



NOTIFICACIONES Y CITACIONES

437-2007

AL CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA,
POR MEDIO DE SUS APODERADOS GENERALES JUDICIALES ABOGADOS -
RICARDO ANTONIO MENA GUERRA Y JULIA EMMA VILLATORO TARIO O -
JULIA VILLATORO DE DAWSON.

HAGO SABER: Que en el Juicio Contencioso Administrativo promovido por la **SOCIEDAD SHELL EL SALVADOR, S.A., POR MEDIO DE SUS APODERADOS GENERALES JUDICIALES LICENCIADOS LUIS NELSON SEGOVIA, CARLOS MAURICIO GUZMÁN SEGOVIA Y JANNETH CAROLINA BRITO CENTENO** contra el **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA**, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado la resolución que literalmente dice:

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: San Salvador, a las catorce horas veinte minutos del veintisiete de mayo de dos mil ocho.

I. A sus antecedentes los siguientes escritos: 1) los presentados por los abogados Ricardo Antonio Mena Guerra y Julia Emma Villatoro Tario o Julia Emma Villatoro de Dawson, quienes manifiestan comparecer como apoderados generales judiciales del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia: a) escrito presentado el diecisiete de diciembre de dos mil siete, por medio del cual entre otros puntos rinden el informe requerido por este Tribunal en auto de las catorce horas veintiún minutos del veintisiete de noviembre del año recién pasado, piden revocatoria de la medida cautelar otorgada, y solicitan prórroga para la remisión del expediente administrativo tramitado en relación con este caso; b) escrito presentado el dieciocho de diciembre del año recién pasado, mediante el cual presentan para su agregación copia certificada de poder general judicial con el cual acreditan su comparecencia en este proceso, y ratifican lo expuesto en el escrito referido en el literal anterior; c) escrito presentado el once de marzo del corriente año, en el que amplían escrito en el que piden la revocatoria de la medida cautelar otorgada; y, 2) el presentado el veintiuno de enero del presente año, suscrito por Ricardo Armando Martínez Vásquez, quien pretende apersonarse al proceso en calidad de apoderado general judicial de la Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo, tercera beneficiada con el acto que se impugna.

II. Respecto del recurso de revocatoria interpuesto por la Superintendencia de Competencia

i) De la medida cautelar decretada

Se hacen las siguientes consideraciones: En el presente juicio se impugnan los siguientes actos: a) resolución dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, mediante la cual se resuelve "Declarar la existencia de las prácticas anticompetitivas contenidas en las letras b y d del

Art. 30 de la Ley de Competencia (...)” e imponerle multa por la cantidad de ochocientos cincuenta y dos mil dólares de los Estados Unidos de América”; y, b) resolución que vía recurso de revisión confirma la anterior decisión.

La medida cautelar solicitada en la demanda se encamina en primer lugar a evitar que mientras se tramita este proceso se obligue a la sociedad peticionaria a suspender las prácticas calificadas por la demandada como anticompetitivas y en segundo lugar a que no se haga efectivo el cobro de la multa impuesta por la Superintendencia de Competencia.

A las catorce horas veintiún minutos del veintisiete de noviembre del año recién pasado, este Tribunal emitió auto en el que otorgó la medida cautelar solicitada por la parte actora, únicamente en lo concerniente a las supuestas prácticas anticompetitivas. El alcance de la medida otorgada se circunscribe a permitir que la demandante continúe con la “implementación de políticas de ajustes competitivos” mientras esté vigente la medida cautelar, consecuentemente la Superintendencia no puede obligar a la demandante al cese de las mencionadas prácticas calificadas en el acto impugnado como anticompetitivas.

Esta Sala ha sostenido reiteradamente que la suspensión de los efectos de los actos administrativos, puede declararse luego de verificarse determinados supuestos tasados por la Ley, parámetros de procedencia que son analizados por el Tribunal ya que —solicitada por el impetrante la suspensión, será la Sala quien determine la relación causa-efecto entre el daño y el cumplimiento del acto que se impugna—.

En relación con lo anterior, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala en su artículo 16 que la suspensión sólo procede respecto de actos que produzcan o puedan producir efectos positivos; y en su artículo 17 regula que procede ordenar la suspensión provisional del acto impugnado, cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

Dichos parámetros han sido analizados en el presente caso en el siguiente sentido:

A large, stylized handwritten signature in black ink is positioned on the right side of the page. Below the main signature, there are smaller initials, possibly 'C' and 'd', also handwritten.

La potestad que la referida disposición otorga a este Tribunal, le faculta a decretar la suspensión temporal de la eficacia del acto que se impugne, cuando la ejecución de sus efectos causen un "daño irreparable" o de "difícil reparación".

El primer supuesto se refiere a aquellos casos en que la situación del administrado que se ha visto afectado con el acto administrativo, no sea susceptible de reconstrucción a posteriori si se consumaran los efectos del acto (en otros términos, se imposibilitaría el restablecimiento de la situación original del particular alterada por el acto recurrido). No obstante que en la sentencia definitiva se accediese a las pretensiones que el demandante haya formulado en su demanda ante la Sala, la decisión jurisdiccional del conflicto carecería de eficacia para restablecer tal situación ante los hechos consumados.

El segundo supuesto mientras tanto, condiciona la adopción de la medida cautelar a la posibilidad de que se produzca un daño "de difícil reparación", es decir, que la situación alterada por el acto recurrido será dificultosamente reconstruible ante la consumación de los efectos del mismo; como consecuencia, las medidas para restablecer el derecho violado y que pretendan la reconstrucción de la esfera jurídica del demandante, se verían obstaculizadas en su aplicación.

ii) De la revocatoria solicitada

Los apoderados de la parte demandada han solicitado la revocatoria de la medida cautelar otorgada, argumentando que en el presente caso la dilación del proceso no conllevaría un daño de gran intensidad en la esfera jurídica del administrado, un daño que impida la restitución íntegra del bien jurídico lesionado. Asimismo han manifestado que para entender que concurre una amenaza de un daño irreparable o de difícil reparación éste debe basarse en aspectos verdaderamente irreparables o de difícil reparación y no en una mera apreciación subjetiva del impugnante. Además, en el último escrito presentado hacen relación a las reformas a la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo, las cuales se han dado mediante Decreto Legislativo N° 535, de fecha diecisiete de enero del año en curso,

publicado en el Diario Oficial N° 24, Tomo 378, de fecha cinco de febrero del referido año, argumentando en síntesis que de conformidad a lo regulado en los artículos 4-B, art. 5 inciso 2°, artículo 13 literal p) y artículo 18 inciso 2°, de la última ley referida, este Tribunal debe considerar respecto de la medida cautelar adoptada, que la misma “debe ser posible jurídica y materialmente; es decir que la misma tenga viabilidad jurídica. En otras palabras que respete todo el sistema de normas y que no implique una transgresión a alguna de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico vigente”.

Respecto de las anteriores aseveraciones se hacen las siguientes aclaraciones:

a) Adopción de la medida cautelar

Los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su texto "Curso de Derecho Administrativo I", afirman que la posibilidad de reparación de la situación alterada por el acto no debe medirse en términos económicos únicamente, y que "basta simplemente con que la reparación *in natura* sea imposible, o al menos difícil, para que proceda la suspensión del acto recurrido por la Ley, suspensión de la que en muchos casos depende la propia efectividad de la garantía implícita en el derecho de recurso(...)".

En concordancia con lo anterior es preciso reiterar además lo que en otras decisiones ha sostenido este Tribunal, referente a que la adopción de las medidas cautelares no requiere *per se* 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, naciendo toda providencia cautelar de la existencia de un peligro de daño jurídico derivado de la retardación de la sentencia definitiva (*periculum in mora*).

La resolución en que se decreta la medida cautelar nace de la relación que se establece entre la necesidad de adoptar sin demora la medida para lograr su eficacia y la evidente incapacidad del proceso contencioso de llegar pronto a una sentencia definitiva. Se ha señalado en la doctrina sobre las medidas cautelares que una característica típica de estas es que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la

A large, stylized handwritten signature is written vertically on the right side of the page. Below it, the initials 'C.D.' are written in a smaller, simpler hand.

emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual, aseguran preventivamente.

Queda claro entonces que en el proceso contencioso administrativo, las medidas cautelares son otorgadas por el juez sobre la base de un juicio probabilístico y no de certeza, basta la concurrencia del *fumus bonis juris*, es decir, la apariencia del buen derecho que debe derivar de la narrativa libelar y los argumentos aportados en la demanda.

Continuando con el relacionado orden de ideas, esta Sala estima que en el caso de autos, en el que el acto impugnado resuelve una situación multipolar, es ineludible analizar la situación del particular desfavorecido con el acto administrativo, y para quien la ejecución del mismo podría ocasionar irreparables perjuicios.

De lo expuesto por las partes se ha determinado que en el caso *subjúdice* de no suspenderse los efectos del acto en que se ordena el cese de ciertas conductas, su ejecución produciría un daño de difícil reparación a Shell El Salvador S.A., por las siguientes razones: la consecuencia de la revocatoria de la suspensión del referido acto, sería el cese de las conductas que según los argumentos de la demandante son políticas de mercado, lo que le ocasionaría un daño irreparable, no en el estricto sentido de ocasionársele una pérdida monetaria, sino además en el hecho que se podría provocar el cierre de algunas de sus estaciones, lo que haría imposible cuantificar a futuro las pérdidas ocasionadas por la suspensión de sus actividades.

Con los elementos aportados por ambas partes en este proceso se confirma que es necesaria la adopción de la medida cautelar solicitada, caso contrario, si la decisión definitiva que en su momento ha de pronunciarse en este proceso fuese estimatoria, sería imposible reparar el daño causado al particular, deviniendo en una sentencia ineficaz y carente de efectos restitutorios.

b) Sobre la existencia de un interés social

La autoridad demandada alega que de conformidad al artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la afectación al interés social o público es una causa por la cual debe denegarse la suspensión de los

efectos del acto administrativo impugnado. Señala que en el caso en estudio, si no se termina con las políticas de ajustes de precios implementadas por la demandante, se afectará la competencia real y efectiva, causando un trastorno en el mercado de los combustibles y afectando en definitiva a los consumidores, lesionándose con ello el interés público que justifica sobradamente la revocatoria de la suspensión decretada; y añade que las fallas en el mercado de combustible generarían un incremento artificial en los precios de los mismos, causando paralelamente un incremento en todos los bienes.

Al respecto éste Tribunal considera que la disposición que recoge la situación que ha sido alegada, establece literalmente que *"No se otorgará la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, si al concederse se siguiere perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro o trastorno grave de orden público"*.

De tal disposición se advierte que la misma no se refiere al interés social o público genérico que se presupone es el fin de todo el accionar de la Administración Pública, ya que si así fuera difícilmente podría decretarse en algún proceso contencioso la suspensión del acto, sino en supuestos concretos en los cuales se denotara en forma evidente que con la suspensión del acto se contravendría un específico interés social, ante el cual es procedente abstenerse de suspender los efectos del acto que se debate.

En el caso de autos ésta Sala estima, que si bien es cierto se han hecho señalamientos tendientes a demostrar un posible perjuicio al interés social, los argumentos que se han vertido al respecto, son tendientes a justificar el fondo del asunto planteado, y no a demostrar un perjuicio inminente al interés social o un peligro de trastorno grave del orden público, que justifiquen la revocatoria de la medida. Pues si bien es cierto, dada la naturaleza e importancia de los combustibles y la realidad de la alza de precios de dichos productos, se hace necesario que exista un control en su comercialización y que dicha actividad sea especialmente vigilada por las autoridades competentes, los argumentos aportados por la parte demandada en este proceso no han evidenciado que de continuarse con la implementación de las

A large, stylized handwritten signature in black ink, followed by the initials 'C' and 'di' written in a smaller, simpler hand.

No obstante lo anterior debe tenerse en cuenta que por su propia naturaleza las medidas cautelares no son inmutables en el tiempo, de ahí la posibilidad de que puedan ser alteradas en cualquier estado del proceso.

III. El abogado Ricardo Armando Martínez Vásquez, presentó escrito ante este Tribunal, por medio del cual pretende se le tenga por parte en calidad de apoderado general judicial de la “ASOCIACIÓN SALVADOREÑA DE DISTRIBUIDORES DE PRODUCTOS DE PETROLEO”, que puede abreviarse ASDPP, sin embargo, en el poder con el cual pretende legitimar la personería con que actúa se denomina a su mandante como “ASOCIACIÓN SALVADOREÑA DE DISTRIBUIDORA DE PETROLEO”, existiendo en consecuencia una disparidad entre el nombre consignado en la demanda y este último instrumento, por lo que se hace necesario se aclare dicha diferencia.

IV. De conformidad con todo lo anteriormente expuesto esta Sala Resuelve:

a) Tiénese por parte al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por medio de sus apoderados los abogados Ricardo Antonio Mena Guerra y Julia Emma Villatoro Tario o Julia Emma Villatoro de Dawson; por agregada la documentación que adjuntan a sus escritos detallada en la razón de presentado suscrita por el Secretario de esta Sala.

b) Declárase sin lugar la revocatoria de la medida cautelar solicitada por los referidos profesionales;

c) Confírmase la suspensión de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados respecto de la orden de cese en la implementación de la política de ajustes competitivos ordenada a Shell de El Salvador S.A. por la autoridad demandada mientras se tramita el presente proceso.

d) Por rendido el informe requerido a la parte demandada;

e) Rinda nuevo informe el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, dentro del término de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente resolución, con las justificaciones en las que fundamenta la legalidad de sus actuaciones respecto de los actos administrativos que se les atribuyen en la demanda;

A large, stylized handwritten signature is written vertically on the right side of the page. Below it, there are smaller initials, possibly 'C' and 'A', also written vertically.

políticas comerciales del agente económico demandante se cause un daño de las magnitudes que trata de evitar el artículo 18 de la ley en comento.

Es además pertinente relacionar que con la suspensión decretada no se ocasiona un perjuicio capaz de entorpecer el funcionamiento normal de la actividad administrativa, el buen funcionamiento del mercado, ni se desprotege un interés de la comunidad o del conglomerado como tal, ya que, como se menciona anteriormente, el accionar de los agentes económicos está siendo vigilado constantemente por las autoridades competentes, por lo cual no se puede sacrificar el funcionamiento de la demandante anticipándose a que el operar de la misma causará un trastorno al interés general. Las razones expuestas nos llevan a concluir que la situación que se presenta no encaja en la excepción regulada en el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se advierte que en el caso en estudio se ha decretado la suspensión de los efectos del acto conforme a los parámetros señalados en la Ley de la materia; por lo cual no procede acceder a la revocatoria solicitada por la parte demandada.

ii) De las reformas a la Ley Reguladora del Depósito, Transporte y Distribución de Productos de Petróleo

Respecto de los argumentos relacionados con las referidas reformas, esta Sala hace las aclaraciones siguientes: la autoridad demandada enfatiza que las conductas por las que ha sancionado a la sociedad Shell S.A., contravienen lo regulado en los artículos 4-B, art. 5 inciso 2°, artículo 13 literal p) y artículo 18 inciso 2° de la precitada ley, por lo que considera es imperativo que esta Sala revoque la adopción de la medida cautelar.

No se debe perder de vista que acceder a la petición de la parte demandada basándonos en las reformas que ha sufrido la referida ley sería equivalente a calificar *a priori* dichas conductas como ilegales, vulnerando en consecuencia todas las garantías del debido proceso a la parte afectada, y además otorgando a la medida cautelar efectos que únicamente corresponden a la sentencia definitiva.

f) Concédese a la Superintendencia de Competencia el plazo señalado en el párrafo anterior para remitir el expediente administrativo relacionado con el presente proceso, debidamente foliado y ordenado cronológicamente, (art. 48 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa);

g) Previénese al abogado Ricardo Armando Martínez Vásquez, que legitime en debida forma su personería dentro del plazo judicial de tres días hábiles contados a partir ^{del día siguiente/} de la notificación de esta resolución.

h) Notifíquese esta resolución al Fiscal General de la República, para los efectos del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y,

i) Tómase nota de los lugares señalados para recibir notificaciones y de las personas comisionadas para tal efecto. ~~Enmendado-Concédese-Vale. Entrelineas-~~ ~~del día siguiente-Vale. Más enmendado-dieciséis-Vale.~~

*****CARDOZA.-----AYALA G.----- R. NÚÑEZ.----- POSADA.-----
*****PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS Y LAS SEÑORAS
MAGISTRADAS QUE LO SUSCRIBEN.***** ILEGIBLE.***** SECRETARIO*****
FIRMAS RUBRICADAS*****

Y para que le (s) sirva de legal notificación le (s) extendiendo (el, la) presente ESQUELA de notificación, en la ciudad de SAN SALVADOR, a las QUINCE horas CINCUENTA minutos del día ONCE de SEPTIEMBRE del año dos mil ocho.

Ramón
NOTIFICADOR

a