

SC-009-O/PA/R-2007

Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia: Antiguo Cuscatlán, a las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete.

El presente procedimiento recursivo se inició, *por un lado*, mediante escrito presentado por el abogado Oscar Mauricio Hurtado Saldaña, apoderado de las sociedades Compañía de Alumbrado Eléctrico de San Salvador, S. A. de C. V." –en adelante CAESS– y AES CLESA y Compañía S. en C. de C.V. –en adelante AES-CLESA–, a través del cual interpuso recurso de revisión contra la resolución definitiva dictada en este procedimiento administrativo sancionador con fecha once de septiembre del corriente año. Y, *por otro lado*, mediante escrito presentado por los abogados Claudia María Tomasino Naves y Álvaro José Mayora Re, apoderados de la sociedad Distribuidora de Electricidad Del Sur, S.A de C.V., –en adelante DELSUR–, a través del cual también interpusieron recurso de revisión contra la citada resolución.

Por resolución de fecha 24 de septiembre del presente año, este Consejo Directivo admitió a trámite los citados recursos, quedando en estado de resolverse definitivamente dentro del plazo máximo de 10 días hábiles contados desde el día siguiente al de su admisión, de conformidad al artículo 48 de la Ley de Competencia.

Habiéndose analizado los argumentos de las sociedades CAESS, AES-CLESA y DELSUR, es preciso resolver sobre los recursos interpuestos, haciendo, previamente, las siguientes consideraciones técnicas, jurídicas y económicas:

I. Argumentos de las Sociedades Investigadas

A. Argumentos de la sociedad CAESS.

La sociedad CAESS, a través de su apoderado, expuso que plantea recurso de revisión, en síntesis, por los argumentos siguientes:

1. Que en la resolución impugnada se utilizaron criterios subjetivos para definir la posición dominante, sin que se mencionaran las pruebas que sirvieron de base para que este Consejo llegara a determinarla; en ese sentido, el mencionado profesional aduce que en la resolución no se fundamenta el tema de la posición dominante.

Handwritten signature in cursive script, possibly reading 'Cresolam', with a circular stamp or mark above it.

2. Que es errónea la apreciación de este Consejo Directivo referida a que la respuesta a una solicitud de interconexión no puede dilatarse u oponerse aspectos o motivos que solamente corresponde verificar al ente regulador.

B. Argumentos de la sociedad AES-CLESA.

La sociedad AES-CLESA, a través de su apoderado, expuso que plantea recurso de revisión, en síntesis, por los argumentos siguientes:

1. Que en la resolución impugnada se utilizaron criterios subjetivos para definir la posición dominante, sin que se mencionaran las pruebas que sirvieron de base para que este Consejo llegara a determinarla; en ese sentido, el mencionado profesional aduce que en la resolución no se fundamenta el tema de la posición dominante.

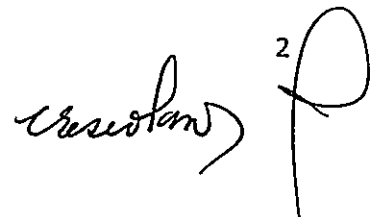
2. Que es errónea la apreciación de este Consejo Directivo referida a que la respuesta a una solicitud de interconexión no puede dilatarse u oponerse aspectos o motivos que solamente corresponde verificar al ente regulador.

C. Argumentos de la sociedad DELSUR.

Los apoderados de DELSUR, luego de hacer una amplia referencia al derecho sancionador y su base constitucional, así como al principio de legalidad, relacionado con la tipicidad e infracción administrativa, en esencia, expusieron los siguientes argumentos:

1. Que la empresa EDESAL no tenía, ni tiene calidad de legítimo competidor o agente económico en el rubro de distribución de energía eléctrica, ya que, en la fecha de la supuesta práctica anticompetitiva, no estaba inscrito como distribuidor y no contaba con pliegos tarifarios aprobados.

2. Que –a su criterio– este Consejo Directivo se ha excedido en sus atribuciones, porque el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia habla de bloqueos a la entrada de competidores o a la expansión de los existentes, pero no habla de un potencial competidor, como dice la resolución.

Cresolano 2 

3. Finalmente, que como EDESAL no contaba con pliegos tarifarios aprobados, el mercado relevante de producto debió circunscribirse única y exclusivamente a la actividad de comercialización.

II. Análisis de los Argumentos

Habiéndose expuesto los motivos por los cuales las sociedades CAESS, AES-CLESA y DELSUR impugnan la resolución final emitida por este Consejo Directivo, a través de la cual se impuso a las referidas sociedades a pagar la multa de DIECISIETE MIL CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, US\$17,040.00, equivalentes a CIEN salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, cada una, por haberse considerado que cometieron la práctica anticompetitiva descrita en la letra a) del artículo 30 de la Ley de Competencia, corresponde ahora examinar y decidir respecto de cada uno de tales motivos.

En ese orden, se analizarán cada uno de los argumentos en forma separada, tomando como base lo establecido en la Ley de Competencia, su reglamento, así como lo prescrito en el derecho común cuando éste fuere aplicable de acuerdo a la naturaleza del derecho de competencia salvadoreño, tanto en su ámbito material como en el procedimental.

A. Argumentos de CAESS.

1. Como se expuso, en primer lugar, CAESS sostuvo que en la resolución impugnada se utilizaron criterios subjetivos para definir la posición dominante, sin que se mencionaran las pruebas que sirvieron de base y sin que se fundamentara dicho tema.

Sobre este punto, debe precisarse que, en la resolución final emitida por este Consejo Directivo, se tomaron los criterios establecidos en la Ley de Competencia. Así, habiéndose tomado como base el artículo 29 de la Ley de Competencia, se realizó el análisis relativo a la determinación de la posición dominante de la sociedad CAESS, de la siguiente forma:

Relacionado con las letras a) y c) del artículo 29 de la Ley de Competencia, se expuso literalmente: "La participación en el mercado relevante de DELSUR, CAESS y AES-CLESA. Como se mencionó anteriormente, las distribuidoras tienen áreas de

3
[Handwritten signature]

4

influencia definidas y estables, por lo tanto, ya que en las áreas en mención no existía a la fecha de inicio de la investigación, otros agentes económicos que ofrecieran los servicios de distribución y comercialización de energía eléctrica, se afirma que cada una de las denunciadas tienen aproximadamente el 100% de participación en el mercado relevante definido”.

También, se explicitó un aspecto relacionado directamente con la letra b) del citado artículo 29: “El mercado de distribución de energía eléctrica está caracterizado por la existencia de economías de escala y economías de red, lo que constituye una importante barrera a la entrada para nuevos competidores. Estas economías se trasladan a la distribuidora para quien, luego de haber construido la línea de distribución, el conectar un nuevo usuario tiene un costo marginal muy bajo, el cual no puede ser alcanzado por un nuevo entrante. Esta condición genera incentivos para que la distribuidora busque mantener el máximo número de clientes cautivos, utilizando sus activos al máximo y a un mínimo costo”. Además, se consignó: “Así cada distribuidora en el país posee un área de influencia definida y sin traslapes significativos entre redes con otras distribuidoras, lo cual las vuelve virtuales monopolios, por lo cual se torna necesario la actuación de la SIGET en cuanto a la revisión y aprobación de las tarifas. En materia de defensa de la competencia, es ampliamente reconocido que las economías de escala y de red representan barreras a la entrada que refuerzan la posición de dominio de los agentes previamente establecidos en el mercado”.

Siempre relacionado con la letra b) del artículo mencionado, en la resolución se incluyó el siguiente aspecto: “Finalmente, los costos alternativos de una conexión directa de parte de un agente económico que quiera iniciar una empresa distribuidora de energía eléctrica con ETESAL constituyen una barrera de entrada. Es decir, un nuevo agente económico tiene la opción de solicitar una conexión de media tensión a una distribuidora competidora o una conexión a alta tensión con ETESAL, representando esta última opción costos superiores a la primera, debido a la inversión en infraestructura y equipo requeridos para conectarse a alta tensión”.

Relacionado con la letra c) del artículo 29 de la Ley de Competencia, se afirmó lo siguiente: “Otro factor que refuerza la posición de dominio lo constituye el hecho que AES-CLESA y CAESS pertenecen a un mismo grupo económico por lo que no existen incentivos a que dichos agentes representen una amenaza mutua para entrar a ofrecer

los servicios entre las zonas de influencia de la otra. Es decir no constituyen una oferta potencial efectiva.”

De esta forma, la falta de una oferta potencial efectiva dentro del mercado relevante analizado, debido a que AES-CLESA y CAESS pertenecen a un mismo grupo económico no permite que se generen incentivos a que dichos agentes representen una amenaza mutua para entrar a ofrecer los servicios entre las zonas de influencia de la otra. Por lo que, de lo expuesto, se desprende que la cohesión existente entre las distribuidoras del Grupo AES hace que los competidores entrantes valoren el poder de una distribuidora del grupo en relación directa con el poder y tamaño del mismo, y por lo tanto, ven disminuido el incentivo a entrar al mercado.

En conclusión, se desvirtúa el argumento del apoderado de CAESS, ya que, en primer lugar, este Consejo Directivo definió la posición de CAESS dentro del mercado relevante, utilizando los criterios establecidos en la Ley de Competencia; y, en segundo lugar, fundamentó y razonó cada uno de ellos; en consecuencia, este punto del recurso de revisión interpuesto no es estimable y en ese sentido habrá que pronunciarse.

2. En segundo lugar, CAESS argumentó que es errónea la apreciación de este Consejo Directivo referida a que la respuesta a una solicitud de interconexión no puede dilatarse u oponerse aspectos o motivos que solamente corresponde verificar al ente regulador.

En este aspecto, aunque el apoderado de CAESS no justifica su argumento, pues únicamente manifiesta que su representada puede negarse a una solicitud de interconexión alegando aspectos regulatorios, sin explicitar las razones por las cuales llega a esa conclusión, este Consejo Directivo procederá a valorar y decidir respecto de este punto integrante del recurso de revisión interpuesto.

La resolución final que impuso multas –entre otras– a la sociedad CAESS, determinó que existía práctica anticompetitiva porque cuando algún distribuidor, comercializador o usuario de gran demanda solicita a un operador (distribuidor o transmisor) la interconexión de sus redes, éste está en la obligación legal de permitir la interconexión de sus instalaciones y la utilización de las mismas lo antes posible, excepto

[Handwritten signature]
5
[Handwritten signature]

cuando esto represente, de acuerdo al artículo 27 de la Ley General de Electricidad, "un peligro para la operación o seguridad del sistema, de instalaciones o de personas"; mas, ante una solicitud de interconexión, no puede dilatarse la respuesta formal u oponerse aspectos o motivos que solamente corresponde verificar al ente regulador, para el caso, a la SIGET.

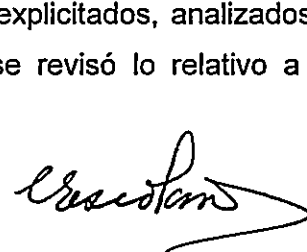
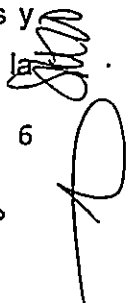
CAESS aceptó que exigieron a EDESAL tener pliegos tarifarios aprobados por el ente regulador, sin ser esto un requisito exigido por la ley de la materia para firmar un contrato de interconexión; por ello, este Consejo Directivo determinó que la actitud de los agentes económicos investigados es anticompetitiva, dilatando y haciendo más costosa la entrada de un nuevo competidor en los mercados relevantes señalados en esa resolución.

Por lo expuesto, se reafirma que un agente económico no puede negar la suscripción de un contrato de interconexión argumentando aspectos que le corresponden verificar al ente regulador, saliéndose, en consecuencia, de las disposiciones estipuladas en las leyes de la materia, pues ello es muestra de la posición dominante de aquél. En conclusión, el criterio del abogado Hurtado Saldaña no es compartido por este Consejo Directivo y, en consecuencia, deberá desestimarse en la parte resolutive este punto integrante de su recurso.

B. Argumentos de AES-CLESA.

El apoderado de la sociedad CAESS es –como se detalló en el primer párrafo de la presente decisión–, el mismo abogado que representa a la sociedad AES-CLESA, es decir, el licenciado Oscar Mauricio Hurtado Saldaña; por ello, el recurso de revisión lo interpuso a nombre de CAESS y AES-CLESA, utilizando los mismos dos argumentos: *por un lado*, que –a su criterio– en la resolución impugnada se utilizaron criterios subjetivos para definir la posición dominante, sin que se mencionaran las pruebas que sirvieron de base y sin que se fundamentara dicho tema; y, *por otro*, que es errónea la apreciación de este Consejo Directivo referida a que la respuesta a una solicitud de interconexión no puede dilatarse u oponerse aspectos o motivos que solamente corresponde verificar al ente regulador.

Ahora bien, como los anteriores argumentos fueron ya explicitados, analizados y desvirtuados en la letra anterior en el momento en el que se revisó lo relativo a la


6 

sociedad CAESS, carece de sentido práctico repetir las consideraciones técnicas, jurídicas y económicas para llegar a la misma conclusión: la desestimación del recurso.

Por lo anterior, debe desestimarse el recurso interpuesto por AES-CLESA, con base en las razones expuestas en el acápite correspondiente.

C. Argumentos de DELSUR.

1. Como se expuso, DELSUR señaló en su recurso que –a su criterio– este Consejo Directivo se excedió en sus atribuciones, porque el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia habla de bloqueos a la entrada de competidores o a la expansión de los existentes, pero no habla de un potencial competidor, como dice la resolución final. En relación, según DELSUR, la empresa EDESAL no tenía, ni tiene calidad de legítimo competidor o agente económico en el rubro de distribución de energía eléctrica, ya que en la fecha de la supuesta práctica anticompetitiva, no contaba con pliegos tarifarios aprobados.

Sobre este punto, es preciso recordar que el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia prescribe: *“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 ya existentes”*.

Es claro que cuando esta norma hace referencia a obstáculos, éstos deben ser materializados por un agente económico con posición dominante y tienen que estar dirigidos a bloquear la entrada de competidores o a bloquear la expansión de los competidores ya existentes.

De acuerdo al derecho de competencia¹, un *competidor* es todo aquel agente económico que participa o pretende participar (ingresar) en un mercado en particular; por

¹ Por ejemplo, en “The Economic Analysis of Competition”, Malcon Coate y A.E. Rodríguez, March 1997, pág. 11, Occasional Studies in International Trade & Commercial Diplomacy; y en “COMMISSION NOTICE on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law”, publicado en el Boletín Oficial de la Comisión Europea, con referencia OJ C 372 el 9/12/1997.

Resolución 7

ello, para que un agente económico sea considerado por el derecho de competencia como *competidor*, no es necesario que tenga participación activa dentro del mercado relevante al momento del análisis de la práctica.

✓ En conclusión, la letra a) del artículo 30 de la Ley de Competencia tipifica como práctica anticompetitiva cuando un agente económico con posición dominante genera obstáculos a la expansión de un competidor *–agente económico que ya participa en el mercado–* o a la entrada de un competidor *–agente económico que todavía no está participando activamente del mercado, pero que potencialmente puede hacerlo o inminentemente lo hará–*. Y es que, como bien prescribe el artículo 1 de la Ley de Competencia, el objeto de la misma es, entre otros aspectos, la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que “restringan la competencia” dentro un mismo mercado o “impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico”.

En el presente caso, en la resolución final dictada por este Consejo Directivo se estableció que: “De acuerdo al auto en que se ordenó la instrucción de este procedimiento, a DELSUR, CAESS y AES-CLESA se les investiga por atribuírseles bloqueos a EDESAL al mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica. Tales bloqueos se habrían realizado en las siguientes zonas geográficas: A. Por parte de DELSUR, en proyecto de desarrollo urbano Ciudad Versailles (Villa París y Villa Burdeos), en San Juan Opico, La Libertad; (...) En todos los casos, el bloqueo habría consistido en haber retrasado o estar retrasando la interconexión respectiva solicitada por EDESAL, lo cual *–como se dijo–* podría configurarse como un obstáculo para la entrada o expansión de un competidor dentro del mercado relevante”.

Luego, en la misma resolución, se manifestó: “(...) que DELSUR, en efecto, no dio respuesta a la solicitud planteada por EDESAL y con ello dificultó la entrada de este competidor y lo obligó a que éste proveyera el servicio a través de otros medios. En conclusión, DELSUR cometió la práctica anticompetitiva descrita en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia, puesto que, lo descrito, provocó la obstaculización de la competencia, materializada *–para el caso–* en EDESAL”.

Escudé

Es necesario referirse a que también este Consejo consideró en la resolución definitiva que: "(...) la actitud de los agentes económicos investigados es anticompetitiva, dilatando o haciendo más costosa la entrada de un nuevo competidor en los mercados relevantes señalados en esta resolución". Por todo lo anterior, se determinó –y así se declaró en la parte resolutive o fallo– que DELSUR abusó de su posición dominante, cometiendo la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia.

Por lo antes expuesto, queda evidenciado que este Consejo Directivo en el análisis que realizó de la conducta de DELSUR se ha apegado a los supuestos hipotéticos descritos en la letra a) del artículo 30 de la Ley de Competencia. Y es que, si bien se hace alusión al momento de cuantificar la multa y de ordenar el cese de la práctica al término aludido por los abogados de DELSUR ("potencial competidor"), ello fue así para una mejor comprensión o explicación de la terminología utilizada por el legislador –como también ilustra el artículo 17 letra a) del Reglamento de la Ley de Competencia–, mas no se utilizó como *ratio decidendi* para la creación de una nueva tipología anticompetitiva.

Expuesto lo anterior, este Consejo Directivo considera que EDESAL sí es un competidor de DELSUR, ya que, tal como se ha comprobado, está inscrito en la SIGET como distribuidor, lo cual implica que ha cumplido con los requisitos para obtener tal calidad. Y es que, es reconocido en materia de competencia que se consideran como competidores todos aquellos agentes económicos en un mercado si están en la capacidad de producir o vender el producto dentro de un periodo corto de tiempo y con una mínima inversión. Por lo tanto, dado que la autorización de pliegos tarifarios es un trámite administrativo, cumpliría con la condición de mínima inversión y corto espacio temporal para su realización, dados los tiempos de respuesta del ente regulador.

Es así, que este Consejo Directivo reitera que EDESAL es un competidor dentro del mercado de distribución y comercialización; por ello no son estimables los primeros dos argumentos de DELSUR en el sentido que EDESAL no es legítimo competidor, y que este Consejo se ha excedido en sus atribuciones legales; y en ese sentido habrá que pronunciarse.

9
Escudé

2. Finalmente, DELSUR señaló en su recurso que como EDESAL no contaba con pliegos tarifarios aprobados, el mercado relevante de producto debió circunscribirse única y exclusivamente a la actividad de comercialización.

Según se concluyó en el punto anterior, EDESAL posee la calidad de distribuidor al igual que DELSUR, por ello, el mercado relevante de producto se circunscribió apropiadamente al de las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica. En conclusión, este punto del recurso de revisión de la sociedad DELSUR no es estimable y en ese sentido habrá que pronunciarse.

POR TANTO, con base en las razones fácticas, técnicas, jurídicas y económicas expuestas y en los artículos 1, 29, 30 letra a) y 48 de la Ley de Competencia y artículo 17 letra a) de su reglamento, este Consejo Directivo **RESUELVE**:

- I. Declarar sin lugar el recurso de revisión presentado por el abogado Oscar Mauricio Hurtado Saldaña, apoderado de la sociedad Compañía de Alumbrado Eléctrico de San Salvador, S.A. de C.V. —CAESS—.
- II. Declarar sin lugar el recurso de revisión presentado por el abogado Oscar Mauricio Hurtado Saldaña, apoderado de la sociedad AES CLESA y Compañía S. en C. de C.V. —AES-CLESA—.
- III. Declarar sin lugar el recurso de revisión presentado por los abogados Claudia María Tomasino Naves y Álvaro José Mayora Re, apoderados de la sociedad Distribuidora de Electricidad Del Sur, S.A de C.V. —DELSUR—.
- IV. Confirmar en todas sus partes la resolución definitiva emitida en el presente procedimiento sancionador el día 11 de septiembre de 2007.
- V. Dar inmediato cumplimiento a lo ordenado en la parte resolutive de la decisión relacionada dentro del plazo establecido en la misma.

VI. Notifíquese.

Escotán

