

188-2016

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las quince horas del once de octubre de dos mil veintidós.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, S.A. DE C.V., por medio de sus apoderados generales judiciales con cláusula especial, Lcdos. Julio Enrique Vega Álvarez, Karla María Fratti de Vega y Daniel Olmedo Sánchez, contra el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia (SC), por la supuesta ilegalidad de los siguientes actos administrativos:

a) Resolución de las 10:00 horas del 14 de octubre de 2015, de referencia SC-***-D/PS/R/2013/RES.:14/10/2015, emitida por el Consejo Directivo de la SC (en adelante CD-SC), en la que se declaró, a cargo de la actora, la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en el art. 30 literal a) LC, consistente en el abuso de posición dominante por crear de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes; y se impuso a la actora la multa de quinientos noventa y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$592,500.00), equivalentes a 2,500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

b) Resolución de las 13:00 horas del 09 de diciembre de 2015, emitida por el Consejo Directivo de la SC, en la que se declaró sin lugar el recurso de revisión interpuesto contra la decisión descrita en el párrafo anterior y se confirmó la misma.

Han intervenido en el proceso: la parte actora, en la forma indicada; el CD-SC, como autoridad demandada; la Lcda. Kattia Lorena Sánchez Pineda, como agente auxiliar y delegada del Fiscal General de la República, sustituida en el curso del proceso por la Lcda. Karla Mileny Rivas Morales; y, la Lcda. Isis Lucila Bonilla de Orantes, en calidad de apoderada general judicial de Platinum Enterprises, Sociedad Anónima de Capital Variable, que puede abreviarse Platinum Enterprises, S.A. de C.V., como tercera beneficiada con los actos administrativos impugnados.

LEÍDOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO.

I. La SC sustanció un procedimiento administrativo sancionador que surgió a raíz de una denuncia interpuesta el 24 de octubre de 2013 por Platinum Enterprises, S.A. de C.V. (en adelante, Platinum), contra Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. (parte actora en este

proceso) y otras 4 sociedades, por la supuesta comisión de actos constitutivos de prácticas anticompetitivas, al haber dilatado un procedimiento de negociación para la interconexión a su red de telecomunicaciones.

En la resolución del 9 de enero de 2014, el Superintendente de Competencia declaró que la denuncia y la documentación anexa a la misma proporcionaban suficientes elementos para iniciar la instrucción formal del procedimiento sancionador e investigar la presunta práctica anticompetitiva avisada por Platinum, en contra de Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. (en adelante, también Telefónica Móviles o Telefónica) y las otras 4 sociedades; por lo que, ordenó el inicio formal del procedimiento y la acumulación de todos los expedientes vinculados al asunto a aquel mercado con la referencia SC-***-D/PS/R/2013, para su decisión conjunta. De igual forma, en dicha resolución se otorgó el plazo de 30 días calendario a las sociedades denunciadas para que ejercieran su derecho de defensa.

Posteriormente, el 3 de junio de 2014, el Superintendente de Competencia abrió a pruebas el procedimiento por el plazo de 20 días a partir de la última notificación.

Luego de producida la prueba y de haberse resuelto los incidentes planteados respecto de ésta, el Superintendente en referencia, a través de la resolución del 18 de agosto de 2015, dio por agotada la instrucción, y remitió al Consejo Directivo de la SC el expediente administrativo.

Subsiguientemente, el consejo directivo demandado emitió la resolución del 14 de octubre de 2015 —**primer acto impugnado**—, en la que declaró la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en el art. 30 literal a) LC, cometida por Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. en perjuicio de Platinum. Además, en esa misma resolución, la referida autoridad impuso a dicho agente económico la multa de quinientos noventa y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$592,500.00), equivalentes a 2,500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria y, también, le ordenó el cese de las conductas comprobadas y declaradas como anticompetitivas, en los términos establecidos en esa providencia.

No conforme con la decisión sancionadora, el 04 de noviembre de 2015 la parte actora presentó un recurso de revisión. Consecuentemente, el 09 de diciembre de 2015 —**segundo acto impugnado**—, el Consejo Directivo se pronunció declarando sin lugar el mismo y confirmando el acto administrativo del 14 de octubre de 2015.

II. La parte actora argumentó que los actos administrativos impugnados vulneran las siguientes categorías: (a) el art. 30 literal a) LC con relación a los principios de legalidad y

tipicidad, así como por la inexistencia de la infracción atribuida; (b) el derecho de defensa; y, (c) los principios de imparcialidad, seguridad jurídica y proporcionalidad, el último con respecto al *quantum* de la multa.

III. Por medio de auto de las 13:45 horas del 11 de agosto de 2016 (fs. 290 y 291), se admitió la demanda interpuesta y se tuvo por parte a Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V., por medio de sus apoderados generales judiciales mencionados en el prefacio de esta sentencia.

En el aludido auto, se requirió de la autoridad demandada el primer informe que ordena el art. 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa emitida mediante D.L. n°81 del 14 de noviembre de 1978, publicada en el D.O. n°236, Tomo n°261, de fecha 19 de diciembre de 1978, en adelante LJCA, ordenamiento derogado pero aplicable al presente caso en virtud del art. 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente.

El 26 de agosto de 2016, el CD-SC presentó un escrito mediante el cual confirmó la existencia de los actos impugnados (f. 294).

Además, el 07 de septiembre 2016, la parte actora presentó un escrito mediante el cual amplió la demanda, presentó prueba y solicitó la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados.

En la resolución de esta sala de las 09:15 horas del 13 de febrero de 2017 (f. 383) se tuvo por rendido el primer informe, se solicitó a la autoridad demandada el informe justificativo de legalidad de las actuaciones controvertidas, se declaró no ha lugar la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos impugnados y se ordenó notificar la existencia del proceso al Fiscal General de la República.

La autoridad demandada, por medio del escrito presentado el 16 de marzo de 2017 (fs. 387 al 416), presentó el informe justificativo de la legalidad de las actuaciones controvertidas, adjuntando prueba documental y un disco compacto embalado en un sobre con sello de la SC.

Posteriormente, este tribunal, mediante el auto de las 09:08 horas del 02 de mayo de 2017 (f. 460), dio intervención a la Lcda. Kattia Lorena Sánchez Pineda, como agente auxiliar y delegada del Fiscal General de la República, y abrió a pruebas el proceso de conformidad con el art. 26 LJCA.

Así, el CD-SC, por medio del escrito presentado el 29 de junio de 2017 (fs. 464 y 465), ofreció como prueba documentación adicional (denuncia de Platinum ante la SC y estados

financieros de la demandante, entre otros), así como toda aquella que acompañaba el informe justificativo de legalidad, y toda la aportada por la demandante y que ha sido agregada al proceso.

Además, la parte actora, por medio del escrito presentado el 11 de julio de 2017 (fs. 543 al 545), hizo uso de esa etapa probatoria ofreciendo como prueba todos los elementos presentados en la demanda y la ampliación de la demanda, entre ellos, un peritaje elaborado por el Lcdo. JRNP. Además, en el referido escrito solicitó la elaboración de un interrogatorio a dicho perito a efecto de incorporar el peritaje como prueba.

En auto de las 09:12 horas del 29 de marzo de 2019 (fs. 547 al 550), se admitió la prueba ofertada por la autoridad demandada, así como por la parte actora (incluido el dictamen pericial), a excepción del interrogatorio al perito JRNP, por las razones expuestas en dicho auto. De igual forma, se requirió del CD-SC el correspondiente expediente administrativo, de conformidad con el art. 48 LJCA, y se ordenó la notificación de la existencia del presente proceso a Platinum Enterprises, S.A. de C.V., en calidad de tercera beneficiada con los actos impugnados, a fin de garantizar sus derechos de audiencia y defensa. En ese sentido, se otorgó un plazo probatorio a favor de dicha sociedad.

De esta forma, Platinum Enterprises, S.A. de C.V. interpuso un escrito el 10 de junio de 2019 (f. 559), por medio de su apoderada general judicial, Lcda. Isis Lucila Bonilla de Orantes, en el que solicitó intervención como tercero beneficiado de las resoluciones del CD-SC.

La autoridad demandada, por medio del escrito presentado el 29 de mayo de 2019 (fs. 555 y 556), cumplió con la presentación del expediente administrativo requerido, compuesto por 3 piezas, 2 de ellas públicas y 1 pieza confidencial, exclusivamente relacionadas al caso de la demandante.

Finalmente, por medio de la resolución de las 08:15 horas del 18 de julio de 2019 (f. 564), además de tener por recibido el expediente administrativo, este tribunal dio intervención a la Lcda. Isis Lucila Bonilla de Orantes, en la calidad indicada *supra*, y corrió los traslados que ordena el art. 28 LJCA, con los siguientes resultados.

La parte actora, a través del escrito presentado el 12 de septiembre de 2019 (fs. 578 al 581), reiteró los argumentos planteados en la demandada y la ampliación de la demanda.

Por su parte, la autoridad demandada confirmó los argumentos vertidos en el informe de justificación de legalidad de los actos administrativos impugnados (fs. 571 y 572).

La representación fiscal señaló, en el escrito presentado el 09 de septiembre de 2019 (fs.

574 y 575), que “(...) *los actos administrativos impugnados son conformes a derecho y no existen los vicios de ilegalidad alegados*” (f. 575 fte).

La tercera beneficiada con los actos impugnados no hizo uso de esa etapa procesal, a pesar de su debida notificación (f. 570).

IV. Precisadas las incidencias del presente proceso, corresponde a esta sala emitir el pronunciamiento respectivo sobre el fondo de la controversia.

A. Núcleo de la infracción administrativa impugnada.

Tal como se señaló *supra*, la actora social fue objeto de una multa por la supuesta comisión de la infracción administrativa reglada en la letra a) del art. 30 LC que detalla lo siguiente: “*Se prohíben las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado, entre otros, los siguientes casos: a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes*”.

Concretamente, a la actora se le imputó, según la resolución definitiva del procedimiento administrativo sancionador —primer acto impugnado—, como acciones encuadrables en tal infracción administrativa, emplear “(...) *tácticas dilatorias para no interconectar, al no haber brindado respuesta a las múltiples peticiones realizadas por Platinum para iniciar la interconexión en sus redes, las cuales se constituyen en un obstáculo a la entrada de competidores y una manifestación de abuso de posición dominante (...)*” (f. 131 vto).

B. Fundamento jurídico de la pretensión.

La sociedad demandante afirmó que los actos administrativos impugnados son ilegales por los siguientes motivos: (a) por la violación al principio tipicidad ya que la autoridad demandada determinó equivocadamente la conducta infractora, pues no hubo un abuso de posición dominante debido a que la solicitud de interconexión del caso carecía de requisitos técnicos y esenciales, además, la SIGET tenía la potestad de controlar la interconexión solicitada, así como por no contar Platinum con la calidad de competidor; (b) por la falta de determinación del mercado relevante, “mercado relacionado” y la presunta posición dominante de la demandante en la resolución de inicio del procedimiento (primer acto impugnado); (c) por la falta de competencia de la autoridad demandada para dictar los actos impugnados, apartándose de sus atribuciones y realizando funciones propias de la SIGET; (d) por la violación al derecho de un juez imparcial en cuanto el superintendente realizó atribuciones de instrucción y también se pronunció en la resolución final como miembro del Consejo Directivo de la SC; (e) por la

violación al plazo previsto para emitir la resolución definitiva del procedimiento administrativo sancionador; y (f) por la violación del principio de proporcionalidad al respecto del *quantum* de la multa impuesta.

C. Vulneración del principio de tipicidad.

Definidos los argumentos de ilegalidad deducidos por la impetrante, esta sala analizará, por la relevancia de fondo, el planteamiento relativo a la vulneración del principio de tipicidad, en cuanto a que la autoridad de competencia erró en la determinación de la conducta infractora.

1. Argumentos de la parte actora.

Para la demandante, el “*abuso de posición dominante*” por la imposición de “*barreras a la entrada al mercado*” que le fue imputado no concurre pues la interconexión que le fue solicitada por Platinum Enterprises, S.A. de C.V., posterior a infructuosas negociaciones, dependía de un pronunciamiento definitivo de la SIGET, previo procedimiento administrativo. En el presente caso, la SIGET, a través de su superintendente, previno a Platinum sobre el incumplimiento de requisitos. Ante ello, Platinum desistió de la solicitud de inicio del referido procedimiento para tener acceso a recursos esenciales (denominado “*resolución alternativa de conflictos*”).

Bajo esta lógica, la actora adujo que la imposibilidad de la interconexión no se ha originado en sus actuaciones privadas (de ahí que no ejerció ningún tipo de “*abuso*” de su posición de dominio en el mercado), sino en el incumplimiento, por parte de Platinum Enterprises, S.A. de C.V., de los requisitos que condicionan el acceso a tal recurso esencial de las telecomunicaciones.

En este orden, la demandante ha señalado que: “*(...) PLATINUM NO subsanó la prevención ante SIGET, ni tampoco inició un nuevo trámite en el cual adjuntara la documentación requerida por dicha autoridad. Es decir, PLATINUM simplemente desistió de continuar el trámite ante el regulador sectorial, lo cual corrobora que NO había cumplido con los requisitos que la regulación en materia de telecomunicaciones exige, y que en consecuencia, eran requeridas por el regulador sectorial, para establecer in limine, la procedencia y validez de la solicitud realizada por PLATINUM (...)*” (f. 04 vto).

Además, manifestó que “*(...) PLATINUM reconoce que no subsanó las prevenciones realizadas por SIGET, lo que consecuentemente generó que SIGET declarara inadmisibile su solicitud, el Superintendente –de Competencia- pasó por alto esa situación, ya que finalmente admitió la denuncia de PLATINUM aún a pesar de que la misma SIGET había reconocido que la*

solicitud realizada por PLATINUM a TELEFÓNICA no cumplía con los requisitos exigidos por la regulación vigente (...) el mismo Consejo Directivo reconoce que no puede obligarse a TELEFÓNICA a brindar acceso a la interconexión a un tercer operador, puesto que dicha competencia únicamente corresponde a SIGET, quien se reitera ya había establecido a priori, que PLATINUM no cumplía con los requisitos (...)” (f. 04 vto. y 05 fte).

2. Defensa de la autoridad demandada.

La autoridad demandada señaló que, aunque no se haya cumplido con el supuesto de hecho para que interviniera la SIGET, si han concurrido los elementos fácticos detallados en el art. 30 LC (abuso de la posición dominante).

Aunado a lo anterior, la Administración Pública indicó que Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. obstaculizó la entrada de un nuevo competidor empleando tácticas anticompetitivas en la fase de negociación señalada por la ley para una interconexión.

Finalmente, añadió que, aunque Platinum no cumpliera con los requisitos para la interconexión, la actora (Telefónica Móviles) siempre mantenía la obligación de comunicar a Platinum los requisitos que le hacían falta en la solicitud o, en todo caso, que incumplía con los elementos esenciales en la solicitud.

En ese sentido, el CD-SC manifestó lo siguiente: *“si la demandante consideró que las solicitudes planteadas no reunían los requisitos legales o técnicos que establece el marco regulatorio para solicitar la interconexión a un operador, debió hacérselo saber a (...) Platinum”* (f. 388 vto).

Asimismo, agregó que *“Telefónica no tiene inscritos su oferta básica de interconexión (OBI) ni los planes técnicos fundamentales (PTF), por lo que se volvía aún más difícil para Platinum plantear una solicitud en “debida forma”, ya que la información contenida en esos documentos sirve para orientar a los operadores en la formulación de sus solicitudes de interconexión; por consiguiente, deben ser facilitados o puestos a disposición por el operador preexistente. (...) [L]a demandante debió hacerle saber a Platinum que, a su criterio, la solicitud no reunía los requisitos que son exigibles para la solicitar (sic) la interconexión”* (fs. 388 vto. Y 389 fte.)

3. Decisión.

Con el objeto de desarrollar un análisis integral y ordenado de la pretensión, esta sala: **(i)** caracterizará la figura de la interconexión a la luz del ordenamiento jurídico aplicable; **(ii)**

definirá las facultades de control, vigilancia, regulación y sanción de tal fenómeno por parte de la SIGET, delimitando su particular ámbito competencial; **(iii)** establecerá las concretas actuaciones de la parte actora y Platinum Enterprises, S.A. de C.V., que son el antecedente de este caso; **(iv)** delimitará el elemento material que, para la autoridad demandada (Consejo Directivo de la SC), implicó un “*abuso de posición dominante*” por parte de la actora social; y, **(v)** concluirá si la acción imputada a la impetrante, en el contexto del caso, implica el referido “*abuso*”.

i. Caracterización de la figura de la interconexión a la luz del ordenamiento jurídico aplicable.

En El Salvador las telecomunicaciones, como servicio público, fueron primeramente controladas por la Administración Nacional de Telecomunicaciones, también conocida como ANTEL, institución autónoma de derecho público, la cual, según la Ley de los Servicios de Telecomunicaciones (D.L. N° 367, del 9 de octubre de 1975, publicada en el D.O. N°196 del 22 de octubre de 1975) poseía el control técnico de los servicios de telecomunicación, así como el control exclusivo del espectro electromagnético.

No obstante, en 1996 estas fueron privatizadas y con ello se dio la desincorporación de lo que fue conocido como ANTEL y se traspasaron los bienes, derechos y obligaciones de su propiedad, a dos sociedades anónimas, por un lado, Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable (CTE S.A. de C.V.), conocida en ese momento como CTE-ANTEL; y, por otro lado, Internacional de Telecomunicaciones, Sociedad Anónima de Capital Variable (INTEL, S.A. de C.V.). De igual forma, a dicha sociedades se les otorgó la concesión de la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Ambas empresas estarían destinadas a la prestación del servicio referido, pero con mayor precisión, una a la operación del servicio alámbrico y otra del servicio inalámbrico de telecomunicaciones.

Posteriormente, dichas sociedad vendieron parte de sus acciones a través de una subasta a empresas internacionales. De esta forma, **la infraestructura o instalación utilizada por ANTEL para prestar los servicios de telecomunicaciones fue distribuida entre entidades privadas**, las cuales a través del tiempo lograron importantes avances tecnológicos, y siguen funcionando como concesionarias, sujetas a la Ley de Telecomunicaciones. Así, **en el territorio nacional la red de telecomunicaciones está compuesta por múltiples recursos, infraestructura y servicios propiedad de distintos operadores privados**; y en ese sentido, **es necesaria la interconexión a tales recursos para poder cursar tráfico telefónico de una red a**

otra, sobre todo para poder conectar a los usuarios de las diferentes redes.

Conteste con lo anterior, la **interconexión** ha sido definida en la Ley de Telecomunicaciones como aquel *“servicio que permite a operadores y usuarios de distintas redes cursar tráfico de telecomunicaciones de una a otra red para que todos los usuarios finales estén en condiciones de comunicarse entre sí, o para que los usuarios finales conectados a una red de servicios de acceso, estén en condiciones de obtener servicios provistos por un operador de servicios intermedios”* (Art. 6 LT). Dicho concepto ha sido recogido en términos idénticos por el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones vigente (RLT) emitido a través del Decreto Ejecutivo N°84 del 11 de julio de 2011, publicado en el D.O. N°133, Tomo 392, del 15 de julio de 2011.

Por su parte, el artículo 13.17, del Capítulo 13, del Tratado de Libre Comercio Centroamérica – Estados Unidos – República Dominicana (TLC CA – EEUU – RD), aplicable al presente caso en virtud del art. 5 RLT, define la interconexión como el *“enlace con proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones con el objeto de permitir a los usuarios de un proveedor, comunicarse con los usuarios de otros proveedores y acceder a los servicios suministrados por otro proveedor”*.

Así, la interconexión es el **enlace** que un proveedor del servicio público de telecomunicaciones, que posee una infraestructura o instalación para prestar los servicios de telecomunicaciones, **realiza a la red de otro proveedor o con un operador de servicios intermedios**, a través del cual permiten la comunicación entre sí de los usuarios finales de cada red, o la obtención de los servicios provistos por el operador que solicita el acceso.

Ahora bien, es importante mencionar que las redes son únicas y de los proveedores; es decir, la red del proveedor de servicios de telecomunicaciones es propia de ese operador, el cual brinda sus servicios exclusivamente a sus usuarios finales, sin perjuicio de poder llegar a otros usuarios a través de interconexiones. **De suyo es que la infraestructura de cada proveedor, misma que tiene su origen en la infraestructura instalada por ANTEL hace más de 50 años, no es una que pueda ser fácilmente replicada por cada nuevo competidor que quiere entrar al mercado;** por una parte, por la inversión económica que esto implica y, por otra parte, ya que a pesar de contar con la infraestructura necesaria, lo realmente importante de una red son sus usuarios finales y el poder acceder a estos, por lo que, una nueva infraestructura implica la necesidad de llegar a nuevos usuarios, diferentes, en todo caso, a los que ya están conectados a

una red.

Por lo anterior, **la LT regula en su art. 19 letra a) que la interconexión forma parte de los recursos esenciales en las telecomunicaciones.** Así, es a través de este servicio que los usuarios de diferentes redes pueden comunicarse. Además, dada la importancia de este recurso esencial, el mismo permite desarrollar el mercado de las telecomunicaciones accediendo a nuevos operadores y a otros servicios de operadores ya existentes.

Pues bien, el art. 20 LT regula de la manera siguiente **la obligación general de todo operador de brindar acceso a la red a todo aquel que lo solicite:** *“Todo operador de redes comerciales de telecomunicaciones, deberá proporcionar acceso a recursos esenciales a cualquier operador que lo solicite mediante el pago correspondiente y sin discriminación alguna, debiendo ofrecer cargos desagregados de interconexión, así como el acceso a elementos desagregados de la red”.*

Cabe mencionar que con la privatización de las telecomunicaciones, a pesar que la concesión de los servicios de telecomunicaciones fueron otorgadas a entidades privadas, se creó la **SIGET como institución autónoma** competente para aplicar las normas contenidas en tratados internacionales sobre electricidad y telecomunicaciones, vigentes en El Salvador; en las leyes que rigen los sectores de Electricidad y de Telecomunicaciones; en sus reglamentos; así como, para conocer del incumplimiento de las mismas. Por ello, corresponde analizar sus facultades con relación al objeto del presente proceso.

ii. Facultades de control, vigilancia, regulación y sanción de la SIGET, en el marco de las interconexiones.

a. De las normas precitadas se colige que las interconexiones se concretan a través de acuerdos entre los operadores de telecomunicaciones; no obstante, **la SIGET, en tanto ente regulador, posee facultades para supervisar el cumplimiento de la ley en cuanto al referido recurso esencial.**

En primer lugar, de forma general el art. 5 de la Ley de Creación de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (LCSIGET) establece que son atribuciones de dicha entidad las siguientes: ***a) Aplicar los tratados, leyes y reglamentos que regulen las actividades de los sectores de electricidad y de telecomunicaciones; b) Aprobar las tarifas a que se refieren las leyes de electricidad y de telecomunicaciones; c) Dictar normas y estándares técnicos aplicables a los sectores de electricidad y de telecomunicaciones; d) Dirimir conflictos***

entre operadores de los sectores de electricidad y telecomunicaciones, de conformidad a lo dispuesto en las normas aplicables (...)" (el resaltado y subrayado es propio).

Aunado a lo anterior, la LT determina en el inciso final del art. 1 que "La SIGET es la entidad encargada de administrar, gestionar y monitorear el espectro radioeléctrico; y es la autoridad competente para verificar la regularidad de las condiciones de los títulos habilitantes, así como para aplicar las sanciones o medidas correctivas que correspondan". Asimismo el art. 8 indica que "Art. 8.- La SIGET determinará el valor máximo tanto de las tarifas básicas del servicio público de telefonía fija y móvil, como de los cargos básicos de interconexión" (el resaltado y subrayado es propio).

Ahora bien, al respecto del servicio de interconexión, el art. 20 LT regula lo siguiente: "Todo operador de redes comerciales de telecomunicaciones, deberá proporcionar acceso a recursos esenciales a cualquier operador que lo solicite mediante el pago correspondiente y sin discriminación alguna, debiendo ofrecer cargos desagregados de interconexión, así como el acceso a elementos desagregados de la red. El acceso deberá ser otorgado con la calidad y en los nodos de conmutación solicitados, siempre y cuando sea técnicamente factible. Cada operador, al momento que solicite el acceso a un recurso esencial, tendrá derecho a gozar de términos contractuales similares a los que el operador que otorgue dicho recurso haya contratado con otros operadores. El acceso no deberá ser otorgado cuando los equipos que se pretenden interconectar puedan producir mal funcionamiento o daño a los equipos que se encuentren un uso. En caso de conflicto, los interesados podrán acudir a la SIGET para la solución alternativa del mismo, conforme al procedimiento ya establecido. Con el fin de facilitar la interconexión y la provisión de elementos desagregados de red entre los diferentes operadores, el reglamento desarrollará la forma en que se hará técnicamente factible la interconexión entre redes, así como el nivel y la forma de desagregación de la red. Las ofertas básicas de interconexión y acceso, los procedimientos aplicables para las negociaciones de interconexión y los contratos de interconexión se consideran públicos y se inscribirán en el Registro adscrito a la SIGET; en los mismos se incorporarán todos los acuerdos que rigen la interconexión entre las redes y sus condiciones técnicas y económicas, incluyendo lo relativo a la vigencia, garantías, términos y condiciones de renovación; los contratos se establecerán bajo términos, condiciones, incluyendo normas técnicas y especificaciones, calidad y cargos no discriminatorios" (el resaltado y subrayado es propio).

b. De manera particular, importa destacar que el art. 21 LT indica que “**Los precios y condiciones técnicas para el acceso a cualquier recurso esencial, serán negociados entre las partes.** Cualquier operador que requiera el acceso a recursos esenciales de otro operador de redes comerciales de telecomunicaciones, **deberá presentar a este una oferta de contratación especificando precios y condiciones técnicas. Esta oferta deberá ser remitida con acuse de recibo. De toda solicitud deberá remitirse a la SIGET copia con constancia de recepción de la operadora a la que se le envió. Transcurridos cuarenta días del día siguiente a la presentación de la solicitud de acceso, y no existiendo acuerdo en todo o en alguno de los puntos, los interesados podrán acudir a la SIGET para la solución del conflicto.** Este plazo podrá ser ampliado o reducir por común acuerdo” (el resaltado y subrayado es propio).

En el mismo sentido, el art. 22 LT determina que “La interconexión de redes será libremente negociada, **excepto en lo referente al acceso a recursos esenciales, de acuerdo a lo especificado en el Capítulo I de este Título**”.

c. Con base en las normas jurídicas antedichas, el mecanismo particular para concretar un acuerdo de interconexión **posee, concretamente, dos fases sucesivas**, para la consumación de un contrato. Por un lado, existe la “**fase de libre negociación**” y por otro lado, en defecto de la efectividad de la etapa anterior, encontramos la “**fase de solución de conflicto**”.

Así, **la primera etapa posee una duración de 40 días**, contados a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud de acceso al recurso esencial, en el presente caso, de una interconexión, ante el operador de la respectiva red. **Dicho período puede ser prorrogable mediante acuerdo de las partes interesadas** y, en el mismo, éstas pueden llegar a la firma de un contrato de interconexión.

Establecido lo anterior, es de suma importancia **caracterizar la esencia o naturaleza jurídica de la fase de libre negociación** relacionada en los párrafos *supra*. Al respecto, debe señalarse que **esta fase es estrictamente privada, librada a la voluntad, acuerdo o consenso de los interesados**. Por lo tanto, no existe en la legislación aplicable ningún tipo de condiciones, presupuestos o requisitos que vinculen a las partes con relación a la procedencia de un acuerdo y los términos de este; siempre y cuando se respete el marco legal correspondiente. Todo lo contrario, la fase de libre negociación **evoca, precisamente, esa libertad dado que tiene como punto de partida un libre avenimiento entre los interesados**, para obtener una interconexión; ello, sin obviar que el solicitante del acceso al recurso esencial debe cumplir ciertos requisitos,

verbigracia, presentar una oferta de contratación especificando precios y condiciones técnicas, pues esta misma es la que sirve de base para la referida fase de libre negociación (art. 21 LT).

En este orden de ideas, al momento de alcanzarse el acuerdo pertinente producto de la liberalidad, deberá concretarse un contrato que posteriormente deberá hacerse del conocimiento de la SIGET e inscribirse en sus registros públicos. Así las cosas, resulta relevante para el análisis del presente caso la precisión relativa a que dicha fase (etapa de libre negociación) está librada a la libertad y consenso de los interesados en una interconexión, con las reservas aludidas (cumplimiento de requisitos legales del solicitante de acceso al recurso esencial).

Ahora bien, **si las negociaciones en esta fase son infructuosas, y luego de transcurrir los 40 días que establece la ley, el operador que presentó la solicitud de acceso puede dirigirse ante la SIGET a solicitar que medie entre ambos operadores y solucione el conflicto surgido, debiendo anexar a su petición la oferta técnica y económica respecto de la cual no hay consenso.**

En ese sentido, es importante señalar que, **ante la falta de acuerdo mutuo para prorrogar el plazo antedicho, la tolerancia en la perduración de la fase de libre negociación depende enteramente de las partes, y en todo caso, del operador que solicita el acceso al recurso esencial** (esto es así dado que la ley no obliga a entablar una negociación indefinida; todo lo contrario, concluidos los 40 días pertinentes y sin existir prórroga, la LT abre la vía directa para acudir al ente regulador).

En este orden, el art. 21 LT es claro al manifestar que “(...) *Transcurridos cuarenta días del día siguiente a la presentación de la solicitud de acceso, y no existiendo acuerdo en todo o en alguno de los puntos, los interesados podrán acudir a la SIGET para la solución del conflicto (...)*” (el resaltado es propio). De lo anterior se colige que en dicha etapa (libre negociación) pueden ocurrir desavenencias totales o parciales, y el afectado puede concurrir a la SIGET para que esta defina, en ejercicio de sus potestades administrativas, la solución a la controversia.

Así, se habilita la segunda etapa, esto es, la de Fase de “solución del conflicto” de cara al ente regulador. Al respecto, dicha fase se realiza a través de un procedimiento administrativo, mismo que se encuentra regulado en el art. 86 LT que precisa: “*En el caso de negociación para acceso o recursos esenciales, las partes podrán acudir a la SIGET, si transcurridos cuarenta días desde la presentación de la solicitud inicial o el plazo que hayan establecido de común*

acuerdo, no existe acuerdo en todo o en algunos de los puntos. La solicitud para la solución alternativa podrá ser presentada conjunta o separadamente. Si es por separado, la parte que desea solicitar a la SIGET deberá otorgar aviso a la otra parte con una anticipación de por lo menos cinco días, con acuse de recibo, entregando copia de la solicitud que presentará a la SIGET y estipulando la fecha en que presentará la solicitud a la SIGET. En la solicitud a la SIGET, el interesado deberá precisar cada uno de los puntos en discordia, presentando una propuesta final para cada uno de los puntos, los cuales no podrán diferir de lo entregado a la otra parte como aviso” (el resaltado es propio).

Conforme con lo anterior, los interesados, conjuntamente, pueden iniciar el procedimiento de solución de conflicto. **Sin embargo, la ley permite que individualmente pueda requerirse la intervención de la SIGET.** Es importante mencionar que esta regulación refuerza la idea que **la fase de libre negociación será tan larga como el interesado mismo esté dispuesto a tolerar, en su libertad individual.**

También, en caso la solicitud es presentada de forma individual debe mediar un aviso previo a la otra parte de la fase de negociación. Además, quien presente la solicitud del procedimiento de solución de conflicto ante la SIGET debe indicar los puntos en discordia con respecto a la oferta técnica y económica (que puede ser una desavenencia total) y la propuesta final.

Esta fase (de solución de controversias) implica la realización de un verdadero procedimiento administrativo compuesto por diferentes etapas: admisibilidad de la petición, audiencia, presentación de informe de perito y dictamen de la SIGET. El dictamen que pronuncie el ente regulador es vinculante para las partes involucradas en el acceso al recurso esencial, y por ello debe ser cumplido, a menos que, según el art. 93 LT, el referido acto de la SIGET sea modificado, y para ello debe mediar un mutuo acuerdo entre los interesados.

La fase de libre negociación o en su defecto la fase de solución de conflicto, finalizan, según el art. 20 LT, con la inscripción en el registro de la SIGET del contrato de interconexión, incluyendo las condiciones técnicas y económicas, calidad y cargos no discriminatorios, lo relativo a la vigencia, garantías, términos y condiciones de renovación, entre otros.

Finalmente, existiendo un dictamen favorable a la interconexión, o habiéndose inscrito el contrato de acceso a un recurso esencial en el que se habilite el acceso bajo las condiciones técnicas y económicas específicas; si el operador, a pesar de verificar el cumplimiento de las

condiciones se niega a brindar el acceso, el art. 34 letra b) LT estipula como **infracción muy grave** lo siguiente: “*Negarse a brindar el acceso a recursos esenciales, alterar los recursos esenciales prestados a otro operador o alterar los datos necesarios para el cobro de dichos recursos*”.

En ese sentido, la SIGET, así como puede intervenir en el proceso de negociación del acceso a recursos esenciales; también, posterior a dicha participación, puede sancionar al operador por el incumplimiento a lo contratado. **De esta forma, la SIGET posee un control inmediato del fenómeno —acceso a recursos esencial—, así como la tutela del derecho de la persona a la que se le niega el acceso. Debe precisarse que dicho control de ninguna manera se opone u obstaculiza aquel que puede realizar la SC ante el cometimiento de prácticas anticompetitivas, ya sea en la fase de libre negociación o en el procedimiento de solución de conflictos.**

iii. Actuaciones que subyacen al presente caso.

Establecido todo lo anterior, corresponde a esta sala verificar los hechos que concurrieron en la “fase de libre negociación” como en la etapa de “solución de conflicto” en el presente caso, **para posteriormente determinar, según la atribución infractora realizada por la parte demandada**, si la conducta de la actora es típica con relación a la infracción regulada en el art. 30 letra a) LC.

De lo manifestado en la demanda, así como de los documentos que obran en el expediente administrativo y en el proceso, se tiene la relación de los siguientes hechos.

El 07 de septiembre de 2010, Platinum Enterprises, S.A. de C.V. presentó ante Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. una solicitud para el inicio de negociaciones para suscribir un contrato de interconexión y de acceso a otros recursos esenciales. No consta, en el presente proceso, una respuesta por parte de la demandante a la referida solicitud.

Pues bien, ante tal silencio, **Platinum no acudió al ente regulador SIGET sino que, más de dos años después, concretamente, el 05 de febrero de 2013, presentó una nueva solicitud de interconexión.** Nuevamente, la parte actora no formuló una respuesta a dicha solicitud.

Asimismo, **el 04 de marzo de 2013, Platinum presentó por tercera ocasión una solicitud de interconexión a la demandante**, de la cual tampoco hubo respuesta.

Así, **fue hasta el 15 de mayo de 2013 que Platinum presentó ante la SIGET un escrito exponiendo los problemas que estaba enfrentando para obtener acceso a la interconexión.**

a. En cuanto a lo manifestado por la actora el 15 de mayo de 2013, el Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones, advirtiendo una controversia con relación al acceso a un recurso esencial, inició la fase de solución de conflicto —al respecto de las solicitudes presentadas en septiembre de 2010, así como febrero y marzo de 2013—. Así, el Superintendente General de Electricidad y Telecomunicaciones previno a Platinum, por medio de la resolución del 29 de mayo de 2013 (fs. 249 al 251), ya que esta última debía presentar, junto a la solicitud de inicio de esta fase, la documentación que comprobara que había requerido la interconexión al operador (Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V.) cumpliendo con los restantes requisitos de ley; asimismo, la referida autoridad requirió a Platinum que presentará la solicitud de inicio del procedimiento con el contenido que establece el art. 71 RLT.

Al respecto, y del análisis del presente proceso, **no se advierte que Platinum haya presentado un escrito de subsanación.** De hecho, según la denuncia que dio inicio al procedimiento sancionador, objeto del presente proceso, Platinum únicamente comunicó las actuaciones realizadas por Telefónica Móviles; sin embargo, no tenía la intención de iniciar un procedimiento de solución de conflictos: el “30/may/2013 SIGET resolvió que Platinum no cumplió con los requisitos para la iniciación de un procedimiento de solución de alternativa de conflicto por acceso a recurso esencial, aun cuando Platinum dentro de su escrito no invocó el inicio del referido procedimiento” (f. 525 fte. y vto.).

Aunado a lo anterior, en la demanda de este proceso se indica que “(...) PLATINUM NO subsanó la prevención ante SIGET, ni tampoco inició un nuevo trámite en el cual adjuntara la documentación requerida por dicha autoridad. Es decir, PLATINUM simplemente desistió de continuar el trámite ante el regulador sectorial, lo cual corrobora que NO había cumplido con los requisitos que la regulación en materia de telecomunicaciones exige, y que en consecuencia, eran requeridas por el regulador sectorial, para establecer in limine, la procedencia y validez de la solicitud realizada por PLATINUM (...)” (f. 04 vto).

Al respecto de lo anteriormente establecido, tales hechos no fueron controvertidos por la parte demandada, ni por Platinum en este proceso; por lo que, según el art. 314 inc. 1° del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), los mismos “No requieren ser probados”.

En ese sentido, se tiene que Platinum no inició un procedimiento de solución de conflicto. E inclusive, en todo caso, posterior a ser notificada de la prevención por parte de la SIGET, no acudió a la misma para subsanar dichos elementos y continuar con la referida fase de solución de

conflicto. De cualquier forma, Platinum **dejó como consecuencia necesaria la declaratoria de inadmisibilidad de la solicitud, planteada ante la SIGET, por falta de subsanación.**

b. No obstante, debe quedar claro que Platinum Enterprises, S.A. de C.V. siempre tenía habilitada la opción de presentar nuevamente una solicitud de solución de controversia ante la SIGET, cumpliendo ahora los requisitos pertinentes.

iv. Abuso de posición dominante atribuido a la actora social.

Determinadas las actuaciones anteriores, esta sala debe fijar **los hechos que, según la autoridad demandada, son constitutivos del abuso de posición dominante** atribuido a la demandante.

Así, el Consejo Directivo de la SC, en la resolución definitiva del procedimiento del caso (primer acto impugnado), sancionó a la demandante por el abuso de posición dominante definido en los siguientes términos: *“debido a que Telefónica no tiene inscritos su OBI ni los PTF, por lo que se volvía aún más difícil para Platinum plantear una solicitud en ‘debida forma’, ya que la información contenida en esos documentos sirve para orientar a los operadores en la formulación de sus solicitudes de interconexión; por consiguiente, deben ser facilitados o puestos a disposición por el operador preexistente”* (f. 124 vto.).

*“(…) Por tanto, el hecho de no haber brindado respuesta a las solicitudes de interconexión aunque sea para comunicar que estaban incompletas, así como exigir actuaciones o maneras de proceder que no están establecidas en su procedimiento, ni haber brindado o facilitado información indispensable para presentar una solicitud de interconexión, **constituyen tácticas dilatorias cometidas por Telefónica que dificultan el acceso de competidores a un recurso esencial** para la provisión de un servicio de telecomunicaciones, **afectándose consecuentemente la competencia en el mercado relacionado**”* (f. 126 fte.).

*“(…) En este punto, cabe destacar que el servicio de interconexión de redes es imprescindible para la prestación del servicio intermedio de tráfico internacional para la terminación en redes de acceso —mercado conexo— en el que Participa Platinum, y que no puede ser duplicada; por lo tanto, en razón de su esencialidad, **Telefónica se valió de su posición dominante al dilatar de manera injustificada las negociaciones para la suscripción del respectivo contrato de interconexión con Platinum, obstaculizando la entrada de competidores o la expansión de los ya existentes**”* (f. 127 fte.).

“(…) Con base en todo lo antes expuesto, y del examen minucioso e integral de los

elementos recopilados por esta Superintendencia a lo largo de la investigación, este Consejo concluye que Telefónica empleó tácticas dilatorias para no interconectar, al no haber brindado respuesta a las múltiples peticiones realizadas por Platinum para iniciar las negociaciones a efecto de obtener la interconexión en sus redes, las cuales se constituyen en un obstáculo a la entrada de competidores y una manifestación de abuso de posición dominante (...)” (f. 131 vto.; el resaltado es propio).

En ese sentido, el Consejo Directivo de la SC determinó que la dilación de la fase libre de negociación debido a la falta de respuesta injustificada de Telefónica ante las peticiones de Platinum, constituía la imposición de barreras de entrada al mercado de telecomunicaciones.

v. Análisis de las acciones imputadas a la actora social, frente a la configuración de la infracción administrativa atribuida.

Como punto de partida del presente análisis debe señalarse que **a la parte actora se le ha atribuido la creación de una barrera a la entrada del mercado de las telefonías, en contra de Platinum, específicamente, al haber dilatado la fase de libre negociación para la suscripción de un contrato de interconexión.** En otras palabras, la infracción administrativa regulada en el art. 30 letra a) LC, para la autoridad demandada, se configura a partir de acciones deliberadas por parte de la actora social, consistentes en la dilatación de la negociación y omisión de respuesta a diversas peticiones, **que impidieron el acceso al mercado a Platinum.**

En este orden de ideas, debe analizarse si, efectivamente, las acciones generadas por Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. en la fase de libre negociación **verdaderamente configuran, para el objeto del derecho de competencia, lo se conoce como una barrera a la entrada a un mercado determinado.** Así, corresponde analizar si las autoridades demandadas realizaron una correcta determinación de la conducta infractora **a la luz del principio de tipicidad.**

a. El concepto de posición de dominio ha sido perfilado desde hace más de cuarenta años por la Corte de la Comunidad Europea, estableciéndose que tal situación es una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa y la cual le permite prevenir que se le haga competencia efectiva dentro del mercado relevante, dándole el poder para conducirse —en gran medida— con independencia de competidores, clientes y consumidores.

De esta forma, y como ya ha sido establecido por este tribunal en pronunciamientos anteriores, para lograr concluir que un agente económico tiene tal posición privilegiada se

requiere: “*primero, determinar cuál es el mercado relevante en el que se atribuirá tal calidad; segundo, fijar la cuota de mercado que tiene la misma, la cual debe ser alta para poder situarla en tal carácter de ventaja; tercero, verificar si es posible, o no, para los rivales de la empresa erosionar la posición de aquella; y, cuarto, aclarar si la posición dominante existe en el mercado común o en una parte sustancial de éste. Tales elucubraciones doctrinarias se corresponden con lo previsto por el artículo 29 de la Ley de Competencia, disposición que llama a valorar «a) Su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder; b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; c) La existencia y poder de sus competidores; y, d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos»*” (Sentencia de las 14:03 del 11 de mayo de 2013 de referencia 451-2007).

En ese sentido, la posición de dominio se configura cuando un agente económico en un mercado específico posee una cuota de mercado lo suficientemente importante o tiene acceso exclusivo a ciertos recursos mediante los cuales puede provocar la imposibilidad de los competidores de acceder a fuentes de insumo, de entrar al mercado o de competir por una cuota de mercado. No obstante, **la concurrencia de la condición de “posición dominante” no deriva per se en una ilegalidad**; en efecto, para que materialmente se configure una infracción debe de ejercerse un abuso por parte del agente económico que posee una posición de dominio. De esta forma, debe comprobarse la intención de imposibilitar u obstaculizar el acceso, la imposibilidad de los competidores de acceder al mercado y, además, los efectos negativos provocados por la conducta anticompetitiva (aplicación de la “regla de la razón”).

b. Además, esta sala considera oportuno definir, para los efectos del análisis de tipicidad del presente caso, **en qué consiste una barrera a la entrada del mercado**. Así, dicho concepto se define como la creación o formación de obstáculos al ingreso (o crecimiento) de un competidor en un mercado específico, los cuales tienen por objetivo restringir la competencia, y se encuentran ejemplificados en el literal c) del art. 16 del Reglamento de la LC.

En ese sentido, el punto medular que caracteriza una barrera a la entrada es **la existencia de una situación tal que genera la imposibilidad del ingreso de un agente económico al mercado respectivo**. Una acción u omisión de un agente económico **no puede estimarse como**

creadora de una barrera a la entrada si la misma, indefectiblemente, no deriva en la imposibilidad, obstaculización o impedimento para ingresar al mercado.

En otras palabras, **si determinada actuación de un agente económico, que materialmente implica una afectación al desarrollo de determinada actividad (protegida en diversos ámbitos diferentes al derecho de competencia), no genera, en última instancia, la imposibilidad de ingresar a un mercado; tal actuación no puede ser calificada, en estricto sentido, como una barrera a la entrada.**

c. Ahora bien, en el presente caso, el mercado de las telefonías (el cual forma parte del mercado de las telecomunicaciones) es un mercado regulado y sujeto a vigilancia de la SIGET, dentro del cual existen dos tipos de servicio, de telefonía móvil y fija; además, en este mercado no todos los operadores tienen una red de acceso a usuarios finales a través de la cual brindan dichos servicios. Así, por las condiciones del mercado, existe una natural barrera de entrada para nuevos competidores que pretenden ingresar al mercado de telecomunicaciones.

Sin embargo, como ya fue desarrollado, la LT regula la obligación de los operadores de telefonía de suministrar el servicio de interconexión para permitir a otros proveedores el acceder a los usuarios.

La anterior obligación se tutela a través de la citada ley bajo diferentes mecanismos, siendo uno de ellos la intervención directa de la SIGET bajo el procedimiento de solución de conflictos. De esta forma, un nuevo competidor que desea ingresar al mercado, y ante la negativa de un proveedor de brindar acceso a la interconexión, pasados los 40 días desde la presentación de la solicitud para ello, **puede acudir con el ente regulador de las telecomunicaciones (que controla las interconexiones, sus contratos, su registro y sus sanciones) para que emita un dictamen al respecto, y obligue al operador de red a prestar el servicio.**

En el presente caso, Platinum Enterprises S.A. de C.V. se vio expuesto a una fase de libre negociación con el carácter de infructuosa; no obstante, posterior a dicha etapa, **la interconexión a la red de Telefónica Móviles El Salvador, S.A. de C.V. no dependía de esa fase, sino de acreditar el cumplimiento de los requisitos que condicionan, por ley, el acceso al recurso esencial, a través del procedimiento de solución de conflicto, ante la SIGET.** Así, según los arts. 20, 21, 92 y 93 LT, se podía obtener un dictamen favorable de la SIGET concediendo la interconexión. Y, en todo caso, posterior a un dictamen favorable a la interconexión, ante una

negativa por parte de la demandante, la denunciante podría acudir nuevamente a la SIGET para que esta procediera con la sanción correspondiente por denegar la interconexión (art. 34 LT).

En este punto es importante señalar que, en el primer acto impugnado; es decir, la resolución del 14 de octubre de 2015, la autoridad demandada estableció lo siguiente: “*En cuanto al criterio de la duración de la practica investigada, en este procedimiento se comprobó que han transcurrido aproximadamente 3 años y medio desde que Platinum se avocó a solicitar a Telefónica la interconexión a su red, hasta que presentó su denuncia a esta Superintendencia*” (f. 135 vto.).

Es claro que Platinum, en la fase de libre negociación con Telefónica, soportó una dilación en la respuesta sobre su solicitud de interconexión desde septiembre de 2010, fase que volvió a iniciar en febrero y marzo de 2013 y en la que nuevamente esperó, en esta ocasión, alrededor de 2 meses. No obstante, **dicha espera fue tolerada voluntariamente por Platinum, ya que la LT habilitaba un mecanismo para solventar los problemas advertidos en la etapa de libre negociación.** A pesar de ello, ésta **decidió esperar una respuesta más allá de los 40 días que regula el art. 86 LT,** volver a interponer dos solicitudes ante Telefónica; **y hasta después de un tercer intento,** presentar un escrito al ente regulador de las telecomunicaciones, el cual enmarcó tal petición en una solicitud de inicio del procedimiento de solución de conflicto para acceder a recursos esenciales.

A pesar de lo anterior, **Platinum indicó en su denuncia ante la Superintendencia de Competencia que no pretendía iniciar el procedimiento de solución de conflicto, aun cuando la ley habilitaba la posibilidad de acudir a la SIGET para lograr la interconexión** (fs. 520 al 529). Aunado a lo anterior, como fue establecido *supra*, Platinum no subsanó la prevención, dejó transcurrir el plazo, lo que necesariamente provoca la inadmisibilidad de la solicitud.

d. En este *iter* lógico, resulta importante reafirmar que la fase de libre negociación está caracterizada por actuaciones estrictamente privadas, libradas a la voluntad de las partes interesadas en la interconexión. De ahí que, cualquier conflicto jurídico o material que surja en relación con la interconexión como recurso esencial de las telecomunicaciones, en primer término, puede ser solventado mediante un consenso alcanzado en esta fase o, en última instancia, **con una solución que, con carácter imperativo, pueda dar el ente regulador (SIGET).**

En este punto importa destacar que, para el presente caso, la falta de respuesta de

Telefónica ante las peticiones efectuadas por Platinum **comporta, verdaderamente, un conflicto jurídico de intereses.** De tal forma, que si un operador genera dilaciones indebidas para acordar la interconexión o simplemente omite dar una respuesta, con ello crea una demora para el petitionario en cuanto a su solicitud, **asunto que inmediatamente debe ser resuelto por el ente regulador SIGET, pues así lo establece la ley (art. 21 LT).** Vale aclarar para este punto que no existe, en la legislación sectorial, imposición de cargas u obligaciones para los agentes que se encuentran en esa libre negociación, en aras de definir una solución privada al conflicto de la interconexión. Por el contrario, la ley plantea como vía para resolver el conflicto la intervención del ente regulador. Así, el art. 21 LT señala como plazo máximo 40 días para resolver la controversia entre las partes interesadas; y de no existir acuerdo definitivo o para prorrogar ese plazo y seguir negociando, se debe iniciar el procedimiento de solución de conflicto ante la SIGET.

En este orden de ideas, si ese plazo de 40 días es un límite máximo para resolver el conflicto, y finalizado el mismo, Platinum **decidió voluntariamente, no acudir a la tutela del ente regulador, sino continuar con gestiones privadas, dicha sociedad asumió las consecuencias de esa tolerancia de tiempo.** Evidentemente, la dilación generada por Telefónica **tiene como contra partida la aquiescencia o anuencia de Platinum,** quien no estaba obligada a ello, sino que tenía como opción inmediata (dispuesta por la ley) el inicio respectivo del procedimiento de solución de conflictos.

Cabe mencionar que para iniciar la fase de solución de conflicto, la SIGET no precisa que haya una efectiva negociación previa entre los interesados; de hecho, ni siquiera hay necesidad de un tan solo acuerdo o de una respuesta por parte del operador de red. Así, la LT establece en su art. 21: *“no existiendo acuerdo en todo o en alguno de los puntos, los interesados podrán acudir a la SIGET para la solución del conflicto”.*

Con esto, se confirma que **la dilación atribuida a Telefónica y soportada voluntariamente por Platinum Enterprises S.A. de C.V. en la fase de libre negociación,** misma que fue calificada como un abuso de posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones; **no creó una imposibilidad para la denunciante de ingresar al mercado como competidor.** Y es que, aun con la falta de respuesta en la etapa de negociación, **de haber cumplido con los requisitos de ley (presentación de la oferta técnica y económica para cada uno de los elementos del contrato que se pretendía suscribir, relación de la memoria de cálculo**

de la oferta económica, referencias de cumplimiento a recomendaciones nacionales o internacionales para la oferta técnica), **la denunciante podría obtener la interconexión a través de la SIGET.**

En ese sentido, **y bajo las particularidades acotadas**, esta sala advierte que la dilación de 3 años y medio atribuida a la parte actora en la fase de libre negociación no constituye una barrera de entrada al mercado; ergo, no se configura el abuso de posición dominante atribuido a la actora. Y es que, **la interconexión y la consecuente entrada al mercado de las telecomunicaciones dependían últimamente del inicio del procedimiento de solución de conflicto —mecanismo establecido por la ley para tutelar el derecho de acceso a recursos esenciales—, a través del cual, Platinum, de cumplir con los requisitos de ley, podría haber logrado una efectiva interconexión, sin dilación alguna.** No obstante, como ya se apuntó *supra*, finalizado el plazo máximo 40 días que señala el art. 21 LT, Platinum no acudió *incontinenti* al ente regulador para iniciar al respectivo procedimiento, sino que fue tolerante del alargamiento de la fase de libre negociación e, inclusive, habiendo presentado un escrito ante la SIGET, se abstuvo de subsanar la prevención con relación al cumplimiento de requisitos para el inicio del procedimiento para resolver el conflicto para acceder al recurso esencial.

Consecuentemente, **la voluntaria tolerancia de la dilación de la fase de libre negociación más allá de los 40 días que ordena el art. 86 LT, y, con carácter principal, el incumplimiento de requisitos legales para tener acceso al recurso esencial de la interconexión por parte de Platinum; son factores transcendentales para el análisis de la tipicidad, en cuanto a la ocurrencia o no de la práctica anticompetitiva atribuida a la demandante.**

e. Siendo congruentes con las ideas planteadas en los párrafos anteriores, esta sala es enfática en que **las autoridades demandadas, en el presente caso, si poseen la competencia material para conocer de cualquier denuncia de un operador de telefonía sobre la probable concurrencia de prácticas anticompetitivas en una fase de libre negociación.** Por lo tanto, la presente sentencia debe dejar claro que la SC posee la facultad para revisar las actuaciones generadas en dicho procedimiento, e integrar las mismas con el eventual procedimiento de solución de conflicto; **para que, de una forma integral, pueda arribar a conclusiones plausibles de conformidad con las particularidades que obran en los procedimientos de acceso a recursos esenciales en materia de telefonía.**

En este orden, y habiéndose determinado que la autoridad de competencia posee la competencia para conocer de denuncias y de la investigación de probables prácticas anticompetitivas en los procedimientos de interconexión; **la decisión definitiva sobre la concurrencia de una práctica anticompetitiva debe concurrir sobre la base de un correcto análisis de la tipicidad.** Por ello, importa destacar que, si a la parte actora se le ha atribuido la infracción administrativa relativa al abuso de posición dominante **por la imposición de barreras a la entrada del mercado; para el análisis típico de dicha infracción, necesariamente, debe aplicarse la “regla de la razón”.** Es decir, para comprobar el cometimiento de la referida práctica anticompetitiva, las autoridades demandadas deben verificar los efectos anticompetitivos que generó la conducta atribuida.

La regla de la razón, aplicable a los casos de prácticas anticompetitivas entre no competidores y abusos de posición dominante, implica la realización de un examen económico minucioso para comprobar, además de la existencia de la práctica, el daño anticompetitivo ocasionado. Dicho de otra forma, a través de esa regla, la SC debe analizar la razonabilidad de la práctica (abuso de posición dominante) desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado (de las telefonías), en tanto los mismos generaron algún daño. Además, este daño, **sobre la base de una relación de causalidad elemental, debe tener su origen en las actuaciones que se imputen a un agente económico** y que eventualmente sean calificadas como constitutivas de la infracción administrativa de que se trate (prácticas anticompetitivas entre no competidores y abusos de posición dominante).

Con lo anterior, resulta importante precisar que, para el presente caso, la conducta investigada será típica si la reputada dilación atribuida a Telefónica en el procedimiento de libre negociación **es la situación material causante de la imposibilidad de entrar al mercado para Platinum.** Por el contrario, si esa imposibilidad no tiene su origen en la referida dilación, no es posible imputar a Telefónica la imposición de una barrera a la entrada del mercado.

Pues bien, agotada la fase de libre negociación del presente caso la cual fue dilatada por Telefónica y soportada anuentemente por Platinum, esta última sociedad no subsanó las prevenciones realizadas por la SIGET (resolución del 29 de mayo de 2013), y ante la SC manifestó no haber iniciado el procedimiento de solución de conflicto.

Al respecto, es importante mencionar que el mercado de la telefonía, en tanto mercado

regulado, obliga a los operadores de red a brindar acceso a sus redes través de la interconexión. Aunado a lo anterior, la ley sectorial faculta a la SIGET a ordenar a dichos operadores a brindar el acceso en dado caso los operadores, ejerciendo su derecho de libre contratación, no logren llegar a un acuerdo en la fase de libre negociación.

No obstante, Platinum, a pesar de contar con los mecanismos de ley para poder ingresar al mercado de relevante, decidió no utilizar el procedimiento de solución de conflicto a través del cual, cumpliendo los requisitos de ley, podría ingresar a competir al mercado.

En este orden de ideas, la razón de derecho fundamental de la presente decisión consiste en estimar que la imposición de barreras a la entrada imputadas a Telefónica no concurre, dado que las acciones u omisiones atribuidas a dicha sociedad mercantil no crearon la imposibilidad para el ingreso al mercado de Platinum. **Bajo las particularidades acotadas**, esta sala advierte que la dilación de 3 años y medio atribuida a la parte actora en la fase de libre negociación no configura un obstáculo que impida a Platinum la entrada al mercado de las telefonías, dado que la misma fue voluntariamente soportada por Platinum, quien tenía habilitado por ley una vía de tutela ante la entidad reguladora, y así utilizar el procedimiento de solución de conflictos para obtener el acceso al recurso esencial.

f. Finalmente, en este punto del análisis importa destacar que la determinación del abuso de posición dominante realizado por el Consejo Directivo de la SC se fundamentó, también, en que *“Telefónica no tiene inscritos su OBI [Oferta Básica de Interconexión] ni los PTF [Planes Técnicos Fundamentales], por lo que se volvía aún más difícil para Platinum plantear una solicitud en ‘debida forma’, ya que la información contenida en esos documentos sirve para orientar a los operadores en la formulación de sus solicitudes de interconexión; por consiguiente, deben ser facilitados o puestos a disposición por el operador preexistente (f. 124 vto.)*.

Al respecto, la LT indica, en su art. 20, que *“Las ofertas básicas de interconexión y acceso, los procedimientos aplicables para las negociaciones de interconexión y los contratos de interconexión se consideran públicos y se inscribirán en el Registro adscrito a la SIGET; en los mismos se incorporarán todos los acuerdos que rigen la interconexión entre las redes y sus condiciones técnicas y económicas, incluyendo lo relativo a la vigencia, garantías, términos y condiciones de renovación; los contratos se establecerán bajo términos, condiciones, incluyendo normas técnicas y especificaciones, calidad y cargos no discriminatorios”* (el resaltado es

propio). Además, la LCSIGET, en el art. 19, regula lo siguiente: “*Se establece el Registro de Electricidad y Telecomunicaciones, el cual estará adscrito a la SIGET. El Registro funcionará en una sola oficina ubicada en la sede de la SIGET*”.

Así, si bien existe una obligación de los operadores relativa a inscribir las ofertas básicas de interconexión (entre otros documentos), la falta de conocimiento de las mismas, y de los planes técnicos fundamentales, no puede considerarse como una barrera de entrada al mercado, dado que dichos documentos sirven, únicamente, para **orientar** a los nuevos competidores en las negociaciones que realicen.

Aunado a lo anterior, según la LCSIGET, el ente responsable del “*Registro de Electricidad y Telecomunicaciones*” es la SIGET, quien debe verificar el cumplimiento, por parte de los operadores, de la inscripción de la documentación correspondiente. En ese sentido, ante el incumplimiento a una obligación regulada en la LT, cualquier interesado puede acudir a la SIGET para que esta institución ejerza sus facultades y obligue la observancia de la ley.

vi. Conclusión.

Con base en los argumentos anteriores, las acciones de Telefónica en la fase de libre negociación para la interconexión a la base de este caso, no son constitutivos de abuso de posición de dominio (específicamente, de la imposición de barreras a la entrada del mercado en contra de Platinum) dado que: la fase de libre negociación antedicha fue tolerada voluntariamente por Platinum más allá de los 40 días que señala la ley; y, además, la interconexión depende, últimamente, no de la fase de libre negociación, sino de la intervención que realice la SIGET, siempre que el solicitante cumpla con los requisitos correspondientes. Por lo tanto, es erróneo considerar que Telefónica ha abusado de su posición de dominante y ha impuesto barreras a la entrada a Platinum, bajo los términos expresados.

Con base en los argumentos expuestos en los apartados anteriores, los actos administrativos impugnados adolecen de ilegalidad al haberse pronunciado en vulneración del principio de tipicidad.

Advertida la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas, por las razones señaladas, resulta inoficioso pronunciarse sobre las restantes causas de ilegalidad alegadas por la demandante.

V. En este punto, corresponde analizar si en el presente caso existe la necesidad de dictar alguna medida para restablecer el derecho afectado a la impetrante, según ordena el inciso 2º del

art. 32 LJCA.

Al respecto, en el auto de las 09:15 horas del 13 de febrero de 2017 (f. 383), se declaró sin lugar la suspensión de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados.

Por otra parte, este tribunal desconoce si la sociedad actora ha cancelado la cantidad de dinero establecida en los actos impugnados en concepto de multa.

Por lo anterior, si tal cantidad de dinero aún no ha sido cancelada, la autoridad demandada deberá abstenerse de realizar su cobro; en caso contrario, deberán devolver a la sociedad actora la cantidad de dinero que haya sido enterada, en el plazo y condiciones que señala el art. 34 LJCA.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones normativas citadas y los arts. 216, 217, 218 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil; 31, 32, 33, 34 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa derogada pero de aplicación al presente caso en virtud del art. 124 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente; en nombre de la República, esta sala **FALLA**:

1. Declarar *ilegales* los siguientes actos administrativos emitidos contra TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse TELEFÓNICA MÓVILES EL SALVADOR, S.A. DE C.V.:

a) Resolución de las 10:00 horas del 14 de octubre de 2015, de referencia SC-***-D/PS/R/2013/RES.:14/10/2015, emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en la que se declaró, a cargo de la actora, la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en el art. 30 literal a) LC, consistente en el abuso de posición dominante por crear de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes; y se impuso a la actora la multa de quinientos noventa y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$592,500.00), equivalentes a 2,500 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria.

b) Resolución de las 13:00 horas del 09 de diciembre de 2015, emitida por la referida entidad, en la que se declaró sin lugar el recurso de revisión interpuesto contra la decisión descrita en el párrafo anterior y se confirmó la misma.

2. Como medida para el restablecimiento de los derechos vulnerados, la autoridad demandada deberá abstenerse de exigir el pago de la multa fijada en los actos administrativos impugnados. No obstante, en el caso que la sociedad demandante ya haya pagado tales importes, la autoridad demandada deberá reintegrarle la cantidad de dinero respectiva, en el plazo de 30

días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia.

3. Condenar en costas a la autoridad demandada conforme al derecho común.

4. En el acto de notificación, entregar certificación de esta sentencia a la autoridad demandada y al Fiscal General de la República.

5. Devolver el expediente administrativo a su oficina de origen.

Notifíquese.

-----P.VELASQUEZ C.-----ENRIQUE ALBERTO PORTILLO-----S.L.RIV.MÁRQUEZ----- J. CLÍMACO V.--
-----PRONUNCIADO POR LA SEÑORA MAGISTRADA Y LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA
SUSCRIBEN-----M.E.V.S. ----- SRIA. -----RUBRICADAS -----“””””