

2013 SEP 23 AM 10 23



NOTIFICACIONES Y CITACIONES

423-2007

A Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia

HAGO SABER: Que en el Juicio Contencioso Administrativo promovido por la SOCIEDAD COMPAÑIA DE ALUMBRADO ELECTRICO DE SAN SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, POR MEDIO DE SU APODERADO GENERAL JUDICIAL LICENCIADO OSCAR MAURICIO HURTADO SALDAÑA, contra el CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado la sentencia definitiva que literalmente dice:

II. FALLO:

POR TANTO, en atención a las consideraciones realizadas y con fundamento en las disposiciones citadas; y los artículos 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 421 y 427 del Código de Procedimientos Civiles -derogado- y 706 del Código Procesal Civil y Mercantil; a nombre de la República, esta Sala FALLA:

A) Declárase legal la resolución del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, dictada a las once horas quince minutos del once de septiembre de dos mil siete, mediante la cual se determinó la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en la letra a) del artículo 30 de la Ley de Competencia e impuso multas a cada una de las sociedades CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., por la cantidad de diecisiete mil cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (\$17,040.00), equivalentes a ciento cuarenta y nueve mil cien colones (¢149,100.00) y ordenó el cese de la práctica anticompetitiva.

B) Declárase legal la resolución de las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, en la que se resolvió ratificar el acto anteriormente descrito y declaró no ha lugar el recurso de revisión planteado por la parte actora.

C) Condénase en costas a la parte actora conforme al derecho común.

D) Déjase sin efecto la medida cautelar decretada por auto de las quince horas seis minutos del once de agosto de dos mil diez.

E) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a las partes y a la representación fiscal.

NOTIFÍQUESE. Enmendado: Consejo-Vale.

.....
.....
"....."E.R.NUÑEZ.....L.C.DEAYALA.G..... DUEÑAS.....J.R.ARGUETA....."
"PRONUNCIADA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LA SUSCRIBEN."....."ILEGIBLE."....."SECRETARIO"....."

Y para que le (s) sirva de legal notificación le (s) extiendo (el, la) presente de esguela de notificación, en la ciudad de Antiguo Cuscatlan, a las diez horas dieciocho minutos del día veintitres de Septiembre del año dos mil trece.

[Handwritten signature]
SECRETARÍA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CORTES SUPREMA DE JUSTICIA
NOTIFICACIONES
BAHIA

NOTIFICADOR (ra)



423-2007

EL INFRASCRITO SECRETARIO DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CERTIFICA: que en el proceso Contencioso Administrativo promovido por **COMPAÑÍA DE ALUMBRADO ELÉCTRICO DE SAN SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE** Y por **AES CLESA Y COMPAÑÍA, SOCIEDAD EN COMANDITA DE CAPITAL VARIABLE**, que pueden abreviarse respectivamente **CAESS, S.A. DE C.V. Y AES, CLESA Y CIA., S. EN C. DE C.V.**, por medio de su Apoderado General Judicial licenciado **Oscar Mauricio Hurtado Saldaña**, contra el **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA**, se encuentra la sentencia definitiva que literalmente **DICE:**

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las catorce horas y dos minutos del veintidós de febrero de dos mil trece.

El presente proceso ha sido promovido por las sociedades **COMPAÑÍA DE ALUMBRADO ELÉCTRICO DE SAN SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE**, que puede abreviarse **CAESS, S.A. de C.V.**, y **AES CLESA y COMPAÑÍA, SOCIEDAD EN COMANDITA DE CAPITAL VARIABLE**, que puede abreviarse **AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V.**, la primera del domicilio de San Salvador y la segunda del domicilio de Santa Ana, por medio de su apoderado general judicial licenciado **Oscar Mauricio Hurtado Saldaña**, contra el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por la emisión de los siguientes actos administrativos:

1) Resolución de las once horas quince minutos del once de septiembre de dos mil siete, en la que declaró la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en la letra a) del artículo 30 de la Ley de Competencia e impuso multas a cada una de las sociedades **CAESS, S.A. de C.V.**, y **AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V.**, por la cantidad de diecisiete mil cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (\$17,040.00), equivalentes a ciento cuarenta y nueve mil cien colones (¢149,100.00) y ordenó el cese de la práctica anticompetitiva.

2) Resolución de las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, en la que se resolvió ratificar el acto anteriormente descrito y declaró no ha lugar el recurso de revisión planteado por la parte actora.

Han intervenido en el presente proceso: la parte actora en la forma indicada, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia como autoridad demandada, y la licenciada **Patricia del Carmen Rodas de Castro**, en calidad de Agente Auxiliar delegada del Fiscal General de la República.

I. CONSIDERANDOS:

A. ANTECEDENTES DE HECHO.

ALEGATOS DE LAS PARTES.

1. DEMANDA.

a) AUTORIDAD DEMANDADA Y ACTOS IMPUGNADOS.


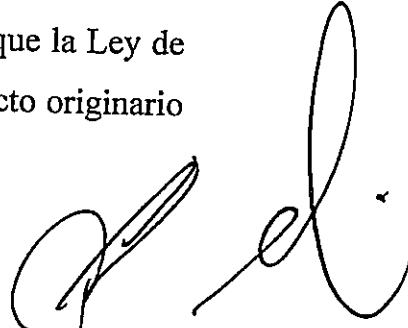
La parte actora dirigió su pretensión contra el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por los actos administrativos descritos en el preámbulo de esta sentencia.

b) CIRCUNSTANCIAS.

Relató el apoderado de las sociedades demandantes que, el día veintitrés de febrero de dos mil siete, la Superintendencia de Competencia determinó iniciar procedimiento sancionador en contra de sus representadas por la supuesta comisión de la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia, es decir, la creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores ya existentes. Que el hecho concreto al que la Superintendencia de Competencia le atribuye el carácter de infracción, es la negativa de su representada a acceder a una solicitud de interconexión hecha por la sociedad EDESAL, S.A. de C.V., interesada en la distribución de la energía eléctrica en las zonas geográficas siguientes: a) Urbanización Ciudad Real, Carretera de Santa Ana a Chalchuapa, Municipio de San Sebastián Salitrillo, departamento de Santa Ana, solicitud hecha a AES CLESA y CIA, S. en C. de C.V.; y b) Urbanización Villa Nejapa, Pasaje Castro, a treinta y cinco metros de la Avenida Norberto Morán, Municipio de Nejapa, departamento de San Salvador, solicitud realizada a CAESS, S.A. de C.V.

Que en el procedimiento sancionador, sus representadas fueron unánimes en sostener que la negativa se debió a que la sociedad EDESAL, S.A. de C.V., al momento de plantear sus requerimientos de interconexión, no poseía pliegos tarifarios aprobados por el ente regulador en materia eléctrica (SIGET), argumento que fue desestimado por la Superintendencia de Competencia, quien procedió a imponer a cada una de sus representadas una multa por la cantidad de diecisiete mil cuarenta dólares (\$17,040.00). La justificación de dicha multa fue que sus mandantes estaban obligadas en virtud del artículo 27 de la Ley General de Electricidad a proceder a la interconexión, sin atender a ninguna condición, norma o requisito lógico legal y operativo. Por lo que, la Superintendencia de Competencia concluyó que la negativa per se es anticompetitiva porque dilató e hizo más costosa la entrada de EDESAL, S.A. de C.V., como competidor.

Finalmente, aseveró que se interpuso el recurso administrativo que la Ley de la materia establece y no obstante sus argumentos, fue confirmado el acto originario y declarado sin lugar el recurso de revisión.



c) DERECHOS O DISPOSICIONES QUE SE ALEGAN VIOLENTADAS.

El apoderado de las sociedades demandantes alegó que el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia al dictar los actos impugnados, violentó el principio de responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionadora, en relación al principio de culpabilidad y al artículo 33 del Reglamento de la Ley de Competencia, debido a que no demostró en el procedimiento sancionatorio que se había obrado con “responsabilidad” en la acción que se le imputa como ilícita.

d) PETICIÓN.

La parte actora pidió que se declarara la ilegalidad de los actos administrativos impugnados, y se decretara la suspensión de la ejecución de los efectos de los actos administrativos reclamados.

2. ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda fue admitida, según consta en auto de las quince horas y quince minutos del catorce de enero de dos mil ocho (folio 46). Se tuvo por parte a las Sociedades CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., mediante su apoderado general judicial licenciado Oscar Mauricio Hurtado Saldaña, y se requirió del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia que rindiera el informe regulado en el artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como la remisión del expediente administrativo relacionado con el presente caso. Además, se confirió audiencia al referido Consejo Directivo a efecto que se pronunciase sobre la procedencia de la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados solicitada por la parte actora.

3. INFORMES DE LA AUTORIDAD DEMANDADA.

El primer informe fue rendido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por medio de su apoderada general judicial, licenciada Julia Emma Villatoro Tario o Julia Emma Villatoro de Dawson, quien manifestó que si emitieron los actos administrativos impugnados, pero respetando el principio de legalidad y demás previsiones constitucionales, legislativas y reglamentarias.

Por auto de las quince horas y diez minutos del veintinueve de mayo de dos mil ocho (folio 64), se declaró sin lugar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, se solicitó el informe a que hace referencia el

artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y se ordenó notificar al Fiscal General de la República la existencia de este proceso.

Los miembros del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia al contestar el informe, manifestaron en síntesis lo siguiente:

Que sí examinaron el argumento de la parte actora respecto a que el motivo de la negativa a interconectar su red de distribución eléctrica con EDESAL, S.A. de C.V., era la falta de pliegos tarifarios, y que a partir del análisis de dicho argumento fue que estimó que ese alegato era infundado en virtud de que el artículo 27 de la Ley General de Electricidad establece como única justificación para negar una interconexión la existencia de un peligro para la operación o seguridad del sistema, de instalaciones o personas. En virtud de lo anterior, el Consejo Directivo determinó que alegar que la falta de pliegos tarifarios de EDESAL, S.A. de C.V. fundamentaba la negativa a interconectarla con las redes de distribución eléctrica de CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., supone esbozar una excusa injustificada que, en todo caso, el ente regulador del sector es el facultado para exigirlo no alguno de los agentes económicos.

Que no se utilizó el sistema per se de análisis de conductas anticompetitivas ya que no se limitaron a la negativa de la interconexión de la demandante, sino que se analizaron los motivos que alegaron para fundamentar la negativa, de los cuales, ninguno constituye razones económicas o de eficiencia de mercado, por lo que es evidente que en las resoluciones impugnadas se analizó los motivos esbozados por los infractores para ejecutar la práctica investigada y en consecuencia, es absurdo aseverar que se aplicó la regla per se, por lo que no resulta válido dicho argumento de las sociedades demandante.

Concluyó manifestando que las alegaciones aportadas por las sociedades demandantes son inválidas e insuficientes, y que son en realidad simples inconformidades con lo resuelto en sede administrativa.

En este estado del proceso compareció la licenciada Patricia del Carmen Rodas de Castro, en calidad de Agente Auxiliar delegada del Fiscal General de la República, a quien se le dio intervención en tal carácter.

4. TÉRMINO DE PRUEBA.

Por auto de las quince horas y seis minutos del veintidós de febrero de dos mil diez, se abrió a pruebas el proceso.

La parte actora ratificó los alegatos expuestos en su demanda, mientras que la autoridad demandada no hizo uso de esta etapa procesal.



5. TRASLADOS.

Por auto de las quince horas y seis minutos del once de agosto de dos mil diez (folio 114), se revocó el auto de las quince horas diez minutos del veintinueve de mayo de dos mil ocho, únicamente en la parte que declaró sin lugar la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos impugnados, y se suspendió provisionalmente la ejecución de los efectos de los mismos, en el sentido que la autoridad demandada debía abstenerse de cobrar las multas impuestas a las sociedades CAESS, S.A. DE C.V. y AES CLESA y CIA, S. EN C. de C.V., y como consecuencia tampoco podía proceder a tenerlas como reincidentes respecto de la sanción controvertida en este caso, mientras se encontraba en trámite el presente proceso.

Se corrieron los traslados que ordena el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con los siguientes resultados:

A) La parte actora no hizo uso de esta etapa procesal.

B) La autoridad demandada ratificó los alegatos expuestos en su informe justificativo de legalidad, y agregó copia de una carta enviada a la Superintendencia de Competencia el día uno de octubre de dos mil diez, por parte de la Fiscalía General de la República, mediante la que se acreditó que las sociedades demandantes ya habían pagado parte de las multas que se le impusieron.

C) La representación fiscal expuso que, las actuaciones de los funcionarios están regidas por el principio de legalidad establecido en el artículo 86 de la Constitución, y desde esa perspectiva encuentran que las actuaciones de la autoridad demandada están enmarcadas en la Ley de Competencia, y que las resoluciones emitidas son legales, por haber sido emitidas por los funcionarios competentes para ello, dentro de las facultades y atribuciones que la Ley les confiere.

De conformidad con el artículo 48 inciso 2º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se requirió de la parte demandada la remisión de los expedientes administrativos relacionados con el caso, los cuales se han tenido a la vista.

B. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA PRETENSIÓN.

La parte actora impugnó de ilegal los siguientes actos administrativos: 1) Resolución de las once horas quince minutos del once de septiembre de dos mil siete, emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, en la que declaró la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en la letra b) del

artículo 30 de la Ley de Competencia e impuso multas a las sociedades CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., por la cantidad de diecisiete mil cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (\$17,040.00), equivalentes a ciento cuarenta y nueve mil cien colones (¢149,100.00) y ordenó el cese de la práctica anticompetitiva; y, 2) Resolución de las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, en la que se resolvió ratificar el acto anteriormente descrito y declaró no ha lugar el recurso de revisión planteado.

Hace recaer la ilegalidad del acto administrativo esencialmente en la violación del principio de responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionadora, en relación al principio de culpabilidad y al artículo 33 del Reglamento de la Ley de Competencia.

2. NORMATIVA APLICABLE.

a) Ley de Competencia, Decreto Legislativo número 528, del veintidós de diciembre de dos mil cuatro, publicado en el Diario Oficial número 240, Tomo 365, del veintitrés de diciembre de dos mil cuatro,

b) Reglamento de la Ley de Competencia, Decreto Ejecutivo número 126, del cinco de diciembre de dos mil seis, publicado en el Diario Oficial número 227, Tomo 373, del cinco de diciembre de dos mil seis; y,

c) Ley General de Electricidad, Decreto Legislativo número 843, del diez de octubre de mil novecientos noventa y seis, publicado en el Diario Oficial número 201, Tomo 333, del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis.

3. ANALISIS DEL CASO.

El estudio del caso tendrá como pósito un esbozo del funcionamiento del mercado eléctrico en el país, y la incidencia que tiene el Derecho de Competencia en el mismo, además de una apreciación de las potestades conferidas a la Superintendencia de Competencia.

Así pues, teniendo como base el conocimiento de los aspectos relacionados, este Tribunal abordará las infracciones identificadas en la demanda, que se centran en la violación al principio de responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionadora, en relación al principio de culpabilidad y al artículo 33 del Reglamento de la Ley de Competencia.

3.1 La Defensa de la Competencia en el Sector Eléctrico.

Durante la década de los años noventa, se experimentó a nivel mundial una tendencia a favor de la liberalización de sectores económicos tradicionalmente sometidos a intervención estatal, de tal suerte que los servicios surgidos en éstos, y



que originalmente eran prestados directamente por el Estado, a la postre pasarían a ser facilitados por particulares. Para que tal liberalización cumpliera su teleología, el Estado debía levantar las trabas creadas con la excesiva reglamentación, pero dicho proceso no tenía previsto la desaparición del Estado en los sectores referidos, sino que solo un cambio en el rol que éste desarrollaba.

Es pues, en este contexto que surgen los entes reguladores como parte de la Administración Pública, cuyo principal rol es vigilar el funcionamiento de sectores liberalizados y garantizar el suministro de los bienes y servicios propios de éstos. Acorde con tal planteamiento, la Sala ha reconocido la trascendencia de los entes reguladores, que responden a la necesidad de legitimar la técnica de intervención y adecuarla a una nueva modalidad de regulación. De ahí que tales autoridades ostentan un rol esencial: encontrar el punto de equilibrio entre la imperiosidad de mantener una situación dinámica en las condiciones de competencia del mercado y garantizar las obligaciones del servicio público y los derechos de los usuarios.

La importancia de vigilar el cumplimiento del Derecho de Competencia se explica en las características propias del sector eléctrico, en donde la naturaleza del servicio conlleva a la coexistencia de etapas en las que rige un monopolio natural, con otras en las cuales imperan condiciones de competencia de mercado. Se suma a tal escenario, el hecho que se identifica una tendencia colusiva en el sector, porque la privatización del mismo que está cimentado en una infraestructura en red puede, a la postre, desembocar en un monopolio privado. Por lo referido, se arriba a la conclusión que la regulación económica del sector eléctrico y la implementación del Derecho de Competencia son puntos complementarios, estando llamados a alcanzar el objetivo común de lograr una eficiente marcha del mercado y la prestación de los servicios esenciales que en el mismo se producen.

Siguiendo el orden lógico de ideas expuesto, es entendible que en sus inicios las potestades relativas a la defensa de la competencia —en cada uno de los sectores regulados— hayan sido confiadas a los entes reguladores. Empero, atendiendo a la evolución de la sociedad y el *Antitrust Law*, la tendencia mundial ha ido dirigida a la creación de autoridades especializadas independientes que vigilen *ex post*, con excepción de la autorización de concentraciones y fusiones, las condiciones de competencia en el mercado y las cuales tengan control sancionador de las prácticas anticompetitivas incluso en los sectores regulados. Así pues, las potestades relativas a la materia se desprenden de los órganos reguladores y pasan a otros especializados en tal área.

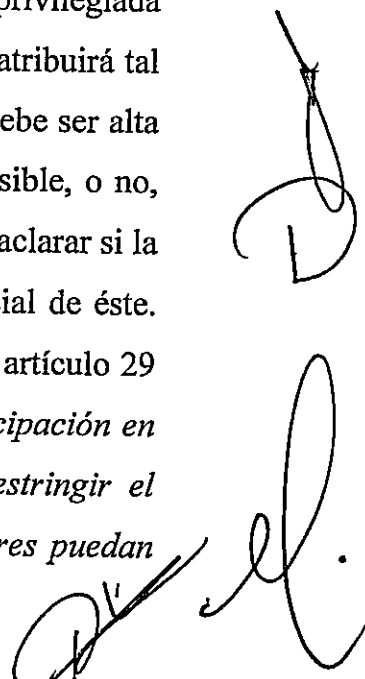
Con esos antecedentes, surge la Superintendencia de Competencia con la promulgación de la Ley de Competencia, la cual entró en vigencia en el año dos mil seis. Dicha autoridad especializada tiene que velar por el cumplimiento de la Ley, de acuerdo al artículo 4 del cuerpo legal citado, y la consecución de su teleología incide en la promoción, protección y garantía de las reglas de la justa competencia en el país, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas.

Atendiendo a lo reseñado, se confieren a la señalada institución potestades de vigilancia, control y sanción respecto a las conductas proscritas en la Ley de Competencia. Es pues, en ejercicio de esta última atribución que surgen los actos cuestionados en esta sede, en los cuales se impone a las sociedades demandantes una sanción pecuniaria de diecisiete mil cuarenta dólares de Los Estados Unidos de América (\$17,040.00), equivalentes a ciento cuarenta y nueve mil cien colones (¢149,100.00), por la conducta tipificada en el artículo 30, letra a) de la referida normativa, consistente en obstaculizar sin justificación legal la entrada de un potencial competidor mediante la negativa a la solicitud de interconexión solicitada por EDESAL, S.A. DE C.V.

3.2 De la Posición de Dominio y del Mercado Relevante.

Atribuir a una empresa o sociedad una posición de dominio en un mercado conlleva una prolija labor de parte de la autoridad de competencia. Valga recordar que el concepto de posición de dominio ha sido perfilado desde hace más de treinta 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.

Así pues, para lograr concluir que una empresa tiene tal posición privilegiada 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».

Recordemos que el mercado de electricidad es un mercado regulado y sujeto a vigilancia de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), dentro del cual existen fases sujetas a monopolio natural y otras abiertas a la competencia. Así tenemos, la primera etapa es la generación, que puede darse por diversas fuentes de producción, a saber: geotérmica, hidroeléctrica, por hidrocarburos, etc. se entiende que está abierta a la competencia. En segundo lugar situamos la etapa de transmisión mediante la red de alta tensión, que por su característica de funcionar con una red primordial es vista como monopolio natural y, por ello, es prestada por una sola empresa que tiene la obligación de permitir el acceso a los otros operadores a dicha infraestructura. Finalmente, encontramos las fases de distribución y comercialización, que se considera pueden funcionar bajo las reglas de la competencia. Entonces, con este panorama, se afirma indudablemente que las posibilidades de ingreso al mercado de electricidad no son amplias, sino que dependerán de la autorización del ente regulador del sector, pero una vez obtenida la calidad de operador se podrá acceder a las redes e infraestructuras.

Ahora bien, es precisamente en la última sección del mercado de electricidad descrita en donde ejercen sus actividades tanto las sociedades demandantes como EDESAL, S.A. de C.V. —objeto de la práctica anticompetitiva— y por ello se ve lógico que sea tal cuota del mercado de electricidad que se haya fijado relevante para apreciar la ocurrencia o no del incumplimiento al Derecho de Competencia. En efecto, las operadoras eléctricas sancionadas se dedican tanto a la distribución eléctrica como a la comercialización en zonas residenciales, y por la intrínseca relación del mercado en ambas fases fue seleccionada tal etapa como el mercado relevante para el caso en cuestión.

Debe señalarse que la Superintendencia de Competencia realizó un estudio de la cuota de mercado que tenían las infractoras en el área geográfica en donde se situó la práctica anticompetitiva. La información específica sobre el mercado en cuestión, según estudios realizados por la autoridad demandada, se hacen constar en la primera resolución cuestionada en donde se hace un recuento geográfico del área en la que cada una de las distribuidoras del país operan y se fijó que en el ámbito

geográfico de los proyectos de Ciudad Real y Villa Nejapa, era la parte actora la que tenía una posición de dominio.

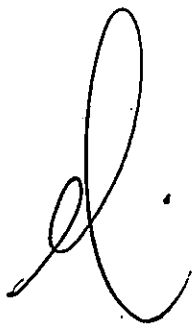
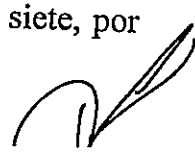
Entonces, siguiendo el anterior orden de ideas, se arriba a la conclusión que el Consejo Directivo identificó correctamente el mercado relevante, atendiendo a las particularidades del sector de electricidad, y se coligió correctamente que el mercado en el cual se desarrolló la posición de dominio no sólo era el de comercialización, sino que también el de distribución.

3.3 Del Principio de Culpabilidad y Abuso de Posición Dominante.

La parte actora reclama la inobservancia del elemento subjetivo al momento de determinar la ocurrencia de la infracción, pues no se probó la presencia de dolo o culpa en su actuar. Para reforzar esa idea argumentó que en su caso existe justificante de su conducta, a saber: a la fecha de plantear el requerimiento de interconexión, EDESAL, S.A. DE C.V. no poseía pliegos tarifarios aprobados por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), lo que constituía la verdadera e irrefutable imposibilidad de desempeñarse efectiva y materialmente como un agente distribuidor de energía.

A folios 50 y 52 de la pieza 1 del expediente administrativo, constan las solicitudes de interconexión realizada por EDESAL, S.A. de C.V. a CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., peticiones realizadas el once de abril de dos mil seis, para la distribución de energía eléctrica en Urbanización Ciudad Real en Santa Ana, y Urbanización Villa Nejapa en San Salvador, respectivamente. A folios 208, consta la negativa de las sociedades demandantes a la petición de EDESAL, S.A. de C.V., señalando que para proceder a lo solicitado era necesario que previamente se presentara el correspondiente acuerdo de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), en el cual a través de los respectivos pliegos tarifarios se le autorizara para efectuar ventas de energía y aplicación de los cargos por uso de red y atención al cliente, a los usuarios finales que conectarían a sus redes.

Al respecto, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia en la resolución de las once horas quince minutos del once de septiembre de dos mil siete (folio 296 de la pieza 2 del expediente administrativo) que constituye el primer acto impugnado, sostuvo que, a partir de la negativa de la parte actora, EDESAL, S.A. de C.V. tuvo que proceder a obtener la autorización de los respectivos pliegos tarifarios para poder efectuar ventas de energía y aplicación de los cargos por uso de red y atención al cliente, lo cual logró hasta el mes de marzo de dos mil siete, por



medio de los acuerdos de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET) números 49-E-2007 y 79-E-2007. De lo anterior, concluyeron que CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V. no dieron una respuesta positiva a la solicitud de EDESAL, S.A. de C.V., alegando aspectos propios de la competencia del ente regulador (lo relativo a la aprobación de pliegos tarifarios), con lo que pudo tenerse por configurada la práctica anticompetitiva imputada, ya que EDESAL, S.A. de C.V. —ante la negativa— optó por conseguir previamente la aprobación referida, sin que ello fuera el procedimiento estipulado en el artículo 27 de la Ley General de Electricidad.

En el acápite precedente se perfiló lo concerniente a la posición de dominio de la parte actora en el mercado relevante y es acertado subrayar en la idea que: la posición de dominio en un mercado en sí misma no es una cuestión desfavorable o atentatoria al Derecho de Competencia.

Son, en cambio, las conductas adoptadas por esas empresas y que tienden a obtener ventajas indebidas derivadas de su posición las que son contrarias al derecho de competencia. Las empresas con posición de dominio deben conducir su comportamiento de forma muy cuidadosa, pues podrían influir negativamente en las condiciones normales de competencia pretendidas para el mercado.

Entonces, para verificar la ocurrencia de la conducta proscrita es preciso constatar si las sociedades investigadas están en una posición de ventaja y si su actuación se dirige a garantizarse ventajas indebidas, tanto de forma intencional como culposa. Sobre este tema en particular, este Tribunal se ha pronunciado expresamente señalando «(...) *los criterios doctrinarios y jurisprudenciales citados, permiten entender que para la imposición de una sanción por infracción de un precepto administrativo, es indispensable que el sujeto haya obrado dolosa o cuando menos culposamente, es decir, que la transgresión a la norma haya sido querida o se deba a imprudencia o negligencia del sujeto, quedando excluido cualquier parámetro de responsabilidad objetiva en la relación del administrado frente a la Administración, pues ésta, para ejercer válidamente la potestad sancionatoria, requiere que la contravención al ordenamiento jurídico haya sido determinada por el elemento subjetivo en la conducta del administrado*» (Sentencia dictada a las nueve horas y quince minutos del veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y ocho, referencia 36-G-95).

En general, atendiendo a la definición proporcionada por el Diccionario de la Real Academia, la negligencia es vista como un descuido o falta de cuidado. Al

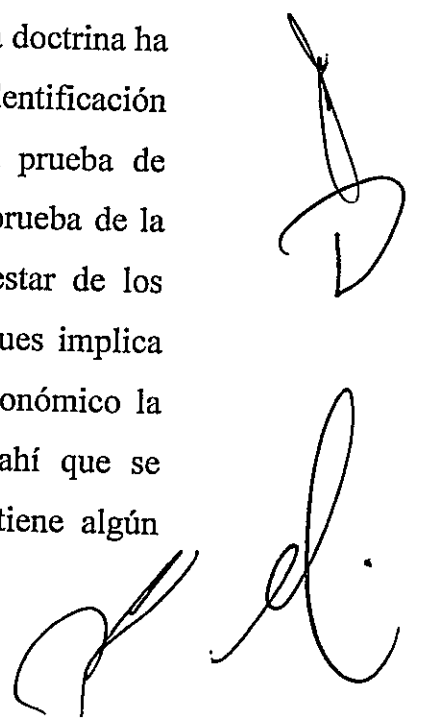
aplicar tal idea al caso, vislumbramos como a una empresa con posición de dominio en un mercado se le exige un *grado sumo de cuidado* en el desarrollo de sus actividades con la intención de no distorsionar la competencia en el sector. Así pues, las distribuidoras demandantes afirmaron que su negativa a la interconexión solicitada por EDESAL, S.A. de C.V. no fue para limitar la competencia dentro del mercado, sino que se debió a la falta de los pliegos tarifarios autorizados por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET), según lo dispuesto por el artículo 78 de la Ley General de Electricidad.

Al examinar las circunstancias referidas, se advierte que la alegación sobre la falta de los pliegos tarifarios para la interconexión de redes de distribución, no le competía a las sociedades actoras, sino a la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (SIGET). Por otra parte, no se considera una conducta normal para una empresa en posición de dominio que, frente a una petición de enlace de redes, se opte por negarla, y entender que no se vulnera la competencia en el sector.

En todo caso, es indiscutible que se ha evidenciado una conducta apartada del debido cuidado y esmero, pues las sociedades sancionadas en circunstancias normales debieron —ante la petición de interconexión— realizar las gestiones necesarias para comprobar la procedencia de la misma y dar una respuesta motivada a la requirente.

Es, entonces, debido a tales circunstancias que se pone en cuestionamiento la diligencia y buena fe de la parte actora, porque su negativa ante la solicitud de interconexión de parte de EDESAL, S.A. de C.V. demuestra falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones instauradas por la Ley General de Electricidad.

Es preciso tener en cuenta también que, debido a la complejidad que conlleva establecer el elemento subjetivo de una posición de abuso de dominio, la doctrina ha perfilado una serie de discusiones de orden económico que facilitan la identificación de este tipo de práctica contraria a la competencia, tales como: la prueba de sacrificio económico, la prueba de ausencia de sentido económico, la prueba de la empresa igual de eficiente y las pruebas de compensación del bienestar de los consumidores. Entre tales métodos nos interesa destacar el segundo, pues implica responder una cuestión clara y pertinente al caso ¿Tendría sentido económico la conducta si no tendiera a eliminar o reducir la competencia? De ahí que se cuestione, en particular, si negarse a una petición de interconexión tiene algún

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

sentido económico para las distribuidoras demandantes, o sólo se entiende como un método para erigir barreras a otros competidores.

Siguiendo las ideas que devienen del esfuerzo por dilucidar la interrogante planteada, deducimos: *primero*, la negativa a la solicitud de interconexión implica que las distribuidoras demandantes no ingresarán a su patrimonio el precio de los costos de la interconexión que generalmente asume el comercializador; *segundo*, las distribuidoras no percibirán los pagos mensuales por la energía eléctrica servida a los mencionados proyectos, en el porcentaje expresado en los contratos respectivos durante el tiempo que dilate la conexión; *tercero*, exigir los pliegos tarifarios no es competencia de las sociedades impetrantes y tampoco es requisito que para acceder a la solicitud planteada se deban tenerlas, según la Ley General de Electricidad; y, *cuarto*, la negativa a la petición ocasiona un conflicto entre operadores que acarrea gastos y erogaciones para las distribuidoras, a efecto de solventar el problema.

Entonces, de las razones enumeradas, se evidencia que las operadoras eléctricas sancionadas no tienen motivo alguno para exigir requisitos no regulados por la Ley o, incluso, atribuirse el papel de vigilante del mercado, para obtener un beneficio o sentido económico. De ahí que, la explicación de la conducta de CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., no está justificada en la idea de obtener una mejora económica de su patrimonio, por el contrario, aquella solo encuentra explicación bajo la perspectiva de obstaculizar la entrada y expansión de un competidor en el mercado relevante.

Se comprueba, además, que en las decisiones cuestionadas figuran las razones en las cuales la autoridad demandada basó su análisis y mediante las que tuvo por probado el elemento subjetivo de la infracción descrita en el artículo 30, letra a) de la Ley de Competencia, tal como figura en la segunda y tercera consideración de la letra D) del Análisis de los Hechos, apartado VIII del primer acto cuestionado (folios 308 frente de la pieza 2 del expediente administrativo).

Teniendo en cuenta todos los aspectos abordados en este acápite, esta Sala colige que la Superintendencia de Competencia constató suficientemente el aspecto subjetivo referido a la infracción en cuestión, por lo cual no se puede estimar el motivo analizado sobre la falta de comprobación la culpabilidad de la parte actora.

4. CONCLUSIÓN.

Habiendo resultado que en el acto originario emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia no existen los vicios de ilegalidad invocados por la sociedad demandante, y que su actuación ha sido realizada con apego a la

normativa vigente, en tal sentido, resulta también es apegada a derecho la confirmación realizada por la misma autoridad, debiendo declararse la legalidad de dichas actuaciones mediante el fallo de esta sentencia.

II. FALLO:

POR TANTO, en atención a las consideraciones realizadas y con fundamento en las disposiciones citadas; y los artículos 31, 32 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 421 y 427 del Código de Procedimientos Civiles -derogado- y 706 del Código Procesal Civil y Mercantil; a nombre de la República, esta Sala **FALLA:**

A) Declárase legal la resolución del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, dictada a las once horas quince minutos del once de septiembre de dos mil siete, mediante la cual se determinó la existencia de la práctica anticompetitiva contenida en la letra a) del artículo 30 de la Ley de Competencia e impuso multas a cada una de las sociedades CAESS, S.A. de C.V., y AES CLESA y CIA., S. en C. de C.V., por la cantidad de diecisiete mil cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (\$17,040.00), equivalentes a ciento cuarenta y nueve mil cien colones (¢149,100.00) y ordenó el cese de la práctica anticompetitiva.

B) Declárase legal la resolución de las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, en la que se resolvió ratificar el acto anteriormente descrito y declaró no ha lugar el recurso de revisión planteado por la parte actora.

C) Condénase en costas a la parte actora conforme al derecho común.

D) Déjase sin efecto la medida cautelar decretada por auto de las quince horas seis minutos del once de agosto de dos mil diez.

E) En el acto de notificación, entréguese certificación de esta sentencia a las partes y a la representación fiscal.

NOTIFÍQUESE. Emendado: Consejo-Vale.-

-----"E.R. NÚÑEZ."-----"L.C. DE AYALA G."-----"DUEÑAS"-----"J.R. ARGUETA"-----
PRONUNCIADA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LA
SUSCRIBEN.---ILEGIBLE.---SECRETARIO.-----

ES CONFORME CON SU ORIGINAL, con la cual se confrontó y para ser entregada al **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA**, se extiende, firma y sella la presente **CERTIFICACIÓN**, constando de siete folios útiles, en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las catorce horas y tres minutos del día veintiséis de julio de dos mil trece.



MIGUEL ÁNGEL CEDILLOS ARÉVALO
Secretario
Sala de lo Contencioso Administrativo