

60-2012

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las quince horas del día seis de julio de dos mil dieciséis.

El presente proceso contencioso administrativo ha sido promovido por la sociedad TELEMOVIL EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA, que se abrevia TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A., ahora TELEMOVIL EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, que se abrevia TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V. –en adelante TELEMOVIL–, por medio de su apoderada general judicial, licenciada Carmen María Saprissa Escobar, y apoderados especiales judiciales, licenciados Luis Javier Portillo Solano y David Oswaldo Escobar Menéndez, contra el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia –en adelante el Consejo Directivo–, por la supuesta ilegalidad de la resolución pronunciada a las diez horas cincuenta y cinco minutos el diecinueve de diciembre de dos mil once, mediante la cual sancionó a la sociedad TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A., con una multa de SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$658,050.00), por la supuesta infracción al literal a) del artículo 25 de la Ley de Competencia.

Han intervenido en el proceso, la parte actora, en la forma antes indicada; el Consejo Directivo, como parte demandada; y las licenciadas Patricia del Carmen Rodas de Castro y Elsy Angélica Ramírez Zelaya, en carácter de delegadas y representantes del Fiscal General de la República.

LEÍDOS LOS AUTOS, Y CONSIDERANDO:

I. En la demanda la parte actora expresó:

«(...) Antecedentes al Decreto Legislativo 295 que contiene la reforma al artículo 8 de la Ley de Telecomunicaciones (...) históricamente se ha diferenciado, en razón de su especialidad, y posteriormente por la naturaleza de la concesión, los proveedores de servicios fijos y móviles. Para el caso de El Salvador, para el primero de ellos, la Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, S.A. de C. V., y para los segundo (sic) la sociedad Telemovil El Salvador, S.A. (...) el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones, con especial énfasis en la telefonía fija y móvil, requirió de otros elementos para su completa expansión y actualmente para el desarrollo de tecnologías de tercera y cuarta generación. Por una parte, los servicios de telefonía fija, desde su inicio, han contado con una base de abonados de regular permanencia al ser de los

primeros servicios de difusión de voz en El Salvador. Por otra parte, para el nacimiento y expansión de los servicios de telefonía móvil se ha necesitado de esfuerzos adicionales que permitieran la instalación de infraestructura y equipos para la transmisión inalámbrica. El primero de esos esfuerzos deviene de la implantación de un modelo que permitiera obtener una ganancia para la inversión en nuevas tecnologías. Así, todos los operadores de la industria de El Salvador adoptaron la estructura tarifaria denominada Calling Party Pays (CPP), por (sic) el cual la parte que origina la llamada paga todo el coste de la comunicación, extremo a extremo. Dicho modelo permitió desde el inicio de la privatización hasta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295, la penetración y crecimiento del mercado de la telefonía móvil y, la reducción consistente de precios en el mercado. Este esquema de participación fue adoptado por todos los operadores a partir de la suscripción de contratos privados comúnmente denominados en el sector como contratos CPP, como un mecanismo de gestión para entablar la interconexión entre redes. El segundo esfuerzo consistió en la implementación de la política tarifaria en El Salvador, que permitió: la sostenibilidad de las tarifas para atraer y mantener capital en el sector a efecto de que los inversores mantuvieran un tasa de retorno razonable y justa; la eficiencia asignativa y productiva que patenta que las tarifas reflejen los costos del operador e incentiven la minimización de costos y, finalmente, la equidad con la teleología que las tarifas, por tipo de usuario, sean coherentes con su capacidad de pago. Este último esfuerzo trajo aparejado una condición como parámetro de control para el regulador: la desagregación de redes y contabilidad separada (...) En nuestra legislación, la desagregación se encuentra regulada en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (RLT) como la división de los distintos servicios, facilidades, insumos o componentes de una red de telecomunicaciones requeridos al operador de la red pre-existente para proveer el servicio de interconexión u otros servicios de telecomunicaciones (...) Estos parámetros de control redundan en la necesidad de dar un tratamiento diferenciado a las obligaciones derivadas de la concesión de los servicios de telefonía fija y móvil, aunque éstas correspondan a un solo operador. En otras palabras, en razón de la naturaleza de la concesión, la desagregación y la obligación de contabilidad separada, se hace necesario apartar el negocio de la telefonía fija y móvil como unidades económicas y jurídicas individuales dentro de una misma empresa (...) Acorde a los usos y costumbres mercantiles reconocidos en el sector de telecomunicaciones, el esquema de los contratos CPP permitían que los operados móviles dispusieran las tarifas de las llamadas

iniciadas en una línea fija y terminada en la red de un operador móvil, de manera que la titularidad de la tarifa correspondía a este último. Bajo ese esquema de negocios, el operador fijo únicamente recibía una comisión por la recepción del precio del servicio por parte del usuario y remitirlo al operador móvil (...) Así las cosas, en el año dos mil diez, un grupo de operadores fijos, sin incluir a TELEMOVIL o sus empresas relacionadas, promovieron en la Asamblea Legislativa una reforma que modificara la política tarifaria implementada por la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones (en adelante SIGET) y la estructura cargos y costos entre operadores (...) Entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295 que contiene la reforma al artículo 8 de la Ley de Telecomunicaciones. Mediante Decreto Legislativo número 295 que contenía reforma a la Ley de Telecomunicaciones, de fecha cuatro de marzo del año dos mil diez, publicado en el Diario Oficial número sesenta y siete, Tomo trescientos ochenta y siete, del catorce de abril de ese mismo año, la Asamblea Legislativa dispuso regular la tarifa máxima de acceso a telefonía fija, la tarifa máxima de las llamadas de fijo a móvil, el cargo de interconexión entre operadores y la prohibición de cobrar al usuario que inicia la llamada alguna tarifa o cargo en concepto de tiempo en el aire o cargo por uso de red adicionales a los montos señalados en el mismo cuerpo normativo. Con la entrada en vigencia de dicha normativa, en fecha veintidós de marzo de dos mil diez, los operadores anunciaron en medios de difusión escrita el aviso por el cual se hacía de conocimiento público la entrada en vigencia de las nuevas tarifas aplicables al servicio de llamadas entre líneas fijas a móviles determinadas inconsultamente por la Asamblea Legislativa. Paralelamente, por falta de claridad de la citada reforma, inició entre los operadores fijos y móviles una disputa para determinar la validez y titularidad de las tarifas previstas en los contratos CPP suscritos entre ellos. En este punto, cabe resaltar que la modificación legislativa afectaba directamente a los operadores móviles, incluyendo a TELEMOVIL, en beneficio de los operadores fijos representados por la sociedad Compañía de Telecomunicaciones de El Salvador, S.A. DE C. V. (en lo sucesivo CTE) bajo su marca comercial CLARO. Por esa razón, el cruce de cartas entre operadores tenía como finalidad, en cumplimiento del contrato CPP, determinar la titularidad de las tarifas frente a los operadores fijos. Siendo la adopción de la tarifa de \$0.21 USD por minuto en las llamadas de líneas fija a móviles, consecuencia accesoria y natural de una medida reactiva de seguir al líder del mercado, la sociedad CTE, S.A. DE C. V., sin que existiera el alegado acuerdo de precios entre operadores en la forma que pretende argumentar la autoridad

demandada. Precisamente, ese paralelismo de precios es el resultado de una estrategia comercial individual, consciente y diferente a la de otros operadores dentro del mercado de la telefonía fija. La estrategia comercial de mi representado parte del presupuesto que la participación de mercado de TELEMOVIL es baja respecto al líder del mercado. Por esa razón, el mercado de la telefonía fija es un negocio muy pequeño en comparación a los otros servicios de los cuales mi mandante tiene participación. Debido a los cambios derivados de la eliminación de los efectos del contrato CPP, se evaluó la oportunidad de captar nuevos usuarios a través de la paquetización de servicios, en los cuales agrupan: servicio de televisión por suscripción, internet residencial y telefonía fija. En tal sentido, se incursionó en agresivas campañas de medios que llevarán al público promociones tales como: cargo básico cero, reducción paulatina de tarifas en llamadas originadas en teléfonos fijos y llamadas a tarifa cero entre números fijos a móviles dentro de la misma red (...) Finalmente, la disminución paulatina de las tarifas de \$0.265 a \$0.21 hasta \$0.11 centavos de dólar, en el año dos mil diez, permitió incrementar su base de usuarios; a pesar de la reducción de sus ingresos netos en el costo de la llamada (...) Formación y efectos del Decreto Legislativo 396 que interpretaba auténticamente las disposiciones del Decreto Legislativo 295. Mediante Decreto Legislativo 396 de fecha veinticuatro de junio de dos mil diez, publicado en el Diario Oficial número ciento cuarenta y ocho, tomo trescientos ochenta y ocho, de fecha doce de agosto de dos mil diez, la Asamblea Legislativa, de manera sorpresiva, dispuso interpretar auténticamente el Decreto Legislativo 295, en el sentido que en el caso de una llamada desde una terminal de servicio de fijo a móvil, la tarifa del usuario es determinada exclusivamente por el operador de la red de acceso desde la cual se inicia la llamada; en consecuencia, la red de destino no puede cobrar al usuario que origina o recibe la llamada, ningún cargo o tarifa en concepto de tiempo aire o uso de red adicional al cargo de interconexión de terminación en red móvil. Cabe resaltar la trascendencia e importancia de la interpretación auténtica que originó el Decreto Legislativo 396, en razón que dicha normativa estableció literalmente que los operadores móviles no determinarían la tarifa de las llamadas originadas entre líneas fijas cuyos destinos fueran las móviles. Además, con igual grado de importancia, el Decreto Legislativo en comento derogó tácitamente los efectos de los contratos CPP suscritos entre los operadores fijos y móviles. Es decir, el objeto de los contratos CPP fue suprimido por ser contrario a la ley y dejó de producir sus efectos jurídicos entre las partes (...) En ese contexto, TELEMOVIL en todo momento ha reconocido expresamente los

efectos de la derogación de los contratos CPP suscritos con los operadores fijos. De tal manera que, (sic) resulta ilógico y contrario a la ley que su unidad de negocio móvil (por la separación exigida por la Ley de Telecomunicaciones a partir de la desagregación obligatoria y la contabilidad separada) pudiera establecer los precios de los servicios fijos. Precisamente esta situación, vista al unísono, provocó a TELEMOVIL una desmejora patrimonial al otorgar a empresas como CTE, S.A. de C. V. la titularidad de la tarifa en vista de la derogatoria de/os (sic) contratos CPP (...) Cambio de tarifas previo a la interpretación auténtica efectuada al Decreto Legislativo 295. A pesar de la alegada inelasticidad de las tarifas de los servicios de telefonía por parte de la autoridad demandada y la falta de sustitutivos de ese bien, la intensidad de la variación de los precios a la baja permite un aumento a la base de abonados. Cuestión que es coincidente con la estrategia de expansión de la empresa para competir con el líder del sector en el mercado de la telefonía fija; tal como fue expuesto en apartados anteriores. Dentro de ese contexto, el día veinticinco de junio de dos mil diez, la unidad de negocios que (sic) comprende la telefonía fija de TELEMOVIL modificó su tarifa a \$0.11 USD por minuto para captar una mayor cantidad de usuarios (...) Lo anterior, permite afirmar que la determinación de/precio de la tarifa de la llamada de un fijo a un móvil es el resultado de una estrategia comercial de seguir al líder, es decir, las sociedades del grupo Claro. Para sustentar lo anterior, se adjunta a la presente demanda los recibos de consumo de llamadas entre líneas fijas y móviles de dicha sociedad en los cuales se evidencia el cobro de \$0.21 USD por llamada para sus abonados (...) Actuaciones previas al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio (...) es preciso señalar la carta remitida por el Ingeniero José Belarmino J. de la O, en su calidad de Director Ejecutivo de la sociedad GCA TELECOM, operador de servicios de telefonía fija, al Presidente de la Defensoría del Consumidor, licenciado José Armando Flores, en fecha veintinueve de abril de dos mil diez. En dicha misiva, el representante legal de GCA TELECOM aludió a la reciente reforma legislativa que cambiaba la titularidad de la tarifa de los servicios de telefonía fija denunciando que los operadores Tigo, Telefónica, Digicel e Intelfón pretendían cobrar a los usuarios cargos adicionales por tiempo en el air7eire contravención del reiterado Decreto Legislativo 295. Lo anterior, provocó que el titular de tal entidad, sobre la base de la existencia del sistema nacional de protección al consumidor, instara a la Superintendencia de Competencia a investigar los hechos denunciados por tal sociedad, según consta en nota suscrita por el Presidente de la Defensoría de fecha diecisiete de mayo de dos mil diez. De la misma manera,

seguramente, el mismo representante legal de la sociedad notificó de esa situación al titular de la Superintendencia de Competencia. Aunado a lo anterior, llama poderosamente la atención de mi representada, las notas enviadas por el Apoderado Judicial de las sociedades CTE, S.A. DE C. V. y CTE TELECOM PERSONAL, S.A. DE C. V. (agrupadas bajo la marca comercial CLARO) Doctor Salvador Enrique Anaya Barraza, en fechas dieciocho y veintisiete de mayo de dos mil diez, aduciendo (sic) en la primera el ánimo oficioso de colaborar con la investigación ante, lo que él consideraba, las eventuales prácticas anticompetitivas de otros actores en el sector. En ese sentido, adicionalmente, remitió copia de las cartas recibidas por CTE y PERSONAL enviadas por los operadores móviles por los contratos CPP. En la segunda nota, el Doctor Anaya Barraza remitió las cartas de comunicación remitidas por CTE y PERSONAL en contestación de las argumentaciones presentadas en las primeras sobre la vigencia del contrato CPP y subrayó su ánimo de colaborar en la investigación de la Superintendencia de Competencia. Resulta imprescindible señalar, honorable Sala, que las actuaciones anteriores y otras fueron de conocimiento de mi representada hasta la fecha de entrega de la copia certificada del expediente sancionatorio solicitada por TELEMOVIL. De hecho, como consta en el acta de notificación del auto de inicio del procedimiento sancionatorio, que obra agregada al mismo, de fecha cuatro de mayo de dos mil diez, se hizo constar que se entregó copia de la resolución más copia de la publicación efectuada en La Prensa Gráfica el veintitrés de abril de dos mil diez y copia de la publicación efectuada en el Diario de Hoy en esa misma fecha. En otras palabras, en el acto de notificación de la instrucción de este procedimiento y durante su tramitación no se entregaron a TELEMOVIL copias de los documentos que sirvieron como notitia criminis y prueba indiciaria realizadas por las sociedades GCA TELECOM, CTE y CTE TELECOM PERSONAL; no pudiendo TELEMOVIL controvertirlas en sede administrativa. De ahí que, a contrario a como sostiene la autoridad demandada en el párrafo uno de la resolución impugnada, el procedimiento administrativo no inició de forma oficiosa con base a los documentos e información obtenida por la Superintendencia de Competencia. Es decir, el procedimiento inició a instancia de la denuncia efectuada por la sociedad GCA TELECOM y por la comunicación efectuada por el Presidente de la Defensoría del Consumidor. Cuestión que fue re-instada por la prueba indiciaria presentada por las sociedades CTE y CTE TELECOM PERSONAL (...) Procedimiento administrativo. Mediante resolución emitida el día tres de mayo de dos mil diez por el Superintendente de Competencia (en lo sucesivo el Superintendente),

efectivamente notificada el día cuatro de mayo del mismo mes y año, se ordenó instruir el procedimiento sancionador por existir “indicios” que señalaban la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas consistentes en la presunta adopción de un acuerdo para fijar la tarifa de \$0.21 USD más IVA por minuto, para una llamada realizada desde cualquier línea fija a sus redes móviles, lo cual, a criterio del Superintendente, encajaría en el supuesto contemplado en el artículo 25 LC (...) Información requerida por la Superintendencia de Competencia. En resolución de fecha veintitrés de mayo de dos mil once y otras, el Superintendente requirió cierta información a TELEMÓVIL, al resto de agentes económicos investigados y otras empresas de telefonía fija y móvil. Así, el día treinta de mayo, veintisiete de junio y once de agosto del año dos mil once se remitió la información y se solicitó su confidencialidad (...) Contenido de la resolución sancionatoria. Por resolución de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil once, el Superintendente declaró como confidenciales ciertos legajos de información remitidos por los operadores, incluyendo información solicitada por mi representada, concluyó la investigación, integró el expediente sancionatorio y lo trasladó al CDSC para su conocimiento y decisión final. Mediante resolución de las diez horas y cincuenta y cinco minutos del día diecinueve de noviembre del año recién pasado, el CDSC dispuso imponer una sanción a mi representada por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas materializadas como acuerdo de precios según dispone el artículo 25 letra a) LC (...)» (sic) (folios 2 vuelto al 9 frente).

II. La parte actora expresó que con lo resuelto por el Consejo Directivo –autoridad demandada–, se ha vulnerado su derecho de defensa, y los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, irretroactividad y motivación.

Al respecto manifestó «(...) *Contravención al derecho de defensa material en su modalidad instrumental de conocer con certeza los términos de la acusación, por vulneración al contenido del artículo 41 y el primer inciso del artículo 45 de la Ley de Competencia (...) buena parte de este procedimiento deviene del conflicto entre operadores fijos y móviles que se originó con base a la disputa de la titularidad de las tarifas de los contratos CPP. En razón de lo anterior, varios de esos operadores –concretamente las sociedades GCA TELECOM, CTE y CTE TELECOM PERSONAL– se dieron a la tarea de atacar de manera frontal la fama mercantil y patrimonio de los operadores móviles, ya sea con el inicio de procedimientos arbitrales y con la interposición de denuncias de diversa clase ante instituciones gubernamentales (...) el ingeniero José Belarmino J. de la O, en su calidad de Director Ejecutivo de GCA TELECOM remitió una*

nota al Presidente de la Defensoría del Consumidor, licenciado José Armando Flores, en fecha veintinueve de abril de dos mil diez; en la cual denunciaba a mi representada sobre posibles abusos derivados del Decreto Legislativo 295. Ante lo cual, el citado funcionario instó a la Superintendencia de Competencia a investigar los hechos denunciados por el señor J. de la O. No sería extraño, honorable Sala, que el mismo Superintendente recibiera una de estas misivas en la cual se indicará la existencia de presuntas prácticas anticompetitivas y que ésta no forme parte del expediente del procedimiento sancionatorio. En igual sentido, el apoderado de las sociedades CTE, S.A. DE C. V. y CTE TELECOM PERSONAL, S.A. DE C. V. (agrupadas bajo la marca comercial CLARO) Doctor Salvador Enrique Anaya Barraza, en fechas dieciocho y veintisiete de mayo de dos mil diez, aduciendo (sic) un extraño y particular ánimo de colaboración en la investigación de la Superintendencia de Competencia remitió copia de las cartas recibidas por las referidas sociedades en razón de la disputa ocasionada por la titularidad de las tarifas del contrato CPP. Todas estas actuaciones, no fueron hechas de conocimiento a TELEMOVIL sino hasta que, previo a entablar esta demanda contencioso administrativa, se requirió a la autoridad demandada copia íntegra del expediente sancionatorio en aquellas partes que no fueron declarados como confidenciales. La realización de tales actuaciones y el recibimiento de elementos de prueba con carácter anticipado, denotan el interés de las sociedades relacionadas de perjudicar a mi mandante y la falta de transparencia de la autoridad demandada de comunicar el contenido de tales misivas, y la posibilidad real de controvertirlas en su contexto. Es decir, es hasta este momento, que TELEMOVIL tiene la posibilidad de explicar los hechos que originaron tales misivas, su propio contexto y de desmentir su aptitud de producir un efecto competitivo en el mercado. Tomando como base que las mismas sirvieron para acreditar la existencia de las supuestas prácticas anticompetitivas (...) Desde esa perspectiva, se advierte la ilegalidad de la autoridad demandada al (sic) obviar remitir todas estas actuaciones, en la fase inicial del procedimiento y su posterior consecución, acorde a lo dispuesto en el artículo 41 y el primer inciso del artículo 45 de la LC, de cuyo contenido se abstrae la obligación de la autoridad demandada de entregar copias de las actuaciones previas y de la denuncia en el caso que ésta haya sido la forma en como la Administración tuvo conocimiento de la notitia criminis; a efecto que el presunto infractor pueda poner en contexto y controvertir los elementos derivados de ella (...) Contravención al Principio de Legalidad, Tipicidad y Motivación; por vulneración a los artículos 25 letra a) y 46 LC, y el

artículo 12 letra e) del Reglamento de la Ley de Competencia (...) En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionatorio, que nos ocupa en el presente caso, el principio de legalidad se traduce en la exigencia que toda sanción debe sujetarse estrictamente a lo prescrito por el ordenamiento jurídico legal vigente. Es decir, el principio de legalidad presupone que para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado es necesaria la existencia de una infracción, la que, a su vez, exige que los hechos imputados se encuentren calificados como ilícitos en la legislación aplicable (...) Por otra parte, de los principios de legalidad y de seguridad jurídica se deriva la exigencia de tipicidad; es decir, la necesidad de determinación, precisión, claridad y certeza las conductas sancionadas. Y es que, únicamente la determinación prescriptiva de las conductas sancionadas evita la arbitrariedad del órgano sancionador y permite a cada individuo entender perfectamente a qué atenerse. En perspectiva con lo expuesto en párrafos anteriores, puede colegirse que el principio de legalidad en materia administrativa sancionatoria se traduce en la garantía material que supone la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Así, la Administración única y exclusivamente podrá sancionar aquellas conductas previamente calificadas de ilícitas por la ley y en la forma que la misma establezca. A lo anterior, se suma la exigencia de motivar de forma clara y precisa las circunstancias fácticas y jurídicas cuya correcta articulación soporta la legalidad de la sanción impuesta. De ahí que, deban reputarse ilegales por atentar contra el principio de legalidad y motivación, todas aquellas resoluciones administrativas que afecten la esfera jurídica de los ciudadanos en las que no se exteriorice de manera indubitable su proceso de formación. (...) en este apartado corresponde analizar la sujeción de la autoridad demandada a los principios de legalidad, tipicidad y al deber de motivación impuestos por el artículo 25 y 46 LC, en relación al artículo 12 letra e) del Reglamento de la misma ley. En el presente caso, la autoridad demandada determinó que la sola publicación realizada en medios periodísticos por los operadores de telefonía investigados, mediante la cual se comunicaba a los usuarios las nuevas tarifas a cobrarse por las llamadas originadas en redes fijas con destino a las móviles, era suficiente para tener por acreditado el concierto de voluntades y, por lo tanto, de la práctica anticompetitiva prevista en la letra a) del artículo 25 de la LC. Así, el CDSC para fundamentar la afectación provocada por el supuesto acuerdo colusorio analiza, de modo prolijo, el segmento del mercado de telefonía móvil, todo a efecto de justificar que su comportamiento no puede explicarse a partir de variables técnico- económicas y jurídicas distintas a la existencia de aquél.

Lo anterior, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la letra e) del artículo 12 del Reglamento de la LC. No obstante, la mencionada autoridad yerra en el examen jurídico de todos los elementos necesarios para la configuración de la conducta ilícita que se le atribuyó a mi poderdante. Lo anterior, queda evidenciado en la motivación contenida en la resolución que se impugna, la cual si bien es extensa, presenta serias inconsistencias, vacíos, e incluso al grado de producir confusión al administrado. Dichas inconsistencias, vacíos y errores se han desvirtuado en esta demanda a partir de los siguientes extremos: En primer lugar, no se adecua al tipo legalmente previsto, por cuanto jamás existió el pretendido concierto de voluntades alegado, y, por otro lado, los efectos perniciosos de la práctica anticompetitiva fueron abordados y analizados desde un mercado que nunca pudo resultar dañado, es decir, a partir del segmento de telefonía móvil, y no fija, como debió serlo, por cuanto el acuerdo colusorio surgió al interior de éste. Durante la intervención de TELEMOVIL en el procedimiento sancionatorio, se argumentó la existencia de un paralelismo de precios como resultado de una estrategia de seguir al líder del mercado; y que la mera (sic) publicaciones en medios escritos no eran suficiente base de imputación para acreditar los indicios de un acuerdo de precios; puesto que su finalidad era llanamente la de comunicar el cambio de tarifas previstos por la ley. Así, no se aportaron otros elementos para probar la existencia de un acuerdo consciente de precios en la forma que lo exige la tipicidad del artículo 25 letra a) LC, condición sine qua non para determinar la responsabilidad administrativa. En este punto, cabe acotar, honorable Sala, que con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295, mediante el cual se modificaron de las reglas del mercado en cuanto a la titularidad para la fijación del costo de las llamadas de líneas fijas con destino a redes móviles, la estrategia comercial de TELEMOVIL fue objeto de un proceso de ajustes destinado a proteger la inversión de la empresa. Ese proceso de ajustes llevo a la necesidad, en primera instancia, a seguir al líder del mercado, la sociedad CTE, y adoptar por una política consistente en la reducción de tarifas y paquetización de servicios (...) En definitiva, el paralelismo de precios sin prueba certera de un consenso colusorio no puede ser sancionado, (...) el paralelismo consciente es una conducta legítima tutelada por el derecho de la competencia. Sin embargo, la autoridad demandada en la resolución impugnada ni siquiera refutó esta alegación realizada por TELEMOVIL. Así, en consideración de tales elementos más la invalidez de las cartas del contrato CPP dirigidas entre operadores, la conducta de TELEMOVIL es atípica; pues procesalmente no se comprobó que el citado paralelismo de

precios fue consecuencia directa de un acuerdo de voluntades. Y es que, si bien el paralelismo de precios produce efectos idénticos a los de la colusión -un aumento indeseable de precios—éste es el resultado racional de las empresas de actuar en su propio beneficio, racionalidad que no puede serle negada a los actores económicos. En segundo lugar (...) se hace necesario indagar si el supuesto acuerdo logrado por los operadores móviles tiene la aptitud objetiva de producir un efecto anticompetitivo en el mercado. Para tales efectos, es preciso reiterar que la titularidad de la tarifa y la facultad de determinar el precio de la llamada entre una línea fija a un móvil deviene de la reforma legislativa realizada a través del Decreto Legislativo 295, interpretado auténticamente por el Decreto 396. Es decir, que correspondía a los operadores fijar determinar a sus abonados los precios de cada llamada en esa modalidad (...) En el caso de TELEMOVIL, (...) de haber existido un acuerdo entre competidores éste no hubiese tenido la virtud de provocar un daño a la competencia en el mercado de la telefonía; por carecer de la capacidad de crear efectos o modificar situaciones jurídicas a su amparo. Esto porque nunca se tuvo la facultad legal o contractual para materializar sus efectos, así como los efectos pretendidos por las cartas de los contratos CPP. Ello desvanece, a todas luces, el efecto anticompetitivo de la prohibición regulada en el artículo 25 letra a) LC, por lo cual tampoco puede sancionarse a TELEMOVIL por dicho particular, al no adecuarse la conducta típica al supuesto de hecho de la norma. En tercer lugar, de seguir con el análisis del ilícito, la autoridad demandada obvio realizar la concreción del mercado relevante a efecto de determinar el lugar en donde pudo tener sus efectos la práctica restrictiva de la competencia. Precisamente, como se relacionó en este escrito refiriéndome a la determinación del mercado relevante, existe un craso error por parte de la autoridad demandada al considerar que el mercado de la telefonía fija y móvil son sustitos (sic) entre sí. Pues la razón de la diferenciación, radica en puridad por la movilidad. En sí misma, la falta de determinación del mercado relevante, para el caso de autos, es motivo suficiente para alegar un vicio de motivación en el acto administrativo impugnado; puesto que era necesario determinar donde se produciría la afectación a la competencia y conocer si quienes la realizaban eran propios competidores. Para suplir tal falencia, en esta demanda se acudió a otros estudios realizados por la autoridad demandada, en el caso de la concentración entre los operadores Claro y Digicel, en donde ella concluyó que el mercado de la telefonía debía ser separado entre sus unidades fijas y móviles; así como también la determinación de la existencia de barreras de entrada relevantes para esos segmentos de mercado. En tal sentido, debe

reiterarse a esa honorable Sala, el mercado relevante para el caso en cuestión, debe ser el de la telefonía fija; puesto que en él se hubieran producidos los presuntos efectos anticompetitivos de un acuerdo. Lógicamente, esa conclusión no fue la que sirvió de base para el análisis realizado por la autoridad demandada, quien en su afán de concatenar una sanción arbitraria efectuó una serie de intentos infructuosos para mezclar la naturaleza de los servicios y concluir, extrañamente, en que no hubo una afectación a ninguno de los mercados por ella relacionados equivocadamente. En cuarto lugar, la autoridad demandada invocó, como sustento al acto administrativo impugnado, una serie de factores que posibilitan la colusión entre competidores. Pero sin embargo, (...) existen elementos para desvirtuar tales hipótesis; siendo el principal de ellos las bajas de barreras de entrada al mercado de la telefonía. Esto tiene su fundamento en el hecho que, durante el año dos mil diez, entraron cuatro competidores al mercado de la telefonía. Principalmente, debe subrayarse las operaciones del concesionario Red 4G quienes dentro de su catalogo de servicios cuenta con servicios de telefonía fija y móvil por red IP. Cuestión que contradice lo dicho por la autoridad demandada en la resolución de mérito. En esa misma línea de argumentos, debe tomarse en consideración que las mediciones de concentración de mercado a través del Índice de Herfindahl -Hirschman se realizó con base a un párametro equivocado –la telefonía móvil–. Por tanto, si bien el resultado es coincidente con el de un mercado concentrado, este dato tiene como punto de referencia la posición de dominio de un solo operador en la telefonía fija, el grupo Claro, quienes son el lider de ese sector. De ahí que, el poder de mercado de TELEMOVIL en conjunto con otros operadores del mercado -de haberse realizado el acuerdo- no tendría efectos perjudiciales a la competencia por carecer del requisito de anticompetitividad previamente enunciado. Así las cosas, en razón de todos los motivos expuestos en esta demanda, es posible afirmar que la motivación del acto administrativo no es suficiente para acreditar, ni siquiera, la existencia de un acuerdo de precios entre los agentes económicos investigados. Ni el lugar o segmento de mercado donde este hubiera producido -potencial o realmente- sus efectos restrictivos de la competencia (...) Contravención al Principio de Legalidad, Motivación y Proporcionalidad; por vulneración a los artículos 37, 38, 45 y 46 LC. En relación al principio de proporcionalidad, debe recordarse que éste tiene su asidero constitucional en los artículos 1 y 246 de la Constitución de la República. Así, cabe señalar que tal principio busca erradicar la arbitrariedad de la actividad de los poderes públicos que sea susceptible de limitar o restringir derechos fundamentales de los gobernados, imponiendo la

exigencia que las medidas limitantes de derechos de tal naturaleza sean adoptadas dentro de los criterios dimanantes del mismo. De ahí que, dicho principio constituya una verdadera frontera para la actuación represiva de las autoridades estatales, la cual únicamente puede llevarse a cabo cuando sea estrictamente necesaria, idónea y adecuada para obtener la finalidad pretendida con la misma. De tal manera, el principio de proporcionalidad es un criterio valorativo de justicia para medir la apropiada relación entre medios y fines en los supuestos de injerencias de las autoridades sobre los derechos del presunto infractor, posibilitando de tal suerte el control de cualquier acto excesivo (...) implica que deben considerarse contrarias al principio de proporcionalidad y legalidad todas aquellas normas sancionadoras que omitan el establecimiento de un límite y criterios generalas (sic) de graduación de las sanciones, pues ello comportaría dejar en manos de la Administración la facultad de imponer actos de gravamen con toda la amplitud mediante la aplicación de criterios de oportunidad, sin fundamentarse en prescripción legal alguna. Es evidente, pues, la conexión entre los principios de legalidad y proporcionalidad, de los cuales se deriva la exigencia que la represión de las infracciones administrativas sea adecuada a la naturaleza del comportamiento ilícito, imponiendo el deber de concretar la entidad de la sanción a la gravedad del hecho (...) En cumplimiento del principio de legalidad, el artículo 37 de la LC prescribe los parámetros que deben valorarse por el Consejo Directivo de la Superintendencia al momento de realizar el juicio de adecuación entre la conducta ilícita cometida y la entidad de la sanción a fijarse; además, de determinar una cuantía máxima para la afectación de derechos patrimoniales. En ese marco, la autoridad demandada impuso a mi mandante una sanción equivalente a tres mil salarios mínimos de la industria por la supuesta práctica anticompetitiva prevista en el artículo 25 letra a) de la LC. Así, resulta importante señalar que entre los criterios legalmente establecidos, para el caso concreto, se encuentran el daño causado y la gravedad de la infracción (precisamente, en vista que la ley de la materia no contiene un catálogo de conductas que se reputan ilícitas clasificadas por su gravedad). En ese contexto, de la lectura de la resolución impugnada, se advierte que la sanción en cuestión se ha determinado fundamentalmente sobre la base de considerar que la práctica que fue objeto del instructivo es de tal gravedad y trascendencia para afectar el mercado de telefonía, precisamente, por tratarse de un servicio de naturaleza pública indispensable para los ciudadanos que pretenden entablar conexiones entre los servicios de telefonía fija y móvil. Además, por constituir un servicio cuyo precio es inelástico, inmerso en un mercado con

supuestas barreras de acceso que dificultan la entrada de nuevos competidores. Y, por otro lado, se alude a un aparente daño potencial que podría haberse ocasionado con la puesta en ejecución del supuesto acuerdo de precio (...) En primer lugar, debe acotarse que se ha inobservado por parte de la autoridad demandada el deber de motivación como elemento externo del principio de proporcionalidad, recogido en el (sic) artículo (sic) 45 y 46 de la LC, pues no consta de modo claro e indubitable, de forma razonable, por qué se decidió castigar a mi poderdante con una multa de tres mil salarios mínimos de la industria, cuantía que, incluso, ésta muy por encima de la fijada para los otros agentes económicos investigados, cuando mi poderdante tiene una participación en el mercado de telefonía similar a la de éstos. Es decir, que si bien en la resolución de mérito se pretende realizar una aproximación ínfima en la justificación de los motivos valorados en el ejercicio de la dosimetría punitiva, ésta es ininteligible y no evidencia la proporcionalidad de una cuantía que supera en creces el nicho de mercado de telefonía fija de TELEMOVIL. En este punto, debe recordarse que todo el procedimiento sancionatorio giró entorno (sic) a un supuesto acuerdo de precio en los servicios de telefonía fija, derivado de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295, el cual tuvo como consecuencia que cada operador fijo determinara el precio que debía aplicar a sus abonados. No obstante esto, al momento en que la autoridad demandada hace el ejercicio de adecuación entre la gravedad de la conducta y la pena pecuniaria a fijarse, lo efectuó con base a una serie de razonamientos vinculados exclusivamente al mercado de telefonía móvil en el país, y en el cual aduce que TELEMOVIL tiene una participación de alrededor de un 42.2% de todo el mercado (...) Lo anterior, es totalmente opuesto al objeto del debate, el cual se circunscribió a la presunta práctica restrictiva de la competencia en el mercado de la telefonía fija; por lo que, lógicamente, a partir de tal rubro debió haberse determinado la sanción, partiendo, por supuesto, de la capacidad económica de las sociedades denunciadas en dicho mercado. T como sucedió con el resto de agentes investigados, excepto con TELEMOVIL (...) Precisamente, es aquí donde se evidencia el quiebre en el razonamiento que vulnera el deber de motivación y proporcionalidad De ahí que, para dar cumplimiento a la exigencia de motivación y proporcionalidad, la argumentación de la autoridad demandada debió realizarse a partir de la extracción de datos y análisis de la participación en el mercado de telefonía fija de TELEMOVIL, la que según datos obtenidos por la misma Superintendencia para el año dos mil nueve era de 2.83% (...) del total del mercado. Como ha quedado evidenciado en el romano VII acápite b), para la fecha en que

supuestamente se realizó la práctica anticompetitiva por la cual se sancionó a mi representada, ésta no tenía más de treinta y cuatro mil líneas fijas activas, una mínima participación en el mercado en comparación con el líder, la sociedad CTE. Pero arbitrariamente, se impone una sanción pecuniaria que no responde en lo absoluto a la capacidad económica de TELEMOVIL en el mercado de telefonía. Aunado a lo anterior, como ya se ha expuesto, carente de motivación, la autoridad demandada erróneamente, y con el afán de justificar una sanción que a todas luces es improcedente, realizó un análisis exhaustivo del mercado de telefonía móvil en el país, y de manera tangencial alude al mercado de telefonía fija, para concluir que el supuesto establecimiento del precio de telefonía fija adoptado por mi mandante junto con otros operadores impactó ese segmento de mercado; pero olvidándose de esto fundamenta la sanción en elementos del mercado de la telefonía móvil. Lo anterior, como corolario, vuelve confusa e incoherente la motivación de la sanción, pues se desconoce en puridad por qué en el ejercicio de la dosimetría punitiva el CDSC valoró la participación de los agentes económicos en un mercado totalmente ajeno a la controversia, y que, por ende, jamás tuvo la aptitud objetiva de verse afectado (...) En ese orden de ideas, la autoridad demandada debió haber basado la imposición de la sanción en la dimensión del mercado de telefonía fija de TELEMOVIL, y en la capacidad económica de éste en tal segmento de mercado. Valga acotar que se entregó en sede administrativa todos los registros contables de ambos negocios -fijo y móvil-, pero de forma sorprendente y sin justificación alguna, se omitió la valoración de éstos en el rubro objeto del procedimiento, tomándose en consideración únicamente y con mayor ponderación el análisis de los datos del móvil. De tal manera, no puede ser otra la conclusión que el CDSC fijó la cuantía en una aproximación basada en parámetros errados y desajustados a la realidad de TELEMOVIL. Finalmente, debe referirse a la supuesta gravedad de la infracción y al daño potencial alegados por la autoridad demandada como justificante para la afectación patrimonial de mi mandante. Como aparece consignado en la resolución impugnada, el daño por el cual se castiga a TELEMOVIL es de naturaleza potencial, pues expresamente se reconoce por el CDSC que el supuesto consenso de precio de telefonía fija nunca se materializó, es decir, jamás se ejecutó (...) No obstante, se aduce que la "Potencialidad" del daño viene impuesta por su idoneidad para causar unos perjuicios económicos en el mercado salvadoreño que no se precisan con claridad. Al respecto, partiendo del concepto gramatical de potencial, como aquello que puede suceder o existir, en contraposición a lo que existe, fácilmente puede

advertirse que tal motivo se desvanece al contrastarlo con los hechos realmente acaecidos (...)

En todas las actuaciones en sede administrativa TELEMOVIL expuso que la publicación efectuada en medios escritos que fue utilizada para inferir el establecimiento consensuado de precios, tenía como misiva hacer del conocimiento de todos los usuarios de sus servicios las tarifas aplicables en redes fijas a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295. Como complemento a esto, se explicó económicamente los efectos que trajo aparejado la entrada en vigencia del citado decreto en el mercado de la telefonía, particularmente para la unidad de negocio fijo de las empresas. Ves que, honorable Sala, debe recalcarse que el principal objetivo de mercado de TELEMOVIL no es la telefonía fija, sino los servicios móviles (...)

Dentro de ese contexto, puede observarse que toda la argumentación contenida en la resolución impugnada y que, por ende, fundamenta el daño potencial y la gravedad de la conducta como criterios determinantes para la sanción económica, está referida a la vigencia del contrato CPP y que la práctica colusoria se llevó a cabo por los operadores de telefonía móvil basándose en las facultades derivadas del mencionado contrato. No obstante, como se ha expuesto y se alegó en su oportunidad, en primer lugar, nunca hubo un acuerdo de voluntades tendentes a establecer el precio de las llamadas iniciadas en líneas fijas con terminación en redes móviles, y por otro lado, no siendo aplicables las disposiciones de los contratos CPP, resulta que existe una imposibilidad jurídica para establecer, acordar u ordenar la imposición de esos precios. En definitiva, TELEMOVIL ni ningún operador de telefonía móvil tenía la titularidad para determinar la tarifa de las llamadas originadas entre líneas fijas cuyos destinos fueran las móviles, pues ésta legalmente correspondía a los operadores fijos (...)

En síntesis, la sanción impuesta a TELEMOVIL es ilegal por haber sido emitida en contravención al principio de proporcionalidad, en su dimensión externa, y al principio de legalidad, como presupuesto de ésta, pues, como se ha evidenciado en párrafos anteriores, la autoridad demandada no exteriorizó con claridad los motivos por los cuales la sanción pecuniaria impuesta a mi mandante responde a la capacidad económica derivada de su participación en el segmento del mercado de telefonía fija, rubro en el cual fue adoptado el presunto acuerdo entre los operadores investigados para determinar los precios por dicho servicio. Y es que, los razonamientos utilizados por el CDSC están vinculados exclusivamente al mercado de telefonía móvil en el país. En consonancia del párrafo anterior, la sanción es improcedente por haberse fundamentado en un daño potencial y gravedad no concretados y virtualmente imposibles de

producir efectos en el mercado. De ahí que, honorable Sala, se hace evidente la falta de elementos de motivación, la desproporcionalidad y la arbitrariedad de la sanción impuesta por la autoridad demandada (sic), por lo que así se solicita se declare en sentencia estimatoria a favor de mi representada. (...) Contravención al Principio de Legalidad en la sanción, Irretroactividad y Tipicidad; por vulneración a los artículos 37 y 38 LC en relación al Decreto Ejecutivo número 135 que comprende las “Tarifas de Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección” vigente durante el año dos mil diez, que posteriormente fue derogado por el Decreto Ejecutivo número 56 que regula las “Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, r Maquila Textil y Confección” de fecha seis de mayo de dos mil once (...) En el caso de mérito, acorde al procedimiento llevado por la autoridad demandada, la presunta práctica anticompetitiva se llevo a cabo en el mes de abril del año dos mil diez, lo cual es correspondiente a la fecha de instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio que inició mediante resolución emitida el día tres de mayo de ese mismo año. Siendo relevante mencionar que en dichas fechas se encontraba vigente el Decreto Ejecutivo número 135 que comprendía las Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho. Pero, la autoridad demandada al momento de imponer la sanción la determinó con base al Decreto Ejecutivo número 56 que regula las Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección, de fecha seis de mayo de dos mil once. De ahí que, puede advertirse la ilegalidad en la determinación de la sanción por parte de la autoridad, quien, en todo caso, debió imponer la sanción con base a la normativa vigente al momento de la presunta comisión de la práctica restrictiva de la competencia; es decir, con el salario mínimo urbano de la industria equivalente a \$6.77 dólares por jornada diaria, lo cual era establecido en el Decreto Ejecutivo número 135 previamente relacionado. Por este motivo, honorable Sala, se han transgredido los artículos 37 y 38 LC por contravenir el principio de legalidad en la determinación de la sanción, irretroactividad y tipicidad; deviniendo en una sanción desproporcional y, en definitiva, ilegal» (sic) (folios 23 frente al 33 vuelto).

III. Por medio de auto de las quince horas y dos minutos del día veintiuno de mayo de dos mil doce –folio 100–, la demanda fue admitida. Se tuvo por parte a TELEMOVIL por medio de su apoderada general judicial, licenciada Carmen María Saprissa Escobar. A su vez, se

requirió a la autoridad demandada que, dentro del término de cuarenta y ocho horas, rindiera el informe que prescribe el artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa –en adelante LJCA–; y que remitiera el expediente relacionado con el presente proceso. Además, se otorgó la medida cautelar solicitada por la parte actora, el sentido que no se exigiera el pago de la multa establecida en los actos impugnados.

La autoridad demandada rindió el primer informe, en el cual manifestó *«que la resolución antes descrita fue emitida con estricto apego a la normativa aplicable, por consiguiente no existe la ilegalidad impugnada por la sociedad demandante (...)»* (sic) (folio 103 vuelto). Además, remitió el expediente administrativo del caso.

IV. Por medio del auto de las catorce horas y treinta minutos del día veintiuno de septiembre de dos mil doce –folio 107–, se tuvo por cumplido el primer informe requerido, se confirmó la medida cautelar, se solicitó a la autoridad demandada se pronunciara sobre las justificaciones en las que fundamentaba la legalidad de su actuación, y se ordenó la notificación de la existencia del proceso al Fiscal General de la República.

El Consejo Directivo, al rendir el informe de legalidad de la actuación impugnada, expresó *«(...) Contravención al derecho de defensa material en su modalidad instrumental de conocer con certeza los términos de la acusación, por vulneración al contenido del artículo 41 y el primer inciso del artículo 45 de la Ley de Competencia (...) La LC ha regulado dos mecanismos relacionados con las prácticas anticompetitivas, a saber: 1) las actuaciones previas, prescritas en el artículo 41 de la LC; y 2) el procedimiento administrativo sancionador, regulado en el artículo 45 y siguientes de la LC. Las primeras son actuaciones internas y tienen por finalidad determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de posibles violaciones a la ley; para ello, el Superintendente puede nombrar al personal necesario de la institución para que investigue, averigüe o inspeccione aquellas conductas que inciden negativamente sobre el funcionamiento competitivo de los mercados y con los resultados que se obtengan podrá: 1) archivar las actuaciones, debido a que de ese análisis preliminar no es posible colegir que existan indicios suficientes para iniciar un procedimiento sancionador; o 2) iniciar un procedimiento sancionador de oficio por existir indicios de prácticas anticompetitivas tipificadas en la LC, en el que se individualiza al agente económico a investigar. Es preciso aclarar que en el marco de tales actuaciones previas, y de conformidad con el artículo 44 de la LC, el Superintendente podrá requerir cualquier informe o documentación que considere necesaria para sus*

investigaciones, citar a declarar a quienes tengan relación con los casos que investiga y ordenar compulsas o realizar extractos de libros y documentos, incluso de carácter contable; todo ello con la finalidad de comprender cómo funciona el mercado bajo los parámetros de la libre competencia, para luego estudiar las irregularidades que puedan evidenciar la existencia de una práctica ilícita. Ahora bien, en cuanto al procedimiento administrativo sancionador, este puede iniciar de oficio o por medio de una denuncia, siempre y cuando esta última cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 42 de la LC y 62 del Reglamento de la LC. Cuando inicia de oficio, ello puede deberse a que del resultado de las actuaciones previas se han encontrado indicios que sustenten una posible práctica anticompetitiva. Ahora bien, preciso aclarar que no siempre habrá necesidad de realizar actuaciones previas para promover un procedimiento sancionador, dado que la iniciativa de la investigación puede llevarse a cabo también cuando en virtud de información pública, noticias periodísticas, oficios provenientes de los entes reguladores o de la Defensoría del Consumidor, entre otros, se tengan elementos indiciarios suficientes que induzcan a creer que existen práctica anticompetitivas. En todo caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 letra a) de la LC, es facultad del Superintendente conocer, de oficio o por denuncia, aquellas situaciones que puedan estar alterando las condiciones óptimas de funcionamiento de un mercado, realizando las investigaciones y ordenando la instrucción del expediente que corresponda, en su caso (...)

Finalmente, es necesario destacar que en la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador debe garantizarse al agente económico investigado, entre otros, su derecho de defensa, esto es que de conformidad con los artículos 43, 45 y 46 de la LC se le debe permitir que tenga acceso al expediente para que conozca las actuaciones que se promueven en su contra; asimismo, darle a conocer la resolución que ordena la investigación –auto de instrucción–, a fin de que plantee sus alegatos, aporte los documentos e información necesaria y proponga los medios probatorios pertinentes para sustentar sus argumentaciones. De igual manera tiene derecho a conocer los motivos que llevaron a la autoridad competente para resolver en determinado sentido, es decir, a que cada proveído que se emita, ya sea por el Superintendente o por el Consejo Directivo, esté debidamente motivado, a efecto de evitar que se incurra en una actuación arbitraria. En el caso en estudio, consta en el auto de instrucción emitido el tres de mayo de dos mil diez que el procedimiento administrativo sancionador inició de oficio, teniendo como base las publicaciones del día veintitrés de abril de dos mil diez,

efectuadas en los periódicos de circulación nacional “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, por medio de las cuales Telemóvil y otros operadores móviles informaron a todos los usuarios de sus redes que “a partir de [ese día –veintitrés de abril de dos mil diez–] la tarifa aplicable para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a cualquier línea móvil [sería] de \$0.21 más IVA el minuto”. En ese sentido, en dicho auto de instrucción se relacionó el apartado “III INDICIOS Y SU ANÁLISIS CON BASE EN LA LEY DE COMPETENCIA Y SU REGLAMENTO”, en el que se estableció que en el ejercicio de las labores de monitoreo del mercado que esta Superintendencia realiza, en aplicación del artículo 7 del Reglamento de la LC, se obtuvieron las publicaciones antes citadas, las cuales aportaron indicios suficientes de la presunta existencia de la práctica anticompetitiva tipificada en el artículo 25, letra a) de la LC. Asimismo, en el apartado “IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES APLICABLES AL CASO”, se estableció que el Superintendente había obtenido suficientes elementos –las publicaciones– para iniciar oficiosamente la instrucción formal del procedimiento; por lo que, se insiste, fueron las publicaciones las que permitieron la apertura del expediente sancionador y no la realización de actuaciones previas o las denuncias a las que alude la actora, ya que nunca se llevaron a cabo tales actuaciones, ni tampoco se recibió denuncia alguna. Ahora bien, aparecen agregadas al expediente administrativo documentación e información remitidas por el Presidente de la Defensoría del Consumidor, el día diecisiete de mayo de dos mil diez, y por el apoderado judicial de CTE, S. A. de C. V, y CTE TELECOM PERSONAL S. A. de C. V, los días diecinueve y veintisiete, ambas fechas de mayo de dos mil diez, por medio de las cuales le comunican y hacen constar al Superintendente la actuación ilegal de los operadores móviles; sin embargo, es importante destacar que esa documentación se presentó con posterioridad a la emisión del auto de instrucción, y de su correspondiente notificación a la actora de este proceso contencioso, es decir, durante los treinta días que tuvo esta para presentar su escrito de defensa. Por otra parte, es preciso mencionar que la demandante de este proceso contencioso en ningún momento ejerció el derecho de vista del expediente, prescrito claramente por el artículo 43 letra d) de la LC, a efecto de pronunciarse respecto de la documentación en alusión, aun cuando presentó diversos escritos en los que intentó desvirtuar la práctica anticompetitiva sancionada (...) Contravención al principio de legalidad, tipicidad y motivación. Violación a los arts. 25 letra a) y 46 LC y art. 12 letra e) del Reglamento de la LC (...) Sobre este aspecto, este Consejo Directivo se ve en la necesidad de aclarar que a lo largo del texto de la resolución por medio de la cual se sancionó a

Telemóvil se dejaron plasmados todos los elementos de juicio que llevaron a este Consejo a determinar que dicho agente económico cometió la práctica anticompetitiva establecida en la letra a) del art. 25 de la LC, a los cuales nos referiremos más adelante en este apartado, para desvirtuar las alegaciones infundadas de Telemóvil. No obstante, es necesario advertir a esta Sala que la publicación periodística referida fue en un principio el indicio que utilizó el Superintendente de Competencia para instruir el procedimiento administrativo en contra de la actora, tal como se detalló en el auto de instrucción, mencionado en la letra A) de este romano, mediante el cual infirió que los operadores anunciantes (entre ellos la demandante) presuntamente habían acordado fijar la tarifa para una llamada realizada desde cualquier línea fija a una móvil. Luego, en el análisis final, fue un elemento probatorio que coadyuvó, junto con el resto, al convencimiento de parte de este Consejo de la existencia de la práctica anticompetitiva (...) En cuanto a la vulneración al principio de tipicidad este Consejo se referirá a dos puntos planteados por la demandante: El primero, sobre que el hecho no se adecua al tipo legalmente previsto (art. 25 letra a) LC), es necesario advertir que resulta totalmente evidente que es una simple inconformidad de Telemóvil con el actuar legal de esta Institución, pues como esta honorable Sala podrá observar, al realizar el análisis respectivo, la referida disposición prescribe claramente la prohibición de prácticas anticompetitiva y realizadas entre competidores que establezcan acuerdos para fijar precios. En la resolución final del procedimiento administrativo se estableció que Telemóvil, y los demás agentes económicos sancionados, son competidores entre sí y que estos acordaron fijar la tarifa (precio) aplicable para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a sus líneas móviles en \$0.21, más IVA, el minuto. Lo anterior describe claramente los elementos del tipo, los cuales se adecuan a la norma por la que se sancionó, por lo que se desvirtúa rotundamente el alegato de Telemóvil, pues este Consejo ha garantizado el principio de tipicidad al describir y comprobar la existencia de los elementos del ilícito cometido por la demandante (...) El segundo, sobre el hecho que los efectos perniciosos de la práctica anticompetitiva fueron abordados y analizados desde un mercado que nunca pudo resultar dañado. Sobre este punto –los efectos perniciosos– causa verdadera extrañeza a este Consejo tal aseveración, pues se dejó señalado en la resolución final impugnada en este proceso que “...para el análisis de las prácticas anticompetitivas tipificadas en el Art. 25 de la Ley de Competencia, basta la sola demostración de la existencia del acuerdo para tener por comprobado el ilícito administrativo, sin requerir prueba de daño y sin admitir ninguna

justificación empresarial o económica para éste.” (...) Con lo anterior, honorable Sala, se demuestra que, independientemente del mercado en el que se cometió la práctica y en virtud de la regla per se, no es requisito indispensable (sine qua non) que se analicen los efectos que de los acuerdos anticompetitivos puedan resultar, pues basta “una publicación” de un acuerdo de precios (...) para tener por suficiente los efectos perjudiciales para la competencia como para los usuarios. Por lo anterior, nuevamente el argumento expuesto por la demandante es una mera inconformidad con las actuaciones realizadas por este Consejo Directivo, por lo que el mismo deberá ser desestimado debido a la inexistencia de la vulneración al principio de tipicidad argüido (...) Telemóvil señaló en el procedimiento sancionatorio la existencia de un paralelismo de precios, como resultado de una estrategia de seguir al líder del mercado. Sobre ese punto, es necesario manifestar que el paralelismo de precios, tal como lo mencionó la demandante, es el resultado de una estrategia comercial individual, consciente y diferente a la de otros operadores dentro del mercado. En ese sentido esta Sala podrá advertir que el paralelismo de precios, como lo ha referido la demandante, es una estrategia comercial individual, lo cual contradice la actuación conjunta que han realizado las operadoras telefónicas sancionadas, pues entre otros, han publicado de manera conjunta anuncios periodísticos, como ya se ha destacado anteriormente. Este alegato de la actora constituye un intento infructuoso de desligarse de su actuación ilícita, pues pretende hacer creer a este Tribunal que su actuación encaja en la figura del paralelismo de precios, cuando a todas luces resulta evidente que lo cometido por esta es un acuerdo para fijar tarifas. En todo caso, si la intención hubiese sido la de seguir al líder, cada operador de manera separada habría fijado el precio de la tarifa. Sin embargo, de acuerdo a todos los elementos probatorios recabados (anuncios periodísticos, los contratos CPP y las cartas dirigidas a los operadores de telefonía fija), se logró comprobar que lo actuado por Telemóvil y otros operadores móviles era un claro acuerdo de voluntades (...) la demandante alegó que las publicaciones tantas veces referidas no era suficiente base de imputación para acreditar los indicios de un acuerdo de precios (...) en el auto de instrucción se detalló que ese documento (publicaciones periodísticas conjuntas) fue el indicio para iniciar las investigaciones en el procedimiento antes referido. Además, se acaba de mencionar que las publicaciones periodísticas conjuntas no fueron el único elemento para que este Consejo resolviera sancionar a la demandante: habían otros elementos de convicción, como la redacción idéntica tanto de los contratos CPP como de las cartas dirigidas por las sancionadas a casi todos los operadores

fijos. De tal manera, es innegable que el indicio que originó el auto de instrucción no sólo fue suficiente para iniciar el procedimiento, sino también para, junto con otros elementos probatorios, determinar luego, y previo procedimiento, que los sancionados cometieron la práctica anticompetitiva establecida en el art. 25 letra a) de la LC (...) el veintitrés de abril de dos mil diez, la demandante y el resto de los agentes económicos sancionados realizaron de manera conjunta publicaciones periodísticas, por las que fijaron la tarifa \$0.21, más IVA, por minuto, para una llamada realizada desde cualquier línea fija a sus redes móviles. En dichas publicaciones, los sancionados no se refirieron a que la tarifa era producto de un decreto, ni tampoco que era la máxima establecida, con lo cual hubiese sido creíble que se trataba de una simple comunicación, y no de un acuerdo de tarifas como se comprobó posteriormente. Aunado a lo anterior, cabe resaltar que Telemóvil ha sostenido, como se relacionará más adelante, que no tenía facultad para fijar las tarifas; no obstante, sin tener esa “aptitud objetiva” para fijar tarifas, procedió a emitir un anuncio de prensa junto con el resto de sus competidores, comunicando al público una tarifa. Otro argumento expuesto por la demandante es que “...no se aportaron otros elementos para probar la existencia de un acuerdo consciente de precios en la forma que lo exige la tipicidad del artículo 25 letra a) LC, condición sine qua non para determinar la responsabilidad administrativa”. Al respecto, y como ya se explicó en párrafos anteriores, además de las publicaciones antes aludidas, se recopilaron otros elementos que respaldaron el acuerdo posteriormente sancionado, pues constan en el procedimiento sancionador las cartas de notificación de las tarifas enviadas por Telemóvil y el resto de operadores móviles involucrados a los diferentes operadores fijos, enviadas con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, en las que se comunicaba la tarifa a cobrar al usuario final en concepto de llamadas originadas en redes fijas y terminadas en redes móviles. Además, se indicaba en las referidas cartas que “...las demás disposiciones de los contratos antes citados [entre éstos el CPP] se mantienen inalteradas as y vigentes para sus respectivos plazos, por no haber sido objeto de modificación por el decreto legislativo, ni por ningún otro acuerdo posterior (...) En relación con lo anterior, es necesario establecer que los operadores móviles procedieron a remitir en la misma fecha en que se publicó la nota periodística, cartas redactadas en idéntico sentido a los operadores fijos, en las que comunicaban la tarifa y la continuidad de la vigencia de dichos contratos CPP. Otro de los elementos que se relacionó en la resolución final impugnada, como ya se mencionó, fueron los contratos CPP que les daba la titularidad de fijar

la tarifa al usuario final (...) En conclusión, además de la publicación periodística, existieron otros elementos de convicción (contratos CPP y cartas de comunicación de la tarifa a cobrar por llamadas de un operador fijo a móvil), por lo que igualmente este argumento de la demandante no tiene fundamento, basta dar lectura a la resolución final para comprobar que existen elementos de juicio suficientes para tener por establecido el acuerdo anticompetitivo cometido por Telemóvil (...) es que no sólo le bastó publicar (junto con los demás sancionados) las tarifas máximas establecidas para dichas llamadas, sino que, en la creencia que tenía tal titularidad, envió cartas (al igual que los demás sancionados) a los distintos operadores fijos para comunicarles las nuevas tarifas (...) Y es que los operadores de telefonía móvil tenían tal seguridad sobre su titularidad para imponer las tarifas de precios, que hasta en uno de los considerandos del mencionado decreto en el que se realiza la interpretación auténtica se determinó que, a pesar de la prohibición del cobro de cargos o tarifas en concepto de tiempo aire, varios operadores de telefonía móvil, apoyándose en una interpretación equívoca del citado Decreto Legislativo N.º 295, pretendían continuar cobrando dicho cargo, apropiándose del derecho de determinar la tarifa que el operador de acceso debe cobrar al usuario de servicio fijo que inicia la llamada (...) un acuerdo entre la mayoría de agentes económicos que participan en el mercado, pueden generar un trascendental daño, no sólo a la competencia, sino más grave aún en perjuicio de los consumidores; con mucha mayor razón si ese escaso número de operadores lo hace a nivel nacional, resultando el número de perjudicados en un aumento de gran importancia. No obstante es procedente expresar que bajo el análisis de la regla per se no es necesario demostrar el daño o los efectos causados por la práctica (...) las cartas dirigidas a los operadores fijos (las cuales constan en la resolución final), por los operadores móviles, entre ellos la demandante, imponían la tarifa máxima de llamadas realizadas de fijo a móvil; y además, establecían que los contratos CPP seguían vigentes. Con lo anterior se demuestra que tenían toda la intención de imponer y materializar dichas tarifas a través de las cartas y contratos CPP (...) no es que este Consejo Directivo "...obvio (sic) realizar la concreción del mercado relevante...", simplemente es que Telemóvil se ha confundido con las prácticas anticompetitivas determinadas en la LC, ya que la práctica por la que se le sancionó se encuentra tipificada en el capítulo I, "De los acuerdos entre competidores", para la cual no se requiere la determinación del mercado relevante; situación distinta es para las prácticas detalladas en el capítulo II, "De las prácticas anticompetitivas entre no competidores", y del

capítulo III, “Del abuso de la posición dominante”, que sí exigen que se determine, entre otras cosas, el mercado relevante. Lo anterior se confirma con lo prescrito igualmente en el artículo 12 del Reglamento de la LC, en el que se establece[n] los criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores a que se refiere el art. 25 de la LC, entre los cuales, no se encuentra la determinación del mercado relevante (...) De todo lo que antecede, esta honorable Sala podrá establecer que este Consejo Directivo, en primer lugar, no determinó el mercado relevante por no ser requisito legal; sin embargo, sí caracterizó los servicios de telefonía fija y móvil. En segundo lugar, no consideró que la telefonía fija y móvil sean sustitutos entre sí. Finalmente, que los actos administrativos pronunciados por este Consejo Directivo han sido debidamente motivados, por lo que deberá desestimar el argumento planteado por Telemóvil (...) Contravención al principio de legalidad, motivación y proporcionalidad. Arts. 37, 38, 45 y 46 LC (...) Con respecto a que no existe claridad del porqué se impuso una multa de tres mil salarios mínimos en la industria, es necesario resaltar que, tal como se determinó en la resolución impugnada, el artículo 38, inciso primero, de la LC establece que las infracciones a la misma serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo 37, y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. En relación con lo anterior se expresó, en dicha resolución, que esta Institución tomó en cuenta todos los factores advertidos en la misma, por lo que se afirmó que el acuerdo establecido por los agentes económicos, entre ellos Telemóvil, constituyó una práctica anticompetitiva grave, dado que se efectuó sobre un servicio público con pocas opciones de sustitución por parte del consumidor final afectado por el acuerdo, con intención de aplicarlo en todo el territorio nacional y realizada por agentes económicos con posición dominante en la terminación de llamadas en su red móvil. Así mismo se manifestó que los agentes económicos son los únicos que tienen la capacidad de ofrecer el servicio de terminación de llamadas en su propia red, ya que cuando un usuario origina la llamada desde la red en la que se encuentra suscrito, y desea comunicarse con otro usuario cuyo número telefónico está registrado con un operador móvil en específico, el primero no tendrá más alternativa que llevar a cabo la comunicación entre su red y la red del operador móvil al que se encuentra asignado el número requerido. Igualmente se tomó en cuenta, al momento de realizar el análisis de la cuantificación de la multa, que la sanción económica no debía ser de una magnitud tal que provocara la salida del mercado de los agentes

económicos sancionados (Telemóvil entre ellos). Por lo que se analizó, además de los criterios explícitamente planteados en el artículo 37 de la LC, la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo, teniendo como base el ejercicio fiscal del año 2010. Y es que dicho artículo n(prescribe una enumeración cerrada de criterios, sino más bien una lista abierta que posibilita incorporar, “jurisprudencialmente”, otros elementos pertinentes. Finalmente, se expuso que al tratarse de un análisis bajo la regla per se de la práctica, para efectos de imponer la multa fue procedente, como ya se acotó anteriormente, expresar que no era necesario demostrar el daño o los efectos causados por la práctica para tales propósitos, ya que basta con que la conducta (el acuerdo), analizada en abstracto, haya sido idónea para causar un daño, es decir, que para hacer sancionable la práctica es suficiente el daño potencial que se pueda causar, sin que existan daños concretos. En virtud de lo anterior, en razón de la gravedad de la infracción cometida, y aunque no fueron aplicables otros criterios que relaciona el artículo 37 de la LC, la multa que se impuso tuvo que ser de una magnitud suficiente para disuadir a los agentes económicos de abstenerse de cometer este tipo de prácticas dañinas a la competencia, por lo que el monto que se impuso a Telemóvil fue de tres mil salarios mínimos urbanos en la industria. Es así que esta honorable Sala puede determinar que este Consejo Directivo motivó su decisión de imponer a Telemóvil dicha cantidad, realizando una (sic) razonamiento jurídico (art. (sic) 25 y 37 de la LC), y un análisis técnico, jurídico y económico sobre los hechos acaecidos en el procedimiento sancionador. Por lo anterior, nuevamente se demuestra que el alegato de la parte actora consiste simplemente en una mera inconformidad con el actuar legal de esta Superintendencia de Competencia. Sobre que la argumentación de este Consejo debió realizarse en el mercado de telefonía fija, este Consejo ya se pronunció en este escrito sobre los aspectos del mercado relevante, estableciendo como punto principal que no es un requisito legal determinar el mercado relevante para comprobar el cometimiento de una práctica anticompetitiva entre competidores. No obstante lo anterior, este Consejo Directivo sí se pronunció sobre los servicios de telefonía fija y móvil, a efectos de explicar el funcionamiento de la telefonía en El Salvador, pues fue en el ámbito de las llamadas realizadas desde un teléfono fijo a uno móvil que se produjo el acuerdo de los agentes económicos sancionados, a fin de imponer la tarifa de \$0.21, más IVA, el minuto (...) el legislador no hizo distinción sobre que la imposición de la multa debía estar vinculada al mercado determinado, como infructuosamente lo pretende hacer ver la demandante, al manifestar que la práctica se ejecutó en el mercado de

telefonía fija. Como ya se expresó, la multa impuesta tiene una fundamentación jurídica y motivación fáctica sobre la base de la LC y los elementos de juicio recopilados a lo largo del procedimiento sancionador (...) Contravención al principio de legalidad en la sanción, irretroactividad y tipicidad; por vulneración a los artículos 37 y 38 de la LC, en relación con el Decreto Legislativo N° 135 que comprende la tarifas de salario mínimo. Con relación a este punto del reclamo, ha quedado relacionado al inicio de este escrito que por resolución de fecha tres de enero de dos mil trece -misma que se adjunta al presente informe-, se rectificó y corrigió la base de cálculo de la multa impuesta a Telemóvil y al resto de agentes económicos sancionados en el procedimiento administrativo con referencia número SC-017-0-/PS/R-2010, tal como lo habilita el artículo 225 del Código Procesal Civil y Mercantil y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema Justicia. Lo anterior, debido a que se advirtió de oficio un error puramente numérico en la base de cálculo utilizada para establecer la cuantía de la citada multa, ya que se utilizó una cantidad como salario mínimo mensual urbano en la industria distinto al establecido en el derogado Decreto Ejecutivo N.º 135, de fecha 19 de diciembre del año 2008, publicado en el Diario Oficial N° 241, Tomo N° 381, del 22 de ese mismo mes y año, que era el aplicable en el caso analizado, por tratarse del decreto vigente al inicio del procedimiento por prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, carece de sentido seguir conociendo este punto particular de la demanda planteada, razón por la cual solicitamos se emita el respectivo sobreseimiento o la terminación anticipada sobre este aspecto de la pretensión» (sic) (folios 118 vuelto al 129 vuelto).

V. Por auto de las catorce horas y seis minutos del veintidós de enero de dos mil trece – folio 133–, se confirió audiencia a la parte actora para que se pronunciara sobre la petición efectuada por la autoridad demandada relativa a emitir un sobreseimiento únicamente por la supuesta vulneración a los principios de legalidad en la imposición de la sanción, irretroactividad y tipicidad (por vulneración a los artículos 37 y 38 de la Ley de Competencia, en relación con el Decreto Ejecutivo N° 135 que comprende las tarifas de salario mínimo), ya que por medio del acto administrativo emitido oficiosamente por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, a las once horas treinta minutos del tres de enero de dos mil trece, se rectificó y corrigió la base del cálculo de la multa impuesta a la sociedad actora.

Además, se dio intervención a la licenciada Patricia del Carmen Rodas de Castro, en carácter de Agente Auxiliar y delegada del Fiscal General de la República. Posteriormente

compareció la licenciada Elsy Angélica Ramírez Zelaya.

La parte actora cumplió con la audiencia conferida en el auto relacionado, por medio del escrito presentado el veintinueve de septiembre de dos mil catorce, en el cual expresó los motivos para desestimar la petición de la autoridad demandada.

Al respecto, por medio del auto de las quince horas y dos minutos del doce de junio de dos mil quince (folio 207), esta Sala estableció que sobre lo solicitado por el Consejo Directivo oportunamente se proveería.

VI. Por medio del auto de las catorce horas y veinticuatro minutos del día dieciséis de octubre de dos mil catorce –folio 157–, se abrió a prueba el proceso por el término de ley. Se dio intervención al licenciado Luis Javier Portillo Solano, en calidad de apoderado especial judicial de TELEMOVIL. Posteriormente, compareció el licenciado David Oswaldo Escobar Menéndez, en calidad de apoderado especial judicial de la sociedad TELEMOVIL en sustitución del licenciado Portillo Solano.

La autoridad demandada hizo uso de la etapa de prueba y por medio del escrito de folio 161 solicitó se tuviera como prueba documental la anexa al mismo, así como el 1 expediente administrativo sancionador.

Asimismo, la parte actora hizo uso de la etapa de prueba, por medio de escrito de folio 197, mediante el cual presentó la prueba documental que consta de folios 205 al 206.

VII. Se corrieron los traslados que ordena el artículo 28 de la LJCA.

La parte actora reiteró los argumentos sostenidos a lo largo del proceso.

El Consejo Directivo ratificó los argumentos expuestos en el informe justificativo.

Por su parte, la representación fiscal expresó que *«es de la opinión que el Concejo (sic) Directivo de la Superintendencia de Competencia, basó sus actuaciones conforme a derecho, ya que ha quedado plenamente establecida y desarrollada la base legal que sustenta todas las actuaciones realizadas en el proceso, así como la motivación y fundamentación sobre los cuales sustenta su acto administrativo, respaldando un acto administrativo válido. Con fundamento en el análisis realizado anteriormente, esta representación fiscal es de la opinión que los actos administrativos pronunciados por el Concejo (sic) Directivo de la Superintendencia de Competencia son apegados a derecho (...)*» (sic) (folio 229 frente).

VIII. En atención a la delimitación de la pretensión realizada por la parte actora, el análisis de esta sentencia se ajustará a determinar si el Consejo Directivo, con sus actuaciones, ha

vulnerado el derecho de defensa y los principios de legalidad, tipicidad, proporcionalidad, irretroactividad y motivación.

A. La parte actora aseveró en su demanda lo siguiente «(...) *Contravención al derecho de defensa material en su modalidad instrumental de conocer con certeza los términos de la acusación, por vulneración al contenido del artículo 41 y el primer inciso del artículo 45 de la Ley de Competencia (...) Director Ejecutivo de GCA TELECOM remitió una nota al Presidente de la Defensoría del Consumidor, licenciado José Armando Flores, en fecha veintinueve de abril de dos mil diez; en la cual denunciaba a mi representada sobre posibles abusos derivados del Decreto Legislativo 295. Ante lo cual, el citado funcionario instó a la Superintendencia de Competencia a investigar los hechos denunciados por el señor J. de la O. No sería extraño, honorable Sala, que el mismo Superintendente recibiera una de estas misivas en la cual se indicará la existencia de presuntas prácticas anticompetitivas y que ésta no forme parte del expediente del procedimiento sancionatorio. En igual sentido, el apoderado de las sociedades CTE, S.A. DE C. V. y CTE TELECOM PERSONAL, S.A. DE C. V. (agrupadas bajo la marca comercial CLARO) Doctor Salvador Enrique Anaya Barraza, en fechas dieciocho y veintisiete de mayo de dos mil diez, aduciendo (sic) un extraño y particular ánimo de colaboración en la investigación de la Superintendencia de Competencia remitió copia de las cartas recibidas por las referidas sociedades en razón de la disputa ocasionada por la titularidad de las tarifas del contrato CPP. Todas estas actuaciones, no fueron hechas de conocimiento a TELEMÓVIL sino hasta que, previo a entablar esta demanda contencioso administrativa, se requirió a la autoridad demandada copia íntegra del expediente sancionatorio en aquellas partes que no fueron declarados como confidenciales. La realización de tales actuaciones y el recibimiento de elementos de prueba con carácter anticipado, denotan el interés de las sociedades relacionadas de perjudicar a mi mandante y la falta de transparencia de la autoridad demandada de comunicar el contenido de tales misivas, y la posibilidad real de controvertirlas en su contexto. Es decir, es hasta este momento, que TELEMÓVIL tiene la posibilidad de explicar los hechos que originaron tales misivas, su propio contexto y de desmentir su aptitud de producir un efecto competitivo en el mercado. Tomando como base que las mismas sirvieron para acreditar la existencia de las supuestas prácticas anticompetitivas (...) Desde esa perspectiva, se advierte la ilegalidad de la autoridad demandada al (sic) obviar remitir todas estas actuaciones, en la fase inicial del procedimiento y su posterior consecución, acorde a lo dispuesto en el artículo 41 y el*

primer inciso del artículo 45 de la LC, de cuyo contenido se abstrae la obligación de la autoridad demandada de entregar copias de las actuaciones previas y de la denuncia en el caso que ésta haya sido la forma en como la Administración tuvo conocimiento de la notitia criminis; a efecto que el presunto infractor pueda poner en contexto y controvertir los elementos derivados de ella (...)» (folios 23 frente al 25 frente).

Por su parte la autoridad demandada en el informe justificativo entre otras razones, manifestó que «(...) *Contravención al derecho de defensa material en su modalidad instrumental de conocer con certeza los términos de la acusación, por vulneración al contenido del artículo 41 y el primer inciso del artículo 45 de la Ley de Competencia (...) La LC ha regulado dos mecanismos relacionados con las prácticas anticompetitivas, a saber: 1) las actuaciones previas, prescritas en el artículo 41 de la LC; y 2) el procedimiento administrativo sancionador, regulado en el artículo 45 y siguientes de la LC (...) en cuanto al procedimiento administrativo sancionador, este puede iniciar de oficio o por medio de una denuncia, siempre y cuando esta última cumpla con los requisitos establecidos en los artículos 42 de la LC y 62 del Reglamento de la LC. Cuando inicia de oficio, ello puede deberse a que del resultado de las actuaciones previas se han encontrado indicios que sustenten una posible práctica anticompetitiva. Ahora bien, es preciso aclarar que no siempre habrá necesidad de realizar actuaciones previas para promover un procedimiento sancionador, dado que la iniciativa de la investigación puede llevarse a cabo también cuando en virtud de información pública, noticias periodísticas, oficios provenientes de los entes reguladores o de la Defensoría del Consumidor, entre otros, se tengan elementos indiciarios suficientes que induzcan a creer que existen prácticas anticompetitivas. En todo caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 letra a) de la LC, es facultad del Superintendente conocer, de oficio o por denuncia, aquellas situaciones que puedan estar alterando las condiciones óptimas de funcionamiento de un mercado, realizando las investigaciones y ordenando la instrucción del expediente que corresponda, en su caso (...) Finalmente, es necesario destacar que en la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador debe garantizarse al agente económico investigado, entre otros, su derecho de defensa, esto es que de conformidad con los artículos 43, 45 y 46 de la LC se le debe permitir que tenga acceso al expediente para que conozca las actuaciones que se promueven en su contra; asimismo, darle a conocer la resolución que ordena la investigación –auto de instrucción–, a fin de que plantee sus alegatos, aporte los documentos e información necesaria y*

proponga los medios probatorios pertinentes para sustentar sus argumentaciones. De igual manera tiene derecho a conocer los motivos que llevaron a la autoridad competente para resolver en determinado sentido, es decir, a que cada proveído que se emita, ya sea por el Superintendente o por el Consejo Directivo, esté debidamente motivado, a efecto de evitar que se incurra en una actuación arbitraria. En el caso en estudio, consta en el auto de instrucción emitido el tres de mayo de dos mil diez que el procedimiento administrativo sancionador inició de oficio, teniendo como base las publicaciones del día veintitrés de abril de dos mil diez, efectuadas en los periódicos de circulación nacional “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, por medio de las cuales Telemóvil y otros operadores móviles informaron a todos los usuarios de sus redes que “a partir de [ese día –veintitrés de abril de dos mil diez–] la tarifa aplicable para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a cualquier línea móvil [sería] de \$0.21 más IVA el minuto”. En ese sentido, en dicho auto de instrucción se relacionó el apartado “III. INDICIOS Y SU ANÁLISIS CON BASE EN LA LEY DE COMPETENCIA Y SU REGLAMENTO”, en el que se estableció que en el ejercicio de las labores de monitoreo del mercado que esta Superintendencia realiza, en aplicación del artículo 7 del Reglamento de la LC, se obtuvieron las publicaciones antes citadas, las cuales aportaron indicios suficientes de la presunta existencia de la práctica anticompetitiva tipificada en el artículo 25, letra a) de la LC. Asimismo, en el apartado “IV. ASPECTOS PROCEDIMENTALES APLICABLES AL CASO”, se estableció que el Superintendente había obtenido suficientes elementos –las publicaciones– para iniciar oficiosamente la instrucción formal del procedimiento; por lo que, se insiste, fueron las publicaciones las que permitieron la apertura del expediente sancionador y no la realización de actuaciones previas o las denuncias a las que alude la actora, ya que nunca se llevaron a cabo tales actuaciones, ni tampoco se recibió denuncia alguna. Ahora bien, aparecen agregadas al expediente administrativo documentación e información remitidas por el Presidente de la Defensoría del Consumidor, el día diecisiete de mayo de dos mil diez, y por el apoderado judicial de CTE, S. A. de C. V, y CTE TELECOM PERSONAL S. A. de C. V., los días diecinueve y veintisiete, ambas fechas de mayo de dos mil diez, por medio de las cuales le comunican y hacen constar al Superintendente la actuación ilegal de los operadores móviles; sin embargo, es importante destacar que esa documentación se presentó con posterioridad a la emisión del auto de instrucción, y de su correspondiente notificación a la actora de este proceso contencioso, es decir, durante los treinta días que tuvo esta para presentar su escrito de defensa. Por otra parte,

es preciso mencionar que la demandante de este proceso contencioso en ningún momento ejerció el derecho de vista del expediente, prescrito claramente por el artículo 43 letra d) de la LC, a efecto de pronunciarse respecto de la documentación en alusión, aun cuando presentó diversos escritos en los que intentó desvirtuar la práctica anticompetitiva sancionada (...) » (sic) (folios 118 vuelto al 120 frente).

Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

1. El marco regulatorio en el presente caso es la Ley de Competencia –en adelante LC–. El artículo 4 del referido cuerpo legal establece que *«La Superintendencia de Competencia (...) tiene como finalidad velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia*

Asimismo, el artículo 40 de la misma ley determina que «El procedimiento ante el Superintendente [para investigar la posible comisión de prácticas anticompetitivas] se iniciará de oficio o por denuncia».

Por su parte, el artículo 41 del mismo cuerpo normativo determina que *«El Superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia, con facultades para investigar, averiguar, inspeccionar en materia de prácticas anticompetitivas, con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley (...)».*

Finalmente, el artículo 45 inciso primero de la LC regula que *«La resolución que ordene la investigación se notificará al presunto infractor, observando las formalidades que establece el Art. 220 inciso tercero del Código de Procedimientos Civiles. En el acto de la notificación se le entregará al presunto infractor copia del acta que al efecto se levante y de las actuaciones previas, si las hubiere. En el caso de denuncia, también se le entregará así mismo copia de la denuncia (...)».*

Dicho lo anterior, corresponde analizar la actuación administrativa impugnada y determinar si la misma vulneró el derecho de defensa material de la parte actora respecto al contenido de los artículos 41 y 45 inciso 1° de la LC, tomando como premisa que la demandante alega que no tuvo conocimiento, con un grado de certeza, de los términos de la acusación.

i. Consta de folios 1 al 5 frente de la pieza I del expediente administrativo, la resolución emitida el tres de mayo de dos mil diez por el Superintendente de Competencia, mediante la cual

ordenó instruir el procedimiento sancionador por existir indicios, a raíz de las publicaciones efectuadas en “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, que señalaban la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas por parte de TELEMOVIL y otros agentes económicos, consistente en el hecho que, presuntamente, acordaron fijar la tarifa de veintiún centavos de dólar más IVA por minuto, para una llamada realizada desde cualquier línea fija a sus redes móviles, conducta que encajaría en la práctica anticompetitiva entre competidores tipificada en el artículo 25 letra a) de la LC.

En dicha resolución se otorgó un plazo de treinta días a los agentes económicos investigados para que presentaran las alegaciones, documentos e información que estimaran convenientes, señalaran los hechos que pretendían probar y propusieran los medios probatorios con lo que intentaran hacer valer su defensa.

Asimismo, se les indicó el derecho de vista que poseen sobre las actuaciones públicas que integran el expediente del procedimiento sancionador.

ii. A folio 11 consta el acta de notificación de fecha cuatro de mayo de dos mil diez, realizada a TELEMOVIL, en la cual se hace constar que se le dio cumplimiento a lo estipulado en el artículo 45 de la LC, y se hizo entrega de las copias de las publicaciones efectuadas en “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, con fecha veintitrés de abril de dos mil diez.

iii. A folio 13 consta el acta de fecha seis de mayo de dos mil diez, en la que se hace constar que se agregó al expediente la información y documentación presentada por la sociedad Grupo Centroamericano de Telecomunicaciones, S.A. de C.V.

iv. A folio 32 consta el escrito de fecha diecisiete de mayo de dos mil diez, en el cual la Defensoría del Consumidor remitió al Superintendente de Competencia, fotocopia de una carta de fecha veintinueve de abril de dos mil diez, de la sociedad Grupo Centroamericano de Telecomunicaciones, S.A. de C.V., mediante la cual informó que los operadores TELEMOVIL y otros, pretendían hacer cargos adicionales por tiempo en el aire a los usuarios.

v. A folio 123 consta el escrito de fecha dos de junio de dos mil diez, por medio del cual TELEMOVIL cumplió con la audiencia conferida en la resolución de las doce horas y veinte minutos del tres de mayo de dos mil diez, para presentar alegaciones.

A partir de lo anterior se tiene por establecido lo siguiente.

a) El procedimiento administrativo sancionador se inició de oficio por el Superintendente, a raíz de las publicaciones efectuadas de forma conjunta en “La Prensa Gráfica”

y “El Diario de Hoy”, con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, por TELEMOVIL junto con otros agentes económicos.

b) Al momento de notificar a TELEMOVIL el inicio del procedimiento sancionador, se le entrego copias de las publicaciones efectuadas en “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, que eran los indicios con los que contaba el Superintendente sobre la supuesta comisión de la practica anticompetitiva tipificada en el artículo 25 letra a de la LC.

c) Si bien aparece agregada al expediente administrativo documentación e información remitida por el Presidente de la Defensoría del Consumidor, el día diecisiete de mayo de dos mil diez, y por CTE, S. A. de C. V. y CTE TELECOM PERSONAL S. A. de C. V., los días diecinueve y veintisiete, ambas fechas de mayo de dos mil diez, por medio de la cual se comunica al Superintendente la actuación ilegal de los operadores móviles; esa documentación se presentó con posterioridad a la emisión del auto de instrucción y de su notificación a TELEMOVIL, en consecuencia, existió la imposibilidad material de entregarla al inicio del procedimiento administrativo a TELEMOVIL.

2. Establecido lo anterior debe concluirse que no se vulneró el derecho de defensa material de la demandante con respecto al contenido de los artículos 41 y 45 inciso 1° de la LC, en vista que, tal como consta en el expediente administrativo, la parte actora tuvo acceso a todos los medios de prueba de cargo que sustentaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador, tuvo el derecho de acceder al expediente administrativo para consultarlo y verificar de manera inmediata la carga sancionadora ejercida en su contra y, finalmente, la oportunidad de presentar su defensa y rebatir todos los medio de prueba opuestos en su contra.

B. La parte actora aseveró en su demanda lo siguiente «(...) *Contravención al Principio de Legalidad, Tipicidad y Motivación; por vulneración a los artículos 25 letra a) y 46 LC, y el artículo 12 letra e) del Reglamento de la Ley de Competencia (...) el principio e legalidad en materia administrativa sancionatoria se traduce en la garantía material que supone la necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. Así, la Administración única y exclusivamente podrá sancionar aquellas conductas previamente calificadas de ilícitas por la ley y en la forma que la misma establezca. A lo anterior, se suma la exigencia de motivar de forma clara y precisa las circunstancias fácticas y jurídicas cuya correcta articulación soporta la legalidad de la sanción impuesta. De ahí que, deban reputarse*

ilegales por atentar contra el principio de legalidad y motivación, todas aquellas resoluciones administrativas que afecten la esfera jurídica de los ciudadanos en las que no se exteriorice de manera indubitable su proceso de formación. (...) en este apartado corresponde analizar la sujeción de la autoridad demandada a los principios de legalidad, tipicidad y al deber de motivación impuestos por el artículo 25 y 46 LC, en relación al artículo 12 letra e) del Reglamento de la misma ley. En el presente caso, la autoridad demandada determinó que la sola publicación realizada en medios periodísticos por los operadores de telefonía investigados, mediante la cual se comunicaba a los usuarios las nuevas tarifas a cobrarse por las llamadas originadas en redes fijas con destino a las móviles, era suficiente para tener por acreditado el concierto de voluntades y, por lo tanto, de la práctica anticompetitiva prevista en la letra a) del artículo 25 de la LC. Así, el CDSC para fundamentar la afectación provocada por el supuesto acuerdo colusorio analiza, de modo prolijo, el segmento del mercado de telefonía móvil, todo a efecto de justificar que su comportamiento no puede explicarse a partir de variables técnico-económicas y jurídicas distintas a la existencia de aquél. Lo anterior, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la letra e) del artículo 12 del Reglamento de la LC (...) En primer lugar, no se adecua al tipo legalmente previsto, por cuanto jamás existió el pretendido concierto de voluntades alegado, y, por otro lado, los efectos perniciosos de la práctica anticompetitiva fueron abordados y analizados desde un mercado que nunca pudo resultar dañado, es decir, a partir del segmento de telefonía móvil, y no fija, como debió serlo, por cuanto el acuerdo colusorio surgió al interior de éste. Durante la intervención de TELEMOVIL en el procedimiento sancionatorio, se argumentó la existencia de un paralelismo de precios como resultado de una estrategia de seguir al líder del mercado; y que la mera (sic) publicaciones en medios escritos no eran suficiente base de imputación para acreditar los indicios de un acuerdo de precios; puesto que su finalidad era llanamente la de comunicar el cambio de tarifas previstos por la ley. Así, no se aportaron otros elementos para probar la existencia de un acuerdo consciente de precios en la forma que lo exige la tipicidad del artículo 25 letra a) LC, condición sine qua non para determinar la responsabilidad administrativa. En este punto, cabe acotar, honorable Sala, que con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295, mediante el cual se modificaron de las reglas del mercado en cuanto a la titularidad para la fijación del costo de las llamadas de líneas fijas con destino a redes móviles, la estrategia comercial de TELEMOVIL fue objeto de un proceso de ajustes destinado a proteger la inversión de la empresa. Ese proceso de ajustes llevo

a la necesidad, en primera instancia, a seguir al líder del mercado, la sociedad CTE, y adoptar por una política consistente en la reducción de tarifas y paquetización de servicios (...) En segundo lugar (...) se hace necesario indagar si el supuesto acuerdo logrado por los operadores móviles tiene la aptitud objetiva de producir un efecto anticompetitivo en el mercado. Para tales efectos, es preciso reiterar que la titularidad de la tarifa y la facultad de determinar el precio de la llamada entre una línea fija a un móvil deviene de la reforma legislativa realizada a través del Decreto Legislativo 295, interpretado auténticamente por el Decreto 396 (...) En tercer lugar, de seguir con el análisis del ilícito, la autoridad demandada obvió realizar la concreción del mercado relevante a efecto de determinar el lugar en donde pudo tener sus efectos la práctica restrictiva de la competencia. Precisamente, como se relacionó en este escrito refiriéndome a la determinación del mercado relevante, existe un craso error por parte de la autoridad demandada al considerar que el mercado de la telefonía fija y móvil son sustitos (sic) entre sí. Pues la razón de la diferenciación, radica en puridad por la movilidad. En sí misma, la falta de determinación del mercado relevante, para el caso de autos, es motivo suficiente para alegar un vicio de motivación en el acto administrativo impugnado; puesto que era necesario determinar donde se produciría la afectación a la competencia y conocer si quienes la realizaban eran propios competidores (...) En cuarto lugar, la autoridad demandada invocó, como sustento al acto administrativo impugnado, una serie de factores que posibilitan la colusión entre competidores. Pero sin embargo, (...) existen elementos para desvirtuar tales hipótesis; siendo el principal de ellos las bajas de barreras de entrada al mercado de la telefonía. Esto tiene su fundamento en el hecho que, durante el año dos mil diez, entraron cuatro competidores al mercado de la telefonía (...) Así las cosas, en razón de todos los motivos expuestos en esta demanda, es posible afirmar que la motivación del acto administrativo no es suficiente para acreditar, ni siquiera, la existencia de un acuerdo de precios entre los agentes económicos investigados» (sic) (folios 25 frente al 28 vuelto).

Por su parte la autoridad demandada en el informe justificativo manifestó que «(...) Contravención al principio de legalidad, tipicidad y motivación. Violación a los arts. 25 letra a) y 46 LC y art. 12 letra e) del Reglamento de la LC (...) Sobre este aspecto, este Consejo Directivo se ve en la necesidad de aclarar que a lo largo del texto de la resolución por medio de la cual se sancionó a Telemóvil se dejaron plasmados todos los elementos de juicio que llevaron a este Consejo a determinar que dicho agente económico cometió la práctica anticompetitiva

establecida en la letra a) del art. 25 de la LC (...) es necesario advertir a esta Sala que la publicación periodística referida fue en un principio el indicio que utilizó el Superintendente de Competencia para instruir el procedimiento administrativo en contra de' la actora, tal como se detalló en el auto de instrucción, mencionado en la letra A) de este romano, mediante el cual infirió que los operadores anunciantes (entre ellos la demandante) presuntamente habían acordado fijar la tarifa para una llamada realizada desde cualquier línea fija a una móvil. Luego, en el análisis final, fue un elemento probatorio que coadyuvó, junto con el resto, al convencimiento de parte de este Consejo de la existencia de la práctica anticompetitiva (...) En la resolución final del procedimiento administrativo se estableció que Telemóvil, y los demás agentes económicos sancionados, son competidores entre sí y que estos acordaron fijar la tarifa (precio) aplicable para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a sus líneas móviles en \$0.21, más IVA, el minuto. Lo anterior describe claramente los elementos del tipo, los cuales se adecuan a la norma por la que se sancionó, por lo que se desvirtúa rotundamente el alegato de Telemóvil, pues este Consejo ha garantizado el principio de tipicidad al describir y comprobar la existencia de los elementos del ilícito cometido por la demandante (...) El segundo, sobre el hecho que los efectos perniciosos de la práctica anticompetitiva fueron abordados y analizados desde un mercado que nunca pudo resultar dallado (...) se dejó señalado en la resolución final impugnada en este proceso que "...para el análisis de las prácticas anticompetitivas tipificadas en el Art. 25 de la Ley de Competencia, basta la sola demostración de la existencia del acuerdo para tener por comprobado el ilícito administrativo, sin requerir prueba de daño y sin admitir ninguna justificación empresarial o económica para éste." (...) Con lo anterior, honorable Sala, se demuestra que, independientemente del mercado en el que se cometió la práctica y en virtud de la regla per se, no es requisito indispensable (sine qua non) que se analicen los efectos que de los acuerdos anticompetitivos puedan resultar, pues basta "una publicación" de un acuerdo de precios (...) para tener por suficiente los efectos perjudiciales para la competencia como para los usuarios (...)de acuerdo a todos los elementos probatorios recabados (anuncios periodísticos, los contratos CPP y las cartas dirigidas a los operadores de telefonía fija), se logró comprobar que lo actuado por Telemóvil y otros operadores móviles era un claro acuerdo de voluntades (...) la demandante alegó que las publicaciones tantas veces referidas no era suficiente base de imputación para acreditar los indicios de un acuerdo de precios (...) en el auto de instrucción se detalló que ese documento

(publicaciones periodísticas conjuntas) fue el indicio para iniciar las investigaciones en el procedimiento antes referido (...) el veintitrés de abril de dos mil diez, la demandante y el resto de los agentes económicos sancionados realizaron de manera conjunta publicaciones periodísticas, por las que fijaron la tarifa \$0.21, más IVA, por minuto, para una llamada realizada desde cualquier línea fija a sus redes móviles. En dichas publicaciones, los sancionados no se refirieron a que la tarifa era producto de un decreto, ni tampoco que era la máxima establecida, con lo cual hubiese sido creíble que se trataba de una simple comunicación, y no de un acuerdo de tarifas como se comprobó posteriormente (...) además de las publicaciones antes aludidas, se recopilaron otros elementos que respaldaron el acuerdo posteriormente sancionado, pues constan en el procedimiento sancionador las cartas de notificación de las tarifas enviadas por Telemóvil y el resto de operadores móviles involucrados a los diferentes operadores fijos, enviadas con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, en las que se comunicaba la tarifa a cobrar al usuario final en concepto de llamadas originadas en redes fijas y terminadas en redes móviles. Además, se indicaba en las referidas cartas que “...las demás disposiciones de los contratos antes citados [entre éstos el CPP] se mantienen inalteradas y vigentes para sus respectivos plazos, por no haber sido objeto de modificación por el decreto legislativo, ni por ningún otro acuerdo posterior (...) la práctica por la que se le sancionó se encuentra tipificada en el capítulo I, “De los acuerdos entre competidores”, para la cual no se requiere la determinación del mercado relevante; situación distinta es para las prácticas detalladas en el capítulo II, “De las prácticas anticompetitivas entre no competidores”, y del capítulo III, “Del abuso de la posición dominante”, que sí exigen que se determine, entre otras cosas, el mercado relevante. Lo anterior se confirma con lo prescrito igualmente en el artículo 12 del Reglamento de la LC, en el que se establece[n] los criterios orientadores para la valoración de la existencia de acuerdos anticompetitivos entre competidores a que se refiere el art. 25 de la LC, entre los cuales, no se encuentra la determinación del mercado relevante (...)» (sic) (folios 120 vuelto al 126 frente).

Precisadas las posiciones jurídicas de las partes, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

1. Esta Sala ha tenido a la vista el Decreto Legislativo No. 295 del cuatro de marzo de dos mil diez, Tomo 387, publicado en el Diario Oficial No. 67, del catorce de abril del mismo año –folios 141 y 142–, que contiene las reformas a la Ley de Telecomunicaciones. Para el caso

de autos importa destacar que el literal b) del artículo 2 establece *“Mientras la SIGET no tenga implementada la metodología para tarifas básicas y cargos básicos de interconexión conforme lo previsto en este decreto se aplicará lo siguiente: (...) b) TARIFA MÁXIMA DE LLAMADA DE FIJO A MÓVIL: \$0.21 por minuto (sin IVA) (...) Queda terminantemente prohibido a cualquier operador de telefonía fija o móvil incrementar las tarifas o cualquier cargo por encima de lo previsto en el inciso anterior”*.

Asimismo, se ha tenido a la vista el Decreto Legislativo No. 396 del veinticuatro de junio del dos mil diez, Tomo 388, publicado en el Diario Oficial No. 148, del doce de agosto del mismo año –folios 144 y 145–, que contiene la interpretación auténtica de la letra c) del 1 artículo 2 del Decreto Legislativo No. 295, del cuatro de marzo de dos mil diez que contempla las reformas a la Ley de Telecomunicaciones. En el mismo se estableció *“Se interpreta auténticamente la letra c) del Art. 2, del Decreto Legislativo N° 295, del 4 de marzo de 2010, publicado en el Diario Oficial (...) en los siguientes términos: En el caso de una llamada desde una terminal de servicio fijo a una terminal de servicio móvil, la tarifa del usuario es determinada exclusivamente por el operador de la red de acceso desde la cual se inicia la llamada; en consecuencia, la red de destino no podrá cobrar al usuario que origina o recibe la llamada, ningún cargo o tarifa en concepto de tiempo aire o uso de red adicional al cargo de interconexión de terminación en red móvil”*.

2. Agentes económicos, entre ellos TELEMOVIL, realizaron publicaciones de manera conjunta en periódicos de mayor circulación nacional (“La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”), el día veintitrés de abril de dos mil diez, informando a todos los usuarios de sus redes que, a partir de ese día [veintitrés de abril de dos mil diez], la tarifa aplicable para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a cualquier línea móvil sería de \$0.21 más IVA el minuto.

Si bien es cierto, la tarifa aplicable de \$0.21 por minuto para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a cualquier línea móvil, fue establecida por la Asamblea Legislativa por medio del Decreto Legislativo No. 295, dicha tarifa es un precio máximo, circunstancia que no obligaba a los agentes económicos a cobrar los \$0.21, sino que cada empresa de telefonía podía poner un precio libre y menor al regulado. Pero es evidente, a partir de la publicación relacionada, que los agentes económicos decidieron no competir en precios y ponerse de acuerdo para cobrar todos el precio máximo regulado.

Precisado lo anterior, el artículo 14 de la LC establece las atribuciones y deberes del Consejo Directivo de la Superintendencia y en la letra a) señala que le corresponde “(...) *Imponer sanciones conforme a esta Ley*”.

Por su parte, el artículo 25 del mismo cuerpo normativo dispone que “(...) *se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades: a) establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma (...)*”.

Pues bien, en el presente caso, la Superintendencia de Competencia realizó un procedimiento en base a las facultades que le otorga la ley, dirigiendo y ordenando que se practicaran las diligencias necesarias para dictar la resolución mediante la cual se sancionó a la demandante, otorgándole la oportunidad de defenderse.

De conformidad a lo regulado por la LC, el cometido del mencionado ente administrativo es promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

Esto implica que para lograr mercados competitivos se debe permitir la injerencia o regulación indirecta del Estado, la cual puede llevarse a cabo desde dos aspectos distintos: como “política de comportamiento” y “como política estructural”. La primera hace referencia a las sanciones que han de imponerse por la ejecución de conductas anticompetitivas realizadas por un agente económico y la segunda a hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones, es decir, una defensa preventiva.

La primera categoría, la “política de comportamiento”, sanciona –como se mencionó en el párrafo anterior– conductas anticompetitivas realizadas por agentes económicos, que pueden clasificarse en materia de competencia como absolutas o relativas, dependiendo de cómo se regule en la ley o por la jurisprudencia de cada país.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, la conducta sancionada es la señalada en el artículo 25 letra a) de la LC, la cual hace referencia a los “acuerdos de precios” que tanto a nivel internacional como nacional ha sido calificada como una práctica anticompetitiva absoluta, es decir, que su sola concurrencia es suficiente para que sea sancionada, sin necesidad de que se identifique el daño social causado. La colusión de precios es una práctica anticompetitiva que

consiste en un acuerdo entre competidores cuya finalidad es restringir o eliminar la competencia entre ellos, y que se sanciona en la mayoría de Estados que tienen políticas de competencia, como una de las más típicas violaciones de la competencia.

En tal sentido se debe enfatizar que, aun cuando la demandante alega que el precio pagar por cada minuto de llamada de teléfono fijo a móvil fue regulado por el Estado y que la publicación conjunta de un precio no puede ser más que una divulgación informativa, la mencionada publicación evidencia razonablemente la existencia de un acuerdo prohibido por la LC, hecho que puede comprobarse a partir de las publicaciones de la tarifa de \$0.21 centavos más IVA el minuto, realizadas en los periódicos “La Prensa Grafica” y “El Diario de Hoy”, de fecha veintitrés de abril de dos mil diez, además de las cartas de notificación de tarifas, enviadas por los diferentes agentes económicos, entre ellos TELEMOVIL, a los diferentes operadores fijos, de la misma fecha, las cuales están agregadas al expediente administrativo a folios 365 y 366 de la pieza I, folios 81, 82 y 353 de la pieza II, folios 39, 40, 447 y 448 de la pieza III, 216, 217, 358, 359, 427 y 428 de la pieza IV.

A través de un ejercicio intelectual y racional sobre el nivel de constatación que proporcionan los elementos probatorios relacionados, la conclusión lógica es que, entre la parte actora y los restantes agentes económicos mencionados en la actuación administrativa impugnada, existió un concierto de voluntades para fijar como precio a pagar por cada minuto de llamada de telefonía fija a móvil, el monto de \$0.21 más IVA.

La LC prohíbe dichos acuerdos, pactos, convenios, o contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores cuyo objeto sea 1 limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en dicha norma, tal y como se desprende de lo establecido en los artículos 1 y 25 de la misma.

En consecuencia, un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser adoptado, publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público, es capaz de generar un efecto perjudicial tanto para la competencia como para los usuarios, porque tal acuerdo es susceptible de incrementar el poder de mercado de los agentes económicos, acarreando consecuencias negativas en los precios de los servicios o productos, afectando así la competencia y a terceros. De ahí que ésta sea una conducta sancionada *per se* por el legislador.

No existe duda sobre la potestad de la Superintendencia de Competencia para investigar

prácticas anticompetitivas. La regla *per se* es una forma de analizar los acuerdos anticompetitivos entre competidores, mediante la cual, para tener por demostrada y sancionar la comisión de este tipo de prácticas ilícitas, el aplicador únicamente debe probar la adopción de uno de los acuerdos tipificados en el artículo 25 de la LC.

El fundamento de la aplicación de la regla *per se*, básicamente, radica en que el legislador no estableció que la Superintendencia de Competencia deba probar los efectos producidos por las infracciones descritas en el artículo 25 de la LC; es decir, basta probar, con diferentes medios, bajo cualquier forma, la conducta atribuida a los agentes económicos investigados para ser sancionados.

Sobre el particular debe advertirse que el legislador, atendiendo al bien jurídico a proteger, en su labor tipificadora, puede clasificar las conductas en infracciones de lesión e infracciones de peligro (concreto y abstracto). La ubicación de la infracción en cada clasificación dependerá de la descripción típica que haga el legislador.

Las infracciones de lesión exigen demostrar la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; las de peligro concreto constituyen supuestos en los cuales se exige el peligro efectivo sufrido por una persona en concreto, en las de peligro abstracto el legislador, atendiendo a la experiencia, advierte una peligrosidad general de la acción típica para un determinado bien jurídico, a partir de una valoración probabilística, por lo que con la tipificación se dispone adelantar la barrera de protección sancionando el accionar, sin esperar la realización de un peligro concreto de una persona determinada o de la lesión efectiva.

Justamente en el rango de las infracciones de peligro abstracto se ubican los acuerdos anticompetitivos, los que al momento de efectuar la conducta configuran una infracción sin que se requiera demostrar el impacto negativo en el mercado, por cuanto ya significan un peligro para el normal desarrollo de éste.

En la técnica de tipificación de infracciones de peligro abstracto se acude a considerar los bienes jurídicos instrumentales (que protegen intereses colectivos o difusos), que tiene por fin tutelar los bienes jurídicos individuales, para el caso la libre competencia, que en el fondo se busca proteger los intereses de los consumidores: patrimonio. La Sala de lo Constitucional ha validado esto cuando dispone: «(...) *el establecimiento normativo de la desviación punible no es totalmente libre en sede legislativa; es decir, la determinación de las conductas sobre las cuales aplicar una sanción, no queda librada a la plena discreción de su configurador normativo, sino*

que debe obedecer a los lineamientos impuestos por la Constitución; uno de ellos es el principio de lesividad, según el cual la tipificación de una conducta como delictiva debe obedecer a una prohibición de realizar conductas que, según las consideraciones del legislador, sean dañosas, es decir, que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos fundamentales o instrumentales (...) el constituyente dejó plasmado en el art. 2, inc. 1º Cn., el derecho a la protección, lo cual se traduce en el establecimiento de acciones o mecanismos para evitar que los derechos constitucionales sean violados. Es decir, corresponde al Estado un deber de protección, con la finalidad de reducir al mínimo posible las conductas dañosas o que pongan en peligro tales bienes jurídicos. Sin embargo, tal afirmación no significa la imposibilidad que un sector del Derecho Penal, cuantitativamente más amplio, tenga por objeto bienes jurídicos instrumentales, es decir, bienes jurídicos que sirven de instrumento o medio para salvaguardar los llamados fundamentales» (proceso de inconstitucionalidad referencia 52-2003/56-2003/57-2003, sentencia de las quince horas del día uno de abril de dos mil cuatro).

Ahora bien, en el caso de autos, en sede administrativa se ha dejado constancia que el inicio del procedimiento sancionador fue debido a la supuesta existencia de un acuerdo entre competidores, a partir de las publicaciones que los agentes económicos, entre ellos TELEMOVIL, realizaron de forma conjunta en los periódicos de mayor circulación nacional – folios 6 y 7 de la P pieza del expediente administrativo–.

En consecuencia, un acuerdo entre competidores, con el solo hecho de ser adoptado, publicado y por tanto hacerse del conocimiento del público es capaz para generar un efecto perjudicial tanto para la competencia como para los usuarios, porque tal acuerdo es susceptible de incrementar el poder de mercado de los agentes económicos, acarreando consecuencias negativas en los precios de los servicios o productos, afectando así la competencia y a terceros. De ahí que ésta sea una conducta sancionada *per se* por el legislador.

En suma, la parte actora ha aceptado haber realizado de común acuerdo con Telefónica Móviles El Salvador, Sociedad Anónima de Capital Variable, Digicel, Sociedad Anónima, e Intelfón, Sociedad Anónima de Capital Variable, la publicación de la tarifa de \$0.21 centavos más IVA el minuto, realizadas en los periódicos “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”.

Dicha publicación conjunta refleja, de manera indubitable, una manifestación de voluntad por parte de los referidos agentes económicos, para fijar de manera común la tarifa \ de \$0.21 centavos más IVA el minuto por llamada de línea fija a móvil.

La práctica anticompetitiva cometida por dichos agentes económicos es reafirmada por el hecho de que, tal como se advierte del contenido del primer acto impugnado, hubo otro operador de telefonía móvil (CTE Telecom Personal, S.A. de C.V. —CLARO—) que también estableció la máxima tarifa permitida por el Decreto Legislativo 295 relacionado en apartados anteriores, sin embargo, dicho operador no fue sancionado por la autoridad demandada dado que el objeto de investigación y sanción en sede administrativa no fue la determinación de la tarifa máxima permitida, sino el hecho de establecer un acuerdo para fijar dicha tarifa. Lo anterior, junto a los demás elementos probatorios relacionados en el fundamento de esta sentencia, permiten concluir que TELEMÓVIL junto con otros agentes económicos establecieron un acuerdo para fijar precios —práctica anticompetitiva— (en el que no participó CTE Telecom Personal, S.A. de C.V. —CLARO—).

Así pues, en concordancia con lo anterior y del examen del contenido del acto administrativo impugnado, se concluye que la conducta castigada por parte de la Administración Pública encaja en lo establecido en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia. Claramente, el sólo pacto de precios entre competidores se configura como una acción sancionable, que no requiere examinar los propósitos o efectos de la conducta, sino, únicamente, su realización objetiva, aspecto que, en el presente caso, ha sido comprobado por la serie de hechos coincidentes en el tiempo, tanto por las publicaciones de la tarifa común realizada de forma conjunta en los periódicos “La Prensa Grafica” y “El Diario de Hoy”, las cartas de notificación de tarifas enviadas por los diferentes agentes económicos, entre ellos TELEMOVIL, a los diferentes operadores fijos, con fecha veintitrés de abril de dos mil diez, y los contratos CPP que estaban vigentes a la fecha de la apertura del procedimiento y que además fueron retomados en el contenido de las cartas enviadas a los operadores fijos, lo que llevo a la convicción por parte del Consejo Directivo que sí hubo concertación de precios. Lo que implica que se ha comprobado la concurrencia de la conducta punible.

3. Ahora bien, el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Competencia —en adelante RLC—, establece los criterios orientadores para la valoración de la existencia de los acuerdos anticompetitivos entre competidores.

Estos criterios han sido fijados como ayuda u orientación para valorar la existencia de los acuerdos anticompetitivos. Dichos criterios sirven de orientación al momento de valorar la existencia de las prácticas anticompetitivas, de ahí que existen otras vías probatorias para

establecer el acuerdo anticompetitivo y tener por confirmada la infracción. Los criterios fijados en el reglamento no conllevan el deber de probar los perjuicios en el mercado.

Pues bien, en este punto debe precisarse que encontrar una prueba directa sobre la existencia de acuerdos para fijar precios, es consecuencia más de la inhabilidad del infractor que de la habilidad del instructor. Por lo que, ante la dificultad de que exista prueba directa que permita demostrar hechos relevantes para adoptar una decisión sobre la materia controvertida, resulta necesario utilizar otros mecanismos que, indirectamente, pero no por ello menos contundentes, generen convicción sobre los puntos discutidos.

Dicho lo anterior, corresponde analizar la actuación administrativa impugnada y determinar si la misma contiene una errónea valoración de las pruebas como lo alega la parte actora.

En la resolución emitida por el Consejo Directivo, el diecinueve de diciembre de dos mil once, concretamente, en su romano VI, titulado “*Análisis de la práctica*”, literal “C”, se relacionan las pruebas recopiladas que se tomaron en cuenta para establecer la adopción del acuerdo anticompetitivo investigado por parte de la demandante con otros agentes económicos.

En el acto administrativo relacionado, la autoridad sancionadora efectuó una valoración de las publicaciones realizadas por la parte actora junto con otros agentes económicos, en los periódicos “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, el día veintitrés de abril de dos mil diez, y, adicionalmente, de las cartas de notificación de tarifas enviadas por diferentes agentes económicos, entre ellos la demandante, a diferentes operadores fijos, el veintitrés de abril de dos mil diez.

Respecto de los primeros elementos probatorios, la autoridad sancionadora estableció que un grupo de agentes económicos, entre ellos TELEMOVIL, de manera conjunta, informaron a todos los usuarios de sus redes que a partir del veintitrés de abril de dos mil diez, la tarifa aplicable para una llamada realizada desde cualquier línea fija nacional a cualquier línea móvil sería de \$0.21 más IVA el minuto.

En cuanto a las cartas de notificación de tarifas, se estableció que todas ellas poseían igual contenido y su redacción estaba estructurada con idénticas características, tales como “1. *Antecedentes: relación de los contratos de interconexión, contratos CPP y del Decreto 295.* 2. *Relación de las tarifas y cargos establecidos en el Decreto 295.* 3. *Instrucción respecto a la forma de liquidación: el cargo en concepto de liquidación se debía pagar conforme al Decreto*

295 y la tarifa CPP conforme a los contratos previamente firmados” –folio 191 vuelto de la pieza V del expediente administrativo–.

Adicionalmente, en cuanto los contratos CPP relacionados en las cartas de notificación de tarifas, la autoridad demandada estableció que tales contratos, incorporados al procedimiento administrativo, tenían por objeto establecer los términos y condiciones para la operación de la modalidad de llamadas CPP, desde los abonados de una red fija hacia los abonados de una red móvil.

Luego de analizar los referidos contratos, la autoridad demandada concluyó que los mismos poseían idéntica estructura y contenido, a pesar que fueron firmados por distintos operadores –entre ellos la parte actora– en diferentes fechas.

Ahora bien, a partir de las anteriores evidencias el Consejo Directivo arribó a la conclusión que la finalidad de las publicaciones conjuntas, las cartas de notificación de tarifas relacionadas y los contratos CPP aludidos, comprobaban la existencia de un acuerdo entre la parte actora y otros agentes económicos para fijar un precio, lo cual constituía una práctica anticompetitiva sancionada por la LC.

Pues bien, a partir de los concretos argumentos jurídicos contenidos en la actuación administrativa controvertida, esta Sala advierte que la autoridad demandada no realizó una errónea valoración de las pruebas. Concretamente, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia realizó un análisis racional y lógico de los elementos probatorios del procedimiento, apreció –conforme el ordenamiento jurídico– su grado de convencimiento y determinó, motivadamente, la veracidad de los hechos objeto de investigación.

A partir de lo expresado en los apartados anteriores, esta Sala concluye que no existen las violaciones a los principios de legalidad, tipicidad y motivación alegados por la parte actora.

C. La parte actora aseveró en su demanda lo siguiente «(...) *Contravención al Principio de Legalidad, Motivación y Proporcionalidad; por vulneración a los artículos 37, 38, 45y 46 LC. En relación al principio de proporcionalidad, debe recordarse que éste tiene su asidero constitucional en los artículos 1 y 246 de la Constitución de la República. Así, cabe señalar que tal principio busca erradicar la arbitrariedad de la actividad de los poderes públicos que sea susceptible de limitar o restringir derechos fundamentales de los gobernados, imponiendo la exigencia que las medidas limitantes de derechos de tal naturaleza sean adoptadas dentro de los criterios dimanantes del mismo (...)* En cumplimiento del principio de legalidad, el artículo 37 de

la LC prescribe los parámetros que deben valorarse por el Consejo Directivo de la Superintendencia al momento de realizar el juicio de adecuación entre la conducta ilícita cometida y la entidad de la sanción a fijarse; además, de determinar una cuantía máxima para la afectación de derechos patrimoniales. En ese marco, la autoridad demandada impuso a mi mandante una sanción equivalente a tres mil salarios mínimos de la industria por la supuesta práctica anticompetitiva prevista en el artículo 25 letra a) de la LC (...) En ese contexto, de la lectura de la resolución impugnada, se advierte que la sanción en cuestión se ha determinado fundamentalmente sobre la base de considerar que la práctica que fue objeto del instructivo es de tal gravedad y trascendencia para afectar el mercado de telefonía, precisamente, por tratarse de un servicio de naturaleza pública indispensable para los ciudadanos que pretenden entablar conexiones entre los servicios de telefonía fija y móvil (...) En primer lugar, debe acotarse que se ha inobservado por parte de la autoridad demandada el deber de motivación como elemento externo del principio de proporcionalidad, recogido en el (sic) artículo (sic) 45 y 46 de la LC, pues no consta de modo claro e indubitable, de forma razonable, por qué se decidió castigar a mi poderdante con una multa de tres mil salarios mínimos de la industria, cuantía que, incluso, ésta muy por encima de la fijada para los otros agentes económicos investigados, cuando mi poderdante tiene una participación en el mercado de telefonía similar a la de éstos. Es decir, que si bien en la resolución de mérito se pretende realizar una aproximación ínfima en la justificación de los motivos valorados en el ejercicio de la dosimetría punitiva, ésta es ininteligible y no evidencia la proporcionalidad de una cuantía que supera en creces el nicho de mercado de telefonía fija de TELEMOVIL. En este punto, debe recordarse que todo el procedimiento sancionatorio giró entorno (sic) a un supuesto acuerdo de precio en los servicios de telefonía fija, derivado de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295, el cual tuvo como consecuencia que cada operador fijo determinara el precio que debía aplicar a sus abonados. No obstante esto, al momento en que la autoridad demandada hace el ejercicio de adecuación entre la gravedad de la conducta y la pena pecuniaria a fijarse, lo efectuó con base a una serie de razonamientos vinculados exclusivamente al mercado de telefonía móvil en el país, y en el cual aduce que TELEMOVIL tiene una participación de alrededor de un 42.2% de todo el mercado (...) Lo anterior, es totalmente opuesto al objeto del debate, el cual se circunscribió a la presunta práctica restrictiva de la competencia en el mercado de la telefonía fija; por lo que, lógicamente, a partir de tal rubro debió haberse determinado la sanción, partiendo, por

supuesto, de la capacidad económica de las sociedades denunciadas en dicho mercado. Tal como sucedió con el resto de agentes investigados, excepto con TELEMOVIL (...) Precisamente, es aquí donde se evidencia el quiebre en el razonamiento que vulnera el deber de motivación y proporcionalidad. De ahí que, para dar cumplimiento a la exigencia de motivación y proporcionalidad, la argumentación de la autoridad demandada debió realizarse a partir de la extracción de datos y análisis de la participación en el mercado de telefonía fija de TELEMOVIL, la que según datos obtenidos por la misma Superintendencia para el año dos mil nueve era de 2.83% (...) del total del mercado. Como ha quedado evidenciado en el romano VII acápite b), para la fecha en que supuestamente se realizó la práctica anticompetitiva por la cual se sancionó a mi representada, ésta no tenía más de treinta y – cuatro mil líneas fijas activas, una mínima participación en el mercado en comparación con el líder, la sociedad CTE. Pero arbitrariamente, se impone una sanción pecuniaria que no responde en lo absoluto a la capacidad económica de TELEMOVIL en el mercado de telefonía (...) debe referirse a la supuesta gravedad de la infracción y al daño potencial alegados por la autoridad demandada como justificante para la afectación patrimonial de mi mandante. Como aparece consignado en la resolución impugnada, el daño por el cual se castiga a TELEMOVIL es de naturaleza potencial, pues expresamente se reconoce por el CDSC que el supuesto consenso de precio de telefonía fija nunca se materializó, es decir, jamás se ejecutó (...) En síntesis, la sanción impuesta a TELEMOVIL es ilegal por haber sido emitida en contravención al principio de proporcionalidad, en su dimensión externa, y al principio de legalidad, como presupuesto de ésta, pues, como se ha evidenciado en párrafos (anteriores, la autoridad demandada no exteriorizó con claridad los motivos por los cuales la sanción pecuniaria impuesta a mi mandante responde a la capacidad económica derivada de su participación en el segmento del mercado de telefonía fija, rubro en el cual fue adoptado el presunto acuerdo entre los operadores investigados para determinar los precios por dicho servicio. Y es que, los razonamientos utilizados por el CDSC están vinculados exclusivamente al mercado de telefonía móvil en el país (...) la sanción es improcedente por haberse fundamentado en un daño potencial y gravedad no concretados y virtualmente imposibles de producir efectos en el mercado. De ahí que, honorable Sala, se hace evidente la falta de elementos de motivación, la desproporcionalidad y la arbitrariedad de la sanción impuesta por la autoridad demanda (sic) (...) Contravención al Principio de Legalidad en la sanción, Irretroactividad y Tipicidad; por

vulneración a los artículos .37 y 38 LC en relación al Decreto Ejecutivo número 135 que comprende las “Tarifas de Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección” vigente durante el año dos mil diez, que posteriormente fue derogado por el Decreto Ejecutivo número 56 que regula las “Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Magulla Textil y Confección” de fecha seis de mayo de dos mil once (...) En el caso de mérito, acorde al procedimiento llevado por la autoridad demandada, la presunta práctica anticompetitiva se llevo a cabo en el mes de abril del año dos mil diez, lo cual es correspondiente a la fecha de instrucción del procedimiento administrativo sancionatorio que inició mediante resolución emitida el día tres de mayo de ese mismo año. Siendo relevante mencionar que en dichas fechas se encontraba vigente el Decreto Ejecutivo número 135 que comprendía las Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho. Pero, la autoridad demandada al momento de imponer la sanción la determinó con base al Decreto Ejecutivo número 56 que regula las Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección, de fecha seis de mayo de dos mil once. De ahí que, puede advertirse la ilegalidad en la determinación de la sanción por parte de la autoridad, quien, en todo caso, debió imponer la sanción con base a la normativa vigente al momento de la presunta comisión de la práctica restrictiva de la competencia (...)» (sic) (folios 28 vuelto al 33 vuelto).

Por su parte la autoridad demandada en el informe justificativo manifestó que «(...) Contravención al principio de legalidad, motivación y proporcionalidad. Arts. 37, 38, 45 y 46 LC (...) Con respecto a que no existe claridad del porqué se impuso una multa de tres mil salarios mínimos en la industria, es necesario resaltar que, tal como se determinó en la resolución impugnada, el artículo 38, inciso primero, de la LC establece que las infracciones a la misma serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo 37, y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. En relación con lo anterior se expresó, en dicha resolución, que esta Institución tomó en cuenta todos los factores advertidos en la misma, por lo que se afirmó que el acuerdo establecido por los agentes económicos, entre ellos Telemóvil, constituyó una práctica anticompetitiva grave, dado que se efectuó sobre un servicio público con pocas opciones de sustitución por parte del consumidor final afectado por el acuerdo, con intención de aplicarlo en

todo el territorio nacional y realizada por agentes económicos con posición dominante en la terminación de llamadas en su red móvil. Así mismo se manifestó que los agentes económicos son los únicos que tienen la capacidad de ofrecer el servicio de terminación de llamadas en su propia red, ya que cuando un usuario origina la llamada desde la red en la que se encuentra suscrito, y desea comunicarse con otro usuario cuyo número telefónico está registrado con un operador móvil en específico, el primero no tendrá más alternativa que llevar a cabo la comunicación entre su red y la red del operador móvil al que se encuentra asignado el número requerido. Igualmente se tomó en cuenta, al momento de realizar el análisis de la cuantificación de la multa, que la sanción económica no debía ser de una magnitud tal que provocara la salida del mercado de los agentes económicos sancionados (...) Por lo que se analizó, además de los criterios 7- explícitamente planteados en el artículo 37 de la LC, la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo, teniendo como base el ejercicio fiscal del año 2010 (...) Contravención al principio de legalidad en la sanción, irretroactividad y tipicidad; por vulneración a los artículos 37 y 38 de la LC, en relación con el Decreto Legislativo N.º 135 que comprende la tarifas de salario mínimo. Con relación a este punto del reclamo, ha quedado relacionado al inicio de este escrito que por resolución de fecha tres de enero de dos mil trece - misma que se adjunta al presente informe-, se rectificó y corrigió la base de cálculo de la multa impuesta a Telemóvil y al resto de agentes económicos sancionados en el procedimiento administrativo con referencia número SC-017-0-/PS/R-2010, tal como lo habilita el artículo 225 del Código Procesal Civil y Mercantil y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema Justicia (...)» (sic) (folios 127 vuelto al 129 s vuelto).

Expuesto lo anterior, esta Sala hace las siguientes consideraciones.

1. En la LC se regulan claramente los marcos punitivos sancionadores, es decir, los rangos para la determinación del monto de la multa a imponerse por la comisión de prácticas anticompetitivas.

Pues bien, esta técnica denominada «*marco punitivo genérico*», establece los límites mínimos y máximos dentro de los cuales el órgano competente debe determinar la sanción a imponer posterior a la atribución de una infracción, debiendo ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto que justifiquen la modulación de la misma. En tal sentido, la Administración Pública, después de identificar al sujeto, calificar los hechos, valorar la prueba y atribuir una infracción, impone una sanción ajustada a lo previsto en la norma.

En este punto es necesario recordar que uno de los principios fundamentales del derecho administrativo sancionador es el principio de proporcionalidad, el cual constituye un límite de la actuación represiva, en el sentido que, al imponerse una sanción administrativa sobre la base de un marco punitivo genérico, la discrecionalidad administrativa debe conectarse con el mencionado principio. Ello obliga a la Administración Pública a tomar en cuenta circunstancias objetivas y subjetivas para la graduación de la sanción, evitando de esta manera la arbitrariedad.

En ese mismo orden, la Administración Pública, al sancionar, debe motivar expresamente la aplicación de un criterio de graduación y su cuantificación, ello, para no generar arbitrariedad.

2. Precisado lo anterior y en lo que importa al presente caso, el artículo 38 de la LC establece “(...) *las infracciones cometidas que a la presente Ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo anterior y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria*”.

Por su parte, el artículo 37 de la LC establece que “(...) *para imponer sanciones, la Superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia*”.

Ahora, corresponde analizar la actuación administrativa impugnada y determinar si la misma ha violentado los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación alegados por la parte actora. Así, en la resolución emitida por el Consejo Directivo, a las diez horas y cincuenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil once, la cual consta de folios 157 al 194 de la pieza V del expediente administrativo, se advierte lo siguiente.

i. En el romano VI “*Análisis de la práctica*”, se determinó que para efectuar el análisis de la práctica se expondrían algunas condiciones estructurales de los mercados involucrados, se tomarían en consideración los argumentos de defensa de los agentes económicos investigados y los elementos probatorios recopilados.

ii. Seguidamente, en el literal A “*Factores que posibilitan la colusión en el caso de un acuerdo entre operadores*”, se identificó la existencia de algunos factores que posibilitaban la concreción y la estabilidad de los carteles. En cuanto al desempeño y estructura del mercado, se determinó que los factores que podrían haber contribuido al acuerdo eran: presencia de un reducido número de agentes participantes, elevados niveles de concentración de mercado y la continua expansión que ha presentado la telefonía móvil en los últimos años. Otro elemento que

posibilitó el acuerdo fue la existencia de posición dominante de cada uno de los agentes económicos involucrados en la terminación de llamadas en su propia red. Asimismo, dichos agentes estarían ofreciendo un producto homogéneo en el sentido que se trata de cobros por el servicio de terminación de llamadas. Así, el hecho que existieran pocos participantes en el mercado (lo que genera un mercado concentrado, que se considere la escasez de espectro como la principal barrera a la entrada, que el servicio sea homogéneo y existan contactos en múltiples mercados), configuró un escenario con las condiciones para facilitar la concreción de un acuerdo.

iii. En el literal C titulado “*Análisis de la práctica*”, se relacionan las pruebas recopiladas que se tomaron en cuenta para establecer la adopción del acuerdo anticompetitivo investigado. La autoridad sancionadora efectuó una valoración de las publicaciones realizadas por TELEMOVIL en conjunto con otros agentes económicos, en los periódicos “La Prensa Gráfica” y “El Diario de Hoy”, el día veintitrés de abril de dos mil diez, y, adicionalmente, de las cartas de notificación de tarifas enviadas por diferentes agentes económicos, entre ellos la demandante, a diferentes operadores fijos, el veintitrés de abril dos mil diez. Adicionalmente, se determinó que las cartas en mención poseían igual contenido y su redacción estaba estructurada con idénticas características, haciendo mención todas de los contratos CPP y ratificando que las cláusulas o disposiciones establecidas en dichos contratos permanecerían inalteradas y vigentes.

iv. En el literal D “*Conclusión*”, se estableció que partir de todo el análisis de la investigación, así como de la documentación e información agregada al expediente, existía prueba suficiente que indicaba que los agentes económicos, entre ellos TELEMOVIL, acordaron el veintitrés de abril de dos mil diez, cobrar una tarifa de veintiún centavos de dólar más IVA por minuto, para una llamada originada en la red fija y terminada en red móvil, conducta que encajaba en la práctica anticompetitiva tipificada en el artículo 25 letra - a) de la LC.

v. En el romano VII “*Sanción*”, se afirmó que los acuerdos entre competidores son considerados prácticas anticompetitivas graves por los efectos negativos que este tipo de conductas ejercen sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. En el caso de autos, se determinó que en el procedimiento se demostró que TELEMÓVIL y los otros agentes económicos, adoptaron un acuerdo entre competidores tipificado como práctica anticompetitiva grave, dado que se efectuó sobre un servicio público con pocas opciones de sustitución por parte del consumidor final afectado por el acuerdo, con intención de aplicarlo en todo el territorio nacional y realizada por agentes económicos con posición dominante en la terminación de

llamadas en su red móvil. Por consiguiente, de haberse puesto en práctica el acuerdo, habría afectado a la telefonía que constituye un servicio público inherente al Estado. Además, el Consejo Directivo razonó que al tratarse de un análisis *per se* de la práctica, para efectos de imponer la multa, no era necesario demostrar el daño o los efectos causados por la práctica para tales propósitos, ya que basta con que la conducta ejecutada, analizada en abstracto, haya sido idónea para causar un daño, es decir, para que ésta sea sancionable, es suficiente el daño potencial que se pueda causar, sin que existan daños concretos.

Asimismo, el Consejo Directivo expresó *«En conclusión, con base en la potestad prevista en el artículo 38 inciso segundo de la Ley de Competencia, este Consejo Directivo considera que por la adopción del acuerdo anticompetitivo entre competidores, prohibido por el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia, con la gravedad antes aducida, y considerando la capacidad económica de los agentes involucrados, es procedente imponer las siguientes multas(...)»*, por lo que no fijó el monto de la multa con base en el porcentaje de participación que la parte actora poseía –2.83% – en el mercado de telefonía fija para el año dos mil nueve, sino, sobre la base de la gravedad de la conducta y su capacidad económica, delimitada esta última, de conformidad con los estados financieros del ejercicio fiscal correspondiente al año dos mil diez.

En consecuencia, en razón de la gravedad de la infracción cometida, y aunque no sean aplicables otros criterios ejemplificados en el artículo 37 de la LC, la multa a imponer tenía que ser de una magnitud suficiente para disuadir a los agentes económicos de abstenerse de cometer este tipo de prácticas dañinas a la competencia, por lo que el monto que se determinó asciende a 3,000 salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. Además, el Consejo Directivo consideró la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo, reflejada en los estados financieros del ejercicio fiscal correspondiente al año dos mil diez.

3. A partir del examen del contenido del acto administrativo impugnado, se concluye que la determinación del monto de la multa impuesta a la demandante ha sido suficientemente motivada y ha respetado, además, el principio de proporcionalidad. La determinación de la sanción posee una adecuada motivación en la prueba obtenida, en su valoración lógica y racional, en la identificación certera de las normas jurídicas aplicables, en el juicio lógico que la llevó a la subsunción del hecho concreto con la norma específica, y finalmente, en la valoración de los elementos de dosimetría punitiva aplicables al caso.

En conclusión, la demandante ha tenido conocimiento de las razones fácticas, jurídicas y

probatorias que llevaron a la Administración Pública a emitir el acto administrativo sancionador, mismo que se encuentra debidamente motivado, especialmente en la determinación proporcional de la sanción respectiva.

De ahí que no se ha configurado la violación a los principios de legalidad, tipicidad, y proporcionalidad, alegados por TELEMOVIL.

D. La parte actora alega que la autoridad demandada vulneró el principio de irretroactividad ya que al momento del cometimiento de la presunta práctica anticompetitiva se encontraba vigente el *“Decreto Ejecutivo número 135 que comprendía las Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil ocho. Pero, la autoridad demandada al momento de imponer la sanción la determinó con base al Decreto Ejecutivo número 56 que regula las Tarifas del Salario Mínimo para los Trabajadores del Comercio, Industrias, Servicios, Maquila Textil y Confección, de fecha seis de mayo de dos mil once. De ahí que, puede advertirse la ilegalidad en la determinación de la sanción por parte de la autoridad, quien, en todo caso, debió imponer la sanción con base a la normativa vigente al momento de la presunta comisión de la práctica restrictiva de la competencia”*.

El Consejo Directivo expresó *“que por resolución de fecha tres de enero de dos mil trece –misma que se adjunta al presente informe–, se rectificó y corrigió la base de cálculo de la multa impuesta a Telemóvil y al resto de agentes económicos sancionados en el procedimiento administrativo con referencia número SC-017-0-/PS/R-2010, tal como lo habilita el artículo 225 del Código Procesal Civil y Mercantil y la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema Justicia”*.

Al respecto, el Consejo Directivo remitió la certificación del acto emitido el tres de enero de dos mil trece, mediante el cual corrigió la base del cálculo de las multas impuestas a los agentes económicos investigados, entre ellos TELEMOVIL –folios 131 al 132 vuelto–.

Así pues, en vista que se ha comprobado que la autoridad demandada corrigió la base del cálculo de la multa impuesta a TELEMOVIL, sobre la base del criterio legal señalado por la demandante, resulta inoficioso pronunciarse sobre la petición relativa a la vulneración al principio de irretroactividad.

IX. La Sala de lo Constitucional, el uno de marzo de dos mil trece, emitió sentencia en el proceso de inconstitucionalidad referencia 78-2011, en el cual se alegaron *“(…) vicios de*

contenido, del art. 14 inc. 2° de la Ley Orgánica Judicial (...)"; dicha disposición hace referencia al carácter deliberativo del proceso decisorio y la regla de votación para la emisión de sentencias, incluyendo la de esta Sala.

Esencialmente en la referida sentencia se estableció "(...) se concluye que la regla de votación impugnada por los demandantes debe ser declarada inconstitucional, pues carece de justificación suficiente en relación con el alcance de los arts. 2 y 186 inc. 3° Cn. En vista de que la regla de mayoría corresponde a la votación mínima necesaria para formar decisiones de un órgano colegiado, de que ella está reconocida legalmente como estándar de votación de diversos tribunales colectivos (arts. 14 inc. 1° y 50 inc. 1° LOJ) - lo que sirve como referente analógico para evitar un vacío normativo- y por razones de seguridad jurídica, el efecto de esta sentencia será que para tomar las decisiones interlocutorias y definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia bastarán los votos de la mayoría de los Magistrados que la integran, incluso en los procesos iniciados con anterioridad a esta sentencia".

Esta Sala entiende que en virtud del anterior razonamiento, le corresponde al pleno de la misma, en principio, el conocimiento y decisión de las resoluciones interlocutorias y definitivas que se adopten, pero en los casos en que se alcance el consenso de la mayoría y no de todos, es decir tres a uno, se habilita el mecanismo en cuya virtud el respectivo Magistrado o Magistrada debe dejar constancia de las razones de su posición discrepante mediante el correspondiente voto y se toma la decisión por mayoría de votos.

Conforme a la relacionada sentencia de inconstitucionalidad, para la emisión de esta sentencia, se adopta la decisión por las Magistradas Dafne Yanira Sánchez de Muñoz, Paula Patricia Velásquez Centeno y Elsy Dueñas de Avilés. El Magistrado Sergio Luis Rivera Márquez hará constar su voto disidente a continuación de la presente sentencia únicamente en lo que respecta al reclamo de la parte demandante en cuanto a la proporcionalidad del monto de la sanción.

X. POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones citadas y artículos 216, 217, 218 y 272 del Código Procesal Civil y Mercantil; 31, 32, 33 y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a nombre de la República, esta Sala **FALLA:**

A. Declarar que no existen los vicios de ilegalidad alegados por TELEMOVIL EL SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA, que se abrevia TELEMOVIL EL SALVADOR, S.A.,

por medio de su apoderada general judicial, licenciada Carmen María Saprissa Escobar, y apoderados especiales judiciales, licenciados Luis Javier Portillo Solano y David Oswaldo Escobar Menéndez, con respecto al acto emitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia de las diez horas cincuenta y cinco minutos del diecinueve de diciembre de dos mil once, mediante el cual la sancionó con una multa de SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL CINCUENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (\$658,050.00), por la supuesta infracción al literal a) del artículo 25 de la Ley de Competencia.

B. Condenar en costas a la sociedad actora conforme al derecho común.

C. Dejar sin efecto la medida cautelar decretada en el auto de las quince horas y dos minutos del veintiuno de mayo de dos mil doce, y confirmada en el auto de las catorce horas y treinta minutos del veintiuno de septiembre de dos mil doce.

D. Conforme a la sentencia de inconstitucionalidad referencia 78-2011 de las doce horas del uno de marzo de dos mil trece, la mayoría de votos con la que se emite la presente sentencia corresponde a las Magistradas Dafne Yanira Sánchez de Muñoz, Paula Patricia Velásquez Centeno y Elsy Dueñas de Avilés. El Magistrado Sergio Luis Rivera Márquez hará constar su voto disidente a continuación de la presente sentencia únicamente en lo que respecta al reclamo de la parte demandante en cuanto a la proporcionalidad del monto de la sanción.

E. En el acto de la notificación entregar certificación de esta sentencia a la autoridad demandada.

Notifíquese.

DAFNE S.-----DUEÑAS-----P. VELASQUEZ C.-----S. L. RIV. MARQUEZ.-----
-----PRONUNCIADA POR LAS SEÑORAS MAGISTRADAS Y EL SEÑOR MAGISTRADO
QUE LA SUSCRIBEN.-----ILEGIBLE-----SRIO.-----RUBRICADAS.

VOTO DISIDENTE DEL MAGISTRADO SERGIO LUIS RIVERA MÁRQUEZ

Coincido con el parecer de mis colegas magistradas, en la mayor parte del contenido de la *Sentencia* dictada en el proceso contencioso administrativo 60-2012 promovido por TELEMÓVIL EL SALVADOR, S.A. DE C.V., contra el Consejo Directivo de la

Superintendencia de Competencia; difiero únicamente en la respuesta de la Sala ante el reclamo de la parte demandante en relación a la proporcionalidad de la sanción.

I. Punto del cual disiento en su sentido y alcance.

La parte actora expone en su demanda que *“En cumplimiento del principio de legalidad, el artículo 37 de la LC prescribe los parámetros que deben valorarse por el Consejo Directivo de la Superintendencia al momento de realizar el juicio de adecuación entre la conducta ilícita cometida y la entidad de la sanción a fijarse; además, de determinar una cuantía máxima para la afectación de derechos patrimoniales. En ese marco, la autoridad demandada impuso a mi mandante una sanción equivalente a tres mil salarios mínimos de la industria por la supuesta práctica anticompetitiva prevista en el artículo 25 letra a) de la LC. Así, resulta importante señalar que entre los criterios legalmente establecidos, para el caso concreto, se encuentran el daño causado y la gravedad de la infracción (precisamente, en vista que la ley de la materia no contiene un catálogo de conductas que se reputan ilícitas clasificadas por su gravedad). En ese contexto, de la lectura de la resolución impugnada, se advierte que la sanción en cuestión se ha determinado fundamentalmente sobre la base de considerar que la práctica que fue objeto del instructivo es de tal gravedad y trascendencia para afectar el mercado de telefonía, precisamente, por tratarse de un servicio de naturaleza pública indispensable para los ciudadanos que pretenden entablar conexiones entre los servicios de telefonía fija y móvil. Además, por constituir un servicio cuyo precio es inelástico, inmerso en un mercado con supuestas barreras de acceso que dificultan la entrada de nuevos competidores. Y, por otro lado, se alude a un aparente daño potencial que podría haberse ocasionado con la puesta en ejecución del supuesto acuerdo de precio (...) En primer lugar, debe acotarse que se ha inobservado por parte de la autoridad demandada el deber de motivación como elemento externo del principio de proporcionalidad, recogido en el (sic) artículo (sic) 45 y 46 de la LC, pues no consta de modo claro e indubitable, de forma razonable, por qué se decidió castigar a mi poderdante con una multa de tres mil salarios mínimos de la industria, cuantía que, incluso, ésta muy por encima de la fijada para los otros agentes económicos investigados, cuando mi poderdante tiene una participación en el mercado de telefonía similar a la de éstos. Es decir, que si bien en la resolución de mérito se pretende realizar una aproximación ínfima en la justificación de los motivos valorados en el ejercicio de la dosimetría punitiva, ésta es ininteligible y no evidencia la proporcionalidad de una cuantía que supera en creces el nicho de mercado de telefonía fija de*

TELEMOVIL. En este punto, debe recordarse que todo el procedimiento sancionatorio giró entorno (sic) a un supuesto acuerdo de precio en los servicios de telefonía fija, derivado de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 295, el cual tuvo como consecuencia que cada operador fijo determinara el precio que debía aplicar a sus abonados. No obstante esto, al momento en que la autoridad demandada hace el ejercicio de adecuación entre la gravedad de la conducta y la pena pecuniaria a fijarse, lo efectuó con base a una serie de razonamientos vinculados exclusivamente al mercado de telefonía móvil en el país, y en el cual aduce que TELEMOVIL tiene una participación de alrededor de un 42.2% de todo el mercado (...) Lo anterior, es totalmente opuesto al objeto del debate, el cual se circunscribió a la presunta práctica restrictiva de la competencia en el mercado de la telefonía fija; por lo que, lógicamente, a partir de tal rubro debió haberse determinado la sanción, partiendo, por supuesto, de la capacidad económica de las sociedades denunciadas en dicho mercado. Tal como sucedió con el resto de agentes investigados, excepto con TELEMOVIL (...) Precisamente, es aquí donde se evidencia el quiebre en el razonamiento que vulnera el deber de motivación y proporcionalidad. De ahí que, para dar cumplimiento a la exigencia de motivación y proporcionalidad, la argumentación de la autoridad demandada debió realizarse a partir de la extracción de datos y análisis de la participación en el mercado de telefonía fija de TELEMOVIL, la que según datos obtenidos por la misma Superintendencia para el año dos mil nueve era de 2.83% (...) del total del mercado. Como ha quedado evidenciado en el romano VII acápite b), para la fecha en que supuestamente se realizó la práctica anticompetitiva por la cual se sancionó a mi representada, ésta no tenía más de treinta y cuatro mil líneas las activas una mínima participación en el mercado en comparación con el líder, la sociedad CTE. Pero arbitrariamente, se impone una sanción pecuniaria que no responde en lo absoluto a la capacidad económica de TELEMOVIL en el mercado de telefonía” (folios 30 frente al 31 frente).

Cuando el legislador dispone en el artículo 25 de la Ley de Competencia “*Se prohíben las prácticas anticompetitivas realizadas entre competidores las cuales, entre otras, adopten las siguientes modalidades: a) Establecer acuerdos para fijar precios u otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma;(...*” , ciertamente configura un ilícito de los ubicados como de peligro abstracto o denominados bajo la regla *per se*, en el que para su consumación basta la peligrosidad advertida por el legislador a partir de un juicio probabilístico, no siendo necesario establecer el perjuicio concreto en el mercado relevante, adelantando con ello la barrera de

protección al bien jurídico.

Aunque no se requiere establecer el impacto en concreto en el mercado para dar por establecida la infracción, a los efectos de cuantificar la sanción la autoridad administrativa en los tipos de peligro abstracto no se puede obviar el nivel de impacto previsto en abstracto.

Como dato ilustrativo en el orden penal el legislador al tipificar delitos de peligro abstracto, en delitos vinculados a la posesión de objetos según la naturaleza de éste establece penas de prisión distintas; para el caso, la POSESIÓN Y TENENCIA de drogas (uno a tres años, si la cantidad es inferior a dos gramos, tres a seis años si la posesión es superior a los tres gramos, art. 34 Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas); TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN ILEGAL O IRRESPONSABLE DE ARMAS DE FUEGO, tres a cinco años, 346-B, FABRICACIÓN, PORTACIÓN, TENENCIA O COMERCIO ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO O EXPLOSIVOS CASEROS O ARTESANALES, 346- A, CUATRO A OCHO AÑOS TENENCIA, PORTACIÓN O CONDUCCIÓN DE ARMAS DE GUERRA, cuatro a diez años, DEPÓSITO DE ARMAS DE GUERRA O MUNICIONES NO AUTORIZADAS, cinco a quince años, 346 Pn. En los casos anteriores se trata de una posesión de objetos penalmente prohibida, pero con penalidades distintas en atención a que el legislador advierte peligrosidades en abstracto distintas.

Desde una perspectiva formal, una conducta constituye infracción administrativa a partir de la definición que el legislador haga de una conducta como *típica*, pero para definir el contenido material de la infracción, debe tenerse en cuenta aspectos como la culpabilidad y la lesividad. La lesividad aparte de constituir un presupuesto para que un comportamiento constituya infracción, también se convierte en un parámetro para la medición de la sanción. Los límites derivados del principio de lesividad no sólo trascienden para calificar como ilícito administrativo un hecho, sino además en el *quántum* de la sanción.

Aunque formalmente puedan existir prácticas anticompetitivas, la peligrosidad en términos de lesividad advertida por el legislador debe ser observada en cada caso, es decir el eventual impacto que se podría producir, y en el presente caso, en el mercado relevante.

Ciertamente la sanción prevista por el legislador o la concretada por las autoridades administrativas, conlleva un efecto disuasivo en cuanto a persuadir que no se realicen prácticas anticompetitivas, pero ello debe serlo en los límites de la lesividad y culpabilidad.

La práctica anticompetitiva objeto del presente proceso está asociada a un acuerdo de

tarifas referidas a llamadas de teléfonos fijos a móviles.

A los efectos de cuantificar la multa impuesta a TELEMÓVIL la autoridad de competencia expuso: *«Al tomar en cuenta los factores expuestos en esta resolución, se puede afirmar que los acuerdos entre competidores son considerados prácticas anticompetitivas graves por los efectos negativos que este tipo de conductas ejercen sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. El artículo 38, inciso primero, de la Ley de Competencia establece que las infracciones a dicha ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a criterios como los establecidos en el artículo 37, y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, que equivalen a un millón noventa y seis mil setecientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América. En este caso como se ha expuesto, este Consejo Directivo ha determinado que en el presente procedimiento se ha demostrado que Telemóvil, Digicel, Telefónica e Intelfón adoptaron un acuerdo entre competidores tipificado como práctica anticompetitiva en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia. Al tomar en cuenta los factores que la Superintendencia de Competencia ha expuesto en esta resolución, es procedente afirmar que el acuerdo establecido por los agentes económicos Telemóvil, Telefónica, Digicel e Intelfón constituye una práctica anticompetitiva grave, dado que se efectuó sobre un servicio público con pocas opciones de sustitución por parte del consumidor final afectado por el acuerdo, con intención de aplicarlo en todo el territorio nacional y realizada por los agentes económicos con posición dominante en la terminación de llamadas en su red móvil. En ese sentido, de haberse puesto en práctica este acuerdo, habría afectado a la telefonía que constituye un servicio público inherente al Estado, el cual ha sido concesionado a los agentes involucrados en el acuerdo. Además, los operadores móviles referidos están realizando una actividad económica tendiente a satisfacer una necesidad de interés colectivo y, por lo tanto, con mayor razón están llamados a desempeñar tal actividad bajo el estricto cumplimiento del marco legal aplicable. Dicho servicio público involucra a un abonado de la telefonía fija que inicia una llamada hacia una línea móvil, por lo que como usuario del servicio necesita comunicarse específicamente con la persona suscrita al número móvil al que desea llamar. Por lo tanto, si se produce un incremento en la tarifa de las llamadas fijo-móvil, el usuario para protegerse de dicho incremento, tendría que buscar una alternativa tecnológica que le permitiese efectuar dicha comunicación. Al respecto, el Estudio de Competencia elaborado por la Superintendencia determinó que los servicios que potencialmente*

podrían ser sustitutos en El Salvador son los servicios de voz y datos (como SMS) y concluyó que “si un monopolista hipotético en El Salvador aumentara en forma permanente y significativa el precio de los servicios de voz, es improbable que la reacción de los consumidores sea sustituir en forma importante esos servicios a cambio de los servicios de datos, como SMS, tal que el aumento no sea rentable para el monopolista hipotético”. Por lo tanto, al ser limitadas las alternativas de sustitución del servicio afectado, el consumidor final prácticamente se encontraba sujeto a las decisiones adoptadas por los miembros del cartel, quienes habrían evitado que el precio disminuyera de los US\$0.21 centavos establecidos como tarifa máxima por el decreto 295 tantas veces citado. Adicionalmente, y como se ha expuesto, los agentes económicos son los únicos que tienen la capacidad de ofrecer el servicio de terminación de llamadas en su propia red, ya que cuando un usuario origina la llamada desde la red en la que se encuentra suscrito, y desea comunicarse con otro usuario cuyo número telefónico está registrado con un operador móvil en específico, el primero no tendrá más alternativa que llevar a cabo la comunicación entre su red y la red del operador móvil al que se encuentra asignado el número requerido. Lo anterior se debe a que no existen alternativas tecnológicas y comerciales factibles que posibiliten, en el corto plazo, y sin incurrir en inversiones considerables, la prestación del servicio de terminación conmutada en las terminales de los usuarios de las redes de los operadores móviles de destino, por medios distintos al acceso directo a esta red. No obstante todo lo anterior, es necesario tomar en cuenta que aunque el acuerdo se estableció y los agentes económicos adoptaron las acciones necesarias para ponerlo en marcha, existieron variables exógenas que lo imposibilitaron, como la oposición de los operadores fijos de adoptar las medidas derivadas de tal acuerdo y la interpretación auténtica del decreto 295. Ahora bien, al tratarse de un análisis per se de la práctica, para efectos de imponer la multa, es procedente expresar que no es necesario demostrar el daño o los efectos causados por la práctica para tales propósitos, ya que basta con que la conducta ejecutada, analizada en abstracto, haya sido idónea para causar un daño, es decir, que para hacer sancionable la práctica, es suficiente el daño potencial que se pueda causar, sin que existan daños concretos. Esto es explicado debido a que el daño al interés económico general puede ser evaluado en abstracto y no necesariamente en concreto. En consecuencia, en razón de la gravedad de la infracción cometida y aunque no sean aplicables otros criterios ejemplificados en el artículo 37 de la Ley de Competencia, la multa a imponer en el presente caso tiene que ser de una magnitud suficiente para disuadir a los

agentes económicos de abstenerse de cometer este tipo de prácticas dañinas a la competencia, por lo que el monto que correspondería imponer ascendería a 3000 salarios mínimos urbanos en la industria. Sin embargo, es preciso expresar que la sanción económica no debe ser de una magnitud tal que provoque la salida del mercado de los agentes económicos sancionados (relación razonable o proporcionada de la medida). Por lo anterior, es necesario considerar, además de los criterios explícitamente planteados en el artículo 37 citado, la capacidad económica de las empresas involucradas en el acuerdo. Y es que dicho artículo no prescribe una enumeración cerrada de criterios, sino más bien una lista abierta que posibilita incorporar, jurisprudencialmente, otros elementos pertinentes. Así, conviene retomar la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a efecto de imponer una multa con dichos principios (...) En el presente caso, y en aplicación de los postulados anteriores, el medio utilizado (multa) es idóneo con respecto al fin que pretende alcanzarse, por cuanto la misma ley contempla la imposición de una multa de hasta cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por la comisión de una práctica anticompetitiva. Además, el monto de la multa no debe exceder el límite razonable que viene dado, en este caso, por la gravedad de la infracción y por la capacidad económica de los agentes participantes en el cartel, reflejada en los estados financieros del ejercicio fiscal correspondiente al año dos mil diez. En conclusión, con base en la potestad prevista en el artículo 38 inciso segundo de la Ley de Competencia, este Consejo Directivo considera que por la adopción del acuerdo anticompetitivo entre competidores, prohibido por el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia, con la gravedad antes aducida, y considerando la capacidad económica de los agentes involucrados, es procedente imponer las siguientes multas (...)» (folios 192 frente al 193 vuelto de la 5ª. pieza del expediente administrativo)

De lo anterior se advierte que la práctica anticompetitiva objeto de este proceso no está asociada a llamadas entre teléfonos móviles, sino de fijos a móviles, tipo de servicio que implica un mercado relevante sustancialmente reducido: el de telefonía fija, del cual el actor poseía el 2.83% en el año dos mil nueve. Por lo tanto, ese peligro, derivado de la práctica en análisis, no va dirigido a la generalidad del mercado de la telefonía, sino a uno muy reducido, lo que marca una variante en los términos de lesividad eventual.

En el ámbito penal el legislador atendiendo al principio de lesividad establece montos de

pena en los diversos tipos penales de peligro abstracto, lo que condiciona al juez penal en el monto de pena a imponer; en el presente caso, como la legislación de competencia no establece variantes de pena atendiendo a las diversas modalidades de prácticas anticompetitivas, es a la autoridad administrativa a la que le corresponde hacerlo; aunque la Ley de Competencia no refiera que el impacto en el mercado deba considerarse a los efectos del monto de la sanción, en aplicación del principio de lesividad, cuya base es constitucional, obliga a tomarlo en cuenta.

En el caso sub júdice, como se advierte, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia a los efectos de establecer el *quántum* de la sanción parte de una premisa equivocada, al analizar la magnitud de la participación de Telemóvil (2.83% en el mercado de telefonía móvil), cuando en realidad ha debido concretarlo al mercado relevante de telefonía fija, pues es el único que se ve afectado en el cártel de las llamadas de fijo a móvil, que como se ha dicho afecta un mercado sustancialmente reducido en comparación al mercado de telefonía exclusivamente móvil, y eso debe incidir en el *quántum* de la multa.

La sanción impuesta es de TRES MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES URBANOS EN LA INDUSTRIA, y el legislador ha previsto una sanción máxima de CINCO MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES URBANOS EN LA INDUSTRIA, es decir la sanción es superior a la mitad del máximo.

De lo dicho advierte el suscrito una desproporción en la sanción, aspecto que no se puede soslayar, y una errónea motivación pues no puede obviarse que se tomó como base monto de la sanción la participación de TELEMÓVIL en el servicio de llamadas entre teléfonos móviles, cuando la conducta que se le atribuye es relacionada a su participación en una práctica anticompetitiva relacionada a llamadas de teléfonos fijos (a móviles), los cuales son mercados relevantes diferentes.

II. Conclusión.

De acuerdo a las consideraciones expuestas, estimo que es ilegal la resolución emitida por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, únicamente en lo que respecta al monto de la sanción, por lo que debe fijarse la misma tomando que la práctica anticompetitiva solo tiene incidencia en un servicio de telefonía que en relación al global es sustancialmente reducido; donde el actor, además, tiene una participación reducida.

San Salvador, seis de julio de dos mil dieciséis.

S. L. RIV. MARQUEZ.-----PRONUNCIADO POR EL SEÑOR MAGISTRADO QUE
LA SUSCRIBEN.-----ILEGIBLE-----SRIO.-----RUBRICADAS.