



Se ratifico el 25/02/2019 a
las 14:50



00203-18-ST-COAD-2CO

71-AD-18

JUZGADO SEGUNDO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Santa Tecla, a las doce horas con quince minutos del día diecinueve de octubre del año dos mil dieciocho.

A sus antecedentes:

1) El escrito presentado a las catorce horas del día diez de octubre del año dos mil dieciocho, a f. 68, por los abogados ALDO ENRIQUE CADER CAMILOT, GERARDO DANIEL HENRÍQUEZ ANGULO y NARDA DEL ROSARIO RIVERA MARTÍNEZ, quienes actúan como apoderados generales judiciales con cláusula especial del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA. En dicho escrito, evacuan el traslado conferido con respecto a la medida cautelar solicitada por la parte requirente, manifiestan la inexistencia de terceros beneficiados o perjudicados con las actuaciones impugnadas, informan el no conocimiento de la existencia de otros procesos contenciosos administrativos en los que concurren supuestos de acumulación y remiten el expediente administrativo original con referencia SC-016-O/OI/NR-2018, conformado por una pieza pública de ciento cincuenta y un folios útiles y una pieza confidencial que consta de cuatrocientos cuatro folios útiles. Asimismo, adjuntan copia certificada de testimonio de escritura pública de poder general judicial con cláusula especial con la que legitiman su personería y copias simples de sus Documentos Únicos de Identidad, tarjetas de abogado y Número de Identificación Tributaria.

I. Respecto a la medida cautelar solicitada

De conformidad al artículo 99 inciso 1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), una vez transcurrido el plazo para evacuar el traslado conferido a la parte contraria para que se pronuncie sobre la medida cautelar requerida, con dicha respuesta o sin ella, deberá dictarse la resolución pertinente. En el presente caso, la parte requirente solicitó medida cautelar consistente en la suspensión cautelar de los efectos del acto cuya impugnación avisa; por lo que, previo a declarar el otorgamiento o denegatoria de la misma, este Juzgado hace las siguientes consideraciones:

1. Sobre las medidas cautelares y su procedencia en los procesos contenciosos administrativos

Las personas naturales o jurídicas que se ven afectados por la emisión de un acto administrativo emanado por la administración pública, pueden acudir y defender los derechos que consideren agraviados ante un juez competente, mediante un proceso en jurisdicción contencioso administrativa, con el objeto de lograr que se declare que la actuación de la administración no es conforme a derecho, y, en consecuencia, lograr el reconocimiento y protección de sus derechos e intereses. Ahora bien, en ciertos casos justificados, se vuelve necesario que mientras se sustancie el proceso y se arribe a una sentencia, se sigan mecanismos legales que permitan una tutela judicial efectiva, que logren asegurar el resultado del proceso y evitar que la respuesta judicial se vuelva una declaración poco efectiva de cara a impedir o remediar un eventual perjuicio o afectación a derechos e intereses.

Estos mecanismos son las medidas cautelares, decisiones por sí mismas provisionales e instrumentales, que pretenden evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en otras palabras, pretenden asegurar el cumplimiento de la decisión de fondo. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo...

jurídica; a fin de que, —a la postre— la ejecución de una sentencia estimatoria no se vuelva una mera certeza jurídica pero con efectos materiales ineficaces o ilusorios en la esfera del administrado. Es decir, que el objetivo principal de la pretensión cautelar consiste en asegurar o garantizar la efectividad de la sentencia”.

Asimismo, la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad, ref. 5-2018 de fecha 31 de enero de 2018 (de acuerdo a lo sostenido en la resolución de 16-IX-2003, Inc. 4-2003) ha señalado “que las medidas cautelares son herramientas procesales con las que se persigue dotar de eficacia a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales encargados de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones sometidas a su conocimiento, evitando la frustración tanto de la tramitación del proceso como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria. (...)”.

En ese orden de ideas, para decretar la medida cautelar solicitada por la parte es necesario, valorar los presupuestos que habilitan su adopción, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 98 de la LJCA, y que el juez debe valorar, siendo estos: **a)** Que pueda existir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia (*periculum in mora*); **b)** Que provisionalmente se establezca la apariencia favorable a derecho (*fumus boni iuris*); y, **c)** Los intereses en conflicto y el grave perjuicio que con la medida se puede ocasionar a los intereses generales o de terceros. Corresponderá entonces valorar caso por caso la concurrencia de cada uno de estos presupuestos.

El primer presupuesto, *periculum in mora*, se refiere a que la ejecución del acto dictado en sede administrativa, puede producir de forma inmediata o a futuro un daño irreparable o que muy difícilmente pueda reparar la sentencia que se emita. Este daño irreparable se constituye en un parámetro de procedencia para adoptar la medida cautelar. Al respecto de este presupuesto señala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en resolución interlocutoria 548-2016, de fecha 9 de enero del año 2017, que “(...) el denominado *periculum in mora* o; peligro en la demora, conlleva a que el Tribunal tenga que valorar la existencia de dicho peligro. La amenaza de daño irreparable debe sustentarse en hechos o elementos —teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso— que dejen en el ánimo del juzgador la certeza que, de no suspenderse los efectos del acto, se le podría ocasionar al interesado un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.”

En cuanto al *fumus boni iuris*, este señala la necesidad de que existan indicios de verosimilitud de las pretensiones de la parte que solicita la medida cautelar, siendo esto posible a través del análisis de los hechos alegados en la solicitud; lo que permitirá formular una respuesta jurisdiccional, sin que esto signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Consiste pues, en la existencia de datos o circunstancias de hecho o de derecho que hagan presagiar el éxito de la pretensión sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad del acto impugnado. Al respecto de este presupuesto, señala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo que: “La apariencia que el caso tiene mérito legal, nos encontramos pues ante un concepto jurídico que no busca un juicio de certeza sino de probabilidad, donde bastará para esta Sala que el derecho alegado sea verosímil, es decir, apariencia de ser verdadero, en contraposición a lo que es meramente posible o probable a nivel de certeza.” (Resolución interlocutoria 264-2005 de fecha 18 de abril del año 2016).

Finalmente, el último presupuesto se encuentra sujeto a la valoración que ha de realizar este juzgador, quien es el encargado de ponderar la existencia o no de una grave perturbación a los intereses generales o de terceros. Corresponde entonces considerar que la suspensión puede causar un perjuicio o un peligro al interés u orden público superior al del derecho de la parte actora, lo anterior en virtud a lo establecido en la parte final del artículo 246 de la Constitución de la República, referente a que el interés público tiene primacía sobre el interés privado. Cabe mencionar, que para que el juzgador pueda analizar estos presupuestos, es necesario que el



de las partes, de conformidad a lo establecido en el artículo 97 de la LJCA; no pudiendo el Juez contencioso administrativo actuar de oficio.

2. Aplicación al caso

En el presente caso, el abogado de la sociedad PRO NOBIS, S.A. de C.V., solicita medida cautelar consistente en “suspender el plazo de ocho días que ha determinado el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia para el pago de la multa, (...), por supuesta infracción administrativa tipificada en el artículo 38, inciso 6º, de la ley de competencia (sic)”. En ese sentido, se procederá a analizar si en el presente caso se concretan los presupuestos establecidos en el artículo 98 de la LJCA:

Respecto al presupuesto *periculum in mora*, la parte requirente en síntesis expresa que la actuación puede producir un daño irreparable o de difícil reparación durante el tiempo de espera hasta que se dicte sentencia de mérito, siendo de tal entidad que provoque agravios jurídicos de daño irreparable o de difícil reparación, pues por medio de la resolución impugnada se le hace saber que posee un plazo de ocho días para efectuar el pago correspondiente, contados a partir de la fecha en la que le fue notificada la expresada resolución, lo anterior en consideración a lo dispuesto en los artículos 40 y 56 incisos 3º y 4º del Reglamento de la Ley de Competencia (RLC), que disponen la contabilización de los plazos en días calendario, salvo que expresamente se disponga su contabilización en días hábiles, y la presunción de legitimidad y fuerza ejecutiva de las resoluciones, así como la facultad del Superintendente para ejecutar las mismas por sus propios medios, pues de conformidad con el artículo 15 inciso final de la Ley de Procedimiento para la Imposición del Arresto o Multa Administrativos (LPIAMA), la certificación de la resolución que impone la multa y que cause ejecutoria, tiene fuerza ejecutiva. Argumenta también que al estar obligada a pagar en el corto plazo de ocho días calendarios, la descapitalizaría, generándole falta de liquidez para el cumplimiento de sus obligaciones normales, tales como pago de planillas y proveedores.

En cuanto a la apariencia de buen derecho *-fumus boni iuris-* en síntesis, alega que de la lectura de los actos administrativos que serán controvertidos se denota la existencia de nulidad absoluta, por haberse diligenciado tal procedimiento bajo el fundamento del artículo 73-A del RLC, el cual siendo una disposición reglamentaria remite al desarrollo de un procedimiento sancionatorio contemplado en la LPIAMA, aspecto que violenta el principio de reserva de ley, agregando que se ha adherido a la pretensión que se ventila ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en proceso de inconstitucionalidad con referencia 63-2018.

El Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, a través de sus procuradores, en su escrito de ff. 68 al 69, expresan que: “Respecto de la medida cautelar solicitada, expresamos que, para el presente caso, no nos oponemos a la adopción de la misma, habida cuenta de que el presente proceso se resolverá con la celeridad requerida, en apego al principio constitucional de una pronta y cumplida justicia”.

Como se ha explicado anteriormente, el otorgamiento de la medida cautelar debe fundamentarse en la existencia de la inminente producción de un daño que no pueda ser reparado por una eventual sentencia o que haga inútil la tramitación del proceso, es decir, que lo vuelva ineficaz. Se pretende evitar que la justicia llegue muy tarde. Así, el peligro en la demora conlleva la existencia de condiciones fácticas de urgencia, la probabilidad de que se ocasione un daño concreto y que, de producirse ese daño, el proceso se vuelva ineficaz. Para ello, el solicitante de la medida cautelar no solamente debe alegar la producción del daño y las demás circunstancias antes descritas, por el contrario, partiendo de las condiciones de cada caso, el solicitante debe *justificar* que lo señalado ocurre o puede ocurrir. Esto servirá de parámetro objetivo para la valoración de la procedencia de la medida.

contencioso administrativo. Por otro lado, el grave riesgo que se enuncia, en caso de acontecer, requiere que previamente se sigan los procedimientos correspondientes, por lo que, no obstante, ser posible la ejecución del acto administrativo, esto no implica que ocurra de manera inmediata.

En ese sentido, en relación al otorgamiento de la medida cautelar, considera este Juzgado que de la lectura del aviso de demanda y sus anexos no es posible advertir la existencia del presupuesto del peligro en la demora, pues el apoderado de la parte requirente se limita a argumentar que de no decretarse la misma, se vería obligada a pagar en el corto plazo de ocho días calendarios, lo cual la descapitalizaría generándole falta de liquidez para el cumplimiento de sus obligaciones tales como pago de planillas y proveedores, **sin lograr establecer de una manera real y concreta la ocurrencia del daño alegado y por lo tanto, la urgencia y necesidad de la medida cautelar.** Tampoco existe información de respaldo, que advierta, al menos de forma indiciaria que el patrimonio o resultados económicos de la parte requirente, se vieran afectados al no concederse la medida cautelar, más allá de los efectos legales que traería consigo el cobro de la multa impuesta.

Asimismo, la doctrina considera que “El solicitante tiene la carga de alegar y acreditar el daño, el riesgo de que se produzca y la razón de que tal daño ponga en peligro la efectividad de la sentencia favorable a su pretensión (Ayala, José María. (2018). “Las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo”. V Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, p. 64). También la Sala de lo Contencioso se ha pronunciado al respecto en la resolución interlocutoria de referencia 429-2017, de fecha 25 de enero del año 2018, expresando que: “(...) si bien es cierto, este Tribunal reiteradamente ha sostenido que no se requiere de pruebas irrefutables que demuestren la existencia de un “daño irreparable o de difícil reparación”, pues al tratarse de medidas provisionales estas pueden basarse en un juicio de probabilidad y no de certeza, al menos el solicitante debe realizar un argumento consistente, medianamente detallado y con los documentos idóneos —de ser necesario—, en los que se explique o se demuestre de manera fehaciente, como la ejecución de los actos impugnados causa un perjuicio tal a la parte demandante que puede ser de muy difícil o imposible reparación por la sentencia (...)”. Supuestos que en el presente caso no han acaecido.

Por tanto, el primer presupuesto señalado en el artículo 98 de la LJCA, es decir, el peligro en la demora, no se cumple. Debe hacerse énfasis en que, en el presente caso, a efectos de poder decretar una medida cautelar, es imperativo que concurra una de sus características fundamentales, la cual es que existan circunstancias urgentes que habiliten su otorgamiento, es decir, que más allá de la idea de peligro en abstracto, precisa que exista urgencia en concreto, de tal manera que al no decretarse inmediatamente la medida, tal peligro no pueda evitarse.

Así, en vista que no se ha acreditado el primer presupuesto para otorgar la medida cautelar, es inoficioso seguir con el estudio en cuanto a la apariencia del buen derecho ya que “(...) a la hora de considerar el *fumus boni iuris* debe tenerse en cuenta: 1) que solo procede analizar el *fumus boni iuris* si hay *periculum in mora*. Esto es, el juicio de probabilidad de estimación de la pretensión de la parte debe venir precedido de la constatación de riesgo para la satisfacción de la tutela judicial efectiva, de riesgo de pérdida de la finalidad del recurso, pues solo tiene sentido el análisis del *fumus boni iuris* en el seno de la ponderación de los intereses en conflicto en situación de *periculum in mora* (...). (Ayala, José María, (2016). *Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: finalidad y criterios a considerar*. III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, p. 93).

Como consecuencia de todo lo anterior, al no concurrir todos los presupuestos establecidos en los artículos 98 de la LJCA para el otorgamiento de la medida cautelar, y no obstante la no oposición de la parte requerida al otorgamiento de la medida cautelar, corresponde denegar la solicitud de suspensión de los actos



II. De conformidad a lo antes expuesto y con fundamento en los artículos 97, 98 y 99 inciso 1°, 30 inciso 4° y 123 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en relación al artículo 167 del Código Procesal Civil y Mercantil, el suscrito Juez **RESUELVE**:

1. **AGRÉGUENSE** 1) El escrito presentado a las catorce horas del día diez de octubre del año dos mil dieciocho, a ff. 68 al 69.
2. **TÉNGASE** como autoridad requerida al CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, a través de sus procuradores, abogados Aldo Enrique Cáder Camilot, Gerardo Daniel Henríquez Angulo y Narda del Rosario Rivera Martínez.
3. **TÉNGASE** por evacuado el traslado conferido al CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, en cuanto a lo siguiente: **i)** al pronunciamiento sobre la medida cautelar peticionada por la parte solicitante; **ii)** la remisión del expediente administrativo original; **iii)** la identificación de terceros, en su caso; y **iv)** el informe sobre el conocimiento de otros procesos contencioso administrativos con los que pueda ocurrir un supuesto de acumulación.
4. **SIN LUGAR** a que se adopte la medida cautelar peticionada por la parte solicitante, de conformidad a las razones vertidas en el romano I de la presente resolución.
5. **TÉNGASE** por recibido el expediente administrativo original proporcionado por el CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA conformado por una pieza pública de ciento cincuenta y un folios útiles y una pieza confidencial que consta de cuatrocientos cuatro folios útiles.
6. **TÓMENSE** las providencias necesarias para el resguardo y debida custodia del expediente remitido y clasificado como confidencial por la Superintendencia de Competencia, de conformidad a los artículos 6 literal f), 24, 26 y 27 de la Ley de Acceso a la Información Pública, así como el artículo 55 del Reglamento de la Ley de competencia.
7. **PÓNGASE** a disposición de la sociedad solicitante el expediente administrativo remitido por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, tanto la pieza pública, como la pieza confidencial, esta última en vista que como consta a f. 148 de la pieza pública, la información clasificada como confidencial ha sido producida y remitida a la Superintendencia de Competencia por la misma sociedad PRO-NOBIS. Lo anterior, con la finalidad que pueda tener acceso a dicho expediente previo a un eventual proceso contencioso administrativo, en original y exclusivamente dentro de esta sede judicial, de conformidad al artículo 32 de la LJCA.
8. **REANÚDESE** el plazo para deducir pretensiones, de conformidad a los artículos 30 inciso cuarto y 25 de la LJCA, a partir del día siguiente al de la notificación de esta resolución. ✓ *plazo?*

Tome nota la Secretaría de este Juzgado, del lugar, medio técnico y personas comisionadas por la autoridad administrativa requerida, para oír y recibir notificaciones.

NOTÍFIQUESE.

Ante mí

