



Secretaría
Sala de lo Contencioso Administrativo
Corte Suprema de Justicia



San Salvador, 31 de octubre de 2022
Asunto: Devolviendo Expediente Advo.
167-2016

**SEÑORES CONSEJO DIRECTIVO DE LA
SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA
PRESENTE**

De conformidad con lo ordenado en la sentencia pronunciada a las quince horas veintinueve minutos del once de octubre de dos mil veintidós, en el proceso contencioso administrativo promovido por **COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR**, contra **EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA**, devuelvo a ustedes el expediente administrativo de la Superintendencia de Competencia SC-047-D/PS/R-2013, a nombre de Platinum Enterprises, S.A. de C.V., compuesto de tres piezas: la primera, con doscientos veinticuatro folios útiles y cinco discos compactos, la segunda, con doscientos ochenta y siete folios útiles y un disco compacto, y la tercera, con cuatrocientos ochenta y seis folios útiles y seis discos compactos.

Ruégole remitirnos la nota de recibo correspondiente.

DIOS UNIÓN LIBERTAD


MARÍA ESTER VALLADARES SERMEÑO
SECRETARIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



167-2016

47

Conses

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

El 02 de septiembre de 2022, se presentó un escrito firmado por los Srs. Gerardo Daniel Henríquez Angulo, Miguel Antonio Chorro Serpas y Mario Antonio Pérez Molina, directores del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia (SC), el último en carácter de director suplente, mediante el cual: solicitan intervención en la calidad indicada; contestan el traslado conferido en el auto que antecede (fs. 955 al 965); y, señalan, para recibir notificaciones, una dirección física y la Cuenta Electrónica Única (CEU) de la Superintendencia de Competencia —SC-000— inscrita en el Sistema de Notificación Electrónica (SNE), vinculando los correos notificacionesii@sc.gob.sv y gleiva@sc.gob.sv.

El 05 de septiembre de dos mil veintidós, se presentó un escrito firmado por el Lcdo. Roberto José Rodríguez Escobar (fs. 970 al 973), agente auxiliar del Fiscal General de la República, mediante el cual: solicita intervención en la calidad indicada; para tal fin presenta la credencial respectiva (f. 975); y, formula los alegatos finales.

La parte actora, a través del escrito presentado el 06 de septiembre de 2022 (fs. 976 al 1018), contestó el traslado conferido en el auto que antecede y señaló, para recibir notificaciones la CEU 02449498-8, inscrita en el SNE.

La tercera beneficiada con los actos impugnados no hizo uso de su derecho a presentar sus alegatos finales, a pesar de la respectiva notificación (f. 954)

En vista de lo anterior, esta Sala **RESUELVE**:

1. Dar intervención a los Srs. Gerardo Daniel Henríquez Angulo, Miguel Antonio Chorro Serpas y Mario Antonio Pérez Molina, como directores del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia (SC), el último en carácter de director suplente; y, tener agregada la documentación de fs. 967 a 969 con la que acredita su calidad.

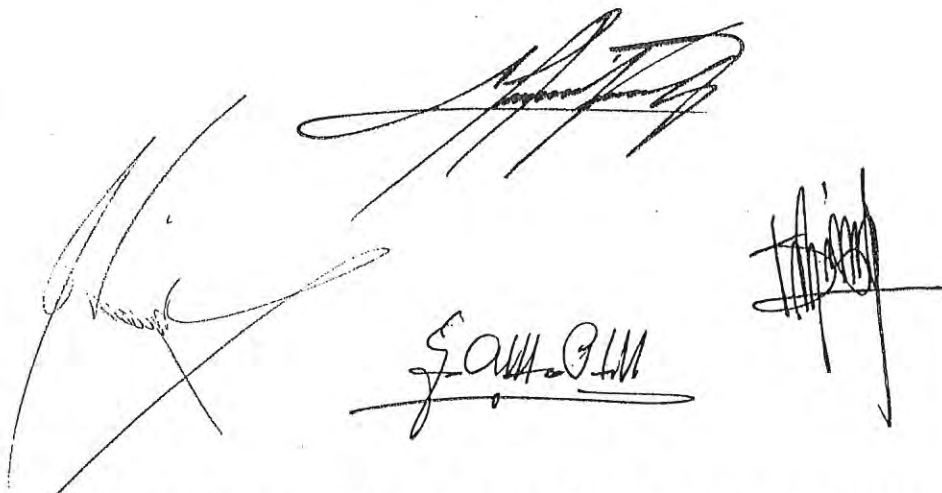
2. Dar intervención al Lcdo. Roberto José Rodríguez Escobar, en calidad de agente auxiliar del Fiscal General de la República, y tener agregada la credencial de f. 975 con la que acredita su calidad.

3. Tener por cumplido el traslado hecho a la parte actora, la autoridad demandada, y al Fiscal General de la República, en el auto de las 08:45 horas del 12 de julio de 2022 (fs. 945 al 948).

4. Tomar nota de la Cuenta Electrónica Única y la dirección física señalada por la autoridad demandada y la parte actora para recibir notificaciones, a fs. 964 y 1018, respectivamente.

5. Traer para sentencia el presente proceso.

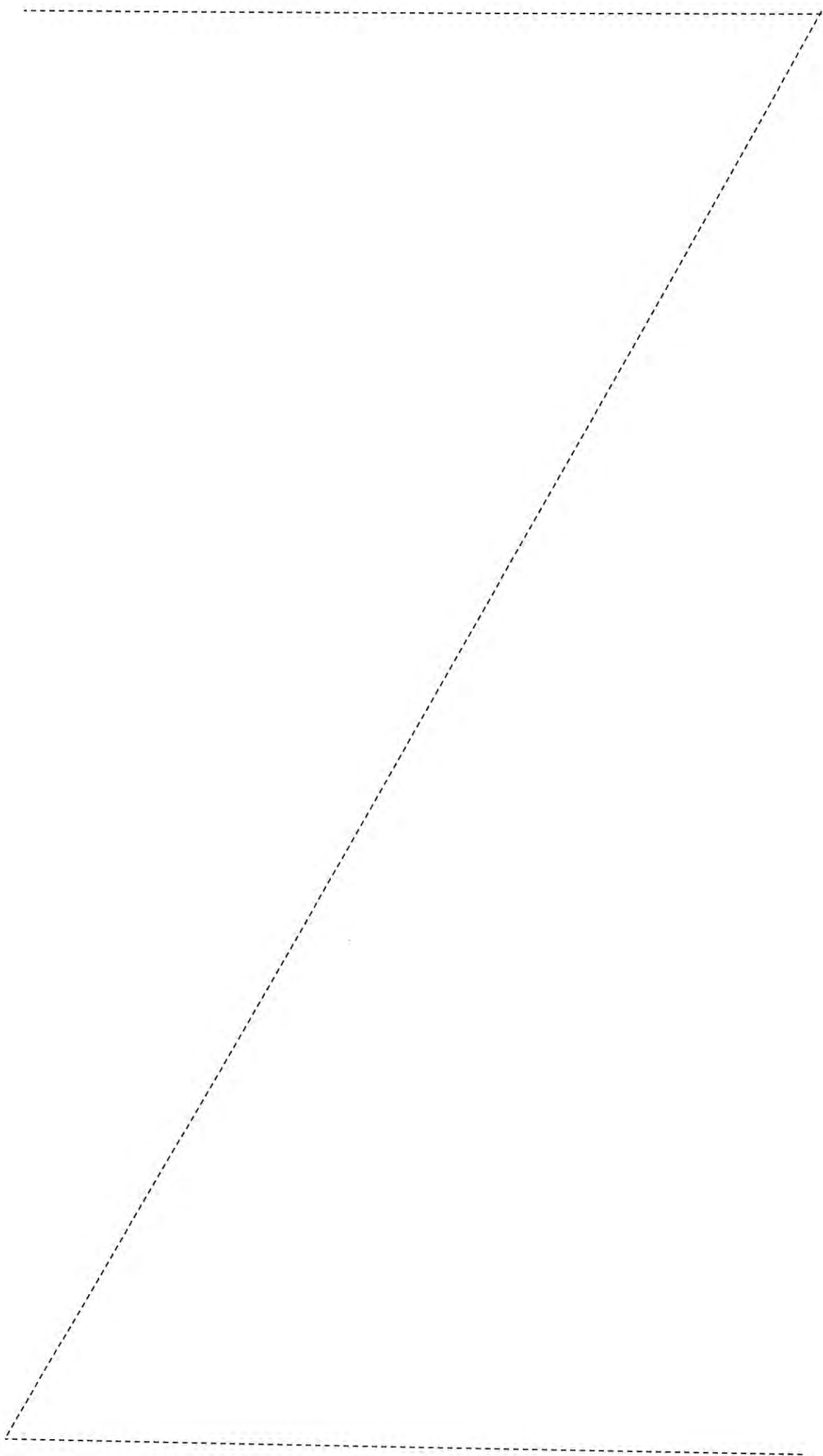
Notifíquese.



PRONUNCIADO POR LA SEÑORA MAGISTRADA Y LOS SEÑORES
MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN.



10:40
10/11/22



167-2016

47



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

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse CTE, S.A. DE C.V., por medio de sus apoderados generales judiciales con cláusula especial, Lcdos. Salvador Enrique Anaya Barraza y Marcela Magali Ramos Cuéllar, 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-047-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 trescientos cincuenta y cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$355,500.00), equivalentes a 1,500 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; y, los Lcdos. Julio César Cueva Trejo y Roberto José Rodríguez Escobar, como agentes auxiliares y delegados del Fiscal General de la República.

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 CTE, 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 CTE, S.A. DE C.V. (en adelante, también CTE) 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 marcado con la referencia SC-047-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 CTE, 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 trescientos cincuenta y cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$355,500.00), equivalentes a 1,500 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) los arts. 8 y 86 de la Constitución respecto al derecho a la legalidad; (b) los derechos de audiencia, defensa, al procedimiento constitucionalmente configurado en los procedimientos administrativos sancionadores y la propiedad; (c) los arts. 2, 11 y 18 Cn. relacionado a la falta de motivación; y, (d) el derecho a la legalidad con relación a los principios de tipicidad y culpabilidad.

III. Por medio de auto de las 14:00 horas del 09 de agosto de 2016 (fs. 233 y 234), se admitió la demanda interpuesta, se tuvo por parte a CTE, S.A. DE C.V., por medio de su apoderado general judicial, Lcdo. Salvador Enrique Anaya Barraza, y se declaró no ha lugar la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos impugnados

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 06 de enero de 2017, el CD-SC presentó un escrito mediante el cual confirmó la existencia de los actos impugnados (f. 236).

En la resolución de esta sala de las 08:53 horas del 06 de marzo de 2017 (f. 248), se tuvo por rendido el primer informe, se solicitó a la autoridad demandada el informe justificativo de legalidad de las actuaciones controvertidas y se ordenó notificar la existencia del proceso al Fiscal General de la República.



La autoridad demandada, por medio del escrito presentado el 05 de mayo de 2017 (fs. 268 al 289), presentó el informe justificativo de la legalidad de las actuaciones controvertidas, adjuntando certificaciones de resoluciones pronunciadas en el procedimiento administrativo relacionado al caso, entre otros elementos de prueba.

Posteriormente, este tribunal, mediante el auto de las 09:17 horas del 05 de octubre de 2017 (fs. 315 y 316), dio intervención al Lcdo. Julio César Cueva Trejo, como agente auxiliar y delegado 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 21 de diciembre de 2017 (fs. 320 al 322), ofreció como prueba documentación adicional (estados financieros de la demandante y resoluciones como la del 09 de enero de 2014 pronunciada por el Superintendente de Competencia, entre otras), 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.

Por su parte, la actora social, a través del escrito presentado el 10 de enero de 2018 (fs. 622 al 627), ofreció como prueba todos los elementos agregados de fs. 629 al 874 del expediente judicial.

En el auto de las 09:12 horas del 27 de julio de 2018, se admitió la prueba ofertada por la autoridad demandada y por la parte actora, a excepción de aquella documentación presentada en copia simple, de la cual el tribunal postergó su decisión en cuanto al rechazo o admisibilidad de la misma. Además, se requirió del CD-SC el correspondiente expediente administrativo, de conformidad con el art. 48 LJCA.

La autoridad demandada, por medio del escrito presentado el 27 de septiembre de 2018 (fs. 890 y 891), cumplió con la presentación del expediente administrativo requerido, compuesto por 3 piezas: 2 de ellas públicas y 1 pieza confidencial, todas exclusivamente relacionadas al caso de la demandante.

Posteriormente, a través de la resolución del 15 de noviembre de 2018 (fs. 893 y 894), se admitió la prueba presentada por ambas partes en copia simple, 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.

Consecutivamente, en el auto de las 08:45 horas del 12 de julio de 2022 (fs. 945 al 948), se corrieron los traslados que ordena el art. 28 LJCA, con los siguientes resultados.

La parte actora, a través del escrito presentado el 06 de septiembre de 2022 (fs. 976 al 1018), reiteró los argumentos planteados en la demandada.

Por su parte, la autoridad demandada confirmó los argumentos vertidos en el informe de justificación de legalidad de los actos administrativos impugnados (fs. 955 al 965).

La representación fiscal señaló, en el escrito presentado el 05 de septiembre de 2022 (fs. 970 al 973), que “(...) se configuran materialmente todos los presupuestos de hecho y derecho para la imposición de la multa correspondiente, NO ADVIRTIENDO NINGUNA ILEGALIDAD” (f. 973 fte. y vto.).

La tercera beneficiada con los actos impugnados no hizo uso de esa etapa procesal, a pesar de su debida notificación (f. 954).

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, según la resolución definitiva del procedimiento —primer acto impugnado—, a la actora se le imputaron, como acciones encuadrables en tal infracción administrativa, emplear “(...) tácticas dilatorias anticompetitivas para retrasar la interconexión, al no haber brindado repuesta a las dos notas que Platinum le dirigió con motivo de la solicitud formulada el 17 de febrero de 2012, las cuales se constituyen en obstáculo a la entrada de competidores y una manifestación de abuso de posición dominante (...)” (f. 484 vto).

B. Fundamento jurídico de la pretensión.

La parte actora adujo la incompetencia de la autoridad demandada para conocer y decidir sobre la denuncia planteada por Platinum. Además, afirmó que los actos administrativos impugnados son ilegales, también, por los siguientes motivos: (a) por la violación al plazo previsto para emitir la resolución definitiva del procedimiento administrativo sancionador; (b) por el ocultamiento de información en la resolución definitiva del procedimiento y la denegación de la consulta del expediente administrativo; (c) por la ilegal delegación del intendente de investigaciones, poca credibilidad de los testigos y errónea reglamentación de los mismos; (d) por el ilegal rechazo de prueba ofrecida en sede administrativa; (e) por la violación del derecho a la legalidad en su concreción en el principio de tipicidad dado que los hechos ocurridos no constituyen la infracción atribuida; y, (f) por la falta de motivación de los actos impugnados y violación del derecho de propiedad. ✓

C. Vulneración del principio de tipicidad.

Esta sala advierte que, aunque la actora ha invocado la ausencia de competencia material como vicio constitutivo de nulidad de pleno derecho, su alegato se circunscribe a que Platinum no siguió el procedimiento de solución de conflicto regulado en la LT, por lo que no se configura la infracción relativa al abuso de posición dominante.

El anterior argumento va en línea con el vicio alegado por la demandante, relativo a la violación de los principios de legalidad y tipicidad.

En este sentido, esta sala analizará, por la relevancia de fondo, el planteamiento relativo a la vulneración al principio de legalidad en su concreción en el principio de tipicidad, en cuanto a que la autoridad de competencia erró en la determinación de la conducta infractora. Para este cometido,



se analizará la trascendencia de la supuesta omisión del procedimiento de solución de conflicto ante la SIGET como un elemento relevante de cara a la tipicidad de la conducta de la impetrante.

1. Argumentos de la parte actora.

La demandante ha señalado que: “(...) *Platinum* (...) *nunca intentó, respecto de CTE, el procedimiento de solución de conflicto por acceso a recursos esenciales de telecomunicaciones que prevé en la LT* (...)” (f. 13 fte. y vto.).

Además, manifestó que “(...) *La determinación normativa sobre el ente estatal a quien se atribuye competencia para conocer de un hecho o de una situación fáctica concreta, no depende – en absoluto- de la voluntad del particular, sino que es la ley la que –de modo expreso y previo- fija la competencia de los entes estatales: es la misma PLATINUM que reconoce y admite, de modo implícito, que a quien correspondía conocer de la disputa sobre acceso al recurso esencial de interconexión, ¡es la SIGET! (...) Es evidente entonces, que en razón de los hechos planteados por Platinum, lo que debió tramitarse fue un procedimiento de solución de conflicto por acceso a recursos esenciales de telecomunicaciones (...)*” (f. 13 fte. y vto.).

De igual forma, adujo que “*Platinum* presentó solicitudes de acceso a interconexión a CTE, en los años 2010, 2011 y 2014. (...) Tal como se ha comprobado en el procedimiento administrativo sancionador, PLATINUM tenía la práctica de abandonar sus peticiones de acceso a la interconexión con CTE” (f. 36 fte.).

Finalmente, la actora social argumentó que “*CTE* asumió la renuncia de las solicitudes de interconexión hechas por *Platinum*, tanto en 2010 como en 2012, al grado que PLATINUM ¡nunca presentó ni remitió a CTE ‘una oferta de contratación especificando precios y condiciones técnicas’!, como lo exige el inciso segundo del art. 21 LT, ¡ni remitió copia de dicha oferta a la SIGET!, ¡ni acudió a la SIGET planteando un procedimiento de solución alternativa de conflicto por acceso a recursos esenciales!, que es la vía consagrada en el régimen de telecomunicaciones para solucionar tal clase de diferendo” (f. 39 fte.).

En este orden de ideas, para la demandante, el “*abuso de posición dominante*” 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.

Bajo esta lógica, la actora adujo que no existe una imposibilidad de la interconexión, y en todo caso, la misma 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 que 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.

2. Defensa de la autoridad demandada.

La autoridad demandada señaló que la SIGET puede intervenir a través del procedimiento de solución de conflicto; no obstante, en el presente caso, a pesar de la falta de intervención de la la

SIGET, si habían concurrido los elementos fácticos detallados en el art. 30 LC (abuso de la posición dominante).

Aunado a lo anterior, la Administración Pública indicó que CTE, S.A. de C.V. obstaculizó la entrada de un nuevo competidor empleando tácticas anticompetitivas en la fase de negociación señalada por la ley, la cual tiene como objetivo fomentar la competencia. Además, agregó que las actuaciones de la SIGET, en tanto ente regulador sectorial, son de carácter “preventivo”, mientras que aquellas de la SC son “defensivos”.

En ese sentido, la autoridad manifestó lo siguiente: “*las actuaciones que ejerce esta Superintendencia obedecen, entre otros, a una acción defensiva de la competencia por el comportamiento concreto de un agente económico que contraría la LC; esto independientemente de las funciones propias que la LT otorgue a la SIGET*” (f. 275 vto.).

Asimismo, agregó que “*al no haber respondido oportunamente CTE a las observaciones o comentarios formulados por Platinum a la propuesta de contrato, constituyó una táctica dilatoria, configurada como abuso de posición dominante, en la modalidad de creación de obstáculos a la entrada de competidores, tipificada en el artículo 30, letra a), de la LC. Entonces lo que en realidad se advierte es que la actora simplemente no comparte la valoración que este CD hizo (...) su alegato es una simple inconformidad con lo resuelto*” (f. 286 vto.).

Finalmente, el CD-SC indicó que “*Platinum remitió sus observaciones o comentarios a la propuesta de contrato de interconexión con CTE, a propósito de la solicitud planteada en abril de 2013, y que este dilató injustificadamente su respuesta; por lo que se constató una conducta distante del sumo cuidado y diligencia que debe mostrar todo operador que goce de posición dominante*” (f. 287 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



noviembre 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 dichas 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 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, se tiene la relación de los siguientes hechos.

El 13 de agosto de 2010, Platinum Enterprises, S.A. de C.V. envió un correo electrónico a un “contacto comercial” de CTE, S.A. de C.V. solicitando el inicio de negociaciones para suscribir un contrato de interconexión.

Ante ello, CTE respondió el **25 de agosto de 2010** manifestando que *“debido a que la SIGET se encuentra realizando un estudio para la determinación de los cargos de interconexión, no suscribiría nuevos contratos hasta que la nueva regulación entre en vigencia”* (f. 70 vto.).

Pues bien, ante tal respuesta, Platinum, **el 30 de agosto de 2010**, presentó una nueva solicitud de inicio de negociaciones para interconexión.

Así, CTE, **el 25 de octubre de 2010**, contestó remitiendo la lista de requisitos previos a la firma del contrato. Sin embargo, no existió ninguna respuesta de Platinum.



Con esto, Platinum no acudió al ente regulador SIGET sino que, más de un año después, concretamente, el 17 de febrero de 2012, presentó una nueva solicitud de interconexión e incorporación de oferta técnica (tercera solicitud).

En respuesta, el 13 de abril de 2012, la parte actora comunicó a Platinum una “lista de requisitos, modelos de carta y NDA establecidos para el proceso de interconexión” (f. 70 vto.).

Consecuentemente, Platinum, nuevamente se abstuvo de dirigirse ante la SIGET, y en su lugar, el 07 de diciembre de 2012, remitió la información solicitada “incluyendo cartas de compromiso para otorgamiento de fianza y firma de contrato” (f. 70 vto.). No consta, en el presente proceso, que haya habido 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, voluntariamente, esperó hasta el 08 de marzo de 2013 para presentar a CTE una “nota de seguimiento” (f. 70 vto.), recordándole el periodo transcurrido desde la remisión de los últimos documentos.

Luego, Platinum, el 10 de abril de 2013, remitió una última comunicación de seguimiento de la información presentada en diciembre de 2012, dirigida a CTE, de la cual tampoco existe constancia de respuesta alguna.

Adicionalmente, es importante señalar que no hay constancia de que Platinum en algún momento haya iniciado el procedimiento de solución de conflicto ante la SIGET, basado en la ausencia de respuesta efectiva de CTE ante sus solicitudes de interconexión.

Finalmente, esta sala advierte que, ante el resultado infructuoso de la negociación entre CTE y Platinum, esta última sociedad podía presentar una solicitud de solución de controversia ante la SIGET, a través de la cual podría obtener el acceso al recurso esencial, siempre que cumpliera con 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: “el hecho de no haber continuado CTE con la tramitación de la solicitud de interconexión planteada por Platinum en febrero de 2012, a pesar de haber recibido dos notas de seguimiento, a las que no dio respuesta alguna (...) constituyen tácticas dilatorias cometidas por CTE 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. 159 vto.).

“(...) En este punto, cabe destacar que el servicio de interconexión de redes es imprescindible para la prestación del servicio intermedio que interviene en la terminación de llamadas internacionales en las redes de acceso —mercado conexo en el que participa Platinum—

, y que no puede ser duplicada; por lo tanto, en razón de su esencialidad, CTE se valió de su posición dominante al dilatar de manera injustificada las negociaciones para su obtención, obstaculizando la entrada de competidores o la expansión de los ya existentes” (f. 160 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 (sic) concluye que CTE empleó tácticas dilatorias anticompetitivas para retrasar la interconexión, al no haber brindado respuesta a las 2 notas que Platinum le dirigió con motivo de la solicitud formulada el 17 de febrero de 2012, las cuales se constituyen en un obstáculo a la entrada de competidores y una manifestación de abuso de posición dominante (…)” (f. 165 fte. y 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 CTE ante la petición 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 CTE, 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, para poder concretar la posición de dominio se debe de configurar el hecho que un agente económico en un mercado específico posea una cuota de mercado lo suficientemente importante o tenga acceso exclusivo a ciertos recursos mediante los cuales pueda 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 intensión 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 CTE 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, (...) los hechos sobre los cuales se concluye la infracción ocurrieron dentro del periodo de abril de 2012 a mayo de 2014”* (f. 167 fte.; el resaltado es propio).

No obstante, del análisis del presente proceso consta que, Platinum presentó una solicitud en febrero en 2012, la cual, en abril de 2012 fue respondida por CTE comunicando una serie de requisitos para el proceso de interconexión. Con esto, fue hasta diciembre de 2012 que Platinum remitió toda la información solicitada por CTE.

Así, es claro que Platinum, en la fase de libre negociación con CTE, soportó una dilación en la respuesta sobre su solicitud de interconexión desde febrero de 2012, fase que volvió a iniciar en diciembre de 2012, posterior a que CTE solicitara el cumplimiento de ciertos requisitos (13 de abril de 2012), y respecto de la que nuevamente esperó, en esta ocasión, alrededor de 4 meses, hasta la última nota de seguimiento enviada a CTE, la cual quedó sin respuesta.

En suma, hasta el 30 de diciembre de 2014, cuando Platinum dirigió una solicitud a CTE para la interconexión a su red, que dicha solicitud fue tramitada, y tuvo consecuencia, según el primer acto impugnado, la suscripción de un contrato.

No obstante, **la espera de 2 años (diciembre 2012 – diciembre 2014) 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 mantener



una negociación con CTE, y esperar una respuesta más allá de los 40 días que regula el art. 21 LT.

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 CTE ante las peticiones efectuadas por Platinum, a partir de diciembre de 2012, **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 peticionario 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 CTE **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 CTE 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 aproximadamente 2 años 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.

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, por parte de Platinum; es un factor transcendental 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 CTE 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 CTE 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 CTE y soportada anuentemente por Platinum, esta última sociedad no se dirigió ante la SIGET para iniciar 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 lograren 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 con 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 CTE 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 casi 3 años atribuida a la parte actora en la fase de libre negociación no configura un abuso de posición dominante, dado que la misma fue voluntariamente soportada por Platinum, quien tenía habilitado por ley una vía de tutela ante la entidad reguladora, y así iniciar el procedimiento de solución de conflictos para obtener el acceso al recurso esencial.

vi. Conclusión.

Con base en los argumentos anteriores, las acciones de CTE 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; la interconexión dependía del cumplimiento de requisitos legales, los cuales no fueron suplidos por Platinum; y, finalmente, 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 CTE ha impuesto barreras a la entrada al mercado 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 derecho a la legalidad en su concreción en el 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 admisión de la demanda de las 14:00 horas del 09 de agosto de 2016 (fs. 233 y 234), 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 COMPAÑÍA DE TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse CTE, S.A. DE C.V.:

a) Resolución de las 10:00 horas del 14 de octubre de 2015, de referencia SC-047-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 trescientos cincuenta y cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América (\$355,500.00), equivalentes a 1,500 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 Superintendencia de Competencia, 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.

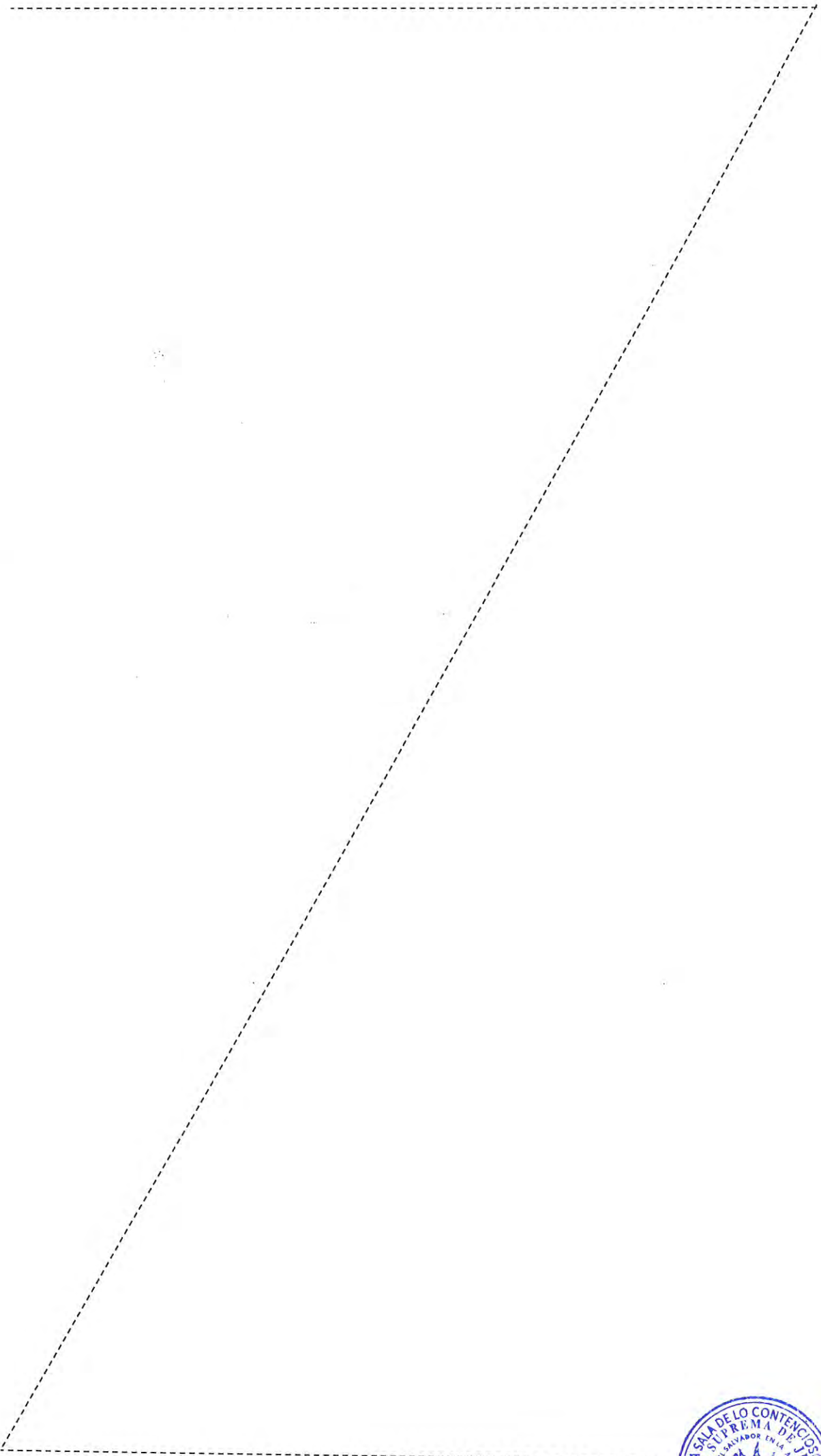
3. Condenar en costas a la autoridad demandada conforme al derecho común.

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.

PRONUNCIADA POR LA SEÑORA MAGISTRADA Y LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.



CONFORME CON SU ORIGINAL, con el 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 trece folios útiles folios útiles, en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las diez horas cincuenta minutos del treinta y uno de octubre de dos mil veintidós.


MARÍA ESTER VALLADARES SERMEÑO
SECRETARIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO



