

SC-023/M/R-2008

Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, Antiguo Cuscatlán, a las once horas y cincuenta y cinco minutos del día quince de enero de dos mil nueve.

El presente procedimiento se inició mediante resolución de fecha dieciséis de diciembre de dos mil ocho, contra la sociedad DIGICEL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE (en adelante, DIGICEL), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia.

I. Antecedentes

En el procedimiento administrativo sancionador con referencia SC-022-D/PA/R-2007, promovido en contra de las sociedades DIGICEL y otras, la Superintendente de Competencia, mediante resolución de fecha diecisiete de septiembre de dos mil ocho, requirió a DIGICEL cierta información y documentación por considerarla necesaria en la investigación de mérito.

Los días uno y dos de octubre de dos mil ocho, la ingeniero Teresa Margarita Valdivieso de Barrientos, apoderada especial de DIGICEL, y el abogado René Armando Abrego Labbé, apoderado especial de DIGICEL, respectivamente, presentaron escritos por medio de los cuales incorporaron la información y documentación que a su juicio había sido requerida.

Mediante resolución pronunciada el día uno de diciembre de dos mil ocho, habiéndose advertido que la información enviada por DIGICEL era incompleta, la Superintendente de Competencia, entre otros aspectos, ratificó el requerimiento efectuado originalmente y advirtió que el mismo se completara en los términos solicitados, según la resolución de fecha diecisiete de septiembre de dos mil ocho, concediendo un plazo de diez días para su cumplimiento.

cc
JP
G. L.

A través de escrito de fecha tres de diciembre de dos mil ocho, DIGICEL manifestó su inconformidad con la resolución que ratifica el requerimiento y presentó recurso de revocatoria.

En virtud de lo anterior, el cinco de diciembre de dos mil ocho, la Superintendente de Competencia declaró sin lugar el recurso y confirmó en todas sus partes la resolución impugnada, apercibiendo que el plazo para presentar la información no se había suspendido y que, por tanto, debía contarse a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución de fecha uno de diciembre de dos mil ocho. En ese sentido, el plazo para presentar la información y documentación omitida o incompleta expiró el día jueves once de diciembre de dos mil ocho.

El citado día once de diciembre, DIGICEL presentó escrito a través del cual manifestó incorporar lo que –a su criterio– era la información faltante; sin embargo, de acuerdo al informe rendido por la Superintendente de Competencia el día dieciséis de diciembre de dos mil ocho, DIGICEL habría omitido cierta información que le fuera requerida, en específico, los balances de comprobación internos al treinta y uno de diciembre de dos mil seis y al treinta y uno de diciembre de dos mil siete.

En virtud de lo anterior, habiendo tenido conocimiento de dicha circunstancia, con base en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, este Consejo Directivo ordenó iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de DIGICEL, por atribuirle la presunta comisión de la infracción contenida en la disposición legal mencionada, para lo cual se aplicó supletoriamente el procedimiento establecido en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, en virtud de tratarse de un procedimiento distinto del establecido en la Ley de Competencia para comprobar la existencia de una práctica anticompetitiva, de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de dicha ley.

ooc
[Handwritten signature]
L.R.

122

La referida resolución fue notificada a DIGICEL con fecha diecisiete de diciembre de dos mil ocho y se le concedió un plazo de tres días hábiles para que manifestara en forma escrita su defensa.

El día veintidós de diciembre de dos mil ocho, DIGICEL, a través del abogado René Armando Abrego Labbé, presentó su escrito de defensa y adjuntó copia de escrito agregado en el procedimiento SC-022-D/PA/R-2007, por medio del cual, en ese procedimiento, manifiesta incorporar la documentación que a su juicio es la que hacía falta para complementar el requerimiento y que fue por la cual se inició el procedimiento sancionador por falta de colaboración.

En el citado escrito de defensa, DIGICEL expone a este Consejo Directivo que no ha incumplido con sus obligaciones como administrado instruido; por el contrario, ha mostrado una actitud de colaboración y cuidado ante las constantes requisiciones del instructor. Además, manifiesta que el motivo por el cual inició el presente procedimiento ha dejado de existir, pues ya incorporó los balances de comprobación internos.

Con fecha veintitrés de diciembre del año recién pasado, se ordenó continuar con el procedimiento, abriéndolo a pruebas por el plazo de ocho días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la notificación respectiva.

Durante dicho plazo se recibió carta de la Superintendente de Competencia, de fecha nueve de enero del corriente año, junto con la cual incorporó copia de la documentación remitida por DIGICEL en el procedimiento SC-022-D/PA/R-2007. Así, también, durante el mismo plazo, el trece de enero del año en curso, se recibió escrito de parte de DIGICEL, por medio del cual solicita que se termine con el presente procedimiento por falta de objeto.

Habiéndose completado las etapas procedimentales establecidas en la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, de

aplicación supletoria en el presente caso, quedó el procedimiento en estado de dictar la resolución final correspondiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Sobre la facultad de esta Superintendencia para verificar requerimientos de información y colaboración en el marco de una investigación por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas.

El artículo 4 de la Ley de Competencia establece que la Superintendencia tiene como finalidad velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia mediante un sistema de análisis técnico, jurídico y económico, que deberá complementarse con los estudios de apoyo y demás pertinentes para efectuar todas esas actividades de forma óptima.

Por lo anterior, a efecto de garantizar las finalidades expresadas y la eficacia de la labor institucional, la ley ha provisto las facultades suficientes que se asocian a dicho mandato, tal como lo prescribe el artículo 44 de la Ley de Competencia que expresamente faculta al Superintendente para que, en el ejercicio de sus atribuciones, pueda requerir los informes o documentación relevante para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trata.

Además, 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 la violación a los preceptos de esta Ley" (subrayado propio).

En el mismo sentido, el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Competencia establece 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” (subrayado propio).

De igual forma, el artículo 47 inciso final de dicho reglamento prevé 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” (subrayado propio).

En conclusión, de las disposiciones citadas se advierte claramente la facultad de la Superintendencia para requerir, bajo cualquier formato, la información o documentación que considere pertinente para realizar sus investigaciones, así como las explicaciones o aclaraciones relacionadas que coadyuven al mejor entendimiento del contenido de dicha información o documentación; además de la obligación de éstos de suministrar tal información de manera completa y exacta, independientemente de las actividades que tengan que realizar para dar cumplimiento a los requerimientos.

2. Sobre la sanción correspondiente por el incumplimiento de requerimientos de colaboración y sus efectos.

El artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia 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 (...)”.

C. F.

III. Prueba

En el expediente de este procedimiento administrativo sancionador aparecen agregados los siguientes documentos, los cuales constituyen la prueba documental en el presente caso:

- A) Copia certificada de la resolución de la Superintendente de Competencia de fecha diecisiete de septiembre de dos mil ocho, a través de la cual requirió a DIGICEL cierta información y documentación por considerarla necesaria en la investigación de mérito y del acta de notificación respectiva.
- B) Copia certificada del los escritos de fecha uno y dos de octubre de dos mil ocho, por medio de los cuales DIGICEL incorporó lo que consideró era la documentación e información requerida.
- C) Copia certificada de la resolución de la Superintendente de Competencia pronunciada el día uno de diciembre de dos mil ocho, a través de la cual, y habiéndose advertido que la información enviada por DIGICEL era incompleta, se ratificó –entre otros aspectos– el requerimiento efectuado originalmente y advirtió que el mismo se completara en los términos solicitados, según la resolución de fecha diecisiete de septiembre de dos mil ocho, concediendo un plazo de diez días para su cumplimiento; y del acta de notificación respectiva.
- D) Copia certificada de la resolución de fecha cinco de diciembre de dos mil ocho, a través de la cual la Superintendente de Competencia, entre otros aspectos, confirmó en todas sus partes la resolución impugnada, apercibiendo que el plazo para presentar la información no se había suspendido y que, por tanto, debía contarse a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución de fecha uno de diciembre de dos mil ocho; y del acta de notificación respectiva. En ese sentido, el plazo para presentar

cc
D
E.L.

la información y documentación omitida o incompleta expiró el día jueves once de diciembre de dos mil ocho.

- ✓ E) Copia del escrito de fecha once de diciembre del año recién pasado, a través del cual DIGICEL incorporó lo que consideraba era la información faltante.
- ✓ F) Escrito de fecha veintidós de diciembre de dos mil ocho, a través del cual DIGICEL, por medio del abogado René Armando Abrego Labbé, manifiesta haber presentado al expediente SC-022-D/PA/R-2007 la documentación que a su juicio es la que hacía falta para complementar el requerimiento y que fue por la cual se inició el presente procedimiento sancionador.
- G) Carta de la Superintendente de Competencia, de fecha 9 de enero de dos mil nueve, por medio de la cual incorporó copia de la documentación que el día veintidós de diciembre de dos mil ocho, el abogado de DIGICEL presentó al procedimiento SC-022-D/PA/R-2007, y que está en estrecha relación con el objeto del presente expediente sancionador.

IV. Aplicación al caso concreto

Tal como se ha consignado en el romano anterior, en el presente caso corren agregadas todas las resoluciones emitidas por la Superintendente de Competencia y los escritos presentados por DIGICEL relacionados con el objeto de este expediente.

Ahora bien, es oportuno traer a cuento que este procedimiento se inició en virtud que DIGICEL, no obstante habérsele requerido en dos ocasiones, no habría remitido, en el plazo estipulado, la siguiente información y/o documentación: *Balances de comprobación internos al treinta y uno de diciembre de los años dos mil seis y dos mil siete.*

ooc
[Handwritten signature]
G. F.

Por su parte, según escritos presentados en este expediente el día veintidós de diciembre del año dos mil ocho y trece de enero del año dos mil nueve, DIGICEL ha manifestado como defensa:

- a. En primer lugar, que en el expediente SC-022-D/PA/R-2007 ya incorporó la documentación requerida y que está relacionada con el objeto del presente expediente. Para intentar demostrar esta circunstancia, presentó copia del escrito aportado al citado expediente SC-022-D/PA/R-2007, en el cual manifiesta adjuntar los balances de comprobación. Por lo tanto, solicita que se termine este procedimiento por falta de objeto.
- b. En segundo lugar, que nunca ha incumplido con sus obligaciones como administrado instruido; por el contrario, ha mostrado una actitud de colaboración y cuidado ante las constantes requisiciones del instructor del procedimiento SC-022-D/PA/R-2007.

Pasando al análisis de lo dicho y aportado por DIGICEL, este ha sostenido que ya entregó la documentación faltante y por la cual se inició el presente procedimiento sancionador, por lo que, a su criterio, dicho procedimiento ya no tiene razón de ser.

Al respecto, al analizar detalladamente la documentación incorporada por DIGICEL al expediente SC-022-D/PA/R-2007, la cual se adjuntó en copia simple mediante carta remitida por la Superintendente de Competencia con fecha nueve de enero del corriente año, puede advertirse que, en efecto, DIGICEL agregó los balances de comprobación requeridos al treinta y uno de diciembre del año dos mil seis y al treinta y uno de diciembre del año dos siete; información que fue la que se le requirió en la investigación que se sigue en el procedimiento administrativo sancionador SC-022-D/PA/R-2007.

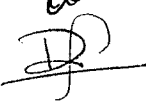
En virtud de lo expuesto, este Consejo Directivo estima que se ha comprobado que durante el periodo comprendido del 12 al 21 de diciembre, ambas fechas del mes de diciembre de dos mil ocho, DIGICEL no proporcionó la totalidad de la información que le fuera requerida, inicialmente, el 17 de septiembre del año recién pasado y solicitada –por segunda vez– el 1 de diciembre del mismo año; lo cual incidió de forma negativa en la conclusión de la investigación correspondiente al procedimiento SC-022/D/PA/R-2007 al dilatar indebidamente su desarrollo.

La anterior circunstancia permite a este Consejo Directivo concluir que, aunque a la fecha DIGICEL ya cumplió el requerimiento de información, este procedimiento sigue teniendo objeto, pues dicha sociedad incurrió en el ilícito administrativo establecido en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, *por haber presentado la información tantas veces aludida en forma tardía, siendo además que sus argumentos defensivos no son estimables por las razones apuntadas*; por ello, de conformidad con la disposición citada, resulta procedente imponer la sanción de multa.

V. Graduación de la multa

De conformidad al artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, la Superintendencia podrá imponer multas 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.

Del contenido de la anterior disposición, es evidente que la ley de la materia establece un máximo para la sanción de multa que corresponde a este ilícito administrativo; por consiguiente, es facultad de este Consejo Directivo cuantificar la multa que corresponda, a la luz de los parámetros establecidos en la Ley de Competencia y su reglamento.

cc

G. L.

1. En ese orden, es dable afirmar que el artículo 37 de la Ley de Competencia es la única disposición legal que establece los criterios a observar para la imposición de sanciones, siendo aplicables para el presente caso, **la gravedad, el daño causado, la duración y la reincidencia**, debido a la naturaleza de la presente infracción.

a) Así, el criterio de **gravedad** se encuentra necesariamente referido a una consideración que pondere el supuesto de mayor gravedad plausible y el de menor dentro de la conducta que constituye la infracción.

A partir de este criterio, se entiende que el supuesto de mayor gravedad lo constituye la ausencia total de colaboración ante la carencia absoluta de la presentación de la información y documentación; un rango intermedio viene dado por haber proporcionado la colaboración de forma parcial o incompleta; y, finalmente, el más bajo nivel de gravedad está vinculado al hecho de haber brindado la colaboración extemporáneamente, es decir, contar con la información y documentación solicitada, pero fuera del plazo originalmente concedido.

b) Por otra parte, en lo que respecta al **daño causado**, éste se determina por medio del análisis de los efectos negativos o perniciosos que ha provocado la falta de la colaboración, ya sea total, incompleta o inexacta por parte del agente económico infractor, sobre el cumplimiento de las atribuciones de la Superintendencia de Competencia, que en el caso particular se refiere a la investigación en un procedimiento por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas.

c) En cuanto a la **duración**, dicho criterio queda plenamente comprendido dentro de la estructura de la multa, la cual es sobre una base diaria por cada día de atraso.

- 126
- d) En lo que respecta a la **reincidencia**, deberá valorarse si se trata de una omisión realizada por primera vez por el agente económico o si al contrario se trata de un hecho repetido, por ello, el supuesto de la reincidencia puede configurarse como atenuante o como agravante, según el caso.
 - e) Sobre el criterio del **efecto sobre terceros**, por tratarse de una investigación verificada directamente por la Superintendencia de Competencia, los efectos no trascendieron más allá de la realización de la misma, por lo que dicho elemento no es aplicable en el presente caso.
 - f) De igual forma, el criterio referido a las **dimensiones del mercado** no aplica por no tratarse de un procedimiento de prácticas anticompetitivas.
2. Determinados los anteriores elementos y aplicándolos a los hechos documentados en este procedimiento, corresponde ahora calificar la actuación de la supuesta sociedad infractora dentro de cada uno de los supuestos delimitados *supra*.
- a) Así, en primer lugar, es menester determinar la **gravedad** de la actuación de la sociedad en referencia, en ese sentido, dado que dicho agente económico compareció ante esta Superintendencia por medio de su representante legal y presentó la documentación requerida, puede afirmarse que su actuación se ubica en el nivel bajo de gravedad.
 - b) En segundo término, debe determinarse el **daño causado**. Sobre este particular, este Consejo estima que el mismo se ha producido en virtud de la tardanza por parte de DIGICEL al no presentar en tiempo la totalidad la información y documentación requerida. Lo anterior, afectó de forma negativa la investigación que se realiza en el expediente de prácticas anticompetitivas referencia SC-022/D/PA/2007. En concreto, provocó que el desarrollo del caso se viera dilatado desde la fecha del primer

requerimiento de información (diecisiete de septiembre de dos mil ocho) hasta la fecha que fue presentada (veintidós de diciembre de dos mil ocho), entorpeciendo una expedita administración y tramitación del mismo.

- c) En tercer lugar, el aspecto de la **duración** se circunscribe a los días de atraso de la sociedad DIGICEL en el cumplimiento de lo ordenado por la Superintendencia de Competencia, los que serán contados a partir del día siguiente a la fecha en la que debió presentar toda la información requerida (once de diciembre de dos mil ocho) hasta el día veintidós de diciembre de dos mil ocho, fecha en la que completó la misma, lo que significa un periodo de 10 días.
 - d) Sobre la **reincidencia**, en vista que DIGICEL no es reincidente, sino, por el contrario, es la primera vez que incurre en una conducta de esta naturaleza, es procedente aplicar dicho criterio como atenuante en el presente caso.
3. Acto seguido, corresponde fijar la cuantía de la multa, que se determinará según los siguientes lineamientos:

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, la construcción del máximo imponible viene dado por diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. En ese orden, se puede expresar que el rango de gravedad menor llega hasta tres salarios mínimos; el rango intermedio estaría comprendido de cuatro a siete salarios mínimos; y el rango más grave de ocho a diez salarios mínimos.

Desde la perspectiva trazada, dado que la actuación de DIGICEL encaja en el supuesto de gravedad baja, la multa que corresponde fijar debe encontrarse entre el rango de uno a tres salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso en el suministro de la colaboración.

ooc
JP
E. R.

Establecido el rango de gravedad en el que encaja la conducta realizada por la sociedad infractora y los días de retraso, este Consejo Directivo estima que la sanción a imponerse debe atenuarse y disminuirse de acuerdo con el criterio de la **reincidencia** mencionado *supra*, dejándola en dos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso. Y es que, en el presente caso, se observa que el criterio del daño causado es determinante en la cuantificación de la multa, dado que el ilícito administrativo ha causado un retraso considerable en la investigación que se sigue en el procedimiento sancionador referencia SC-022-D/PA/R-2007.

Así, la fórmula a aplicar en la determinación de la multa es la siguiente:

Días de retraso (10) x 2 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria vigente a la fecha en la que se inició el presente procedimiento: US\$188.10 x 2 = US\$376.20. Ahora bien, US\$376.20 x 10 días de retraso, equivale a una multa de: **US\$3,762.00.**

POR TANTO, con base en los artículos 2 y 235 de la Constitución; 1, 2, 4, 13 letra a), 14 letras a) y g), 37, 38 inciso 6°, 44, 50 y 54 de la Ley de Competencia; 9 del Reglamento de la misma ley; y, 1, 2, 4, 5, 11, 13, 14, 15, 30 y 31 de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos, el Consejo Directivo de esta Superintendencia, **RESUELVE:**

- I. Declárese que la sociedad **DIGICEL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE** cometió la infracción administrativa tipificada en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, que prescribe el no suministro de la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta, ya sea deliberadamente o por negligencia.

- II. Impóngase la multa de **US\$3,762.00** a la sociedad **DIGICEL, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE** por haber cometido la infracción contenida en el artículo 38 inciso 6° de la Ley de Competencia, al presentar la información y documentación requerida con **DIEZ DÍAS** de retraso.
- III. Concédase al agente económico el término de ocho días para efectuar el pago correspondiente, los que serán contados a partir de la fecha en la que se notifique la ejecutoria de la presente resolución;
y
- IV. Notifíquese

