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, aduce que el título de imputación en el derecho administrativo sancionador, es uno de los criterios que incide para determinar la gravedad de la sanción a imponer.

Sin embargo, en el presente caso, este juzgado ha constatado el CD-SC en el análisis del *daño causado* en el párrafo 73 —y en otros pasajes— de la resolución impugnada de 15-08-2018, señaló que la actora había actuado de forma *negligente* en relación con su deber de colaboración, es decir tomando en cuenta el *título de imputación* atribuido a la actora, por lo que no es cierto que se haya omitido considerar este aspecto, circunstancia que la misma



actora advierte en su demanda, expresando que se ha: “mezclado un elemento del tipo de la infracción con los criterios de dosimetría punitiva, que “se colige una actitud negligente” y que, aunque no dice de dónde es que la colige, ya anotamos que no es cierto que nuestra mandante haya mostrado una actitud indiferente al requerimiento adicional de información[...]”. De igual manera, tampoco es cierto que no haya establecido de qué forma se determinó el título de imputación, en la medida que en el párrafo 66 de la resolución impugnada, el CD-SC expuso que: “se denot[ó] una negligencia de parte de la demandante para presentar la información, “tal como ella misma lo advierte al expresar –en su escrito de [12-07-2018]– que la falta de presentación de la información [“]fue por una mala comprensión del personal a cargo que se consideró que se había cumplido los requerimientos de información[“]”. En consecuencia, en la resolución de 15-08-2018 sí fue examinado el título de imputación aplicable al presente caso.

ii. En relación con la inobservancia al subprincipio de necesidad la parte actora señala que hubiese bastado una prevención y un plazo razonable para que la demandante hubiese proporcionado la información y la documentación con la que contaba.

Conforme al subprincipio de necesidad, una medida –sanción administrativa– será necesaria si dentro *del catálogo de medidas posibles* no existen otras que posean igual grado de idoneidad con respecto a la finalidad advertida y que sean menos lesivas o dañosas a los derechos fundamentales involucrados (Sala de lo Constitucional; sentencia de inconstitucionalidad de 03-02-2016, pronunciada en el proceso con referencia 1758-2013).

En relación con lo anterior, se advierte que el argumento planteado no tiene relación con una presunta inobservancia del subprincipio de necesidad, en la medida que la *prevención* para la presentación de la información aducida por la parte actora, no constituye una **sanción administrativa**<sup>1</sup>, sino una actividad que efectúa la autoridad respectiva, a través de una providencia, con el fin de buscar asegurar –de ser necesario y procedente– el cumplimiento efectivo del deber de colaboración. Las multas contempladas en el art. 38 inc. 6° LC tienen una finalidad disuasoria, es decir, no pretenden que la sociedad demandante suministre la colaboración en los términos requeridos, –dado que, de cualquier manera, debe cumplir con dicha obligación–, sino que procura disuadir a los sujetos obligados de no dar el apoyo y colaboración necesaria a la SC, en los términos establecidos en el art. 50 LC.

De igual forma, la “prevención” no se encuentra dentro *del catálogo de medidas posibles* previstas en el art. 38 LC.

En consecuencia, se ha verificado que la parte actora no ha expuesto cual, a su consideración es el medio alterno con igual o mayor grado de idoneidad para alcanzar el

---

<sup>1</sup> Acto de gravamen producto de la comprobación de una conducta ilícita o infracción, a través de la cual se afecta negativamente la esfera jurídica de los particulares, ya sea mediante la privación de un derecho o de una determinada actividad, o mediante la imposición de un deber antes inexistente (Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11-03-2021 pronunciada en el proceso con referencia 26-27-19-PC-SCA).

objetivo perseguido y que sea más benigno en relación con otro —que tampoco se describe— con el fin de proteger el derecho fundamental que estima afectado. En atención a los argumentos expuestos, deberá desestimarse este reclamo formulado respecto de la inobservancia al principio de necesidad.

iii. Finalmente, respecto de la inobservancia al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la actora expuso los siguientes argumentos: *a)* no ha establecido cuál es la magnitud o la lesividad de la conducta atribuida a la demandante; *b)* no podría existir proporción o adecuación entre una conducta que consiste en *no entregar en tiempo* alguna información con una multa de más de \$40,000.

Sin embargo, en relación con el primer punto planteado, tal como se expuso anteriormente, en la resolución impugnada de 15-08-2018, el CD-SC desarrolló el criterio *daño causado*, exponiendo los efectos negativos o perniciosos que provocó la falta de colaboración, en el cumplimiento de las atribuciones de la SC dentro del procedimiento de investigación ref. SC-005--/PI/R-2018. En efecto, adujo que: “*al no entregarse en tiempo, forma y completa la información solicitada, se produce un daño importante e irreparable en el análisis y los resultados del mencionado procedimiento de investigación, dilata su conclusión y obliga a un desgaste innecesario de los recursos de la Superintendencia*”.

De igual forma, en el presente caso, se insiste, se ha sancionado a la actora en virtud de haber suministrado la información requerida *de forma incompleta*, por tanto, no es cierto que la conducta sancionada en el presente caso consista en *no entregarla en tiempo*.

En tal sentido, se constata una deficiencia argumentativa que justifique, en concreto, cuál es la inobservancia al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que no se razonó por el peticionario por qué, a su consideración, la medida adoptada no es proporcional, es decir, por qué no se justifica la intervención en sus derechos mediante la imposición de la multa, más aún tomando en cuenta que el test de proporcionalidad tiene un carácter escalonado (Inc. 23-2018, de 10-12-2018) y tal deficiencia también se advirtió respecto del planteamiento que hace sobre la inobservancia del subprincipio de necesidad.

Por ende, en atención a las deficiencias argumentativas advertidas, deberá desestimarse este último reclamo formulado en la demanda respecto de la inobservancia al subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido.

4. Ahora bien, en relación con la vulneración al derecho de propiedad, la parte actora aduce que ha sufrido una afectación a su patrimonio dado que la multa impuesta por el CD-SC es ilegal, en atención a las vulneraciones e inobservancias previamente expuestas. Sin embargo, dado que se han desestimado los demás fundamentos jurídicos planteados por la actora, no se ha comprobado la ilegalidad de la multa impuesta por el CD-SC y, en consecuencia, deberá desestimarse también este último fundamento jurídico.

## 5. Sobre la inaplicabilidad del art. 38 LC.

A. La parte actora en su demanda solicita que se declare inaplicable la disposición contenida en el art. 38 de la LC, en lo que respecta a los montos mínimos y máximos de las multas que contempla para las infracciones previstas, ya que considera que *carecen de justificación objetiva suficiente en relación con la finalidad que les sirve de fundamento*, lo que implica la vulneración al subprincipio de idoneidad del principio de proporcionalidad inherente al derecho de propiedad –arts. 246 inc. 1º y 2 inc. 2º Cn–.

Asimismo, señala que por esta misma razón fue declarado inconstitucional el art. 19 de la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo en sentencia de 03-02-2016.

B. El art. 185 Cn. faculta: *“Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”*.

La Sala de lo Constitucional en la inconstitucionalidad ref. 118-2017 de fecha 22-012-2017 expuso que: *“1. Conforme al art. 185 Cn., la posibilidad de iniciar un proceso de inconstitucionalidad a partir del ejercicio de la potestad judicial de inaplicación de cualquier ley o disposición de otros órganos que contraríen preceptos y principios constitucionales fue incorporada a la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) por medio del Decreto Legislativo nº 45, de 6-VII-2006, publicado en el Diario Oficial nº 143, tomo nº 372, de 7-VIII-2006. Pero, aunque la reforma no determinó un trámite diferenciado para resolver los procesos iniciados por el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, esta sala, mediante una interpretación sistemática de los arts. 183 y 185 Cn. y de la LPC, ha establecido que estos deben desarrollarse de conformidad con los arts. 7, 8 y 9 de ese cuerpo normativo.*

En relación con lo anterior, la Sala de Constitucional en la misma sentencia señala que al remitirse la certificación de inaplicabilidad a que se refieren los arts. 77-E y 77-F LPC, esta debe cumplir, de conformidad a los arts. 77-A, 77-B y 77-C LPC, con **los requisitos mínimos necesarios para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad**, a saber: *“(i) la inexistencia de pronunciamiento de esta sala sobre la constitucionalidad de la disposición, acto o cuerpo normativo inaplicado; (ii) la relación directa y principal que debe tener la ley, disposición o acto subjetivo, público o privado, con la resolución del caso; (iii) el agotamiento de la posibilidad de interpretación conforme a la Constitución del objeto de la inaplicación; y (iv) los elementos indispensables del control de constitucionalidad”*.

En virtud de lo anterior, se efectuará el análisis solicitado sobre la base de los requisitos antes expuestos.

C. En atención a que la inaplicabilidad ha sido pedida por la parte actora, deben identificarse previamente los elementos necesarios para la adecuada configuración del control de constitucionalidad en la solicitud efectuada, *es decir, el contraste normativo según lo*

indica el art. 6 n° 2 y 3 LPC, y la aportación de los argumentos suficientes y necesarios respecto del parámetro y objeto de control, así como de la supuesta inconstitucionalidad (Inc. Ref. 118-2017).

Al respecto, la Sala de lo Constitucional en auto ref. Inc. 44-2006 de 04-07-2007, señaló que: “el art. 6 n° 2 LPC establece como requisitos de la demanda la identificación de “la ley, decreto o reglamento que se estime inconstitucional” –lo que se denomina “objeto de control” de constitucionalidad–; y, en el n° 3, que se citen “los artículos pertinentes de la Constitución” que se estimen vulnerados por la disposición o cuerpo normativo impugnado –“parámetro de control” de constitucionalidad–”.

De igual forma el art. 6 n°3 de la LPC establece que deben precisarse “Los motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad expresada”.

De esta forma, el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión de inconstitucionalidad, está constituido, en primer lugar, por el establecimiento del contenido del objeto y del parámetro de constitucionalidad, y, en segundo lugar, por las **argumentaciones expuestas tendentes a evidenciar las confrontaciones internormativas**, percibidas por el actor, entre el contenido de uno y otro (Sala de lo Constitucional, auto definitivo 20-03-2013, Inc. Ref. 120-2012).

**D.** En el presente caso, la parte actora ha identificado: *i*) objeto de control: art. 38 de la LC; y *ii*) parámetro de control: arts. 246 inc. 1° y 2 inc. 2° Cn.

Sin embargo, no ha aportado los argumentos que a su consideración justifican la supuesta inconstitucionalidad de los montos establecidos en el art. 38 LC, es decir, las explicaciones que fijen o delimiten la razón de la supuesta ausencia de justificación objetiva suficiente de tal medida, ni por qué considera que dicha justificación no se encuentra acorde con la finalidad de dichas sanciones. Tampoco ha efectuado el contraste normativo con el parámetro de control que ha identificado.

De igual forma, no ha cumplido con los requisitos mínimos señalados por la Sala de lo Constitucional –118-2017– para tramitar y decidir un proceso de inconstitucionalidad –y que también debe cumplir una solicitud de inaplicabilidad–: *(i)* la inexistencia de pronunciamiento de esta sala sobre la constitucionalidad de la disposición, acto o cuerpo normativo inaplicado; *(ii)* la relación directa y principal que debe tener la ley, disposición o acto subjetivo, público o privado, con la resolución del caso; *(iii)* el agotamiento de la posibilidad de interpretación conforme a la Constitución del objeto de la inaplicación; y *(iv)* los elementos indispensables del control de constitucionalidad.

**E.** En consecuencia, si bien la solicitud de inaplicabilidad no debe cumplir estrictamente los requisitos de una demanda de inconstitucionalidad, deben plantearse los fundamentos suficientes y necesarios que permitan realizar un análisis entre la disposición secundaria señalada como objeto de control y las contenidas en el texto constitucional, identificadas como parámetro de control. En virtud de lo anterior, este Juzgado considera

que no es procedente tramitar la inaplicabilidad alegada, ante la deficiencia argumentativa advertida respecto de la solicitud de inaplicabilidad expresada.

**POR TANTO**, con base en las razones expuestas y de conformidad con lo establecido en los arts. 2, 11 y 12 de la Constitución de la República, 57, 59 letra a), 60, 61, 77, 103 y 123 de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y 312 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil; en nombre de la República, **FALLO**:

1) **Declarar que no se han comprobado los motivos de ilegalidad** planteados por la sociedad Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., por medio de sus apoderados, los abogados Mario Francisco Valdivieso Castaneda, María Teresa Berdugo de Valdivieso y José Mario Valdivieso Berdugo, contra las siguientes actuaciones: (i) resolución de 15-08-2018, pronunciado en el procedimiento referenciá SC-021-O/OI/NR-2018, por medio de la cual se sancionó a la sociedad Tomza Gas de El Salvador, S.A. de C.V., por la cantidad de \$43,800.48 en concepto de multa por la comisión de la infracción administrativa tipificada en el art. 38 inc. 6° de la Ley de Competencia (LC), al haber faltado a su deber de colaboración en el sentido de no haber proporcionado de forma completa la información y documentación requerida en el procedimiento administrativo sancionador con referencia SC-005-O/PI/R-2018; (ii) resolución de 22-08-2018, por medio de la cual se resolvió declarar ejecutoriada la resolución final de 15-08-2018; y (iii) resolución de 29-08-2018 pronunciada por el CD-SC mediante el cual declaró improponibles los recursos de revisión y revocatoria.

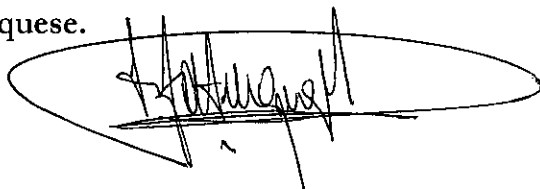
2) **No hay** condena en costas.

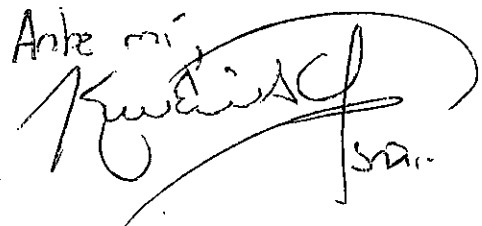
3) Una vez firme la presente sentencia **devuélvase** el expediente administrativo a su lugar de origen. Para tal efecto, oportunamente **librese** el oficio respectivo.

4) **Se hace saber a las partes** que, a partir del día siguiente de la notificación de esta sentencia, se les habilita el plazo de cinco días para interponer el recurso de apelación ante este juzgado, en los términos previstos en los arts. 112 y siguientes de la LJCA; transcurrido dicho término sin que lo haga, la presente sentencia adquirirá firmeza, sin necesidad de auto posterior que así la declare y se deberá procederá a su ejecución conforme a los arts. 61 y siguientes de la LJCA.

5) **Librar oficio** al Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Ana, junto con la certificación de la presente sentencia, informando el estado actual del presente proceso.

6) **Notifíquese.**



Ante mí  
  
S.A.

