

13/05/10 0
10:40

97

Ref. 63-2009

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

GUILLERMO ENRIQUE ROMERO CHOTO, abogado, mayor de edad, de este domicilio, actuando en mi carácter de Apoderado General Judicial de la sociedad denominada **TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE** y que puede abreviarse **TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, S.A. de C.V. y TELESAL, S.A. DE C.V.** (en adelante **TELEFÓNICA**); **EXPONGO:**

I. ANTECEDENTES.

Que en fecha 30 de abril del corriente año, mi representada ha recibido notificación por medio de la cual está Sala le corre traslado por el plazo de Ley.

Que por este medio vengo en el carácter indicado a evacuar dicha audiencia, lo que hago en los términos siguientes:

II. EVACUANDO TRASLADO.

2.1 De los argumentos de ilegalidad expresados como sustrato de la pretensión.

Según se expuso en la demanda, los actos reclamados adolecen de vicios concretos: 1) La violación a la presunción de inocencia, 2) la conculcación al Art. 37 de la Ley de Competencia y 3) el quebrantamiento del Art. 44 LC.

En cuanto a la primera violación, es decir la presunción de inocencia, según se ha expuesto en la demanda, esta se ha configurado ya que la autoridad demandada no ha comprobado de forma razonable y suficiente -inclusive a la fecha- la intencionalidad de mi mandante de "retrasar" determinado trámite, sumado a que existe evidencia que contradice esta intencionalidad. En cuanto a la violación del Art. 37 LC, la violación se ha manifestado cuando la administración ha desatendido los parámetros que dicha disposición determina para la cuantificación de la sanción impuesta. Y por último en lo que respecta al Art. 44 LC la violación se ha materializado principalmente porque la administración demandada no expresó e inclusive a la fecha no ha cumplido con el requisito que dicha disposición señala de realizar requerimientos de información

a los particulares, es decir no ha expresado cual es y fue la relevancia de la solicitud realizada a mi mandante.

En concreto mi poderdante ha expresado respecto del tema de la presunción de inocencia que existen elementos que lejos de configurar esa intencionalidad, nos apartan de ella, lo que se ha manifestado principalmente bajo dos premisas que es importante retrotraer: 1) que existía una falta de claridad en los requerimientos de información ejecutados, lo que permitía comprender el requerimiento en varios sentidos, profundidad y extensión y; 2) que la información requerida ya obraba en manos de la autoridad denunciada. En cuanto a la violación al Art. 37 LC mi mandante expresó en la demanda (folios 16) que la demandada increpó exclusivamente a mi mandante el retraso del procedimiento, aún y cuando existen hechos externos y no generados por TELEFONICA que obligaron al retraso. En cuanto a este punto -y solo a guisa de ejemplo- a folios siempre 16 mi mandante ha especificado cómo dos meses de los que se han computado como parte del retraso causado por mi mandante no le son desde ningún punto de vista atribuibles, lo que desde toda perspectiva rebajaría en todo caso el supuesto incumplimiento y consecuentemente desmeritaría la calificación cuantitativa del monto de la multa impuesta.

2.2. De las expresiones de la autoridad demandada respecto de los argumentos de ilegalidad contenidos en la demanda.

a. En cuanto al argumento de la falta de valoración real por parte de la autoridad demandada de la información presentada por TELEFONICA, la administración realiza una serie de razonamientos y especulaciones a partir de las cuales pretende colegir que con el hecho de que mi mandante realizó con posterioridad un nuevo despacho de información, se ha comprobado a su juicio indefectiblemente que si entendía desde un inicio el requerimiento y que su negativa era intencional.

b. En cuanto a la falta de claridad del requerimiento, (folios 8 del informe) la autoridad demandada igual pretende sostener que su solicitud fue clara, basada principalmente en el hecho que mi mandante terminó presentando una segunda información y que esta vez si estaba de acuerdo a su pretensión. En este sentido (folios 9) termina poniendo como base de su contra argumentación, la circunstancia factica ya anunciada, sin hacer mayor análisis.

c. Es importante reseñar, que la autoridad demanda obvió expresarse respecto de la violación del Art. 37 LC, no obstante en el libelo de la demanda (folios 8, 14,15 y 16) mi poderdante advirtió la forma en que el cálculo de la multa resultaba ilegal ya que desobedecía el presupuesto

de la magnitud del daño supuestamente causado y que la administración taso como un retraso importante en el procedimiento, no obstante la mayor parte del supuesto retraso no es imputable a mi mandante sino a la misma administración.

2.3. Consideraciones finales del proceso.

Aclarado entonces cuales han sido los argumentos esgrimidos por mi mandante en la demanda, y la forma en que la administración ha pretendido justificar los actos sancionatorios impugnados, considero indispensable a fin de ilustrar más a esta Sala hacer las siguientes consideraciones finales:

a. Respecto de la definición de imputabilidad o inocencia de mi mandante.

De inicio me limito a especificar que si la alegación de mi mandante ha sido que la Superintendencia con su actuación ha transgredido su derecho a la presunción de inocencia, es necesario que tanto la administración como este Tribunal hagan recaer su análisis sobre el único elemento real que permitirá definir si existen o no circunstancias que exoneraban a TELEFONICA de responsabilidad y que no han sido tomadas en cuenta al momento de resolver. Sobre este punto acoto, que no son para nada mínimamente suficientes los razonamientos con los que la autoridad demandada pretende tener por comprobado que mi mandante entendía desde un inicio y que fue voluntario no remitir la información de la manera en que le fue solicitada, ya que en todo caso estas son meras presunciones que para ser efectivamente utilizables deben basarse en análisis que en todo caso se refieran a la solicitud de información, a la forma en que mi mandante pretendió suplirla originalmente y las diferencias de esta última con el último despacho de información que TELEFONICA envió a la SC.

La deficiencia argumentativa de la administración respecto de este extremo es reiterativa a la demostrada en sede administrativa, ya que la defensa de la administración no se aproxima concretamente a estudiar estos tres momentos es decir la solicitud y los dos informes presentados, como para generar prueba de cargo que bote la presunción de inocencia de mi mandante. En otros términos, el único medio por el cual fuera legítimo sostener que la administración ha fragmentado de forma acertada la presunción de inocencia de mi mandante, no ha sido abordado por la administración (ni en sede administrativa ni en su defensa en este proceso), lo que genera que no se haya probado de manera suficiente y razonable que se haya

configurado el tipo del ilícito administrativo imputado y mucho menos la intencionalidad de TELEFONICA en su supuesta comisión.

A este respecto considero mandatorio advertir que si esta Sala tiene a bien estudiar el requerimiento original enviado por la administración, podrá advertir como se ha señalado que este admitía en cuanto a su extensión y contenido al menos dos interpretaciones distintas, y que precisamente bajo el amparo de una de estas dos posibles interpretaciones, es que mi mandante procedió a evacuar en una primera oportunidad el requerimiento, entendiendo haberlo hecho correctamente. Ahora las supuestas diferencias o discrepancias entre el requerimiento y lo últimamente presentado advierto no son tales, ya que cuando se procede a la revisión comparativa entre la información enviada a primer requerimiento por TELEFONICA, de la segundamente presentada, advertimos que las diferencias entre ambas son meras "formalidades" que para nada desmeritan el haber incumplido el deber de colaboración y mucho menos reflejan intencionalidad de desobediencia. (Más bajo la aplicación obligatoria del principio de informalidad administrativa).

Recalcando este punto, ya que su definición es importante respecto de la factibilidad de la imputación administrativa, es a mi juicio indispensable para resolver, realizar la citada comparación a fin de advertir que en puridad, de la información remitida de forma original a la posteriormente entregada por TELEFONICA, no hay una diferencia cualitativa, sino una mera presentación de la información que bien pudo ser lograda con el ejercicio de un mínimo análisis de lo presentado a primer requerimiento.

Como se denota el quid de la presente discusión, por el tipo de alegación que he presentado mi mandante – violación a su presunción de inocencia- no puede ser salvado con la exposición de meros silogismos o conjeturas lógicas, - ya que dichos elementos no son suficiente prueba de cargo – sino que en todo caso debe pasar en este caso por este análisis comparativo que mi poderdante espera encontrar como parte del análisis de esta Sala al momento de elevar su fallo.

Sobre este punto, me interesa también acertar que si este Tribunal llegará a la conclusión correcta, es decir que mi mandante honró la obligación de colaboración de una manera razonable en el primer requerimiento, y que el segundo requerimiento de la administración radicaba en una falta de comprensión de parte de la administración de lo remitido o mas bien en un enfoque meramente formalista, los actos impugnados serían definitivamente ilegales.

Como último punto de descargo sobre este extremo de la imputación, me permito señalar que si la verdadera intención de mi mandante hubiera sido la de dilatar el proceso o impedir su continuación, jamás hubiera aportado ningún elemento o explicación de las requeridas, lo que lleva a concluir que el hecho de haber evacuado el requerimiento implica en si mismo un elemento que desmerita la conclusión de la intencionalidad de incumplir el deber de colaboración, aspecto que resulta mas evidente aún cuando advertimos que entre la información enviada en el primero y el segundo despacho existe un alto grado de coincidencia y que las diferencias en su mayoría son meramente de la forma en que estos resultados pueden ser presentados.

Por todo lo antes expresado, es concluyente que en el caso de merito ha existido una clara y evidente violación a la presunción de inocencia de mi mandante, ya que existen o han convergido verdaderas evidencias de que su intención jamás fue el retraso del procedimiento que ha dicha fecha se instruí, y las conclusiones sancionatorias al respecto lejos de estar basadas en verdaderas acreditaciones analíticas sobre los requerimientos y la forma en que fueron evacuados se sostiene en argumentaciones formales.

b. Respecto de la alegación de la violación al Art. 37 LC.

En cuanto a esta alegación que como ya cite, igual obligaría a la declaratoria de ilegalidad del acto, recalco únicamente que la omisión de argumentaciones administrativas al respecto, obliga a fin de resolver determinar CUANTITATIVAMENTE, cuanto del tiempo del supuesto retraso es efectiva y realmente imputable a mi mandante. Sobre este punto vale revisar la bitácora de las fechas de evolución de esta etapa del procedimiento, a fin de advertir que mi mandante en todo caso no ha sido responsable del retraso del tramite, ya que mayoritaria y principalmente existe evidencia empírica de que la Administración retrasó por su cuenta el expediente y no directamente esto se generó por la supuesta tardanza de mi mandante en acceder a dar la información requerida.

En este sentido, llamé a este Tribunal a verificar con la vista del expediente que ya ha sido remitido la naturaleza de los actos propios de esta etapa del procedimiento para comprobar que la posición de mi mandante en el procedimiento le impedía ser considerado como un elemento de retraso.

c. Violación al Art. 44 LC.

Un elemento que tampoco ha sido probado de forma suficiente por la administración es la condición indispensable de razonabilidad del requerimiento de la misma a mi mandante en el marco de la aplicación del Art. 44 LC.

Según la citada disposición, la potestad de requerir compulsiva y mandatoriamente información por parte de la SC. No es de orden absoluto, sino que está supeditada a la explicitación (oportuna y anticipada) de los motivos o razones por los cuales la información requerida (ya sea en su fondo como en su forma) es o era relevante para realizar las investigaciones.

Como logra advertirse en el caso particular la administración no ha cumplido con el preuesto de motivar la solicitud de información aclarando al ente solicitado porque la misma es "relevante", ya que hasta esta fecha y por medio de los escasos razonamientos vertidos al respecto a folios 9 y 10, la autoridad demanda expresa de forma tardía esta parte motivacional que era indispensable para articular la competencia de requerimiento configurada en el Art. 44 LC.

Sobre este extremo, solicito a esta Sala que revise el expediente administrativo y más concretamente las resoluciones por medio de las cuales se solicitó la información en disputa, y advertirá que estas carecen de la expresión del elemento de razonabilidad que la disposición en comento establece como indispensable.

A modo de finalización sobre este punto, considero importante solicitar a esta Sala, aclarar al ente demandado que su poder de requerimiento de información, aunque amplio se encuentra por la naturaleza de la investigación sometido a un parámetro mínimo de validez, y este depende principalmente de que oportunamente, es decir al realizar sus solicitudes cumpla como mínimo con las condiciones legales que la norma aplicable le ha establecido al respecto, para el caso expresar la relevancia de lo solicitado respecto del objeto de la "investigación" en el marco de la cual se solicite.

El último de los razonamientos permite también adelantar el siguiente cuestionamiento: la administración en el caso de merito ha demostrado al menos mínimamente que la información solicitada a mi mandante era y fue relevante para efectos de la investigación que se diligenciaba

en esa fecha? ¿Consta ésta como prueba principal en el citado tramite?, ¿no constaba esta misma información ya en el expediente por la vía de los demás proveedores de servicios que también fueron intimados en el tramite?.

A juicio de mi mandante y del mío propio consideramos indispensable que al resolver este Tribunal se exprese sobre este punto, ya que de esta forma se estaría estableciendo claridad respecto de los parámetros bajo los cuales por seguridad jurídica el legislador ha sometido el poder de requerir toda suerte de información, limitando con ello la acción de requerimiento a aquellos elementos que sena pertinentes y conducentes, *contrario sensu* relevando de este poder sobre aquellos temas que no resulten "relevantes" y generando con ello que la falta de relevancia de los mismos o su expresión oportuna que es lo mismo impidan no solo la configuración de la potestad de requerir, sino inclusive la posibilidad de pretender como en el caso de merito imponer una sanción por supuestamente haber incumplido un mandato que bajo todas luces debe reputarse ilegítimamente configurado.

A modo de finalización sobre este tema, basta traer a colación lo adelantado por esta Sala en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, principalmente lo relativo a la trascendencia de la motivación administrativa para el ejercicio de poderes que están configurados bajo esta suerte de potestad, así las cosas valdría la pena tener claro como la Administración pretende o ha pretendido haber satisfecha los requisitos de este concepto que admite como es sabido una sola solución que para el caso no ha sido explicitada.

III. PETITORIO.

1. Por lo antes expuesto PIDO:
2. Se me tenga por parte en el carácter en que actúo
3. Se me admita el presente escrito por medio del cual evacuó el traslado que fuere concedido a mi mandante;
4. Se dicte cual corresponde en sentencia definitiva que los actos impugnados son ilegales por los motivos invocados.
5. Declaro bajo juramento que en mi persona no converge motivo alguno de inhabilitación para procurar y adjunto a este escrito la copia certificada del poder a mi nombre a fin de que se verifique la suficiencia de mi legitimación.

San Salvador, 11 de mayo de 2010.