Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia: Antiguo Cuscatlán, a las trece horas del nueve de diciembre de dos mil quince.

1. El presente recurso de revisión se inició por medio de los escritos presentados el día cuatro de noviembre de dos mil quince por los abogados René Armando Ábrego Labbé en representación de Digicel, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Digicel, S. A. de C. V. –en adelante **Digicel**–; Verónica Guadalupe Cerna en representación de Telefónica Móviles El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Telefónica Móviles El Salvador, S. A. de C. V. –en adelante **Telefónica**–; Salvador Enrique Anaya Barraza en representación de Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse CTE, S. A. de C. V. –en adelante **CTE**–; y de CTE Telecom Personal, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse CTE Telecom Personal, S. A. de C. V. –en adelante **Personal**–; y Rodolfo Antonio Calderón Rivera y Marcela Raquel Salinas Viaud en representación de Telemóvil El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Telemóvil El Salvador, S. A. de C. V., –en adelante **Telemóvil**–, mediante los cuales interponen recurso de revisión en contra de la resolución definitiva emitida por este Consejo Directivo, en adelante CD, el día catorce de octubre de este año.

2. Con fecha 25 de noviembre de este año, se admitieron a trámite los recursos presentados por cada uno de los agentes antes aludidos y se dio audiencia a Platinum Enterprises, Sociedad Anónima de Capital Variable –en adelante **Platinum**–, por un plazo de **tres días calendario** contados a partir del día siguiente al de su notificación, para que se pronunciara, por separado, respecto de cada uno de los recursos interpuestos por los agentes económicos sancionados en este procedimiento.

3. Con fecha 30 de noviembre del año en curso, Platinum presentó escritos por medio de los cuales se pronunció respecto de cada uno de los alegatos esgrimidos por los agentes económicos sancionados en sus correspondientes recursos de revisión.

4. A continuación, y en línea con la lógica procedimental del acto reclamado, en el cual se ha efectuado una acumulación subjetiva de reclamos, se expondrán, por agente económico, los argumentos en los que sustentan sus respectivos recursos de revisión y, en ese sentido, se resolverá lo que a derecho corresponda.

A. RECURSO DE DIGICEL

5. Así, procede exponer y analizar los aspectos impugnados por Digicel, que en esencia, fundamenta el recurso de revisión en nueve puntos, a saber:

1. Violación al principio de imparcialidad

6. Digicel expone que oportunamente solicitó la recusación del Superintendente de Competencia, en adelante, el Superintendente, pero este CD "deliberadamente optó por apartarse" de lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (en adelante SCA) en el proceso número 435-2010, en el que resolvió el caso inaplicando el Art. 63 inciso 3° de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, y estableció que "...si el proceso de instrucción lo sigue [un funcionario] y este es parte del Consejo que dilucidará la resolución final, [el funcionario] se convierte en juez y parte dentro del procedimiento sancionatorio", lo cual es lesivo del Art. 16 de la Constitución.

7. En ese sentido, aduce que al haberse emitido la resolución final con la participación del Superintendente se ha consumado la violación al principio de imparcialidad prescrito en la disposición constitucional aludida y, por ello, pide su revocatoria.

8. Sobre el análisis efectuado a ese alegato, es importante reiterar lo sostenido en la resolución del 9 de septiembre de 2015, por la que se declaró sin lugar la recusación en contra del Superintendente por dos motivos, a saber: primero, porque la actividad que realiza este último es de dirigir la investigación en un procedimiento por la presunta comisión de una o varias prácticas anticompetitivas, *más no de juzgar o resolver el fondo del caso* que se investiga, en tanto que esa facultad está reservada para el CD; y, segundo, porque el diseño del procedimiento de investigación establecido en la Ley de Competencia (en adelante, LC) es de única instancia y no de dos, como lo fue en el proceso citado por Digicel.

9. En consecuencia, no es cierto que se haya vulnerado el principio de imparcialidad prescrito en el Art. 16 de la Constitución de la República como lo afirma Digicel. En todo caso, es importante desatacar que la Sala de lo Constitucional no se pronunció sobre la declaratoria de inaplicabilidad del Art. 63 inciso 3° de la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, ya que, a su criterio, la SCA no superó el juicio de relevancia, como presupuesto o condición insoslayable para declararlo inaplicable, según se advierte en el apartado 1.I.B, de la sentencia proveída en el proceso de inconstitucionalidad 82-2011/43-2014 AC., el 23 de febrero de 2015.

10. Con base en lo anterior, deberá declararse sin lugar el recurso de revisión en cuanto a este punto.

2. Indebida comunicación del auto de instrucción

11. Digicel cuestiona el motivo por el que este CD estableció que la forma en la que se había notificado el auto de instrucción no generó indefensión o violación a sus derechos de audiencia y defensa como había sido alegado, pues asegura que el notificador en ningún momento hizo constar en el acta que buscó al representante

legal y que no lo encontró, tal como quedó establecido en el párrafo 140 de la resolución impugnada. En ese sentido, asegura que dicha aseveración constituye una especulación o la realización de un "medio probatorio" en el que no se le dio la oportunidad de participar.

12. Al respecto, es necesario acotar que causa verdadera extrañeza el argumento esgrimido por Digicel en el que intenta sustentar la supuesta indebida comunicación del auto de instrucción, pues como se estableció en la resolución final que cuestiona, de conformidad con el principio finalista de los actos de comunicación, Digicel desde un inicio de la investigación tuvo conocimiento de la imputación en su contra y por ello pudo comparecer a ejercer su derecho de defensa a través de sus apoderados, tal como consta en el escrito[1] firmado por uno de ellos, quien expresamente manifestó lo siguiente: "Que mi representada fue notificada el día 14 de enero del [2014] de la resolución pronunciada por su digna autoridad el 9 de enero. En ella se instruye el procedimiento sancionador en contra de Digicel y otras sociedades...".

13. En ese sentido, es evidente que Digicel, más que plantear una ilegalidad de trámite, expone una inconformidad con lo resuelto por este CD, por lo tanto, es preciso reiterar que a Digicel en ningún momento se le ha vulnerado derecho procedimental alguno, razón por la que deberá declararse sin lugar el recurso de revisión en lo que este aspecto se refiere.

3. Indebida motivación del auto de instrucción

14. Digicel alega que este CD incurrió en "falta de lógica en [el] desarrollo argumentativo" relacionado con las razones por las cuales estableció que no existe indefensión o violación de los derechos de audiencia y defensa, al no haberse definido en el auto de instrucción el mercado relevante (MR) y la posición

[1] Escrito de fecha 13 de febrero de 2014, agregado de folios 2 al 17, de la pieza pública 13 (Caso Platinum-Digicel).

dominante (PD), pues asegura que la "conclusión no deriva de las premisas esbozadas", en tanto que este CD "dio por cierta una verdad solo porque ha sido expuesta por una autoridad".

15. Asimismo, afirma que se incurre en un "argumento circular" al haberse establecido que la definición del MR y la determinación de la PD del investigado solamente le corresponde a este CD, pues, a su juicio, "se pretende demostrar una circunstancia invocando como motivo a esa misma circunstancia", y que en todo caso, este CD debió tomar en consideración que entre los requisitos de una denuncia, según el Art. 62, letra e) del Reglamento de la LC, en adelante RLC, están los "elementos que permitan definir el mercado relevante y determinar la posición dominante..."; de manera que al emitir el auto de instrucción el Superintendente sí cuenta con elementos que le permiten hacer una imputación sobre los posibles bienes o servicios que estén involucrados en el MR y los motivos por los que presuntamente el investigado podría tener PD en dicho mercado.

16. En relación con esos argumentos, este Consejo advierte que Digicel intenta redargüir los motivos por los cuales se ha rechazado su pretensión de que se invalide el auto de instrucción, pretendiendo sustentar tales alegatos con que no se ha realizado un correcto silogismo según la teoría de la argumentación, argumentos que evidencian únicamente su inconformidad con la manera en que este CD expuso los motivos por los cuales no es cierto que exista indefensión por no haberse definido el MR y la PD en el auto de instrucción.

17. Y es que, se insiste, la LC no establece en ningún artículo que sea en el auto de instrucción el momento procedimental en el cual debe definirse el MR y la PD, consecuentemente, el Superintendente rigió sus actuaciones exclusivamente por el marco legal relacionado con sus competencias, de tal modo que cuando realizó la admisión de la denuncia, dio por cumplidos los requisitos formales de la misma

y ordenó la instrucción del procedimiento de investigación, de conformidad con los Arts. 43 de la LC y 65 del RLT.

18. Además, el precepto legal al que alude Digicel -Art. 62, letra e) del RLC- es para orientar al denunciante, a efecto de que consigne *los elementos que permitan definir* el MR y determinar la PD *en el momento procedimental oportuno*, es decir, en la resolución final, ya que en el auto de instrucción solamente se efectúa "una exposición sucinta de los hechos que justifiquen la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a la que pudiere dar lugar". En ese sentido, en el auto de instrucción se estableció el objeto de la investigación y el contexto de los servicios en que habrían ocurrido los hechos denunciados, además se le entregó copia a Digicel de la denuncia y sus respectivos anexos para que este conociera toda la información con la que contaba esta Superintendencia, a fin de que ejerciera su derecho de defensa.

19. En síntesis, el MR y la PD son aspectos que deben dilucidarse durante la investigación y solo es posible precisarlos luego de haber recopilado y analizado, entre otros, aquellos elementos que guardan relación con las características y la estructura de la oferta y demanda de los bienes o servicios involucrados, a fin de determinar el ámbito donde se despliegan las conductas presuntamente anticompetitivas. Este proceso es complejo, ya que implica evaluar diferente información cuantitativa y cualitativa sobre la operación de las empresas y el funcionamiento de los mercados, lo que depende en muchas ocasiones de la información disponible no sólo por parte las empresas involucradas, sino también de terceros no involucrados en la investigación, a quienes en el desarrollo del procedimiento se les requiere tales insumos.

20. En efecto, los elementos aludidos solo pueden ser recabados durante la fase de instrucción del procedimiento a efecto de validar los presupuestos procesales necesarios (MR y PD) para que pueda darse una decisión de fondo sobre el caso

investigado, de tal modo que sin la concurrencia de ellos no es posible pronunciarse sobre el fondo del asunto[2].

21. Hecha la aclaración anterior, se reitera a Digicel que el simple presupuesto de sostener una posición dominante en el mercado relevante no constituye en sí objeto de infracción alguna en la LC, sino el hecho de abusar de esa posición para cometer actos que vulneren la competencia es lo que le hace incurrir al infractor en una sanción. Fue por estas supuestas acciones constitutivas de abuso que el Superintendente inició esta investigación, las que se encuentran detalladas en el auto de instrucción; además, constaban en la denuncia[3] presentada por Platinum, la cual le fue entregada a Digicel junto con sus anexos.

22. En conclusión, este Consejo sostiene que: 1) el Superintendente no estaba facultado para definir el MR y la PD en el auto de instrucción, ya que no lo establece la LC; 2) el MR y la PD son presupuestos procedimentales que deben dilucidarse en la fase de instrucción del procedimiento donde se recogen los elementos necesarios para efectuar su análisis y definición; y 3) Digicel pretende desconocer el contexto de los hechos por los cuales se le investigaba, pero sí los conocía a efecto de ejercer su derecho de defensa, ya que cuando se comunicó que se le investigaba por un supuesto abuso de posición dominante, se le entregó copia de la denuncia, la cual contenía elementos que ayudarían a definir el MR y la PD. Asimismo, en el respectivo auto de instrucción se esbozaron, de acuerdo a los hechos denunciados, los servicios de referencia involucrados en la presunta conducta anticompetitiva señalada, circunscritos en la prestación de los servicios comerciales de telecomunicaciones derivados del acceso a la interconexión de sus redes.

---

[2] Por ejemplo, en la resolución final del caso SC-006-D/PS/R-2011 se sobreseyó el procedimiento sancionador por posible abuso de posición dominante en contra de Digicel, S. A. de C. V., al determinarse que este no ostentaba una posición de dominio en el mercado relevante definido en esa investigación y, en consecuencia, no se configuraba uno de los presupuestos procedimentales necesarios, de conformidad con el Art. 29 de la LC.

[3] La denuncia presentada por Planitum el 24 de octubre de 2013 consta de folios 1 al 10, el anexo de la cartas relacionadas al caso Digicel de folios 24 al 35, ambos en la pieza pública común 1.

23. Por consiguiente, no es cierto que exista falta de motivación en el auto de instrucción y violación al derecho de defensa de Digicel, razón por la cual deberá desestimarse este punto recursivo.

4. Falta de competencia de la SC para resolver el caso

24. De acuerdo a lo planteado por Digicel, esta Superintendencia no tiene competencia para resolver el caso impugnado y basa su argumentación en dos aspectos:

i. La aplicación de la LC en sectores regulados es especial y para ello fundamentó su argumento en la decisión del caso Verizon Communication Inc. V. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el 2004; jurisprudencia que fue presentada en el escrito de defensa y que según Digicel no fue analizada por este CD, violándosele su derecho de defensa.

25. Al respecto, no es cierta la aseveración que plantea Digicel en cuanto a que no se analizó la información que presentó en su escrito de defensa, pues tal como consta en el acápite denominado "*La doctrina de las facilidades esenciales*" del acto impugnado -pág. 97-, este Consejo realizó un análisis exhaustivo, no solo de la resolución a la que aludió Digicel de origen estadounidense[4], sino también de jurisprudencia a nivel latinoamericano y europeo; efectuando así un análisis de derecho comparado relacionado con la postura de la doctrina de las facilidades esenciales que ha sido ventilada en las distintas autoridades de competencia y cómo ha sido adoptada en los distintos países en donde la normativa de competencia se aplica en los sectores regulados.

---

[4] No hay que olvidar que en los EE.UU, la legislación antitrust [antimonopolio] persigue directamente la conformación de posiciones de dominio. La concepción norteamericana, fundamentalmente liberal, considera que quien tiene poder tiende, por lógica, a abusar del mismo, y que resulta más eficaz, por tanto, impedir que se formen posiciones de dominio que vigilar posteriormente su comportamiento.

26. Es importante aclarar a Digicel que la doctrina de las facilidades esenciales se ha aplicado por las autoridades de competencia en cada país, siguiendo *un análisis caso por caso*, a fin de valorar su pertinencia según la naturaleza de los insumos o recursos de que se trate, las circunstancias de la conducta investigada, y los límites y consideraciones plasmados en la regulación sectorial que aplique. Todo lo anterior, bajo un sistema de "regla de la razón" que permite analizar los elementos propios de cada caso en particular.

27. Y es que, la doctrina de las facilidades esenciales se constituye como una herramienta de apoyo en el análisis de competencia a la hora de definir qué insumos o instalaciones podrían constituirse como "recursos esenciales" y provocar un cierre de mercado al negar su acceso; sin embargo, el análisis de competencia no se reduce a esta teoría, pues su objeto trasciende a la determinación de si las conductas ejecutadas por un agente que tiene posición dominante han limitado o restringido las condiciones de competencia en un mercado, a su favor.

28. En el caso en concreto, la determinación de si en el mercado relevante de la investigación estamos ante la presencia de un recurso esencial, queda zanjada en nuestro país por la misma regulación sectorial (la Ley de Telecomunicaciones) que define expresamente en su Art. 19 a la interconexión como un recurso esencial, constituyéndose como un elemento a valorar en la determinación de la posición dominante por parte del agente económico investigado, y que agrega un valor fundamental en la atribución a dicho agente de una especial responsabilidad en su comportamiento, dado el particular perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en el mercado.

29. Por todo lo dicho, pretender que se valore una sola sentencia de un determinado país, porque resolvió a favor de los intereses de un operador de telecomunicaciones, vedaría la posibilidad de contrastar entre distintos sistemas jurídicos donde pueden existir puntos de coincidencia y divergencia específicos,

relacionados con conductas prohibidas por la normativa de competencia de dichos países, desplegadas en mercados regulados.

30. En consecuencia, la aseveración efectuada de que se "omitió hacer un análisis sobre la sentencia invocada", carece de fundamento, pues consta, específicamente a párrafos 345 y 346, la consideración de ese caso en particular; por ello, habrá que desestimarse este punto impugnado.

ii. La Ley de Telecomunicaciones (LT) ya establece la obligación de interconexión y la SIGET impone sanciones por su incumplimiento, por lo que no es cierto que el regulador puede actuar solo de forma *ex ante*. Con la instrucción del presente procedimiento, Digicel alega encontrarse frente a una falta de certeza jurídica y de desprotección de sus derechos, ya que en este caso conoció la SC y también podía conocer el regulador de manera *ex post* [por una negativa de interconexión].

31. En este punto, Digicel alega, por un lado, que la negativa de brindar acceso a recursos esenciales es una infracción grave a la luz de la LT e implica que su posible incumplimiento podría dar lugar a la apertura de un procedimiento sancionador de acuerdo con el derecho sectorial, y por otro lado, que al ser una infracción sectorial la SC no debe ser competente en este ámbito.

32. Sobre este punto recursivo, se enfatiza que no es posible aludir falta de certeza jurídica por las facultades y competencias que ejerce cada autoridad en su campo, ya que ambas tutelan bienes jurídicos distintos, bajo diferentes enfoques; además, es de tener en cuenta que la LC no excluye conductas que despliegan sus efectos en mercados sujetos a regulación.

33. Y es que, aun cuando la principal diferencia entre ambas autoridades viene determinada por la intervención que ejerce cada una, la *ex ante,* que se lleva a cabo sobre la base de un análisis prospectivo de los mercados, y la *ex post,* que

tiene lugar generalmente ante la conducta de una empresa en un mercado determinado, debe tenerse en cuenta que no está restringido para las autoridades sectoriales intervenir a posteriori en los términos de su regulación, ya que también éstas muchas veces necesitan intervenir de forma *ex post* para garantizar el efectivo cumplimiento de la regulación. De la misma forma, tampoco está restringido para las autoridades de competencia intervenir a priori en los términos de su normativa, ya que también muchas veces es necesario que lo hagan de forma *ex ante* para prevenir y promover el efectivo cumplimiento de su objeto.

34. Ahora bien, es necesario aclarar que aun cuando en la LT exista una obligación de brindar acceso a recursos esenciales, como medida de control *ex ante,* implica que su incumplimiento podría dar lugar a una infracción grave de acuerdo con el derecho sectorial, situación que se genera de manera *ex post.*

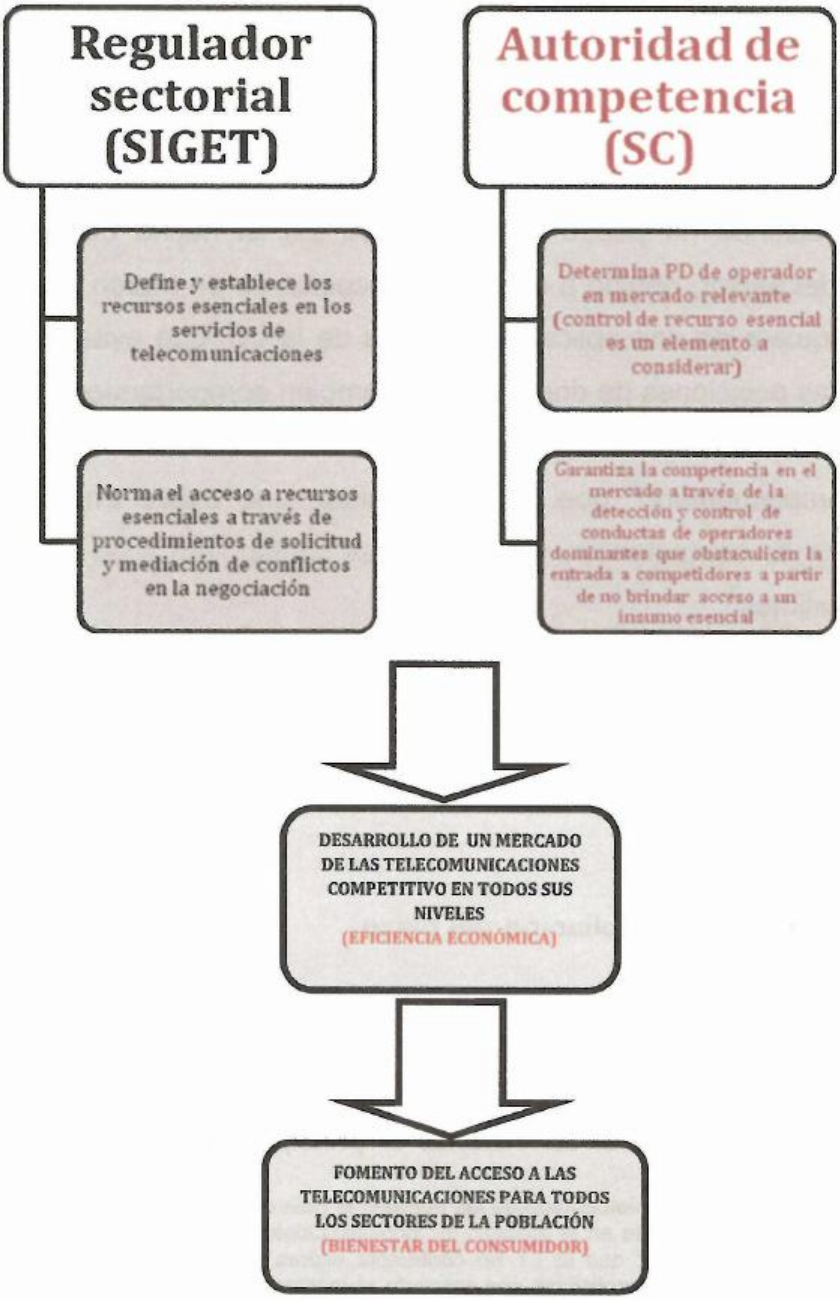
35. En estos casos, a la luz de la LT, los supuestos y requisitos procedimentales que deben cumplirse difieren de los contenidos en la LC. El regulador interviene cuando una empresa que posee un recurso esencial niega a otra el acceso[5] al mismo, por ejemplo, en la fase de negociación. La autoridad de competencia interviene cuando los agentes económicos que gozan de una posición dominante abusan de esta a través del control que poseen sobre un recurso esencial, afectando las condiciones generales de competencia en el mercado.

36. En efecto, en el presente caso, se sancionó a Digicel por abuso de posición dominante, al obstaculizar la entrada de un nuevo competidor al emplear tácticas que conllevaron al retraso indebido, inexplicable e injustificado de una respuesta a una solicitud de interconexión previa al inicio de la negociación. El abuso de la posición dominante no está regulado o tipificado en la LT.

[5] El Art. 1 de la Ley de Telecomunicaciones prescribe que el objeto de la misma es, entre otros, regular el acceso a los recursos esenciales.

37. Para una mejor comprensión de lo anterior, se muestra a continuación un esquema en el que se explican los alcances de las facultades relacionadas con el caso en concreto, y que claramente evidencia el carácter complementario de ambos enfoques hacia un mismo fin, por lo cual es imposible considerarlas como antagónicas o excluyentes.

Esquema explicativo: Alcances de las facultades de la SC y la SIGET en el caso en concreto



Fuente: Elaboración propia

38. Es por lo anterior, que se insiste que la conducta sancionada por este Consejo era de su competencia, y no supone la imposición de otra sanción por los mismos hechos ante la SIGET, ya que ante el regulador no existe la figura de abuso de

posición dominante como una infracción en su ley, por lo que las conductas o acciones que puedan ejercer los operadores, por más abusos de posición dominante que sean, nunca podrán ser analizados y mucho menos sancionados por la SIGET, pues su potestad regulatoria se limita al marco de la ley respectiva.

39. Finalmente, es preciso recalcar que la aplicación de la LC en el sector de las telecomunicaciones no puede verse limitada por el hecho de que exista una regulación del sector, debido a que la consecución de un marco competitivo en el mercado requiere de una aplicación efectiva de la LC, que evite, principalmente, abusos de las posiciones de dominio, pero también comportamientos colusorios, o concentraciones anticompetitivas de las empresas del sector. Esto refuerza el carácter complementario[6] que se ha señalado que existe entre la regulación sectorial y la de competencia, ya que ambas contribuyen a un mismo fin desde enfoques distintos[7].

40. Por lo señalado en los párrafos anteriores, este Consejo desestima la presente alegación de Digicel consistente en la falta de competencia de la SC para resolver el caso.

5. Ilegalidad en la ampliación del plazo

41. Digicel cuestiona la interpretación que este CD ha efectuado del Art. 45 inciso final de la LC, y asegura que con tal exégesis se ha realizado una reforma a dicho precepto legal, con lo cual se violenta el principio de legalidad que rige a la

[6] Respecto de este carácter complementario de las normas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad 65-2012/36-2014, el 29 de julio de 2015, estableció que "...a pesar que la LT no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, *dicha omisión normativa se suple mediante la integración de lo consignado en la LC,* por lo cual corresponde a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones...". (Cursivas del texto son propias).

7 Así también lo establece Calviño Santamaría, cuando afirma lo siguiente: "Significa entonces que la regulación y la defensa de la competencia son complementarias más que sustitutivas, y tienen objetivos e instrumentos diferentes que pueden determinar una aproximación distinta de los órganos respectivos a la solución de los problemas". Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo". Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología. ICE Septiembre-Octubre 2006. N. º 832, España.

administración pública; asimismo, asegura que desde el año 2012, el CD de esta Superintendencia ha ampliado los plazos de las investigaciones, convirtiéndose la excepción en la regla general.

43. Con relación a esos argumentos, es necesario aclarar que la resolución del 24 de octubre de 2014, por medio de la cual este CD amplió el plazo para continuar con las investigaciones, se emitió con estricto apego a lo que la disposición legal en referencia establece, ya que como se sostuvo en la resolución final impugnada, el plazo que allí se estipula no alude de manera exclusiva al tiempo dentro del procedimiento que se tomaría el Consejo Directivo para emitir la resolución final, sino que, bajo una interpretación integral de dicha norma, aplica a todo el procedimiento en su conjunto.

44. Y es que se insiste, sería ilógico que el legislador hubiese previsto que la ampliación aludida se reservara exclusivamente para que este Consejo Directivo emitiera la resolución final, siendo esta solo una etapa más del trámite. Ahora bien, si desde el año 2012 el CD ha resuelto ampliar el plazo para concluir ciertas investigaciones, lo ha hecho así precisamente porque la disposición legal en comento le faculta para ello, en atención a todas las actividades procedimentales que deben culminarse para resolver lo que técnica, económica y jurídicamente corresponda en cada una de ellas.

45. Por todo lo anterior, deberá desestimarse este punto del recurso de revisión planteado por Digicel.

6. Ilegalidad en la incorporación de elementos probatorios posteriores al auto de instrucción

46. Digicel cuestiona los motivos por los cuales este CD estableció en la resolución final que "el investigado puede presentar u ofrecer prueba de descargo, ya sea durante los 30 días para ejercer su derecho de defensa, según el Art. 45 inciso 2° de la LC, **o en el plazo de prueba referido, de conformidad con el inciso 3° del**

citado artículo", pues asegura que en ningún momento el Art. 45 inciso 3° de la LC establece que en ese plazo probatorio el investigado puede ofrecer medios probatorios. Es decir, no está conforme con que se hayan habilitado dos momentos procedimentales para aportar prueba.

47. No obstante lo extraño del argumento, es preciso aclarar que en el Art. 45 de la LC se establecen dos plazos relacionados con la aportación de elementos probatorios: el de 30 días para presentar alegaciones de defensa, documentos e informaciones que se estimen convenientes; y una vez precluido dicho periodo, el de 20 días hábiles de prueba, en el que se podrán aportar, de oficio o a petición, la prueba pertinente con los medios probatorios idóneos, tal como se indicó en el auto de apertura a pruebas proveído por el Superintendente el 3 de junio de 2014, en el que se advirtió a todos los agentes económicos involucrados que el plazo de pruebas establece la *oportunidad* para que las partes presenten toda la información y los elementos probatorios necesarios que respalden y justifiquen sus alegatos y hechos controvertidos, en el marco de lo establecido por la LC y las atribuciones de actuación de esta Superintendencia.

48. En conclusión, no es cierto que se haya distorsionado el sentido del Art. 45 inciso 3° de la LC como lo asegura Digicel, motivo por el cual deberá declararse sin lugar este aspecto del recurso.

7. Ilegalidad de la prueba testimonial por la violación al derecho de defensa

49. Digicel alega que la declaración rendida por el señor Edgard Mauricio Dueñas Alvarenga, que sirvió de base para el análisis de la conducta atribuida y por la cual fue sancionada, deviene en ilícita, pues asegura que al momento del interrogatorio intentó objetar algunas de las preguntas que el Intendente de Investigaciones formuló al declarante, pero ello no fue posible por estar prohibidas las objeciones.

50. En ese sentido, alega que al estar fundamentada la sanción en un medio probatorio que se ejecutó vulnerando el derecho de defensa de Digicel, esta deviene en inválida.

51. Al respecto, es preciso aclarar que las objeciones constituyen una herramienta que puede ser utilizada por las partes –denunciante y denunciado– en una diligencia probatoria en sede judicial y administrativa. Sin embargo, en el caso particular, por tratarse de un interrogatorio propuesto de oficio por el instructor de este procedimiento, ese control no es posible, en tanto que quien formula una pregunta no es parte procedimental si no quien dirige el interrogatorio, en consecuencia, sería procedimentalmente absurdo que el mismo sujeto a quien se le objetan las preguntas sea el mismo que resuelva ha lugar o no la objeción formulada.

52. En todo caso, se torna imperioso reiterar que las reglas que fueron diseñadas respetan los derechos constitucionales de naturaleza procesal que poseen los intervinientes en el procedimiento de investigación por prácticas anticompetitivas, en tanto que fueron notificados previamente; posibilitaron que estuvieran presentes en la producción del medio probatorio y que participaran activamente haciendo todas las repreguntas que consideraran necesarias en relación con lo declarado. Además, al revisar la declaración del señor Edgard Dueñas, no se observa que el Intendente de Investigaciones haya realizado preguntas contrarias a sus derechos procedimentales.

53. En consecuencia, no es posible atender el alegato de Digicel respecto de este punto de su impugnación.

8. Sobre la omisión de otros servicios en la definición del mercado relevante

54. Digicel considera que no se tomó en cuenta otro tipo de servicios que son sustitutos de las llamadas telefónicas, como los servicios de voz, transmisión de datos, y servicios disponibles en la mayoría de software para la comunicación, que son gratuitos a través de internet.

55. Al respecto, en la resolución impugnada se explicó claramente [párrafos 495 -533] que ese tipo de servicios no pueden ser incluidos en el mismo mercado relevante, ya que el mercado de producto –una de las dimensiones para definir el mercado relevante- solo abarca los servicios que son suficientemente intercambiables o sustituibles, no sólo por sus características objetivas, las cuales resultan especialmente idóneas para satisfacer las necesidades constantes de los consumidores, sus precios o su uso previsto, sino también por las condiciones de competencia o la estructura de la oferta y la demanda de los servicios en el mercado de que se trate.

56. En razón de lo anterior, las llamadas telefónicas que utilizan el servicio público de la telefonía se ubican en un mercado distinto al de los servicios gratuitos de comunicación por software a través de internet. Esto es así, básicamente por tres razones:

57. En primer lugar, porque desde la perspectiva de los servicios mayoristas existen diferencias para prestar cada tipo servicio en función del uso de uno y otro, es decir, que en virtud de la demanda que se da en el mercado minorista [la elección de los consumidores para decidir el tipo de servicio] hay distintas condiciones para utilizar uno u otro servicio; adicionalmente, ambos requieren una contratación distinta y, por ende, un pago por el usuario para cada tipo de servicio.

58. De esta forma los abonados que tienen su propio número telefónico asignado pueden realizar y recibir llamadas de otros abonados telefónicos en cualquier

momento, sin necesidad de contratar un servicio de acceso a comunicaciones de datos o internet, independientemente sea un teléfono móvil o fijo. La distinción básica entre este servicio y una aplicación de VoIP basada en software (como Skype, Whatsapp, Facebook, etc.) es que el primero incluye un número telefónico asignado y se encuentra permanentemente conectada, pudiendo realizar o recibir llamadas telefónicas de otros abonados sin requerir la intermediación de un servicio de internet o aparato especial como un teléfono inteligente (smartphone), computadora, tableta, televisores inteligentes, entre otros, que soporten este tipo de aplicaciones que utilizan el internet como un medio para materializar una comunicación.

59. En segundo lugar, porque para que todos los usuarios pudieran considerar intercambiables estos servicios sería indispensable, por un lado, que el 100% de los usuarios de Digicel, fijos y móviles, tengan contratado a su vez un servicio de internet o de datos, y que además posean un smartphone en el caso de los usuarios móviles, mientras que en el caso de los usuarios fijos se verían casi obligados a tener un aparato o dispositivo inteligente como computadora, tableta, televisores inteligentes, etc., que les permita mantener la comunicación a través de una conexión a internet en una instalación fija.

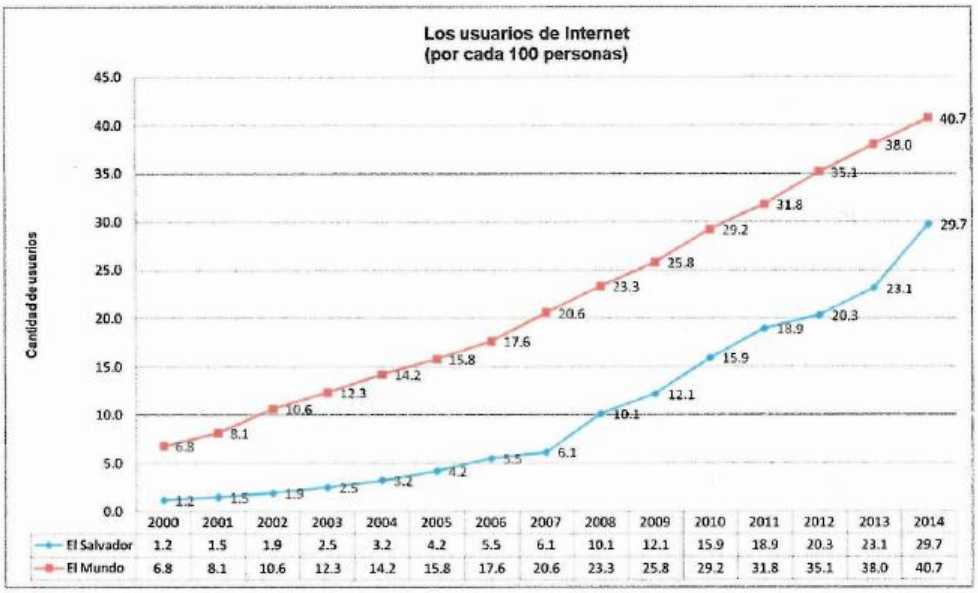
60. En tercer lugar, porque habría que suponer que el usuario que origina la llamada [en el país o en el extranjero] tenga esas mismas condiciones –smartphone si es usuario móvil más un plan de internet o datos, y si es usuario fijo tener un dispositivo fijo inteligente, computadora, tableta, televisor inteligente u otro aparato que permita instalar aplicaciones para realizar o recibir llamadas, así como contar con un servicio de internet-. Sólo bajo estas condiciones los usuarios podrán establecer una comunicación a través de un software y considerarse así como servicios sustitutos de la telefonía pública.

61. Sobre este punto, cabe agregar que, aún cuando la cantidad de personas que tienen acceso a internet a nivel nacional ha ido incrementándose en los últimos

años, sigue siendo reducida en comparación con el resto del mundo. Esto puede constatarse a partir de los indicadores del Banco Mundial que muestran que la cantidad de usuarios que tienen acceso a los servicios de internet, ya sea a través de un ordenador, teléfono móvil, agenda electrónica, máquina de juegos, TV digital, etc., aún no es representativa, tal como se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico 1

Cantidad de usuarios de Internet (por cada 100 personas) en El Salvador y el resto del mundo



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
El Salvador	1.2	1.5	1.9	2.5	3.2	4.2	5.5	6.1	10.1	12.1	15.9	18.9	20.3	23.1	29.7
El Mundo	6.8	8.1	10.6	12.3	14.2	15.8	17.6	20.6	23.3	25.8	29.2	31.8	35.1	38.0	40.7

Fuente: Elaboración propia con los datos brindados por el Banco Mundial, disponibles en la página web http://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.P2/countries/1W-SV?display=graph

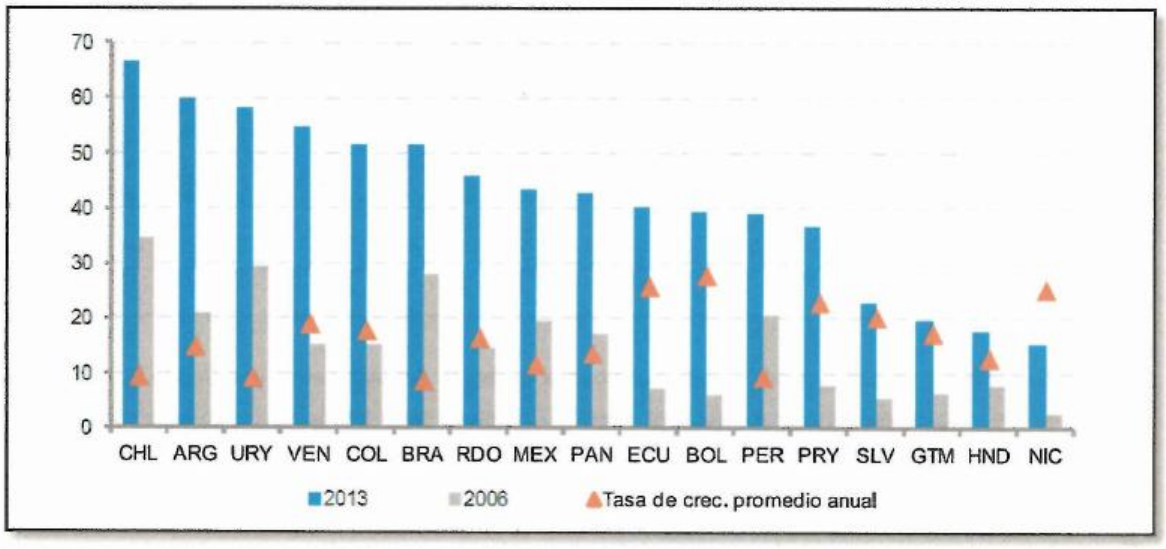
62. Aunque no se puede negar la afirmación que hace Digicel en cuanto a que existe una rápida penetración de los planes de datos, así como la accesibilidad al internet en El Salvador, esto no supone que todas las personas tienen acceso a este tipo de servicio, ni que las comunicaciones se dan únicamente entre usuarios de redes móviles –donde es más empleado un smartphone y el servicio de internet-; sino que también se dan entre estas y las redes fijas, comunicación que tiene implicaciones distintas en cuanto a la estructura empleada.

63. Al respecto, vale la pena aludir a los datos publicados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)[8], los cuales muestran que El Salvador, Paraguay, Honduras y Guatemala, a pesar de mostrar tasas de crecimiento promedio relativamente altas en cuanto a la evolución de los usuarios de internet, se mantienen en la escala inferior a nivel regional. En el siguiente gráfico se muestra la brecha de estos países respecto de los mejor posicionados (Chile, Argentina y Uruguay).

Gráfico 2

Evolución de los usuarios de internet por país, 2006 y 2013

(Porcentaje del total de la población)



Fuente: Retomado de la publicación "Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2015" CEPAL, disponible en http://www.cepal.org/es/publicaciones/38605-estado-de-la-banda-ancha-en-america-latina-y-el-caribe-2015.

64. De acuerdo con la CEPAL, El Salvador se encuentra entre los países con menor crecimiento en el acceso a internet con conexión fija, ya que al analizar los porcentajes de hogares según zona geográfica, el porcentaje de **hogares rurales** cubiertos en Costa Rica, Uruguay, Brasil y Chile es mayor que el porcentaje de

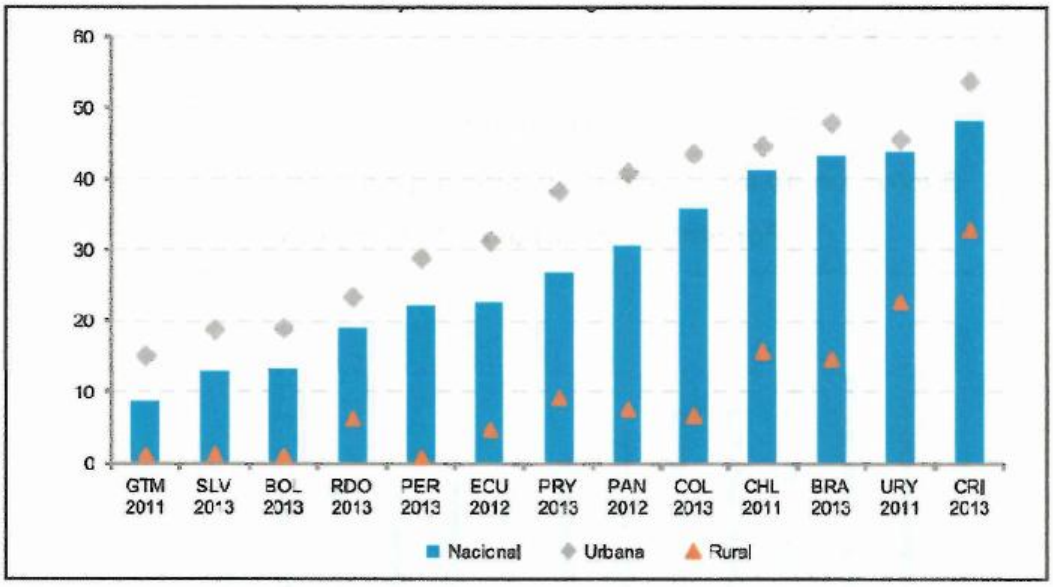
[8] Tomado de la publicación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) denominada "Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2015", julio de 2015.

hogares urbanos cubiertos en Guatemala, Bolivia, República Dominicana, Perú, Ecuador, Paraguay o El Salvador. Tal como se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico 3

Hogares con acceso a internet según zona geográfica

(Porcentaje del total de hogares de cada zona)



Fuente: Retomado de la publicación "Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2015" CEPAL, disponible en http://www.cepal.org/es/publicaciones/38605-estado-de-la-banda-ancha-en-america-latina-y-el-caribe-2015.

65. De modo que, aun cuando el servicio de software para la comunicación es más viable de ser utilizado entre redes móviles[9], que requiere para su acceso la contratación de otro servicio (internet) y así poder satisfacer una necesidad de comunicación, existen aspectos en cuanto al tipo de servicio y acceso que los ubica en mercados diferentes; en consecuencia, se reitera lo establecido en el párrafo 501 del acto impugnado en cuanto a que los servicios de voz brindados por software tales como Skype, BB Messenger, WhatsApp, etc., no son sustitutos

[9] Según los indicadores de la SIGET al 2013, en El Salvador existen 8,991,899 cantidad de líneas telefónicas móviles en operación de las cuales 3,583,258 son los abonados a telefonía celular móvil con acceso a datos, es decir cerca del 40%. Información disponible en http://www.siget.gob.sv/images/documentos/telecomunicaciones/Indicadores/Publicacion_IV%20Trimestre%202013.pdf.

de los servicios de voz brindados a través de la telefonía y, por tanto, no pueden ser considerados dentro de los mercados relevantes definidos como: 1) El servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red de Digicel, a través de la cual brinda el servicio de telefonía móvil en El Salvador; y 2) El servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red de Digicel, a través de la cual brinda el servicio de telefonía fija en El Salvador.

66. Con lo cual debe desestimarse el argumento recursivo de Digicel y en ese sentido habrá que pronunciarse.

9. De la no existencia de barreras a la entrada para el acceso a la interconexión

67. Como último punto alegado, Digicel sostiene que la interconexión no constituye una barrera considerable a la entrada, ya que existe en la LT el Procedimiento de Solución Alternativa de Conflictos por Acceso a Recursos Esenciales (SALC). Además, agrega que este CD "fundamentó su análisis" en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) del 03/03/1985, y que Platinum no cumplió con los requerimientos técnicos para la interconexión.

68. Sobre el análisis de las barreras, Digicel señala que el acceso a la interconexión no constituye una barrera a la entrada, ya que la LT regula y provee las facilidades para superar discrepancias que pudieran llegar a surgir entre los operadores en materia de interconexión.

69. Al respecto, es preciso reiterar que aun cuando exista en la normativa aplicable un procedimiento ante la SIGET para ventilar cualquier discrepancia por acceso a la interconexión, la barrera absoluta a la que se ha hecho alusión tiene como fundamento el hecho de que no existe sustituibilidad por el lado de la oferta para el servicio mayorista de terminación de llamadas en una red comercial de telecomunicaciones, en razón de que, a la fecha, no se encuentran disponibles

opciones o alternativas para brindar dicho servicio por operadores distintos a los propietarios de las mismas. Esto es debido a que cada operador es monopolista en su red, por lo cual se hace énfasis en que el operador propietario de una red de acceso tiene la capacidad de crear, a través de sus conductas, barreras artificiales a efecto de limitar o restringir el acceso a sus redes a otros operadores que brindan servicios derivados a partir de esta. Son estas conductas las que la LC puede reconocer como prácticas anticompetitivas, y es aquí cuando la SC debe conocer.

70. Adicionalmente, cabe señalar que, tal como se explicó en el punto 4.ii) de este proveído, Digicel no debe confundir los alcances de la regulación sectorial con los de la normativa de competencia, en tanto que de acuerdo a los mecanismos establecidos por la LT, el regulador se constituye en una especie de mediador de conflictos o controversias surgidas entre dos particulares que no logran establecer acuerdo en alguno de los puntos sobre los cuales deben negociar y convenir para concretar el acceso a un recurso esencial, siempre de acuerdo al procedimiento de solicitud y negociación de acceso a la interconexión establecido.

71. En el caso de la normativa de competencia aplicable, el rango de acción de la SC no se reduce al conocimiento de un conflicto entre particulares, sino que abarca aquellas acciones u omisiones de obstaculización en las cuales incurre un operador que posee un recurso esencial para la provisión de otros servicios derivados, y que se encuentra obligado a brindar acceso a sus instalaciones a otros competidores, tales como la negativa a brindar acceso sin una justificación razonable, el silencio ante solicitudes efectuadas, el uso de tácticas dilatorias que demoren el inicio de las negociaciones; creación de retrasos considerables en la fase de negociación de las cláusulas contractuales, y demora en la firma de los contratos, etc.

72. En virtud de lo anterior, habrá que desestimar este argumento expuesto por Digicel de que a partir de los mecanismos contemplados por la regulación sectorial

para solventar discrepancias acerca del acceso a la interconexión, esta última no puede constituirse como una barrera a la entrada.

73. Ahora bien, con relación a que este CD "fundamentó su análisis" en la sentencia del TJCE del 03/03/1985, y que Platinum no cumplió con los requerimientos técnicos para la interconexión, es oportuno aclarar que si bien la sentencia en alusión sirvió de referente ilustrativo, ese precedente no fue el único que se analizó, pues como muy bien puede advertirse de la resolución cuestionada, también se tomaron en consideración otras sentencias emitidas por ese y por otros tribunales y autoridades, las cuales permitieron analizar de forma comparada las prácticas anticompetitivas de abuso de posición dominante; pero, sobre todo, reiterar que la decisión adoptada se fundamentó en la valoración conjunta de todos los elementos incorporados en el expediente; valoración realizada con base en la sana crítica.

74. Por otra parte, este CD advierte que Digicel, a fin de fundamentar su alegato, saca de contexto el párrafo 321 contenido en la sentencia antes indicada, relativo a que constituye un abuso prohibido por el Art. 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, si la "negativa no está justificada por necesidades técnicas o comerciales", lo cual deja en evidencia que en el presente caso, para el recurrente, sí existían motivos para no brindar la interconexión a Platinum, pero este nunca se los hizo saber. Es más, nunca respondió a las solicitudes de dicho operador, aun cuando manifiesta en este recurso que Platinum no le demostró que cumplía todos los requerimientos técnicos para establecer la interconexión, y tal como este Consejo resolvió, Digicel así debió hacérselo saber de forma fundamentada para que Platinum pudiera realizar las acciones necesarias a fin de solventar sus deficiencias o, que de existir inconformidad con tal planteamiento, acudiera a las instancias correspondientes a dirimir su reclamo.

75. Con base en lo anterior, resulta infundado el planteamiento de Digicel, debiendo declararse sin lugar este punto de su impugnación.

B. RECURSO DE TELEFÓNICA

76. A continuación se procederá a exponer y analizar los argumentos sobre los que Telefónica fundamenta su recurso de revisión, y que básicamente, se pueden agrupar en tres grandes aspectos:

1. Falta de configuración de la conducta infractora atribuida

77. En cuanto a este punto, Telefónica esgrime que ha sido sancionada sin que este Consejo Directivo -en adelante, **CD**- haya establecido elementos esenciales que configuran la conducta tipificada en el Art. 30, letra a) de la LC, pues asegura que la falta de respuesta a las solicitudes de Platinum de que se le otorgara interconexión para la terminación de llamadas nacionales e internacionales en sus redes, no puede constituir un obstáculo, dilación, limitación o restricción. Y es que, a criterio de Telefónica, Platinum habría presentado "notas simples" por las que solicitaba información y su deseo de iniciar negociaciones, y no una solicitud formal de acceso a la interconexión.

78. En ese sentido, afirma que este CD obvió la valoración de un hecho trascendental: que la SIGET en el procedimiento de solución alternativa de conflicto por acceso a recursos esenciales determinó que Platinum no había cumplido con los requisitos mínimos y esenciales para presentar la solicitud de interconexión, razón por la cual, asegura, no puede atribuírsele la creación de obstáculos a la entrada de competidores, como conducta sancionable.

79. Por otra parte, alega que este CD, al establecer que Telefónica incumplió con su propio procedimiento para la solicitud, negociación y suscripción de contratos de interconexión, ha realizado una interpretación sesgada y a conveniencia de dicho documento, porque omitió considerar que recaía en Platinum "la obligación de gestionar diligentemente su negocio" y ello implicaba conocer las obligaciones y requisitos a cumplir; por ello, insiste en que lo presentado por Platinum fueron

simples notas carentes de elementos mínimos y esenciales de una solicitud de interconexión.

80. Además, afirma que existe un doble rasero en la forma de valorar las actuaciones de Platinum y Telefónica, ya que a esta última se le acusa de no tener información pública que oriente a los operadores entrantes sobre los documentos e información a presentar, y hasta se le obliga a realizar labor de orientación y atención, en cambio a Platinum no se le cuestiona la falta de diligencia en la gestión de sus operaciones, a pesar de existir en el registro de la SIGET información inscrita que Platinum en ningún momento acudió a consultar para así presentar la solicitud en debida forma.

81. Finalmente, Telefónica asegura que se ha vulnerado el principio de tipicidad, debido a que se ha efectuado una interpretación extensiva y analógica del Art. 30 letra a) de la LC, en tanto que se ha equiparado la falta de respuesta a una nota con un obstáculo a la entrada; un retraso en la respuesta a una simple nota, con una táctica dilatoria de un procedimiento de interconexión; y el retraso en responder una nota con una denegatoria injustificada.

82. Con base en tales argumentaciones, es necesario aclarar, en primer lugar, que el cumplimiento o no de los requisitos para presentar una solicitud de interconexión por parte de un operador, no es un aspecto decisivo para el análisis que este CD realiza frente a la presunta comisión de una práctica anticompetitiva, ya que ello es una facultad que corresponde exclusivamente a la SIGET.

83. Ahora, lo que es susceptible de conocimiento y valoración por parte de este CD, aun cuando se trate de aspectos regulados por una determinada normativa, es si la conducta atribuida a un operador dominante –Telefónica– se adecúa o no a lo prescrito en el Art. 30 letra a) de la LC; es decir, si sus actuaciones constituyen abusos de la posición dominante (creación de obstáculos a la entrada de competidores), y de ser ese el supuesto, imponer la correspondiente sanción.

84. En consecuencia, el hecho de que Platinum incumpliera o no con los requisitos para presentar una solicitud de interconexión, si bien pudo ser determinante para la SIGET, no lo ha sido para este CD, precisamente, porque bajo la luz del derecho de competencia, lo que se ha analizado es si la conducta atribuida a Telefónica de omitir brindar respuesta a las peticiones de interconexión formuladas por Platinum constituyó o no un abuso bajo la modalidad de creación de obstáculos a la entrada de competidores, conducta que ha sido examinada también en virtud de la posición privilegiada que Telefónica goza en el mercado del servicio de terminación de llamadas en sus propias redes y que, por ello, se exige una especial responsabilidad de obrar con diligencia y buena fe en sus gestiones, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que sirvieron de base para emitir la resolución impugnada, llegándose a la conclusión que efectivamente incurrió en la práctica anticompetitiva analizada.

85. En segundo lugar, es importante aclarar que, tal como se sostuvo en la resolución impugnada, la creación de obstáculos a la entrada de competidores tipificada en aquella disposición legal reviste una multiplicidad de modalidades o maneras bajo las que se manifiesta su comisión, entre estas, las denominadas tácticas dilatorias que constituyen acciones cuya finalidad es evitar, retardar o dilatar el ingreso de competidores en el mercado a través de distintas estrategias que pueden ser categorizadas de abuso de posición dominante.

86. Para sustentar lo anterior, es importante relacionar jurisprudencia contenciosa administrativa en materia de tipicidad, donde puede advertirse que no deben esperarse definiciones legales cerradas o acabadas de las conductas prohibidas en materia de prácticas anticompetitivas, pudiendo la autoridad administrativa echar mano de la jurisprudencia y doctrina pertinente. Así lo estableció la Sala de lo Contencioso Administrativo en el caso 451-2007 cuando, al analizar un argumento sobre tipicidad en materia de obstaculización de entrada al mercado a nuevos competidores, apuntó que "*la Ley de Competencia no ofrece una definición legal de competidor, en cambio el concepto está acuñado por la jurisprudencia y*

los actos administrativos que recogen los planteamientos doctrinarios sobre tal tópico, de ahí la necesidad de establecerse los alcances que éste tiene en el ámbito analizado"[10]. Ese mismo Tribunal realizó un esfuerzo investigativo de la jurisprudencia internacional y la doctrina para indagar acerca de los alcances de la figura tipo referida, en ese caso, al Art. 30 de la LC –lo que resulta naturalmente aplicable a cualquier norma de tipo prohibido cuyas connotaciones no se reducen a su texto–.

87. De igual forma, la jurisprudencia constitucional nacional, al referirse al término de prácticas anticompetitivas, ha recurrido a definiciones tales como "una **gama diversa de conductas comerciales** en las que puede incurrir una empresa o un grupo de empresas a fin de limitar la competencia en el mercado o impedir el acceso de nuevos competidores [...]"[11] (negrita no es del texto original). Sobre esta diversidad ha concluido que tales conductas son "de difícil comprobación, pues los agentes económicos involucrados cometen este tipo de ilícitos en el anonimato, sin dejar constancia de su realización por algún medio escrito u otro que sea tangible"[12].

88. De ahí que la jurisprudencia, tanto constitucional como contenciosa administrativa, reconoce la labor interpretativa en materia de Derecho de Competencia para dotar de un contenido propio a las conductas tipificadas como anticompetitivas, en razón de la naturaleza ineludiblemente genérica de sus definiciones legales que atiende a la complejidad y diversidad de las formas adoptadas para su concreción.

89. Por lo tanto, no es atendible el argumento de Telefónica de que exista falta de configuración de la conducta atribuida por haberse establecido que esta incurrió en la práctica anticompetitiva tipificada en la letra a) de Art. 30 de la LC, al haber empleado tácticas dilatorias que constituyeron obstáculos a la entrada de competidores.

---

[10] Sentencia del proceso contencioso administrativo 451-2007, de fecha 11/05/2012.
[11] Sentencia del proceso de amparo Ref. 206-2012, de fecha 24/10/2014.
[12] Ídem.

90. Ahora bien, en cuanto a que este CD habría realizado una interpretación sesgada y a conveniencia del documento que contiene el procedimiento para la solicitud, negociación y suscripción de contratos de interconexión, al omitir considerar que Platinum no fue diligente en buscar información inscrita en la SIGET y porque presentó simples notas carentes de elementos mínimos y esenciales de una solicitud de interconexión, es necesario insistir en que tal argumento, sí fue tomado en consideración; sin embargo, el hecho de no haber respondido a ninguna de las notas presentadas por Platinum porque no estaban presentadas en debida forma, y de exigir actuaciones o maneras de proceder que no están establecidas en ese procedimiento (como realizar constantes llamadas o buscarles personalmente para demostrar interés en obtener la interconexión), ni haber brindado los planes técnicos fundamentales requeridos por Platinum, constituyen a criterio de este CD obstáculos que dificultan el acceso de competidores a un recurso esencial para la provisión de un servicio de telecomunicaciones derivado, afectándose consecuentemente la competencia en el mercado relacionado.

91. En el caso en concreto, se advirtió la necesidad de ponderar las actuaciones atribuibles a cada una de las partes involucradas en la investigación, en el sentido de que en ningún momento se ha desconocido que la diligencia, por parte del solicitante como del operador solicitado, debe ser un aspecto a considerar dentro del análisis del caso; sin embargo, no es posible equiparar ambas responsabilidades aun cuando al solicitante puedan habérsele señalado ciertas falencias en su forma de proceder; lo anterior, radica en que la obstaculización que ha conocido esta Superintendencia no versa sobre cualquier bien o servicio, sino sobre *un insumo esencial*, el cual es indispensable para la provisión de otros servicios derivados y cuya finalidad se resume en permitir el intercambio efectivo de llamadas entre usuarios de diferentes redes, sin lo cual es imposible concebir el desarrollo y crecimiento de un mercado de las telecomunicaciones.

92. Asimismo, la afectación e incidencia que se generan a partir de la actitud del solicitante y del solicitado es distinta; en la primera, se advierten efectos de naturaleza particular y exclusiva para el sujeto que solicita el acceso; pero en la

segunda, surten efectos generales que transcienden el interés particular, y que dañan directamente a la competencia y al desarrollo de mercados nuevos o existentes de servicios de telecomunicaciones, por lo que no es factible hacer una equiparación entre la diligencia de uno y otro, a la luz del objeto de la LC.

93. Con lo anteriormente apuntado, cabe concluir que no es estimable lo planteado por Telefónica en lo que atañe a la supuesta vulneración al principio de tipicidad, pues lo que en realidad se advierte es que dicho agente simplemente no comparte la valoración que este CD hizo de los elementos probatorios que se incorporaron a lo largo de la investigación, conforme a las reglas de la sana crítica.

2. Violación al derecho a la no autoincriminación y a la presunción de inocencia

94. En este punto, Telefónica esgrime que el interrogatorio de oficio efectuado al señor Eduardo Jerez Núñez –subdirector de interconexión, roaming y larga distancia– fue "una suerte de confesión extrajudicial, al cual se le ha asignado un valor probatorio desmedido", sin las garantías mínimas, y que, además, propiciaba declaraciones auto incriminatorias.

95. Asimismo, arguye que las reglas de los interrogatorios que se establecieron para su desarrollo se efectuaron en contravención con los principios de informalismo a favor del administrado, contradicción y defensa, y sin que este CD haya atendido las alegaciones que oportunamente efectuó en contra de esas reglas.

96. Finalmente, argumenta que se le ha sancionado con base en presunciones o inferencias, ya que se le han atribuido "motivaciones" sin respaldo de prueba alguno y con ello se vulnera la presunción de inocencia.

97. Del análisis efectuado a tales argumentos, es necesario aclarar que no es cierto lo afirmado por Telefónica de que este CD omitió atender los alegatos en contra de las reglas de los interrogatorios planteados en el procedimiento, ya que como

puede constatarse de los párrafos 200 al 211 de la resolución impugnada, se refutaron cada uno de esos argumentos.

98. Ahora, con relación a que en las reglas de los interrogatorios promovidos de oficio no se aplicó el principio de informalidad a favor del administrado a fin de propiciar el principio de contradicción y defensa, este Consejo advierte que Telefónica omite explicar en qué sentido se habría generado tal inobservancia, pues según lo establecido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia proveída en el proceso 234-2008, del 3 de octubre de 2012, el principio de informalidad a favor del administrado es "tanto una garantía como una característica del procedimiento administrativo, e implica la *posibilidad del administrado de excusarse en relación con ciertas exigencias no esenciales del procedimiento*, que pueden ser cumplidas con posterioridad, ya sea a iniciativa del propio administrado o en respuesta a una prevención realizada por la Administración Pública". (Cursivas del texto son propias).

99. En ese sentido, pretender que se aplique el principio de informalidad a las reglas de los interrogatorios promovidos de oficio, resulta además de incomprensible, inadecuado, debido a que su aplicación está reservada para supuestos en los que en aras de garantizar el derecho a la protección no jurisdiccional, al administrado o investigado se le exime del cumplimiento de determinados requisitos o formalidades, siempre y cuando ello no implique trastocar los principios elementales que sustentan un procedimiento.

100. Por otra parte, este CD advierte que Telefónica solamente alega violación al derecho a la no autoincriminación y a la presunción de inocencia, pero sin indicar cuáles fueron las respuestas con las que supuestamente se habría auto incriminado ni tampoco las preguntas que le habrían hecho declarar en su contra. En todo caso, es importante destacar que las declaraciones rendidas por el señor Eduardo Jerez Núñez se valoraron en conjunto con otros elementos probatorios que aparecen relacionados en el expediente bajo la regla de la sana crítica.

Además, se efectuó una revisión de la declaración en comento y se verificó que todas las preguntas se formularon respetando los derechos del interrogado.

101. Aunado a lo anterior, es importante destacar que el derecho de defensa de Telefónica en todo momento estuvo garantizado, pues además de que tuvo la oportunidad de ofrecer prueba testimonial, se brindó la oportunidad de que repreguntara sobre lo respondido por el declarante; esta última posibilidad se le hizo saber en la resolución en virtud de la cual se establecieron las reglas que ahora cuestiona. En conclusión, no hubo violación a los citados principios de contradicción y defensa.

102. Finalmente, en cuanto a que se establecieron presunciones de culpabilidad atribuyendo motivaciones sin respaldo de prueba alguna, es preciso aclarar que este CD, cuando analizó los motivos que llevaron a Telefónica a actuar de la manera en que lo hizo, examinó toda la documentación agregada al presente expediente, entre esta, los contratos de corresponsalía internacional suscritos con operadores extranjeros y también los contratos con operadores locales que le brindan servicios de acceso e intermedios de tráfico internacional para terminarlo en su red, tal como se evidenció en el cuadro 11 de la resolución impugnada; así como el volumen total de minutos de llamadas internacionales que ingresan al país para ser terminados en su red, según se dejó plasmado en la tabla 4 y en el gráfico 7 de dicha resolución.

103. En todo caso, es ineludible destacar que la valoración de la conducta atribuida a Telefónica se efectuó teniendo en consideración los siguientes aspectos: 1) los argumentos defensivos de Telefónica; 2) los medios probatorios incorporados al expediente; 3) los hechos acreditados con dichos medios; 4) la concreción de los hechos a la luz del derecho de competencia; 5) los incentivos detrás de la conducta de Telefónica; y 6) los efectos anticompetitivos verificados en este procedimiento.

104. Por tanto, no es cierto que este CD haya sancionado a Telefónica con base en presunciones o inferencias, sin prueba alguna, motivo por el cual deberá desestimarse este alegato objeto de la impugnación.

3. Violación al principio de proporcionalidad en la sanción impuesta

105. Al respecto, Telefónica alega que al retomar los criterios para valorar y dosificar la imposición de la multa se obvian completamente los parámetros de proporcionalidad, se dejaron a un lado las atenuantes, y se crearon agravantes donde no las hay.

106. Así, en cuanto a la *dimensión del mercado* alega que este CD utilizó un criterio distinto para agravar su situación, porque se aludió al mercado relacionado de servicios intermedios de tráfico internacional para la terminación de llamadas en la red de Telefónica en todo el territorio nacional.

107. Al respecto, es necesario aclarar que en la resolución impugnada se estableció que Telefónica abusó de la posición dominante que tiene en el mercado relevante –servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en su red- y que dicho abuso se vio reflejado en el mercado *relacionado* indicado en el párrafo supra, pues se indicó que cuando el producto o servicio investigado se encuentra relacionado a un segundo producto o servicio con el que se complementa, ello conlleva a considerar en el análisis la existencia de otros mercados de productos o servicios identificados como *mercados relacionados*, que están vinculados al mercado relevante definido, y que en la doctrina del Derecho de Competencia se denominan como mercados conexos o adyacentes, e incluso como mercados vinculados o secundarios.

108. En ese sentido, al momento de dimensionar el mercado como un elemento a considerar para imponer la sanción a Telefónica, ineludiblemente, se tuvo que hacer referencia a estos dos mercados, sin que ello implique utilizar criterios distintos como lo sostiene este agente económico, ya que la práctica

anticompetitiva comprobada, si bien fue materializada sobre un mercado de servicios en donde Telefónica se constituye como un monopolista en su red, desplegó sus efectos dañinos sobre la competencia en un mercado relacionado, donde sí existen otros operadores que rivalizan y desean brindar servicios derivados del acceso a sus instalaciones esenciales.

109. Ahora, en cuanto a que este CD incurrió en una grave contradicción en los motivos para sustentar el criterio del *daño causado*, porque estableció que la práctica sancionada continuaría debido a que a la fecha de la resolución final Telefónica y Platinum no habían suscrito contrato de interconexión, y porque "la respuesta de Telefónica a Platinum no necesariamente debía ser favorable a lo pedido", es necesario aclarar al recurrente el contexto en el que se dio cada una de estas afirmaciones, para evitar que estas sean malinterpretadas, a efecto de generar una falsa contradicción de motivos.

110. En la resolución impugnada se obtuvo a través de la declaración brindada por el señor Jerez Núñez, que Telefónica sí había dado respuestas (verbales o escritas) a peticiones expresas por otros operadores, aun cuando estas no habían cumplido con el marco regulatorio, con lo cual se desvirtuaba que su actuación de no contestar se derivara de una falta de cumplimiento del marco regulatorio. Bajo este contexto, se aclaró que la respuesta de Telefónica a Platinum no necesariamente debía ser favorable a lo pedido, pero sí congruente con lo planteado, en un tiempo prudencial y de manera motivada. En ese sentido, se concluía que Telefónica no tenía excusa alguna para no hacerle saber a Platinum que su solicitud no reunía los requisitos para solicitar la interconexión.

111. Por otro lado, en el apartado correspondiente a la aplicación de los criterios para la imposición de sanciones, se sostuvo que a la fecha de emitir el acto en discusión, persistía la práctica anticompetitiva comprobada, pues no constaba que se hubiese firmado el respectivo contrato de interconexión entre Telefónica y Platinum; en ese sentido, lo que se quiso evidenciar, a efecto de analizar el criterio de duración de la práctica, es que la obstaculización a la entrada de un nuevo

competidor en el mercado relacionado aún persistía, y que durante el tiempo transcurrido desde el inicio de la solicitud efectuada, Telefónica no había emitido contestación alguna al respecto.

112. Si bien es cierto que se había indicado anteriormente que no era necesario que Telefónica respondiera a favor de lo solicitado por Platinum, la acotación de que no constaba que existiera contrato firmado a la fecha, pretendía apelar a la obligación que Telefónica tuvo de brindar respuesta a una solicitud, independientemente del formato y de su contenido, pues por tratarse de un operador dominante se le exige una especial responsabilidad de obrar con diligencia y buena fe, y una manifestación de ello era dar respuesta a lo solicitado en un plazo razonable.

113. Finalmente, en cuanto a que este CD resolvió que "el abuso materializado por Telefónica ha alterado el parámetro normativo del desarrollo de un mercado de telecomunicaciones competitivo, en virtud de la conducta de obstaculización, mala fe, y arbitrariedad que desplegó respecto de las solicitudes de interconexión interpuestas por Platinum", lo cual, a su criterio, constituye una contradicción a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es un argumento carente de sustento, pues tal acotación sirvió, junto con otras, para dimensionar la gravedad de la infracción cometida por Telefónica, ya que la conducta anticompetitiva desplegaba sus efectos en un servicio de telefonía de carácter público, es decir, de interés general, y porque, además, se consideraron otros factores como la responsabilidad especial que tiene como operador dominante, particularmente, porque controla o posee un recurso esencial –la interconexión–; la dimensión significativa de los servicios afectados; la duración por aproximadamente 3 años y medio de la práctica incurrida; las señales negativas que proyecta a los potenciales competidores entrantes; y los efectos negativos sobre terceros desplegados en el mercado relevante y relacionado.

114. Por todo lo anterior, no es atendible el argumento de Telefónica de que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la sanción impuesta y así deberá resolverse.

4. De las solicitudes planteadas por Telefónica

115. Además de interponer recurso de revisión de la resolución final, Telefónica solicita, por una parte, se le entregue una copia íntegra de la misma, a fin de conocer la totalidad de argumentos analizados respecto de los operadores, como una derivación integral del derecho de defensa; y, por otra, se aclare para qué efectos se ha enviado copia de la resolución final a la Secretaría Técnica de la Presidencia.

116. Respecto del primer punto solicitado, es necesario recordar que en este procedimiento se llevó a cabo la acumulación subjetiva de las pretensiones, dado que Platinum en un mismo acto procedimental denunció a cinco operadores de telefonía. En ese sentido, no se imputa una misma práctica anticompetitiva a cinco agentes económicos, lo que se imputa es una práctica distinta a cada uno de los agentes denunciados -acumulación subjetiva de reclamos-, por separado, sin litisconsorcio.

117. De tal modo que las particularidades fácticas y jurídicas de cada caso, en nada inciden en las resultas de los demás, y tampoco en nada afecta a los derechos constitucionales de Telefónica desconocer lo acontecido dentro de las restantes cuatro denuncias acumuladas subjetivamente por el denunciante.

118. Por otro lado, es importante destacar que mientras no adquiera estado de firmeza la resolución impugnada, no es posible darla a conocer en su versión pública, precisamente en virtud de la declaratoria de reserva decretada en el auto de fecha 7 de noviembre de 2013.

119. En consecuencia, no es posible entregar una copia íntegra de la resolución sancionatoria hasta que se levante la declaratoria de reserva, esto es, hasta que

adquiera estado de firmeza dicha resolución. Una vez que el caso ya no esté reservado, la versión pública de la resolución final se subirá al sitio web de esta Superintendencia y, en consecuencia, podrá ser de conocimiento para toda la población.

120. Con relación a la segunda petición de que se indique para qué efectos se ha enviado copia de la resolución final a la Secretaría Técnica de la Presidencia, es preciso aclarar, en primer lugar, que por los motivos antes expuestos aun no se ha enviado copia de la resolución a dicha entidad, y en segundo lugar, que en este caso se ha recomendado promover una reforma a la Ley de Telecomunicaciones, con el fin de fomentar la competencia y coadyuvar a garantizar la interoperabilidad entre los distintos operadores participantes del sector de las telecomunicaciones, por lo que es importante que algunas instituciones o funcionarios conozcan tal recomendación y sus fundamentos.

C. RECURSO DE CTE

121. A continuación se procederá a exponer y analizar los argumentos sobre los que CTE fundamenta su recurso de nulidad como el de revisión. En ese sentido, se iniciará haciendo alusión y decidiendo sobre la nulidad argüida y luego se expondrán los alegatos en los que sustenta el recurso de revisión, para también decidir lo que corresponda.

1. De la nulidad del acto de notificación de la resolución final

122. CTE alega como único punto la nulidad de la notificación de la resolución final, pues afirma que se le entregó una copia de la misma incompleta y "mutilada", lo cual es lesivo de su derecho de defensa, en tanto que se le ha impedido conocer el contenido exacto e íntegro de esa resolución, pues no es posible saber si los pasajes suprimidos contienen: 1) decisiones que le causan perjuicio y que deben ser impugnadas; 2) consideraciones que le causan perjuicio y que deben ser contradichas; 3) consideraciones que refuerzan alguno de sus argumentos; y 4)

consideraciones y/o decisiones sobre situaciones y/o conductas similares y/o iguales a las suyas que puedan implicar un tratamiento discriminatorio por este Consejo Directivo (CD).

123. Del análisis efectuado a esos argumentos, es preciso reiterar a CTE, tal como se indicó en la resolución proveída por el Superintendente el 10 de abril de 2015, que, en el presente caso, por tratarse de un procedimiento en el que se acumularon varias quejas independientes en una sola denuncia, la resolución final tiene "tantos pronunciamientos separados cuantos [fueron] los objetos acumulados", tal como lo prevé el artículo 95, inciso segundo, del Código Procesal Civil y Mercantil –C.Pr.C.M.–.

124. En ese sentido, la valoración de la prueba que este CD realizó ha sido en atención a la conducta anticompetitiva atribuida a cada agente económico investigado, por separado, sin que lo resuelto contra cada uno de ellos haya influido en lo que se resolvió contra los demás, pues se insiste se trata de situaciones independientes. Por ende, en la resolución final se ha establecido, por cada agente económico, un apartado en el que se ha hecho un análisis técnico, jurídico y económico de los elementos probatorios recabados a lo largo de la investigación, y que llevó a concluir la existencia de la conducta imputada a cada uno de ellos.

125. En consecuencia, a CTE se le entregó una copia de la resolución conteniendo los pasajes o párrafos que debía conocer y que tenían relación con la investigación instruida en su contra. De tal manera que en concordancia con lo anteriormente expuesto, el análisis y las resultas de la práctica por abuso de posición dominante ha sido por cada agente económico y en nada se vulnera el derecho de defensa de CTE al haber suprimido de la certificación de la resolución cuestionada aquellos apartados relacionados con la conclusión a la que se llegó para determinar la posición dominante en los mercados relevantes definidos de cada agente investigado, así como el análisis y conclusiones propias de las conductas

atribuidas al resto de los operadores denunciados, y de las sanciones correspondientes para cada uno de ellos.

126. Ahora bien, con relación a que CTE alega que no existe justificación alguna para "la mutilación del texto de la copia entregada", ya que esta Superintendencia en un comunicado de prensa hizo públicos los datos de la resolución sancionatoria que se suprimieron, es importante aclarar, por una parte, que la información que se divulgó únicamente fue en lo relativo a los sujetos sancionados, el tipo de práctica comprobada y las multas impuestas, pero sin revelar aspectos vinculados con el análisis y valoración de fondo de los elementos probatorios, así como la determinación de las infracciones, ni mucho menos lo relativo a la información confidencial; y por otra, que CTE podrá tener acceso, a través del sitio web de esta Superintendencia, a la versión *pública* de la resolución final, a efecto de conocer lo que se ha resuelto respecto de los otros agentes económicos investigados, una vez se levante la declaratoria de reserva de este caso.

127. Por los motivos antes expuestos, deberá declararse sin lugar la nulidad alegada por CTE, por no existir violación a su derecho de defensa al habérsele entregado copia de la resolución final con la supresión de determinados pasajes de la misma.

2. Del recurso de revisión

128. A continuación, se expondrán los alegatos de CTE en los que sustenta el recurso de revisión, los cuales serán divididos para mejor proveer en dos considerandos de la siguiente forma: primero, donde se analizarán y decidirán sobre las ilegalidades de carácter procedimental, y luego, donde se entrarán a conocer y decidir sobre aquellas de carácter material.

2.1 Alegatos de carácter procedimental

a) *Incompetencia de esta Superintendencia para conocer los hechos planteados por Platinum*

129. Al respecto CTE expone que si bien la emisión de Ley de Competencia –LC– supuso la derogación de algunas de las potestades de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones –SIGET– en materia de competencia, ello lo fue exclusivamente respecto de las que habían sido conferidas a dicho ente regulador, en virtud del Art. 111 de la Ley de Telecomunicaciones –LT–; pero tal derogatoria, asegura, dejó incólume la atribución de la SIGET de prevenir y sancionar conductas asociadas al acceso a recursos esenciales de telecomunicaciones y, de modo específico y explícito, resolver los conflictos por acceso al mercado de telefonía y aquellos relacionados con los recursos esenciales, entre ellos, la interconexión de redes de telecomunicaciones.

130 Por ello, alega que la denuncia de Platinum se circunscribió a atribuir a CTE negativa a brindar el acceso al recurso esencial de la interconexión y, dado que tal situación es del exclusivo y privativo ámbito de competencia de la SIGET, a su juicio, esta Superintendencia no debió instruir y decidir en este caso, en tanto que se trata de una actuación fuera del ámbito de su competencia.

131 Del análisis efectuado a esos argumentos, es necesario aclarar que aun cuando en la LT exista una obligación de brindar acceso a recursos esenciales, como medida de control *ex ante,* implica que su incumplimiento podría dar lugar a una infracción grave de acuerdo con el derecho sectorial, situación que se genera de manera *ex post*.

132 En estos casos, a la luz de la LT, los supuestos y requisitos procedimentales que deben cumplirse difieren de los contenidos en la LC. El regulador interviene

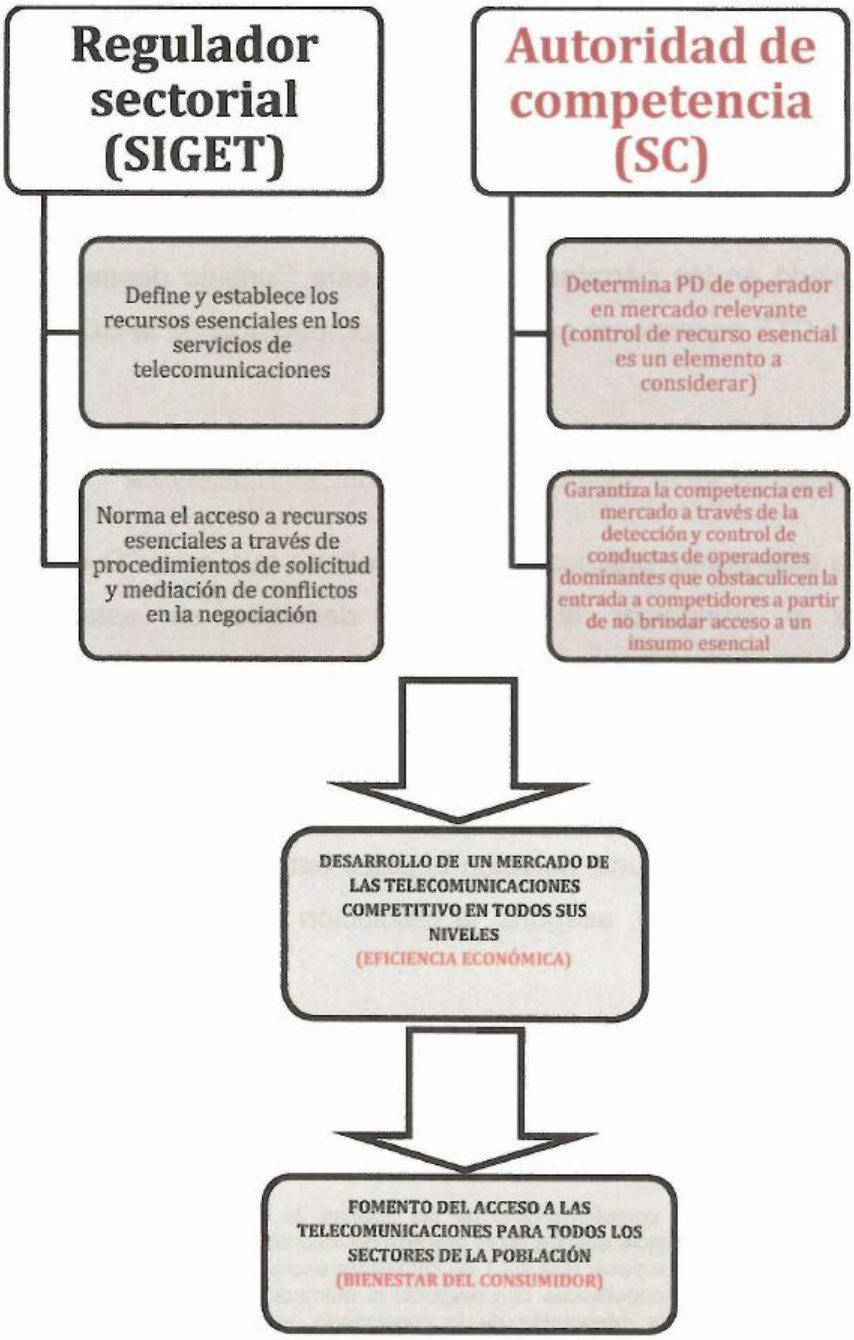
cuando una empresa que posee un recurso esencial niega a otra el acceso[13] al mismo, por ejemplo, en la fase de negociación. La autoridad de competencia interviene cuando los agentes económicos que gozan de una posición dominante abusan de esta a través del control que poseen sobre un recurso esencial, afectando las condiciones generales de competencia en el mercado.

133. En el presente caso, se sancionó a CTE por abuso de posición dominante, al obstaculizar la entrada de un nuevo competidor retrasando la interconexión, al no haber brindado respuesta a las dos notas que Platinum le dirigió con motivo de la solicitud formulada el 17 de febrero de 2012. El abuso de la posición dominante no está regulado o tipificado en la LT.

134. Para una mejor comprensión de lo anterior, se muestra a continuación un esquema en el que se explican los alcances de las facultades relacionadas con el caso en concreto, y que claramente evidencia el carácter complementario de ambos enfoques hacia un mismo fin, por lo cual es imposible considerarlas como antagónicas o excluyentes.

[13] El Art. 1 de la Ley de Telecomunicaciones prescribe que el objeto de la misma es, entre otros, regular el acceso a los recursos esenciales.

Esquema explicativo: Alcances de las facultades de la SC y la SIGET en el caso en concreto



Fuente: Elaboración propia.

134. Así, la aplicación de la LC en el sector de las telecomunicaciones no puede verse limitada por existir una regulación del sector, debido a que la consecución de un

marco competitivo en el mercado requiere de una aplicación efectiva de la LC, para evitar, principalmente, abusos de las posiciones de dominio, pero también comportamientos colusorios, o concentraciones anticompetitivas de las empresas del sector. Esto refuerza el señalado carácter complementario[14] existente entre la regulación sectorial y la de competencia, pues ambas contribuyen a un mismo fin desde enfoques distintos[15].

135. Por lo señalado en los párrafos anteriores, este Consejo desestima la presente alegación de CTE consistente en la falta de competencia de la SC para resolver el caso.

b) <u>Ilegalidad de la resolución por emisión extemporánea</u>

136. En cuanto a este punto, prácticamente CTE afirma que este CD estaba habilitado para emitir y comunicar la resolución definitiva en este procedimiento sancionatorio a más tardar el 23 de octubre de 2015 y, que el plazo para la emisión de la resolución definitiva comprendía la notificación de la misma.

137. En ese sentido, aduce que al habérsele notificado la resolución final hasta el 27 de octubre de 2015, implicó una violación al plazo establecido en el inciso 5° del art. 45 de la LC; por lo tanto, asegura, la resolución sancionatoria es ilegal y debe revocarse.

138. En atención al anterior argumento, resulta imperioso aludir a lo que la jurisprudencia contencioso administrativa ha sostenido respecto de los actos de

---

[14] Respecto de este carácter complementario de las normas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad 65-2012/36-2014, el 29 de julio de 2015, estableció que "...a pesar que la LT no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, *dicha omisión normativa se suple mediante la integración de lo consignado en la LC,* por lo cual corresponde a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones...". (Cursivas del texto son propias).

[15] Así lo establece Calviño Santamaría, cuando afirma lo siguiente: "Significa entonces que la regulación y la defensa de la competencia son complementarias más que sustitutivas, y tienen objetivos e instrumentos diferentes que pueden determinar una aproximación distinta de los órganos respectivos a la solución de los problemas". Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo". Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología. ICE Septiembre-Octubre 2006. N. º 832, España.

notificación, en el sentido de que "la función de la notificación es precisamente la de hacer del conocimiento de los administrados las actuaciones de la administración, para que puedan hacer uso oportuno de sus derechos conforme a la ley"[16].

140 En ese sentido, el Art. 45 de la LC, en su inciso 4°, es claro cuando se refiere a que el CD de la SC "deberá emitir resolución dentro de un plazo [...]"; es decir, el plazo se cumple al momento de emitir dicha resolución, sin más agregados. Esta disposición es la habilitación legal sobre la cual el CD se basó para emitir la resolución final del presente caso el 14 de octubre del año en curso, pues aquella en ningún momento regula un plazo para notificar decisiones, sino, para que la autoridad decida sobre el caso investigado.

141. Es más, el C.Pr.C.M. establece un principio general de notificación en el Art. 169, según el cual "toda resolución judicial se notificará en el más breve plazo a las partes y a los interesados". Ni la LC ni su reglamento disponen el plazo en el cual debe efectuarse la notificación de las resoluciones emitidas en un procedimiento sancionador y, lo dispuesto por el derecho común, únicamente da un parámetro de brevedad. Trasladando este criterio al caso que nos ocupa, la resolución final fue notificada a CTE y al resto de investigados en los días inmediatamente posteriores a su emisión, sin que ello implique, desde ninguna perspectiva, que esta haya sido extemporánea por haberse efectuado después de concluidos los *12 meses para emitir la resolución final.*

142. Con lo apuntado, cabe concluir que no es estimable lo planteado por CTE en lo que atañe a la supuesta ilegalidad de la resolución por emisión extemporánea, pues ha quedado demostrado que este CD cumplió rigurosamente el plazo habilitado por el legislador, al haber emitido la resolución final dentro del plazo legalmente permitido, es decir, antes del 24 de octubre del año en curso.

---

[16] Ver por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ref. 41-O-2001, de fecha 12/11/2004. En similares términos se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional, por ejemplo en la sentencia de amparo 294-2005, de fecha 16/06/2006.

c) *Ilegal delegación de funciones al Intendente de Investigaciones*

143. Para sustentar este punto, en síntesis, CTE afirma que la delegación de funciones establecida en la resolución del 15 de enero de 2015, por la que se ordenaron los citatorios para rendir declaración y se formularon las reglas de los interrogatorios, fue excesiva, sin justificación, y que la delegación de potestades resolutivas constituyó una actuación ilegal que ha afectado el procedimiento instruido en su contra.

144. En ese sentido, asegura que la delegación de atribuciones públicas no puede llegar a significar la alteración del núcleo esencial de la potestad que la ley confiere a un determinado funcionario público y, en todo caso, alega que tal delegación es constitucional y legalmente admisible única y exclusivamente cuando sea razonablemente justificada y materialmente necesaria; en el presente caso, afirma que en la resolución del 15 de enero de 2015 se pretendió la delegación de potestades resolutorias, a pesar de que en el auto de instrucción el Superintendente se reservó tales potestades y que nunca se indicaron las causas que supuestamente justificaran, de modo razonable, la necesidad de la delegación.

145. A partir de tales argumentos, es necesario acotar que tal como lo ha sostenido la jurisprudencia[17] de la Sala de lo Contencioso Administrativo, "la delegación es una modalidad de transferencia del ejercicio de la competencia, en virtud de la cual un Órgano de la Administración *puede trasladar a un inferior el ejercicio de funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*, siempre que el mismo ordenamiento lo habilite expresa y específicamente para ello", por tanto, de conformidad con el Art. 13, letra h) de la LC, la delegación de funciones que el Superintendente realiza en el Intendente de Investigaciones tiene sustento legal, y no es necesario justificar las razones de tal delegación, ya que el legislador no prescribió dicha condicionante (Cursivas no son del texto original).

[17] Sentencia emitida en el proceso contencioso administrativo referencia 95-2006, del 13 de octubre de 2009.

146. Ahora bien, el hecho de que en el auto de instrucción de este procedimiento el Superintendente se haya reservado "las potestades resolutivas", y que en el auto del 15 de enero de este año haya facultado al intendente para "resolver" cualquier asunto incidental que surgiese en los interrogatorios y declaraciones de testigos, en nada transgrede el precepto legal antes citado, pues el término "resolver" al que se hizo referencia en el último de esos proveídos debe entenderse en el sentido de solventar los incidentes que podrían suscitarse en el desarrollo de esas diligencias, lo cual resulta lógico, pues si el Superintendente delegó al Intendente de Investigaciones para dirigir los interrogatorios, también lo facultó para resolver, solventar o solucionar los percances que allí se ocasionaren.

147. En razón de lo antes expuesto, no es posible atender el argumento de CTE en cuanto a este punto de su reclamo, y así deberá resolverse.

d) <u>Ilegal interrogatorio de testigos</u>

148. Con relación a este aspecto, CTE insiste en que no es cierto que no exista regulación legal para la toma de declaración de personas citadas de oficio en un procedimiento sancionatorio, pues, a su criterio, no existe ninguna diferencia que justifique reglas diferentes para la toma de declaración testimonial en razón del origen de la cita al declarante (de oficio o a instancia de parte); pero, sobre todo, asegura que no existe ningún motivo para obviar la plena observancia del principio de legalidad procesal, en su manifestación de legalidad de la prueba.

149. Por ello, alega que al no habérsele permitido objetar las preguntas formuladas por el instructor, se vulneró el Art. 369 del C.Pr.C.M. y que por haberse realizado preguntas prohibidas por ley, se infringieron los Arts. 366 inciso segundo y 408 de ese cuerpo normativo.

150. Del análisis efectuado al anterior argumento, este CD advierte que CTE en su intento porque se revoque la resolución sancionatoria, una vez más refuta las reglas que se desarrollaron para los interrogatorios o declaraciones de testigos,

alegando que debieron formularse con base en el C.Pr.C.M., de tal manera que al no sustentar ese alegato en fundamentos distintos a los ya argüidos, corresponde reiterar lo que ya este CD decidió respecto de las reglas cuestionadas en la resolución final.

151. Y es que, es importante traer a cuento cuál es la razón de ser de las objeciones, pues solo así será posible comprender por qué no pueden ser implementadas en una diligencia en la que el instructor dirige el interrogatorio, es decir, que es quien formula las preguntas de oficio.

152. En ese sentido, cabe recordar que las objeciones constituyen una herramienta procesal diseñada para el control horizontal dentro de un proceso; es decir, para controlar la introducción irregular o ilegal de una prueba; la conducta de las partes; los tipos de preguntas que formulan estas; y las respuestas de quien declara, pero no está diseñada para el control vertical de la actividad probatoria generada de oficio por una autoridad, en donde esta realiza el medio probatorio de manera directa, pues sería procedimentalmente absurdo que el sujeto a quien se le objetan las preguntas sea el mismo que resuelva ha lugar o no la objeción formulada; razón por la cual no es procedente aplicar, para los interrogatorios de las personas citadas de oficio, las reglas previstas en el C.Pr.C.M. para los interrogatorios propuestos a petición de parte.

153. En todo caso, del análisis efectuado al interrogatorio formulado a los ejecutivos de CTE, este CD advierte que ha existido un equilibrio entre el investigado y esta Superintendencia, pues el abogado de CTE pudo desarrollar libremente el interrogatorio y contrainterrogatorio sin objeciones por parte del Intendente de Investigaciones, y este último formuló las preguntas de conformidad con las reglas, sin afectar derecho de defensa alguno.

154. En consecuencia, no es posible atender el alegato de CTE respecto de este punto de su impugnación.

e) Ilegalidad en la calificación de credibilidad de testigo

155. CTE expresa su inconformidad con lo resuelto por este CD cuando estableció que "la única autoridad que puede emitir juicios oficiales de valor sobre el fondo de una investigación por prácticas anticompetitivas es este CD (...)"; que "no incide ni prejuzga a este CD el que algún partícipe de una actividad probatoria haya emitido juicios de valor sobre un declarante o testigo..." y que "si para el Intendente de Investigaciones no resultaba "creíble" la respuesta de un declarante o testigo, es solamente el criterio de quien en un momento particular dirigía la instrucción de una parte de la investigación bajo las reglas establecidas...".

156. Y es que, a juicio de CTE, la estimación de la credibilidad en la declaración del ingeniero Alberto Yánez es una apreciación de la veracidad que el declarante le inspira al ente decisor, por lo tanto, asegura que la introducción de "elementos distorsionadores", como el cuestionamiento hecho por el Intendente de Investigaciones, vicia o contamina la valoración a efectuar por el ente decisor.

157. Del análisis efectuado a los anteriores argumentos, se advierte que CTE simplemente expone una inconformidad con los motivos por los cuales este CD rechazó su planteamiento, en cuanto al supuesto cuestionamiento del Intendente de Investigaciones, al haber expresado que no le resultaba "creíble" una de las respuestas que brindó el ingeniero Yánez.

158. Al respecto, resulta imperioso aclarar, en primer lugar, que el Intendente de Investigaciones no es una autoridad decisora en ninguna de las etapas de este procedimiento, por lo que sus actuaciones se han limitado al mero diligenciamiento de los interrogatorios de las personas citadas de oficio o a petición de parte, y en segundo lugar, que no incide ni prejuicia a este CD el hecho que algún partícipe de una actividad probatoria haya emitido juicios de valor sobre un declarante o testigo, pues a efecto de verificar si el investigado es responsable o no de la conducta anticompetitiva atribuida, se examina bajo un sistema de análisis técnico, jurídico y económico, y bajo las reglas de la sana crítica, no solo una diligencia

probatoria –declaraciones vertidas en un interrogatorio–, sino todos los elementos que obran en el expediente, para luego emitir la correspondiente resolución de manera motivada, como ha acontecido en el presente caso. Por consiguiente, no es cierto que se hayan introducido "elementos distorsionadores" en la valoración efectuada por este CD, ni tampoco que se haya viciado de ilegalidad la declaración rendida por el señor Yánez, como lo pretende hacer ver CTE.

159. Con base en lo anterior, cabe concluir que no es estimable lo planteado por CTE en lo que atañe a la supuesta ilegalidad de la calificación de credibilidad del testigo, pues lo que en realidad se advierte es que dicho agente económico, más que sustentar una ilegalidad, simplemente no comparte los motivos expuestos por este CD en la resolución impugnada en cuanto a este punto.

f) Ilegalidad en la denegación de acceso a prueba producida

160. Para sustentar este aspecto de su reclamo, de manera resumida, CTE asegura que al habérsele denegado el acceso a las declaraciones testimoniales rendidas en este procedimiento, no se le permitió controlar ni contradecir la prueba producida; lo cual asegura que es totalmente injustificado, pues esta Superintendencia sí ha publicitado y divulgado "a su conveniencia y arbitrariedad" parte de la información que supuestamente estaba limitada a CTE, esto es, respecto de algunas preguntas formuladas en el interrogatorio, y que constan en la página 58 de la resolución impugnada.

161. Al respecto, es necesario recordar a CTE que por tratarse de un procedimiento en el que existe una acumulación de pretensiones, el hecho de que no haya tenido acceso a las declaraciones testimoniales de los ejecutivos de las demás sociedades investigadas, en nada afecta a su derecho de contradecir la prueba y con ello a su derecho de defensa, ya que las investigaciones se realizaron de manera independiente la una de la otra, de tal forma que los elementos probatorios incorporados al expediente no se encuentran vinculados entre sí, según se explicó extensivamente en el numeral 1 de este apartado.

162. Ahora, con relación a que esta Superintendencia ha publicitado y divulgado "a su conveniencia y arbitrariedad" parte de la información que supuestamente estaba limitada a CTE, es importante aclarar que las preguntas que se relacionaron en el apartado en alusión fue con el solo fin de ejemplificar el tipo de preguntas que su apoderado utilizó en el interrogatorio directo, ya que estas fueron sugestivas (sugería la respuesta a la declarante) y compuestas (formulaba dos preguntas en una). En todo caso, esas preguntas de ninguna manera revelaban las respuestas que se brindaron a las mismas; por lo que no es cierto que se hayan divulgado a "conveniencia y arbitrariedad" como lo afirma CTE, en tanto que se hicieron con un propósito en particular, sin que ello afecte derecho procedimental alguno. Y es que desde ninguna perspectiva es arbitraria la explicación de una autoridad con el fin de demostrar que quien no se apegó ni respetó las reglas del interrogatorio fue su apoderado, más no el instructor.

163. En conclusión, al no existir vinculación alguna entre la prueba producida respecto de otros agentes económicos investigados y la investigación en contra de CTE, no le asiste a éste el derecho de contradecir o refutar esa prueba; por lo tanto, no es cierto que se haya vulnerado algún derecho con la denegación alegada.

g) <u>Ilegalidad en el rechazo de la prueba ofrecida por CTE</u>

164. Al respecto, CTE expone que el vacío legal de la LC, al no prever la posibilidad de recibir prueba sobre hechos sobrevinientes, no puede conducir, en ninguna forma, a la enervación de los derechos constitucionales de audiencia y de defensa; al contrario, el vacío legal de la LC debe suplirse, no mediante la negación de la efectividad de esos derechos, sino que aplicando directamente la Constitución.

165. Del análisis efectuado a tal argumento, es preciso aclarar que no es cierto que en la resolución del 10 de abril de 2015, se haya establecido que existe un vacío normativo que regule el supuesto de introducir prueba sobre hechos sobrevinientes después de concluido el plazo probatorio; al contrario, el Superintendente, luego de analizar los preceptos legales pertinentes de la LC,

sostuvo que "En ningún momento [dicha normativa] permite la aportación de prueba una vez concluido el plazo probatorio, aunque esta trate sobre hechos nuevos o sobrevenidos, ya que, según ha quedado evidenciado, la LC tiene previstas las etapas procedimentales en las que los interesados pueden ofrecer o aportar algún elemento probatorio".

166. En ese sentido, este CD comparte el anterior criterio sustentado por el Superintendente, por lo que no es procedente tachar de ilegal la denegación de la prueba testimonial ofrecida de manera extemporánea por CTE, aun cuando se tratara de un hecho sobreviniente, pues de conformidad con la LC una vez concluido el plazo probatorio los interesados ya no pueden ofrecer o aportar ese tipo de prueba. Y es que en todo proceso o procedimiento existe, necesariamente un momento final para proponer prueba, sea sobre hechos "sobrevinientes" o no.

h) <u>Ilegalidad en la negativa de acceso al expediente íntegro</u>

167. Con relación a este punto de su reclamo, CTE alega que no es cierto que haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de vista del expediente, pues asegura que aun cuando el expediente estaba conformado por 14 piezas públicas, en realidad únicamente 4 piezas lo eran, ya que el resto -10 piezas- eran de acceso restringido a cada sociedad denunciada.

168. Asimismo, alega que este CD en ninguna parte de la resolución final planteó el motivo por el cual considera que la negativa de acceso al expediente no supone para CTE un valladar al ejercicio del derecho de defensa, ya que –a su parecer– la negativa de acceso al expediente íntegro significa que se le ha impedido contradecir argumentos, examinar y/o contradecir prueba producida en este procedimiento.

169. Del examen efectuado a tales alegatos, se evidencia la inconformidad manifestada por CTE con lo minuciosamente explicado por este CD en los párrafos 225-247 de

la resolución final, relacionado con el argumento de "La supuesta denegación de acceso al expediente del procedimiento".

170. Por consiguiente, se reitera a CTE que no se le ha violentado su derecho de defensa ni de contradicción de la prueba, en tanto que las actuaciones e información respecto de la cuales alega no tuvo acceso, nada tienen que ver con su caso en particular, pues las mismas están relacionadas con las pretensiones dirigidas y sustanciadas exclusivamente en contra de los otros agentes económicos investigados, las cuales son completamente ajenas e independientes de la dirigida en su contra.

171. Y es que, tal como se estableció en la resolución impugnada, consta en el expediente que CTE sí conoció ***todas*** las resoluciones que el Superintendente emitió en la instrucción; ***toda*** la documentación aportada por Platinum en relación con dicho agente económico, incluyendo, obviamente, la denuncia; y ***toda*** la prueba de cargo y de descargo que se ha producido o presentado en relación con este.

172. En definitiva, no es posible estimar el alegato de CTE de que se le ha impedido ejercer de modo pleno las oportunidades de defensa u oposición, al habérsele negado el acceso al expediente íntegro, pues este sí tuvo acceso a toda la documentación, resoluciones y pruebas relacionadas con la denuncia presentada por Platinum *en su contra*; por tanto, se insiste, en nada, absolutamente nada, incide en los derechos constitucionales argüidos desconocer lo que se ha desarrollado respecto de las restantes denuncias acumuladas subjetivamente por el denunciante; en todo caso, se recuerda a CTE que podrá tener acceso, a través del sitio web de esta Superintendencia, a la versión *pública* de la resolución final, a efecto de conocer lo que se ha resuelto respecto de los otros agentes económicos investigados, una vez se levante la declaratoria de reserva de este caso, es decir, cuando este finalice en sede administrativa.

2.2 Alegatos de carácter material

173. Además de las supuestas ilegalidades procedimentales expuestas anteriormente, CTE alega ciertos aspectos relacionados con el fondo del asunto, específicamente, violación a dos reglas básicas del derecho administrativo sancionador: el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad; además, arguye falta de motivación de la sanción pecuniaria. A continuación se procederá a analizar y responder a cada uno de estos.

a) Ilegalidad por atipicidad de la conducta sancionada

174. En cuanto a la supuesta violación al principio de tipicidad, CTE expone que no es cierto que haya incurrido en la conducta que se le imputó, por lo que, a su juicio, la declaración hecha por este CD de que cometió la infracción tipificada en la letra a) del Art. 30 de la LC es carente de fundamento, tanto fáctico como jurídico, por no haber implementado tácticas dilatorias que dificulten el acceso de competidores a un recurso esencial para la provisión de un servicio de telecomunicaciones.

175. Y es que, asegura que lo que realmente ha acontecido en el caso investigado es que Platinum mostró una conducta desidiosa y carente de interés en darle seguimiento a sus solicitudes de interconexión, por lo que CTE asumió, de buena fe, que aquel había renunciado a las solicitudes anteriores a la del 2014 y, de hecho, afirma que Platinum así lo expresó, pero el Superintendente se negó a recibir prueba sobre la manifestación de dicha renuncia.

176. Del análisis efectuado a tales argumentos, es realmente sorprendente que CTE alegue que la declaración hecha por este CD de que cometió la práctica anticompetitiva de abuso de posición dominante, tipificada en la letra a) del Art. 30 de la LC, es carente de fundamento, tanto fáctico como jurídico, pues tal como se puede constatar en los párrafos 810-886 se hizo una concatenación de aspectos relacionados con la imputación de la conducta ilícita, los argumentos defensivos, la relación de los medios probatorios incorporados al expediente, los hechos

acreditados, el análisis de fondo a la luz del derecho de competencia, los incentivos detrás de la conducta y los efectos anticompetitivos verificados en este procedimiento.

177. En ese sentido, aun cuando CTE alegue que no ha existido tal conducta sino falta de diligencia por parte de Platinum en impulsar sus solicitudes y una expresa renuncia a la solicitud del 2012, consta en el expediente, por una parte, que CTE no solo omitió brindar respuesta a dos notas presentadas por Platinum en el 2013, sino que condicionó la suscripción del respectivo contrato de interconexión a la firma del contrato de interconexión entre la denunciante con otro operador (Personal); y, por otra, que la solicitud del 30 de diciembre de 2014 presentada por Platinum, a la que alude CTE, no era una renuncia a las anteriores solicitudes, sino que se trataba de "reafirmar el interés de Platinum en la interconexión y presentar tanto información general de la empresa como técnica [...] en razón de la falta de continuidad de CTE a las solicitudes anteriores realizadas"; tal como consta en el párrafo 857 de la resolución impugnada.

178. En consecuencia, no es cierto que se haya omitido establecer las razones por las que este CD concluyó que la falta de respuesta por parte de CTE a las notas presentadas por Platinum, con motivo de la solicitud de interconexión, haya constituido una táctica dilatoria, configurada como abuso de posición dominante, en la modalidad de creación de obstáculos a la entrada de competidores, tipificada en el Art. 30, letra a) de la LC; más bien, lo que en realidad se advierte es que dicho agente simplemente no comparte la valoración que este CD hizo de los elementos probatorios que se incorporaron a lo largo de la investigación, conforme a las reglas de la sana crítica, y que todo lo trata de hacer parecer como una violación a sus derechos a fin de preparar su futura impugnación judicial.

179. Por tanto, no es posible atender el argumento de CTE de que exista ilegalidad por atipicidad de la conducta sancionada, y así deberá resolverse.

b) Ilegalidad por ausencia de culpabilidad en conducta de CTE

180. Para fundamentar este punto de su reclamo, CTE alega que, de buena fe, asumió la renuncia de la solicitud de interconexión hecha por Platinum, tanto en 2010 como en 2012, al grado que, asegura, Platinum nunca presentó ni remitió a CTE "una oferta de contratación especificando precios y condiciones técnicas", como lo exige el inciso segundo del Art. 21 de la LT, ni remitió copia de dicha oferta a la SIGET, ni acudió a esta a solicitar el procedimiento de solución alternativa de conflicto por acceso a recursos esenciales.

181. En definitiva, asegura que no existe prueba que la conducta de CTE haya sido realizada con dolo, malicia o negligencia grave; al contrario, afirma que consta en este procedimiento prueba fehaciente de que la conducta reiterada de Platinum era abandonar -por ende, renunciar- a sus solicitudes de interconexión, en razón de una conducta desidiosa, que no daba seguimiento ni gestionaba sus propias solicitudes, o tardaba mucho tiempo en responder a las peticiones de entrega de documentos que CTE le formulaba.

182. Frente a tal alegato, es preciso recordar a CTE que en la resolución impugnada se hizo referencia a lo que la doctrina y jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido respecto de la "Responsabilidad especial del dominante", en el sentido de que cuando un agente económico tiene posición dominante *lleva aparejada una carga especial de responsabilidad a la hora de actuar en el mercado*, ya que una empresa en esa posición puede efectuar conductas que con facilidad debilitarían la competencia, por lo que se le exige un grado sumo de cuidado en el desarrollo de sus actividades con la intención de no distorsionar la competencia en el sector.

183. Con base en tales premisas se analizó la conducta de CTE y, tal como se relacionó en los párrafos anteriores, se comprobó que Platinum presentó las 2 notas en referencia con la manifiesta intención de continuar con las negociaciones para suscribir un contrato de interconexión con CTE, a propósito de la solicitud

planteada en febrero de 2012, y que este no respondió a ninguna de ellas; por lo que se constató una *conducta distante del sumo cuidado y diligencia que debe mostrar todo operador que goce de posición dominante*.

184. En ese sentido, la falta de diligencia y buena fe de CTE constituyó una negligencia especialmente sancionada desde la óptica del derecho de competencia, precisamente porque al tratarse de un sujeto con posición dominante, poseedor de una facilidad esencial, se le exige una especial responsabilidad. Lo anterior cobra sentido cuando se advierte que la obstaculización que ha conocido esta Superintendencia no versa sobre cualquier bien o servicio, sino sobre un insumo esencial -la interconexión-, el cual es indispensable para la provisión de otros servicios derivados y cuya finalidad se resume en permitir el intercambio efectivo de llamadas entre usuarios de diferentes redes, sin lo cual es imposible concebir el desarrollo y crecimiento de un mercado de las telecomunicaciones.

185. Por ello, cabe concluir que no es estimable lo planteado por CTE en lo que atañe a la supuesta violación al principio de culpabilidad argüido, pues lo que en realidad se advierte es que dicho agente económico, más que sustentar una ilegalidad, simplemente no comparte los motivos expuestos por este CD en la resolución impugnada en cuanto a este punto.

c) Ausencia de motivación de multa

186. En esencia, CTE argumenta que "en la realidad, tanto fáctica como jurídica", este CD no ha motivado la sanción impuesta, pues omitió indicar cómo y por qué llegó a la conclusión de que su conducta es merecedora de una multa por un monto de US$355,500.00, y que la mera mención en abstracto de criterios orientadores -sin especificación del caso concreto- no satisface, en ninguna forma, la exigencia de motivación de la imposición de sanciones.

187. Al respecto, causa extrañeza, una vez más, a este CD que CTE alegue falta de motivación en la imposición de la multa, pues luego de haber valorado bajo la sana crítica todos los elementos probatorios recabados y haber determinado que

sí existió una infracción a la LC, en los párrafos 1038 a 1058 se establecieron los criterios que sustentan la sanción pecuniaria, de conformidad con lo prescrito en el Art. 37 de dicha normativa. De su valoración integral, este CD concluyó que se trataba de una *conducta anticompetitiva grave*, merecedora de una sanción de un mil quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, la cual se encuentra dentro del margen previsto en el Art. 38, inciso 1°, de ese cuerpo normativo.

188. Y es que, tal como sucede en el derecho penal, en el que el legislador prescribe una sanción por cada conducta que se adecua al tipo preestablecido, es el juez o el aplicador de la norma quien después de valorar todos los elementos probatorios, decide cuántos años de prisión impondrá tomando el rango establecido para el delito imputado, así ocurre en el presente caso, en el que luego de analizar y valorar toda la prueba que obra en el expediente –en las piezas que conciernen al caso Platinum-CTE–, este CD resolvió que dicho agente económico abusó de su posición dominante y a fin de imponer la sanción pecuniaria establecida en el párrafo 1092, se basó en los criterios respectivos: dimensión de mercado, duración de la práctica anticompetitiva, daño causado, efectos sobre terceros, reincidencia y gravedad de la infracción; los cuales han sido suficientemente desarrollados en la resolución impugnada.

189. Además, este CD a fin de garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, verificó información pública registral a efecto de conocer la capacidad económica de CTE para poder imponer una multa que pudiera ser económicamente soportable y que no fuese de una magnitud tal que provocara su salida del mercado, ocasionando con esto un perjuicio al objeto que precisamente protege la LC.

190. Por lo antes expuesto, no es posible acceder al alegato de CTE, ya que en todo caso, lo que dicho agente económico ha expresado es una inconformidad con los criterios sustentados por este CD en los párrafos indicados para imponer la multa en cuestión.

D. RECURSO DE PERSONAL

191. A continuación se procederá a exponer y analizar los argumentos sobre los que Personal fundamenta el recurso de nulidad como el de revisión. En ese sentido, se iniciará haciendo alusión y decidiendo sobre la nulidad argüida y luego se expondrán los alegatos en los que sustenta el recurso de revisión, para también decidir lo que corresponda.

1. De la nulidad del acto de notificación de la resolución final

192. Personal alega como único punto la nulidad de la notificación de la resolución final, pues afirma que se le entregó una copia de la misma incompleta y "mutilada", lo cual es lesivo de su derecho de defensa, en tanto que se le ha impedido conocer el contenido exacto e íntegro de esa resolución, pues no es posible saber si los pasajes suprimidos contienen: 1) decisiones que le causan perjuicio y que deben ser impugnadas; 2) consideraciones que le causan perjuicio y que deben ser contradichas; 3) consideraciones que refuerzan alguno de sus argumentos; y 4) consideraciones y/o decisiones sobre situaciones y/o conductas similares y/o iguales a las suyas que puedan implicar un tratamiento discriminatorio por este Consejo Directivo (CD).

193. Del análisis efectuado a esos argumentos, es preciso reiterar a Personal, tal como se indicó en la resolución proveída por el Superintendente el 10 de abril de 2015, que, en el presente caso, por tratarse de un procedimiento en el que se acumularon varias quejas independientes en una sola denuncia, la resolución final tiene "tantos pronunciamientos separados cuantos [fueron] los objetos acumulados", tal como lo prevé el artículo 95, inciso segundo, del Código Procesal Civil y Mercantil –C.Pr.C.M.–.

194. En ese sentido, la valoración de la prueba que este CD realizó ha sido en atención a la conducta anticompetitiva atribuida a cada agente económico investigado, por

separado, sin que lo resuelto contra cada uno de ellos haya influido en lo que se resolvió contra los demás, pues se insiste se trata de situaciones independientes. Por ello, en la resolución final se ha establecido, por cada agente económico, un apartado en el que se ha hecho un análisis técnico, jurídico y económico de los elementos probatorios recabados a lo largo de la investigación, y que llevó a concluir la existencia de la conducta imputada a cada uno de ellos.

195. En consecuencia, a Personal se le entregó una copia de la resolución conteniendo los pasajes o párrafos que debía conocer y que tenían relación con la investigación instruida en su contra. De tal manera que en concordancia con lo anteriormente expuesto, el análisis y las resultas de la práctica por abuso de posición dominante ha sido por cada agente económico y en nada se vulnera el derecho de defensa de Personal al haber suprimido de la certificación de la resolución cuestionada aquellos apartados relacionados con la conclusión a la que se llegó para determinar la posición dominante en los mercados relevantes definidos de cada agente investigado, así como el análisis y conclusiones propias de las conductas atribuidas al resto de los operadores denunciados, y de las sanciones correspondientes para cada uno de ellos.

196. Ahora bien, con relación a que Personal alega que no existe justificación alguna para "la mutilación del texto de la copia entregada", ya que esta Superintendencia en un comunicado de prensa hizo públicos los datos de la resolución sancionatoria que se suprimieron, es importante aclarar, por una parte, que la información que se divulgó únicamente fue en lo relativo a los sujetos sancionados, el tipo de práctica comprobada y las multas impuestas, pero sin revelar aspectos vinculados con el análisis y valoración de fondo de los elementos probatorios, así como la determinación de las infracciones, ni mucho menos lo relativo a la información confidencial; y por otra, que Personal podrá tener acceso, a través del sitio web de esta Superintendencia, de la versión pública de la resolución final, a efecto de conocer lo que se ha resuelto respecto de los otros agentes económicos investigados, una vez se levante la declaratoria de reserva de este caso.

197. Por los motivos antes expuestos, deberá declararse sin lugar la nulidad alegada por Personal, por no existir violación a su derecho de defensa, al habérsele entregado copia de la resolución final con la supresión de determinados pasajes de la misma.

2. Del recurso de revisión

198. A continuación, se expondrán los alegatos de Personal en los que sustenta el recurso de revisión, los cuales serán divididos para su mejor proveer en dos considerandos de la siguiente forma: primero, donde se analizarán y dilucidarán sobre las ilegalidades de carácter procedimental, y luego, donde se entrarán a conocer y decidir sobre aquellas de carácter material.

2.1 Alegatos de carácter procedimental

a) Incompetencia de esta Superintendencia para conocer los hechos planteados por Platinum

199. Al respecto, Personal expone que si bien la emisión de Ley de Competencia –LC– supuso la derogación de algunas de las potestades de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones –SIGET– en materia de competencia, ello lo fue exclusivamente respecto de las que habían sido conferidas a dicho ente regulador, en virtud del Art. 111 de la Ley de Telecomunicaciones –LT–; pero tal derogatoria, asegura, dejó incólume la atribución de la SIGET de prevenir y sancionar conductas asociadas al acceso a recursos esenciales de telecomunicaciones y, de modo específico y explícito, resolver los conflictos por acceso al mercado de telefonía y aquellos relacionados con los recursos esenciales, entre ellos, la interconexión de redes de telecomunicaciones.

200. Por ello, alega que la denuncia de Platinum se circunscribió a atribuir a Personal negativa a brindar el acceso al recurso esencial de la interconexión y, dado que tal situación es del exclusivo y privativo ámbito de competencia de la SIGET, es claro que esta Superintendencia no debió instruir y decidir en este caso, en tanto que se trata de una actuación fuera del ámbito de su competencia.

201. Del análisis efectuado a esos argumentos, es necesario aclarar que aun cuando en la LT exista una obligación de brindar acceso a recursos esenciales, como medida de control *ex ante,* implica que su incumplimiento podría dar lugar a una infracción grave de acuerdo con el derecho sectorial, situación que se genera de manera *ex post.*

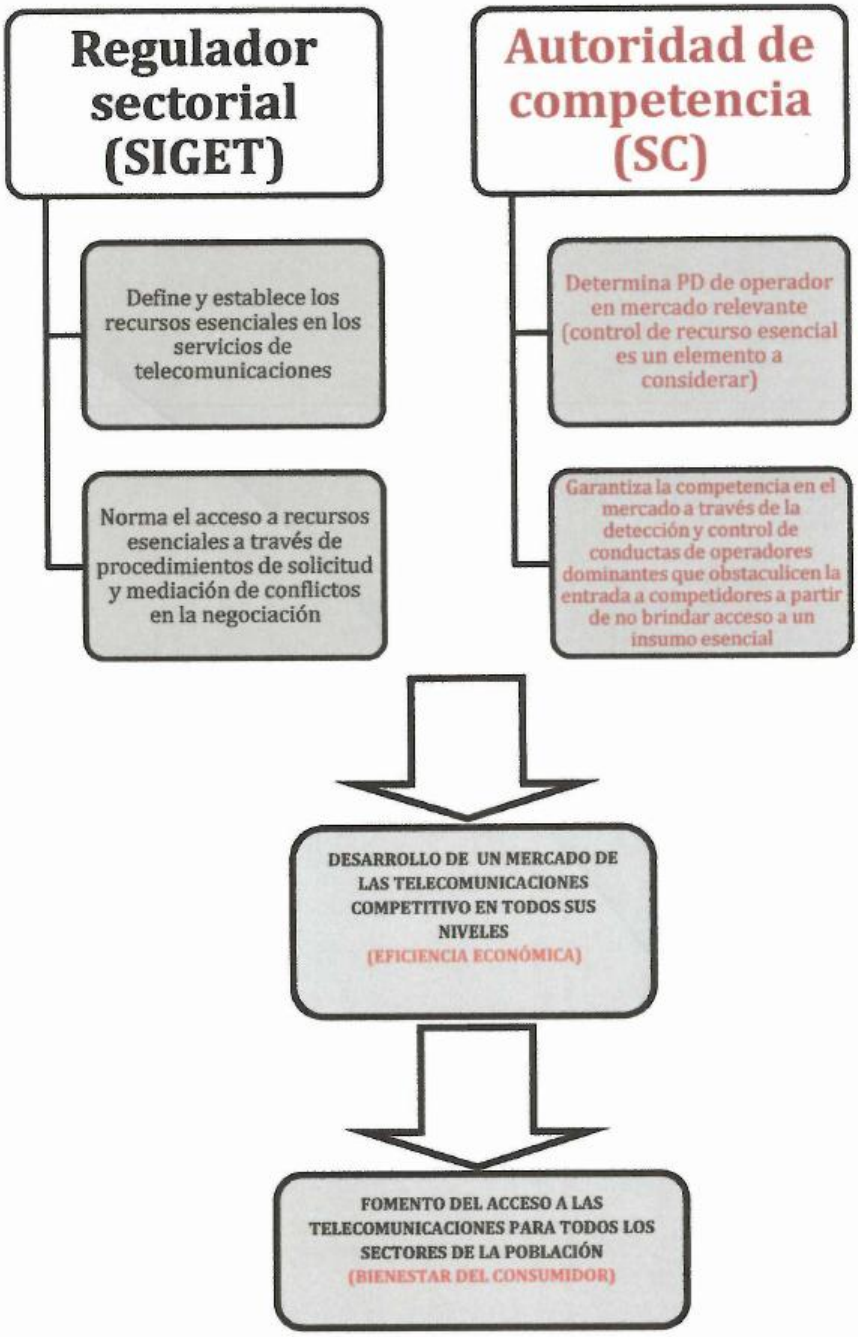
202. En estos casos, a la luz de la LT, los supuestos y requisitos procedimentales que deben cumplirse difieren de los contenidos en la LC. El regulador interviene cuando una empresa que posee un recurso esencial niega a otra el acceso[18] al mismo, por ejemplo, en la fase de negociación. La autoridad de competencia interviene cuando los agentes económicos que gozan de una posición dominante abusan de esta a través del control que poseen sobre un recurso esencial, afectando las condiciones generales de competencia en el mercado.

203. En el presente caso, se sancionó a Personal por obstaculizar la entrada de un nuevo competidor al emplear tácticas anticompetitivas para retrasar la interconexión, al no haber respondido oportunamente a las propuestas o comentarios formulados por Platinum a la propuesta de contrato, con motivo de la solicitud formulada el 17 de febrero de 2012, lo cual constituye una manifestación de abuso de posición dominante, tipificado en el Art. 30 letra a) de la LC; razón por lo cual se impuso la sanción respectiva. Estos hechos no están regulados o tipificados en la LT.

[18] El Art. 1 de la Ley de Telecomunicaciones prescribe que el objeto de la misma es, entre otros, regular el acceso a los recursos esenciales.

203. Para una mejor comprensión de lo anterior, se muestra a continuación un esquema en el que se explican los alcances de las facultades relacionadas con el caso en concreto, y que claramente evidencia el carácter complementario de ambos enfoques hacia un mismo fin, por lo cual es imposible considerarlas como antagónicas o excluyentes.

Esquema explicativo: Alcances de las facultades de la SC y la SIGET en el caso en concreto



Fuente: Elaboración propia.

204. Así, la aplicación de la LC en el sector de las telecomunicaciones no puede verse limitada por existir una regulación del sector, debido a que la consecución de un

marco competitivo en el mercado requiere de una aplicación efectiva de la LC, para evitar, principalmente, abusos de las posiciones de dominio, pero también comportamientos colusorios, o concentraciones anticompetitivas de las empresas del sector. Esto refuerza el señalado carácter complementario[19] existente entre la regulación sectorial y la de competencia, pues ambas contribuyen a un mismo fin desde enfoques distintos[20].

206. Por lo señalado en los párrafos anteriores, este Consejo desestima la presente alegación de Personal consistente en la falta de competencia de la SC para resolver el caso.

b) Ilegalidad de la resolución por emisión extemporánea

207. En cuanto a este punto, prácticamente Personal afirma que este CD estaba habilitado para emitir y comunicar la resolución definitiva en este procedimiento sancionatorio a más tardar el 23 de octubre de 2015 y, que el plazo para la emisión de la resolución definitiva comprendía la notificación de la misma.

208. En ese sentido, aduce que al habérsele notificado la resolución final hasta el 27 de octubre 2015, implicó una violación al plazo establecido en el inciso 5° del art. 45 de la LC; por lo tanto, asegura, la resolución sancionatoria es ilegal y debe revocarse.

209. En atención al anterior argumento, resulta imperioso aludir a lo que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sostenido respecto de los actos de

---

[19] Respecto de este carácter complementario de las normas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad 65-2012/36-2014, el 29 de julio de 2015, estableció que "...a pesar que la LT no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, *dicha omisión normativa se suple mediante la integración de lo consignado en la LC,* por lo cual corresponde a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones...". (Cursivas del texto son propias).

[20] Así lo establece Calviño Santamaría, cuando afirma lo siguiente: "Significa entonces que la regulación y la defensa de la competencia son complementarias más que sustitutivas, y tienen objetivos e instrumentos diferentes que pueden determinar una aproximación distinta de los órganos respectivos a la solución de los problemas". Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo". Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología. ICE Septiembre-Octubre 2006. N. º 832, España.

notificación, en el sentido de que "la función de la notificación es precisamente la de hacer del conocimiento de los administrados las actuaciones de la administración, para que puedan hacer uso oportuno de sus derechos conforme a la ley"[21].

210. En ese sentido, el Art. 45 de la LC, en su inciso 4°, es claro cuando se refiere a que el CD de la SC "deberá emitir resolución dentro de un plazo [...]"; es decir, el plazo se cumple al momento de emitir dicha resolución, sin más agregados. Esta disposición es la habilitación legal sobre la cual el CD se basó para emitir la resolución final del presente caso el 14 de octubre del año en curso, pues aquella en ningún momento regula un plazo para notificar decisiones, sino, para que la autoridad decida sobre el caso investigado.

211. Es más, el C.Pr.C.M. establece un principio general de notificación en el Art. 169, según el cual "toda resolución judicial se notificará en el más breve plazo a las partes y a los interesados". Ni la LC ni su reglamento disponen el plazo en el cual debe efectuarse la notificación de las resoluciones emitidas en un procedimiento sancionador y, lo dispuesto por el derecho común, únicamente da un parámetro de brevedad. Trasladando este criterio al caso que nos ocupa, la resolución final fue notificada a Personal y al resto de investigados en los días inmediatamente posteriores a su emisión, sin que ello implique, desde ninguna perspectiva, que esta haya sido extemporánea por haberse efectuado después de concluidos los *12 meses para emitir la resolución final.*

212. Con lo anteriormente apuntado, cabe concluir que no es estimable lo planteado por Personal en lo que atañe a la supuesta Ilegalidad de la resolución por emisión extemporánea, pues ha quedado demostrado que este CD cumplió rigurosamente el plazo habilitado por el legislador, al haber emitido la resolución final dentro del

[21] Ver por ejemplo la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo con ref. 41-O-2001, de fecha 12/11/2004. En similares términos se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional, por ejemplo en la sentencia de amparo 294-2005, de fecha 16/06/2006.

plazo legalmente permitido, es decir, con fecha 14 de octubre de 2015, siendo que la fecha límite era el 24 del mismo mes y año.

c) *Ilegal delegación de funciones al Intendente de Investigaciones*

213 Para sustentar este punto, en síntesis, Personal afirma que la delegación de funciones establecida en la resolución del 15 de enero de 2015, por la que se ordenaron los citatorios para rendir declaración y se formularon las reglas de los interrogatorios, fue excesiva, sin justificación, y que la delegación de potestades resolutivas constituyó una actuación ilegal que ha afectado el procedimiento instruido en su contra.

214 En ese sentido, asegura que la delegación de atribuciones públicas no puede llegar a significar la alteración del núcleo esencial de la potestad que la ley confiere a un determinado funcionario público y, en todo caso, alega que tal delegación es constitucional y legalmente admisible única y exclusivamente cuando sea razonablemente justificada y materialmente necesaria; en el presente caso, afirma que en la resolución del 15 de enero de 2015 se pretendió la delegación de potestades resolutorias, a pesar de que en el auto de instrucción el Superintendente se reservó tales potestades y que nunca se indicaron las causas que supuestamente justificaran, de modo razonable, la necesidad de la delegación.

215 A partir de tales argumentos, es necesario acotar que tal como lo ha sostenido la jurisprudencia[22] de la Sala de lo Contencioso Administrativo, "la delegación es una modalidad de transferencia del ejercicio de la competencia, en virtud de la cual un Órgano de la Administración *puede trasladar a un inferior el ejercicio de funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye*, siempre que el mismo ordenamiento lo habilite expresa y específicamente para ello", por tanto, de conformidad con el Art. 13, letra h) de la LC, la delegación de funciones que el Superintendente realiza en

[22] Sentencia emitida en el proceso contencioso administrativo referencia 95-2006, del 13 de octubre de 2009.

el Intendente de investigaciones tiene sustento legal, y no es necesario justificar las razones de tal delegación, ya que el legislador no prescribió dicha condicionante.

216. Ahora bien, el hecho de que en el auto de instrucción de este procedimiento el Superintendente se haya reservado "las potestades resolutivas", y que en el auto del 15 de enero de este año haya facultado al intendente para "resolver" cualquier asunto incidental que surgiese en los interrogatorios y declaraciones de testigos, en nada transgrede el precepto legal antes citado, pues el término "resolver" al que se hizo referencia en el último de esos proveídos debe entenderse en el sentido de solventar los incidentes que podrían suscitarse en el desarrollo de esas diligencias, lo cual resulta lógico, pues si el Superintendente delegó al intendente de investigaciones para dirigir los interrogatorios, también lo facultó para resolver, solventar o solucionar los percances que allí se ocasionaren.

217. En razón de lo antes expuesto, no es posible atender el argumento de Personal en cuanto a este punto de su reclamo, y así deberá resolverse.

d) <u>Ilegal interrogatorio de testigos</u>

218. Con relación a este aspecto, Personal insiste en que no es cierto que no exista regulación legal para la toma de declaración de personas citadas de oficio en un procedimiento sancionatorio, pues, a su criterio, no existe ninguna diferencia que justifique reglas diferentes para la toma de declaración testimonial en razón del origen de la cita al declarante (de oficio o a instancia de parte); pero, sobre todo, asegura que no existe ningún motivo para obviar la plena observancia del principio de legalidad procesal, en su manifestación de legalidad de la prueba.

219. Por ende, alega que al no habérsele permitido objetar las preguntas formuladas por el instructor, se vulneró el Art. 369 del C.Pr.C.M. y que por haberse realizado

preguntas prohibidas por ley, se infringieron los Arts. 366 inciso segundo y 408 de ese cuerpo normativo.

220. Del análisis efectuado al anterior argumento, este CD advierte que Personal en su intento porque se revoque la resolución sancionatoria, una vez más refuta las reglas que se desarrollaron para los interrogatorios o declaraciones de testigos, alegando que debieron formularse con base en el C.Pr.C.M., de tal manera que al no sustentar ese alegato en fundamentos distintos a los ya argüidos, corresponde reiterar lo que ya este CD resolvió respecto de las reglas cuestionadas en la resolución final.

221. Y es que, es importante traer a cuento cuál es la razón de ser de las objeciones, pues solo así será posible comprender por qué no pueden ser implementadas en una diligencia en la que el instructor dirige el interrogatorio, es decir, que es quien formula las preguntas de oficio.

222. En ese sentido, cabe recordar que las objeciones constituyen una herramienta procesal diseñada para el control horizontal dentro de un proceso; es decir, para controlar la introducción irregular o ilegal de una prueba; la conducta de las partes; los tipos de preguntas que formulan estas; y las respuestas de quien declara, pero no está diseñada para el control vertical de la actividad probatoria generada de oficio por una autoridad, en donde esta realiza el medio probatorio de manera directa, pues sería procedimentalmente absurdo que el mismo sujeto a quien se le objetan las preguntas sea el mismo que resuelva ha lugar o no la objeción formulada; razón por la cual no es procedente aplicar, para los interrogatorios de las personas citadas de oficio, las reglas previstas en el C.Pr.C.M. para los interrogatorios propuestos a petición de parte.

223. En todo caso, del análisis efectuado al interrogatorio formulado a los ejecutivos de Personal, este CD advierte que ha existido un equilibrio entre el investigado y esta Superintendencia, pues el abogado de Personal pudo desarrollar libremente el

interrogatorio y contrainterrogatorio sin objeciones por parte del Intendente de Investigaciones, y este último formuló las preguntas de conformidad con las reglas, sin afectar derecho de defensa alguno.

224. En consecuencia, no es posible atender el alegato de Personal respecto de este punto de su impugnación.

e) <u>Ilegalidad en la denegación de acceso a prueba producida</u>

225. Para sustentar este aspecto de su reclamo, de manera resumida, Personal asegura que al habérsele denegado el acceso a las declaraciones testimoniales rendidas en este procedimiento, no se le permitió controlar ni contradecir la prueba producida; lo cual asegura que es totalmente injustificado, pues esta Superintendencia sí ha publicitado y divulgado "a su conveniencia y arbitrariedad" parte de la información que supuestamente estaba limitada a Personal, esto es, respecto de algunas preguntas formuladas en el interrogatorio, y que constan en la página 58 de la resolución impugnada.

226. Al respecto, es necesario recordar a Personal que por tratarse de un procedimiento en el que existe una acumulación de pretensiones, el hecho de que no haya tenido acceso a las declaraciones testimoniales de los ejecutivos de las demás sociedades investigadas, en nada afecta a su derecho de contradecir la prueba y con ello a su derecho de defensa, ya que las investigaciones se realizaron de manera independiente la una de la otra, de tal forma que los elementos probatorios incorporados al expediente no se encuentran vinculados entre sí, según se explicó extensivamente en el numeral 1 de este apartado.

227. Ahora, con relación a que esta Superintendencia sí ha publicitado y divulgado "a su conveniencia y arbitrariedad" parte de la información que supuestamente estaba limitada a Personal, es importante aclarar que las preguntas que se relacionaron en el apartado en alusión fue con el solo fin de ejemplificar el tipo de

preguntas que su apoderado utilizó en el interrogatorio directo, ya que estas fueron sugestivas (sugería la respuesta a la declarante) y compuestas (formulaba dos preguntas en una). En todo caso, esas preguntas de ninguna manera revelaban las respuestas que se brindaron a las mismas; por lo que no es cierto que se hayan divulgado a "conveniencia y arbitrariedad" como lo afirma Personal, en tanto que se hicieron con un propósito en particular, sin que ello afecte derecho procedimental alguno. Y es que desde ninguna perspectiva es arbitraria la explicación de una autoridad con el fin de demostrar que quien no se apegó ni respetó las reglas del interrogatorio fue su apoderado, más no el instructor.

228. En conclusión, al no existir vinculación alguna entre la prueba producida respecto de otros agentes económicos investigados y la investigación en contra de Personal, no le asiste a éste el derecho de contradecir o refutar esa prueba; por lo tanto, no es cierto que se haya vulnerado algún derecho con la denegación alegada.

f) <u>Ilegalidad en la negativa de acceso al expediente íntegro</u>

229. Con relación a este punto de su reclamo, Personal alega que no es cierto que haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de vista del expediente, pues asegura que aun cuando el expediente estaba conformado por 14 piezas públicas, en realidad únicamente 4 piezas lo eran, ya que el resto -10 piezas- eran de acceso restringido a cada sociedad denunciada.

230. Asimismo, alega que este CD en ninguna parte de la resolución final planteó el motivo por el cual considera que la negativa de acceso al expediente no supone para Personal un valladar al ejercicio del derecho de defensa, ya que –a su parecer– la negativa de acceso al expediente íntegro significa que se le ha impedido contradecir argumentos, examinar y/o contradecir prueba producida en este procedimiento.

231. Del examen efectuado a tales alegatos, se evidencia la inconformidad manifestada por Personal con lo minuciosamente explicado por este CD en los párrafos 225-247 de la resolución final, relacionado con el argumento de "La supuesta denegación de acceso al expediente del procedimiento".

232. Por consiguiente, se reitera a Personal que no se le ha violentado su derecho de defensa ni de contradicción de la prueba, en tanto que las actuaciones e información respecto de la cuales alega no tuvo acceso, nada tienen que ver con su caso en particular, pues las mismas están relacionadas con las pretensiones dirigidas y sustanciadas exclusivamente en contra de los otros agentes económicos investigados, las cuales son completamente ajenas e independientes de la dirigida en su contra.

233. Y es que, tal como se estableció en la resolución impugnada, consta en el expediente que Personal sí conoció ***todas*** las resoluciones que el Superintendente emitió en la instrucción; ***toda*** la documentación aportada por Platinum en relación con dicho agente económico, incluyendo, obviamente, la denuncia; y ***toda*** la prueba de cargo y de descargo que se ha producido o presentado en relación con este.

234. En definitiva, no es posible estimar el alegato de Personal de que se le ha impedido ejercer de modo pleno las oportunidades de defensa u oposición, al habérsele negado el acceso al expediente íntegro, pues este sí tuvo acceso a toda la documentación, resoluciones y pruebas relacionadas con la denuncia presentada por Platinum *en su contra*; por tanto, se insiste, en nada, absolutamente nada, incide en los derechos constitucionales argüidos desconocer lo que se ha desarrollado respecto de las restantes denuncias acumuladas subjetivamente por el denunciante; en todo caso, se recuerda a Personal que podrá tener acceso, a través del sitio web de esta Superintendencia, a la versión *pública* de la resolución final, a efecto de conocer lo que se ha resuelto respecto

de los otros agentes económicos investigados, una vez se levante la declaratoria de reserva de este caso, es decir, cuando este finalice en sede administrativa.

2.2 Alegatos de carácter material

235. Además de las supuestas ilegalidades procedimentales expuestas anteriormente, Personal alega ciertos aspectos relacionados con el fondo del asunto, específicamente, violación a dos reglas básicas del derecho administrativo sancionador: el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad; además, arguye falta de motivación de la sanción pecuniaria. A continuación se procederá a analizar y responder a cada uno de estos.

a) <u>Ilegalidad por atipicidad de conducta sancionada</u>

236. En cuanto a la supuesta violación al principio de tipicidad, Personal expone que no es cierto que haya incurrido en la conducta que se le imputó, por lo que, a su juicio, la declaración hecha por este CD de que cometió la infracción tipificada en la letra a) del Art. 30 de la LC es carente de fundamento, tanto fáctico como jurídico, por no haber implementado tácticas dilatorias que dificulten el acceso de competidores a un recurso esencial para la provisión de un servicio de telecomunicaciones.

237. Y es que, asegura que lo que realmente ha acontecido en el caso investigado es que Platinum mostró una conducta desidiosa y carente de interés en darle seguimiento a sus solicitudes de interconexión, por lo que Personal asumió, de buena fe, que aquel había renunciado a su solicitud de interconexión.

238. Del análisis efectuado a tales argumentos, es realmente sorprendente que Personal alegue que la declaración hecha por este CD de que cometió la práctica anticompetitiva de abuso de posición dominante, tipificada en la letra a) del Art. 30 LC, es carente de fundamento, tanto fáctico como jurídico, pues tal como se puede

constatar en los párrafos 741-809 se hizo una concatenación de aspectos relacionados con la imputación de la conducta ilícita, los argumentos defensivos, la relación de los medios probatorios incorporados al expediente, los hechos acreditados, el análisis de fondo a la luz del derecho de competencia, los incentivos detrás de la conducta y los efectos anticompetitivos verificados en este procedimiento.

239. En ese sentido, aun cuando Personal alegue que no ha existido tal conducta sino falta de diligencia por parte de Platinum en impulsar sus solicitudes, consta en el expediente que Personal –sin justificación alguna– omitió responder a las observaciones o comentarios efectuados por Platinum el 10 de abril de 2013, relacionados con la propuesta del contrato de interconexión.

240. En consecuencia, no es cierto que se haya omitido establecer las razones por las que este CD concluyó que al no haber respondido oportunamente Personal a las observaciones o comentarios formulados por Platinum a la propuesta de contrato, haya constituido una táctica dilatoria, configurada como abuso de posición dominante, en la modalidad de creación de obstáculos a la entrada de competidores, tipificada en el Art. 30, letra a) de la LC; más bien, lo que en realidad se advierte es que dicho agente simplemente no comparte la valoración que este CD hizo de los elementos probatorios que se incorporaron a lo largo de la investigación, conforme a las reglas de la sana crítica, y que todo lo trata de hacer parecer como una violación a sus derechos a fin de preparar su futura impugnación judicial.

241. En atención a lo antes expuesto, no es posible acceder al argumento de Personal de que existe ilegalidad por atipicidad de la conducta sancionada, y así deberá resolverse.

b) <u>Ilegalidad por ausencia de culpabilidad en conducta de Personal</u>

242. Para fundamentar este punto de su reclamo, Personal alega que, de buena fe, asumió la renuncia de la solicitud de interconexión hecha por Platinum en 2012, al grado que, asegura, Platinum nunca presentó ni remitió a Personal "una oferta de contratación especificando precios y condiciones técnicas", como lo exige el inciso segundo del Art. 21 de la LT, ni remitió copia de dicha oferta a la SIGET, ni acudió a esta a solicitar el procedimiento de solución alternativa de conflicto por acceso a recursos esenciales.

243. En definitiva, asegura que no existe prueba que la conducta de Personal haya sido realizada con dolo, malicia o negligencia grave; al contrario, afirma que lo que sí consta en este procedimiento es prueba fehaciente que la conducta reiterada de Platinum era abandonar -por ende, renunciar- a sus solicitudes de interconexión, en razón de una conducta desidiosa, que no daba seguimiento ni gestionaba sus propias solicitudes, o tardaba mucho tiempo en responder a las peticiones de entrega de documentos que Personal le formulaba.

244. Frente a tal alegato, es preciso recordar a Personal que en la resolución impugnada se hizo referencia a lo que la doctrina y jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido respecto de la "Responsabilidad especial del dominante", en el sentido de que cuando un agente económico tiene posición dominante *lleva aparejada una carga especial de responsabilidad a la hora de actuar en el mercado*, ya que una empresa en esa posición puede efectuar conductas que con facilidad debilitarían la competencia, por lo que se le exige un grado sumo de cuidado en el desarrollo de sus actividades con la intención de no distorsionar la competencia en el sector.

245. Con base en tales premisas se analizó la conducta de Personal y, tal como se relacionó en los párrafos anteriores, se comprobó que Platinum remitió sus observaciones o comentarios a la propuesta de contrato de interconexión con

Personal, a propósito de la solicitud planteada en febrero de 2012, y que este dilató injustificadamente su respuesta; por lo que se constató una *conducta distante del sumo cuidado y diligencia que debe mostrar todo operador que goce de posición dominante.*

246. En ese sentido, la falta de diligencia y buena fe de Personal constituyó una negligencia especialmente sancionada desde la óptica del derecho de competencia, precisamente porque por tratarse de un sujeto con posición dominante y poseedor de una facilidad esencial, se le exige una especial responsabilidad. Lo anterior cobra sentido cuando se advierte que la obstaculización que ha conocido esta Superintendencia no versa sobre cualquier bien o servicio, sino sobre un insumo esencial -la interconexión-, el cual es indispensable para la provisión de otros servicios derivados y cuya finalidad se resume en permitir el intercambio efectivo de llamadas entre usuarios de diferentes redes, sin lo cual es imposible concebir el desarrollo y crecimiento de un mercado de las telecomunicaciones.

247. Por ello, cabe concluir que no es estimable lo planteado por Personal en lo que atañe a la supuesta violación al principio de culpabilidad argüido, pues lo que en realidad se advierte es que dicho agente económico, más que sustentar una ilegalidad, simplemente no comparte los motivos expuestos por este CD en la resolución impugnada en cuanto a este punto.

c) Ausencia de motivación de multa

248. En esencia, Personal argumenta que "en la realidad, tanto fáctica como jurídica", este CD no ha motivado la sanción impuesta, pues omitió indicar cómo y por qué llegó a la conclusión de que su conducta es merecedora de una multa por un monto de US$237,000.00, y que la mera mención en abstracto de criterios orientadores -sin especificación del caso concreto- no satisface, en ninguna forma, la exigencia de motivación de la imposición de sanciones.

249. Al respecto, causa extrañeza, una vez más, a este CD que Personal alegue falta de motivación en la imposición de la multa, pues luego de haber valorado bajo la sana crítica todos los elementos probatorios recabados y haber determinado que sí existió una infracción a la LC, en los párrafos 1017 a 1037 se establecieron los criterios que sustentan la sanción pecuniaria, de conformidad con lo prescrito en el Art. 37 de dicha normativa. De su valoración integral, este CD concluyó que se trataba de una *conducta anticompetitiva grave*, merecedora de una sanción de un mil quinientos salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, la cual se encuentra dentro del margen previsto en el Art. 38, inciso 1°, de ese cuerpo normativo.

250. Y es que, tal como sucede en el derecho penal, en el que el legislador prescribe una sanción por cada conducta que se adecua al tipo preestablecido, es el juez o el aplicador de la norma quien después de valorar todos los elementos probatorios, decide cuántos años de prisión impondrá tomando el rango establecido para el delito imputado, así ocurre en el presente caso, en el que luego de analizar y valorar toda la prueba que obra en el expediente –en las piezas que conciernen al caso Platinum-Personal–, este CD resolvió que dicho agente económico abusó de su posición dominante y a fin de imponer la sanción pecuniaria establecida en el párrafo 1091, se basó en los criterios respectivos: dimensión de mercado, duración de la práctica anticompetitiva, daño causado, efectos sobre terceros, reincidencia y gravedad de la infracción; los cuales han sido suficientemente desarrollados en la resolución impugnada.

251. Además, este CD a fin de garantizar el cumplimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, verificó información pública registral a efecto de conocer la capacidad económica de Personal para poder imponer una multa que pudiera ser económicamente soportable y que no fuese de una magnitud tal que provocara su salida del mercado, ocasionando con esto un perjuicio al objeto que precisamente protege la LC.

252. Por lo antes expuesto, no es posible acceder al alegato de Personal, ya que en todo caso, lo que dicho agente económico ha expresado es una inconformidad con los criterios sustentados por este CD en los párrafos indicados para imponer la multa en cuestión.

D. RECURSO DE TELEMÓVIL

253. A continuación se procederá a exponer y analizar los argumentos sobre los que Telemóvil fundamenta su recurso de revisión, y que básicamente, consisten en que no es posible atribuirle "abuso de posición dominante por limitar y restringir las condiciones de competencia en la prestación de servicios comerciales de telecomunicaciones derivados del acceso a la interconexión de sus redes" debido a que: 1) no se ha logrado establecer objetivamente la posición dominante; 2) no se ha comprobado el abuso de posición dominante; y 3) la interconexión no constituye una barrera de entrada en el mercado de las telecomunicaciones, puesto que es un servicio que está regulado y se rige bajo sus propias reglas.

254. Previo a refutar cada uno de tales argumentos, cabe señalar que los mismos causan extrañeza a este Consejo Directivo –en adelante, CD–, pues es evidente que Telemóvil ha efectuado una lectura selectiva y a la ligera de la resolución final impugnada, ya que de ella puede claramente discernirse, a partir del mercado relevante definido, los elementos por los cuales se estableció que dicho agente sí tiene posición dominante, y las conductas a través de las cuales se comprobó que abusó de esta posición.

255. Asimismo, y pese a que Telemóvil no esgrime ninguna explicación o razonamiento que justifique el trasfondo de sus "argumentos", este CD pasará a analizarlos y así resolver lo que corresponde.

1. Falta de establecimiento objetivo de la posición dominante

256. Con relación a este punto, resulta necesario explicar a Telemóvil que en la resolución impugnada se definieron 2 mercados relevantes: 1) El servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red de Telemóvil, a través de la cual brinda el *servicio de telefonía móvil* en El Salvador; y 2) El servicio mayorista de terminación de llamadas telefónicas en la red de Telemóvil, a través de la cual brinda el *servicio de telefonía fija* en El Salvador; además, existe un mercado relacionado o conexo, definido como los servicios intermedios de tráfico internacional entrante para la terminación en redes de acceso en El Salvador.

257. A partir de lo anterior, y tal como consta en el capítulo VIII denominado "DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DOMINANTE", contenido en la página 170 de la resolución cuestionada, este Consejo, luego de un análisis exhaustivo de una serie de elementos[23] establecidos en la LC, entre estos, que Telemóvil posee una cuota del 100% en el mercado de terminación de llamadas en su propia red; que tiene la capacidad de fijar unilateralmente los precios de la terminación de llamadas en su red, en especial, para el caso de la terminación de llamadas telefónicas internacionales; que los operadores entrantes requieren de la interconexión para operar y no tienen más opción que solicitarla a los operadores propietarios de las redes preestablecidas; y que tiene capacidad para limitar la oferta del servicio mayorista de terminación de llamadas nacionales e internacionales en sus redes, determinó que "Telemóvil sí tiene posición dominante en el servicio mayorista de terminación de llamadas en su red, a través de la cual brinda los servicios de telefonía móvil y fija".

258. Sin embargo, Telemóvil insiste en "que no se ha logrado establecer objetivamente la posición dominante", pero omite especificar cuáles de las variables que han sido analizadas, a su criterio, carecen de objetividad, y cuáles párrafos, desde su perspectiva, carecen de sustento respecto del establecimiento de la posición

[23] Ver párrafos del 555 al 590 del acto impugnado.

dominante. Los criterios aplicados para la determinación de la posición dominante son caso a caso, y se encuentran respaldados por la doctrina y la jurisprudencia internacional, de acuerdo a las prácticas establecidas para el análisis en este tipo de investigaciones.

259. En conclusión, al no haber precisado Telemóvil los motivos para argüir que en la resolución cuestionada no se estableció objetivamente la posición dominante, y al haberse aclarado que este CD sí lo realizó conforme a la LC y su reglamento, deberá desestimarse este punto de su impugnación.

2. Falta de comprobación del abuso de su posición dominante

260. En cuanto a este punto, este CD advierte que lo argüido por Telemóvil se reduce a un planteamiento abstracto e impreciso, pues tal como consta en las páginas 284-307 de la resolución impugnada, este Consejo efectuó un minucioso análisis de los elementos incorporados a lo largo de la investigación que sirvieron para constatar y concluir que Telemóvil empleó tácticas dilatorias para no interconectarse con Platinum, pues omitió brindar respuesta a las 2 notas que este le dirigió con motivo de las solicitudes formuladas el 7 septiembre de 2010 y el 22 de febrero de 2012, lo cual constituyó un obstáculo a la entrada de competidores y una manifestación de abuso de posición dominante, tipificada en el Art. 30 la letra a) de la LC. Sin embargo, a criterio de Telemóvil, no existe tal abuso, pues lo que habría acontecido es negligencia de parte de Platinum al no haber cumplido con los requisitos legales para presentar una solicitud de interconexión en debida forma.

261. Al respecto, es necesario aclarar que el hecho de que Platinum incumpliera o no con los requisitos para presentar una solicitud de interconexión, si bien pudo ser determinante para la SIGET a la luz de sus facultades como un mediador de conflictos entre particulares, no lo ha sido para el análisis de esta Superintendencia, precisamente porque a la luz del Derecho de Competencia, lo que se ha analizado es si la conducta atribuida a Telemóvil de omitir brindar

respuesta a las peticiones de interconexión formuladas por Platinum constituyó o no un abuso bajo la modalidad de creación de obstáculos a la entrada de competidores.

262. Dicha conducta fue examinada en virtud del poder sustancial que Telemóvil ejerce en el mercado del servicio de terminación de llamadas en sus propias redes, y en especifico, de la especial responsabilidad de obrar con diligencia y buena fe en sus gestiones, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que sirvieron de base para emitir la resolución impugnada, llegándose a la conclusión que efectivamente incurrió en la práctica anticompetitiva analizada.

263. Asimismo, cabe aclarar a Telemóvil que, en el caso en concreto, no es posible equiparar la actitud del solicitante con la del solicitado; lo anterior, radica en que la obstaculización conocida en esta Superintendencia no versa sobre cualquier bien o servicio, sino sobre un insumo esencial (la interconexión), el cual es indispensable para la provisión de otros servicios derivados y cuya finalidad se resume en permitir el intercambio efectivo de llamadas entre usuarios de diferentes redes, sin lo cual es imposible concebir el desarrollo y crecimiento de un mercado de las telecomunicaciones; además, la afectación e incidencia que se generan a partir de la actitud del solicitante y del solicitado es distinta: en la primera, se advierten efectos de naturaleza particular y exclusiva para el sujeto que solicita el acceso; pero, en la segunda, surten efectos generales que transcienden el interés particular, y que dañan directamente a la competencia y al desarrollo de mercados nuevos o existentes de servicios de telecomunicaciones.

264. En conclusión, es evidente que Telemóvil, más que plantear una ilegalidad, expone una mera inconformidad con lo resuelto por este CD, por lo que no es atendible su argumento en cuanto a que no se comprobó el abuso de posición dominante.

3. La interconexión no constituye barrera a la entrada

265. Finalmente, en este punto, Telemóvil alega que la interconexión no constituye una barrera de entrada en el mercado de las telecomunicaciones, puesto que es un servicio que está regulado y se rige bajo sus propias reglas, ya que la LT regula y provee las facilidades para superar discrepancias que pudieran llegar a surgir entre los operadores en materia de interconexión.

266. Al respecto, es preciso advertir que este Consejo analizó la existencia de barreras a la entrada en el mercado relevante definido, concluyendo que sí habían y que además eran absolutas, teniendo como fundamento el hecho de que no existe sustituibilidad por el lado de la oferta para el servicio mayorista de terminación de llamadas en una red comercial de telecomunicaciones, en vista que, a la fecha, no se encuentran disponibles opciones o alternativas para dicho servicio por operadores distintos de los propietarios de las mismas.

267. Lo anterior, debido a que cada operador es monopolista en su red, por lo cual se hace énfasis en que el operador propietario de una red de acceso tiene la capacidad de crear, a través de sus conductas, barreras artificiales a efecto de limitar o restringir el acceso a sus redes a otros operadores que brindan servicios derivados a partir de esta. Son estas conductas las que la LC puede reconocer como prácticas anticompetitivas, y es aquí cuando la SC debe entrar a conocer.

268. Además, es preciso recalcar que la aplicación de la LC en el sector de las telecomunicaciones no puede verse limitada por el hecho de que exista una regulación de ese sector, debido a que la consecución de un marco competitivo en el mercado requiere de una aplicación efectiva de la LC, que evite, principalmente, abusos de las posiciones de dominio, pero también comportamientos colusorios, o concentraciones anticompetitivas de las empresas del sector. Esto refuerza el

señalado carácter complementario[24] existente entre la regulación sectorial y la de competencia, pues ambas contribuyen a un mismo fin desde enfoques distintos[25].

268. En suma, habrá que desestimar los tres argumentos expuestos, ya que se comprobó objetivamente que Telemóvil sí tiene posición dominante en los mercados relevantes, y consta en el acto impugnado el análisis a partir de cual también se comprobó que Telemóvil abusó de su posición dominante; finalmente, porque a pesar de los mecanismos contemplados por la regulación sectorial para solventar discrepancias acerca del acceso a la interconexión, sí pueden existir obstáculos a la entrada a nuevos competidores creados artificialmente por los mismos operadores dominantes, mediante conductas anticompetitivas.

POR TANTO, con base en las razones anteriormente expuestas, y en las disposiciones constitucionales y legales citadas, así como en los Arts. 14, letra f), 46 y 48 de la Ley de Competencia, y 77 de su reglamento, este Consejo Directivo **RESUELVE**:

I. Declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por el licenciado René Armando Ábrego Labbé, como apoderado de Digicel, S. A. de C. V.

II. Declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por la licenciada Verónica Guadalupe Cerna, como apoderada de Telefónica Móviles El Salvador, S. A. de C. V.

---

[24] Respecto de este carácter complementario de las normas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad 65-2012/36-2014, el 29 de julio de 2015, estableció que "...a pesar que la LT no contempla expresamente mecanismos para el control de prácticas anticompetitivas o monopolísticas con respecto al mercado de telecomunicaciones, *dicha omisión normativa se suple mediante la integración de lo consignado en la LC,* por lo cual corresponde a la Superintendencia de Competencia verificar y controlar la existencia de agentes dominantes o alteraciones significativas, actuales o potenciales, de la libre competencia en los diversos sectores de telecomunicaciones...". (Cursivas del texto son propias).

25 Así también lo establece Calviño Santamaría, cuando afirma lo siguiente: "Significa entonces que la regulación y la defensa de la competencia son complementarias más que sustitutivas, y tienen objetivos e instrumentos diferentes que pueden determinar una aproximación distinta de los órganos respectivos a la solución de los problemas". Regulación y competencia en telecomunicaciones: los retos derivados del nuevo marco normativo". Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología. ICE Septiembre-Octubre 2006. N. º 832, España.

III. Declarar sin lugar la entrega de la copia íntegra de la resolución final solicitada por Telefónica Móviles El Salvador, S. A. de C. V., por los motivos expuestos en el acápite correspondiente.

IV. Tener por explicado a Telefónica Móviles El Salvador, S. A. de C. V., para qué efectos se enviará copia de la resolución final a la Secretaría Técnica de la Presidencia.

V. Declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por el doctor Salvador Enrique Anaya Barraza, como apoderado de CTE, S. A. de C. V.

VI. Declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por el doctor Salvador Enrique Anaya Barraza, como apoderado de CTE Telecom Personal, S. A. de C. V.

VII. Declarar sin lugar el recurso de revisión interpuesto por los licenciados Rodolfo Antonio Calderón Rivera y Marcela Raquel Salinas Viaud, como apoderados de Telemóvil El Salvador, S. A. de C. V.

VIII. Confirmar en todas sus partes la resolución de las diez horas del catorce de octubre de dos mil quince, suscrita por el Consejo Directivo de esta Superintendencia; en consecuencia, la misma queda firme en sede administrativa.

IX. Dar inmediato cumplimiento a lo ordenado en la parte resolutiva de la decisión final adoptada por este Consejo Directivo el catorce de octubre de dos mil quince, para lo cual los agentes económicos sancionados deberán pagar las multas impuestas en el plazo máximo de ocho días, contados a partir del siguiente al de la notificación de la presente, y además cumplir con lo estipulado en el inciso segundo del artículo 73 del Reglamento de la Ley de Competencia.

X. Notificar a los recurrentes y demás partícipes.