

A) Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

HAGO SABER: Que en el Juicio Contencioso Administrativo promovido por **HARISA, S.A. DE C.V., POR MEDIO DE SUS APODERADOS GENERALES JUDICIALES CON CLAÚSULA ESPECIAL DOCTOR ROBERTO ROMERO PINEDA Y LICENCIADOS CARLOS ENRIQUE CASTILLO GARCÍA Y JORGE ENRIQUE MÉNDEZ PALOMO** 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 quince horas y doce minutos del dieciocho de agosto de dos mil once.

I. Por agregado el escrito del licenciado Jorge Enrique Méndez Palomo, apoderado general judicial con cláusula especial de la sociedad HARISA, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse HARISA, S.A. DE C.V., presentado el día quince de marzo del corriente año.

II. Por auto de las quince horas y tres minutos del cinco de enero de dos mil once (folio 154), se confirió audiencia a HARISA, S.A. DE C.V., a efecto que se pronunciara sobre la revocatoria de la medida cautelar solicitada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

La autoridad demandada fundamentó su petición de revocatoria de la medida cautelar ordenada por auto del veinticuatro de agosto de dos mil diez, en el principio rebus sic stantibus contenido en el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por lo que, aseveraron que dado que la situación financiera más reciente de la demandante reflejaba que ésta si tenía capacidad de pago de la multa impuesta ya que el monto de la misma equivalía solo al dieciséis punto cero cinco por ciento (16.05%) de las utilidades totales de HARISA, S.A. DE C.V. para el año dos mil nueve, y al nueve punto setenta y ocho por ciento (9.78%) del patrimonio total de dicha sociedad para el mismo año; concluyendo que el pago de la multa impuesta no podía mermar en forma alguna las operaciones de la demandante, por lo que era procedente revocar la suspensión.

Por su parte, el apoderado de la sociedad demandante al contestar la audiencia conferida aseveró lo siguiente:

(a) Que la situación de liquidez de la empresa no es como la pretende hacer ver la autoridad demandada con los estados financieros del año dos mil nueve, presentados en su escrito de solicitud de revocatoria de la medida cautelar, ya que, las cifras contables en un balance son resultado de un sistema de doble entrada, lo que implica que del patrimonio reflejado en dichos balances, más de la mitad se encuentra invertido en insumos con los que la empresa trabaja y en consecuencia, la multa excede la liquidez de la empresa.

(b) Que aunado a lo anterior, a finales del año dos mil diez se produjo una crisis en el mercado de trigo, que provocó que los precios subieran desmesuradamente, elevando los precios de los contratos de trigo en los meses de enero, febrero, marzo y abril de dos mil once. Aseveró, que las presiones inflacionarias causadas por el aumento del petróleo y la eliminación del subsidio del gas a empresas de alto consumo han reducido cualquier margen de liquidez de su mandante para efectuar un pago tan grande como la de la multa que se le pretende hacer pagar, lo cual pues, causaría un daño de difícil reparación.

RECIBIDO
SUPERINTENDENCIA
DE COMPETENCIA
2012 JAN 27 AM 11 48

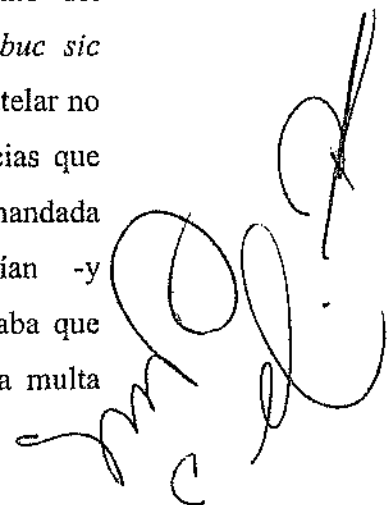
(c) Finalmente, solicita que se declare que las comunicaciones entre empresas, la práctica de efectuar importaciones conjuntas de materia prima, así como la transferencia de materia prima entre empresas y el intercambio monetario que resulta de dicha actividad no constituyen prácticas anticompetitivas, ya que como expone, más bien contribuyen a bajar los costos de producción que son reflejados en el mercado.

En virtud de lo expuesto en los literales (a) y (b) de esta resolución, el apoderado de la sociedad demandante consideró que existían suficientes razones económicas para mantener la medida cautelar dictada en este caso.

A efecto de resolver la revocatoria de la medida cautelar solicitada por la parte demandada, este Tribunal realiza las consideraciones siguientes:

Por resolución pronunciada en auto de las quince horas y dos minutos del veinticuatro de agosto de dos mil diez, se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados únicamente en el sentido que la parte demandada no podría exigir de HARISA, S.A. DE C.V., el pago de la multa impuesta por la suma de DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR (\$2,061,406.20) equivalentes a DIECIOCHO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUATRO COLONES (¢18,037,304.00), mientras se encontrara en trámite el presente proceso. La referida medida fue decretada luego de analizar los argumentos vertidos por ambas partes al respecto, así como los presupuestos de procedencia regulados en los artículos 16, 17 y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. De hecho, al ponderar los intereses en juego, este Tribunal consideró improcedente denegar tal medida en la parte de los actos impugnados que ordenaba el “cese de las prácticas anticompetitivas descritas en el artículo 25 letra d) de la Ley de Competencia”, por considerar que en dicho aspecto no se cumplía con el requisito estipulado en el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (folios 103 a 107 vuelto).

Por escrito presentado el doce de octubre de dos mil diez, encontrándose el presente proceso en la fase procesal establecida en el artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, pidió que se revocara la medida cautelar decretada en el auto del veinticuatro de agosto de dos mil diez, fundamentándose en el principio *rebus sic stantibus* contenido en el artículo 23 de la citada Ley, según el cual la medida cautelar no causa estado pudiendo revocarse u ordenarse -según el caso-, si las circunstancias que motivaron su otorgamiento o revocatoria han variado. En base a ello, la parte demandada alegó que para este caso, las circunstancias habían mutado porque ellos tenían -y presentaron- documentación financiera de la demandante que a su juicio mostraba que HARISA, S.A. DE C.V., tenía recursos suficientes para efectuar el pago de la multa



impuesta, sin que tal erogación le causara daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva –artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa-. Por lo que, manifestaron que al incumplirse con el referido requisito del artículo 17 en mención, era procedente revocar la medida otorgada (folio 107).

En razón de lo anterior, y al fundamentarse la revocatoria de la medida cautelar en el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es en la supuesta variación de las circunstancias que originalmente fueron estudiadas por este Tribunal y que motivaron el otorgamiento de la misma, es que este Tribunal tiene a bien admitir la petición de la parte demandada a efecto de analizar si efectivamente las circunstancias han variado y consecuentemente es procedente revocar la suspensión concedida, siendo procedente empezar a analizar los argumentos, documentos y circunstancias planteadas por las partes a fin de dilucidar si la medida cautelar controvertida debe ser o no revocada.

Como se estableció en el auto de las quince horas dos minutos del veinticuatro de agosto de dos mil diez, este Tribunal comparte lo expuesto por diferentes Tratadistas de Derecho Administrativo en el que afirman que para conceder las medidas cautelares “basta simplemente con que la reparación in natura sea imposible, o al menos muy 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 del recurso”. Y, que además, para la adopción de las medidas cautelares 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 (folio 106).

En razón de lo reseñado, en aquel momento se consideró que la no suspensión del pago de la multa impuesta a HARISA, S.A. DE C.V. que asciende a la suma de DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR (\$2,061,406.20) equivalentes a DIECIOCHO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUATRO COLONES (¢18,037,304.00), produciría un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva, ya que era dable deducir que dicho pago -voluntario o forzoso-, provocaría dificultades en el funcionamiento operativo, administrativo y financiero de la demandante. Lo anterior, fue analizado sin exigir a la demandante que presentara documentación mediante la que se verificara la situación financiera de la misma, precisamente porque el Tribunal estima que no se requiere de pruebas irrefutables al respecto, como se señaló en el párrafo que precede.

No obstante lo anterior, la parte demandada aduce que del análisis de los estados financieros de HARISA, S.A. DE C.V. que adjuntan al proceso (folios 138 al 151), se desprende que la referida sociedad tiene recursos económicos suficientes para cubrir el

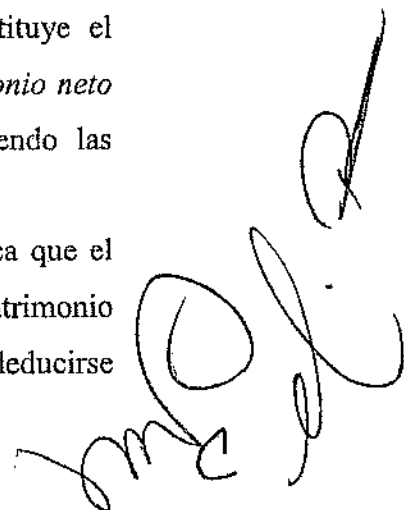
pago de la multa sin que ello le genere perjuicio, aseverando que el monto de la multa equivale solo al dieciséis punto cero cinco por ciento (16.05%) de las utilidades totales de HARISA, S.A. DE C.V. para el año dos mil nueve, y al nueve punto setenta y ocho por ciento (9.78%) del patrimonio total de dicha sociedad para el mismo año, siendo procedente revocar la suspensión.

Efectivamente, de la revisión del balance general de HARISA, S.A. DE C.V. al treinta y uno de diciembre de dos mil nueve, se aprecia, que dicha sociedad tiene un patrimonio total por la cantidad de treinta y un millones trescientos setenta mil novecientos cuarenta y un dólares de los Estados Unidos de América con diecisiete centavos de dólar (\$31,370,941.17) equivalentes a doscientos setenta y cuatro millones cuatrocientos noventa y cinco mil setecientos treinta y cinco colones con veinticuatro centavos de colón (¢274,495,735.24), y que sus utilidades para dicho ejercicio fueron del orden de seis millones cuatrocientos sesenta y nueve mil seiscientos ochenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de América con ochenta y seis centavos de dólar (\$6,469,684.86) equivalentes a cincuenta y seis millones seiscientos nueve mil setecientos cuarenta y dos colones con cincuenta y dos centavos de colón (¢56,609,742.52); por lo que la multa impuesta a la sociedad actora equivale a los porcentajes referidos por la parte demandada, descritos en el párrafo precedente.

Sin embargo, es importante analizar en este punto, que debe entenderse por patrimonio. Así, puede decirse que el *patrimonio* se entiende *conformado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que pertenecen a la empresa, y que constituyen los medios económicos y financieros a través de los cuales ésta puede cumplir con sus fines.*

Es procedente ahora analizar qué es lo que comprende cada elemento que conforma el patrimonio: (1) *bienes* son todos aquellos factores productivos *ya sean materiales* -edificios, maquinaria, mercaderías, entre otros -o *inmateriales*- patentes, derechos de traspaso, etc-, que la empresa utiliza para intentar el logro de los objetivos; (2) *derechos*: están constituidos por aquellas situaciones jurídicas en las que la empresa se encuentra en situación de recibir, esto es de sujeto acreedor frente a terceros, ejemplo créditos a clientes, depósitos a su favor en entidades de crédito, etc; y (3) *obligaciones*: aquellas situaciones en que la empresa es deudora de otras unidades económicas, por compromisos derivados de contratos, débitos a proveedores, préstamos a entidades bancarias, etc. La suma de todos los elementos anteriores, es lo que constituye el patrimonio o la riqueza de la empresa. A su vez, debe entenderse que el *patrimonio neto* de una sociedad está compuesto únicamente por *bienes y derechos* excluyendo las *obligaciones*.

De lo reseñado se extrae, que lo alegado por la parte demandada implica que el pago de la multa impuesta a HARISA, S.A. DE C.V., equivale al 9.78% de su patrimonio -neto- para el año dos mil nueve. Sin embargo, de lo expuesto también puede deducirse



que el patrimonio no puede ser tomado en cuenta como un parámetro que refleje las posibilidades de pago de una sociedad, ya que, aun cuando sea tomando el patrimonio neto, éste se conforma de todos los bienes y derechos que conforman el patrimonio, que si bien pueden denotar riqueza, no implican per se que sean realizables en dinero líquido que pueda ser desembolsado sin generar problemas de liquidez que afecten el buen funcionamiento y operatividad de una sociedad.

La anterior afirmación se puede comprobar de la revisión del balance general para el año dos mil nueve, según éste, aproximadamente el noventa y ocho punto ochenta y cuatro por ciento -98.84%- de los activos pertenecientes a HARISA, S.A. DE C.V. están conformados por *inmuebles, maquinaria y equipo, inversiones en asociadas, gastos pagados por anticipado, inventarios, clientes y otras cuentas por cobrar -netas-, cuentas por cobrar a partes relacionadas e intangibles y otros activos*. Siendo únicamente el siete punto dieciséis por ciento restante -7.16%- *el efectivo con que se cuenta en dicha sociedad*. Similar razonamiento puede ser aplicado al tema de la *utilidad* generada por la sociedad demandante para el año dos mil nueve; si bien la multa impuesta equivale al veintitrés punto nueve por ciento -23.9%- de las utilidades generadas para tal ejercicio, ello no implica que la sociedad cuente con tal cantidad en dinero líquido o de fácil realización, que le permitan erogar la multa en controversia sin generar problemas de liquidez, como lo quiere hacer ver la parte demandada.

En realidad, del balance general en estudio se extrae que la multa impuesta a HARISA, S.A. DE C.V. que asciende a DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR (\$2,061,406.20), equivale aproximadamente al diecinueve punto treinta y nueve por ciento (19.39%) de la cantidad contenida en la cuenta *efectivo, clientes y otras cuentas por cobrar, y cuentas por cobrar a partes relacionadas*; sin embargo es importante resaltar que *las dos últimas cuentas no son directamente dinero líquido*, por lo que el monto de la multa impuesta equivale al noventa y uno punto setenta y dos por ciento -91.72%- de la cuenta de efectivo, que si representa el dinero líquido de la referida sociedad (folio 141).

De todo lo reseñado, esta Sala considera que es dable concluir que la erogación de la multa por la suma de DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR (\$2,061,406.20), si puede generar daños irreparables o de muy difícil reparación por la sentencia definitiva a la sociedad actora, ya que por una parte, implicaría a la demandante despojarse de una cantidad de recursos significativa para el buen funcionamiento y operatividad de la empresa, pues es prácticamente una parte importante del capital de trabajo con en el que se cuenta, sobre todo en una época en que la tendencia es la escasez tanto de *trigo* como *alimentaria*; y por otro lado, su erogación

es capaz de generarle un costo financiero considerable, ambas situaciones provocarían un daño considerable a dicha sociedad que puede ser evitado con la medida cautelar. Y es que, suspender los efectos de los actos impugnados no implica que se esté evitando que el Estado perciba ingresos, sino únicamente dilatar su ejecución si es que ésta fue legalmente efectuada. Debe recordarse, que si bien la Administración Pública debe velar por los intereses generales, ello no debe ir en detrimento de los derechos de los particulares, por eso es que el proceso contencioso administrativo se presenta como una herramienta que controle que dichas actuaciones se amparen en la legalidad.

Además, no puede dejarse de lado el derecho constitucional que tiene todo ciudadano a que se le realice un debido proceso en el que se le garantice una tutela judicial efectiva, en la que se vele por el derecho que tiene de que se le siga un verdadero proceso, en el que de resultar una sentencia estimatoria a sus pretensiones la misma sea eficaz sin menoscabo a sus derechos. Finalmente no puede dejarse de lado, que el tiempo que toma dictar sentencia en los procesos contenciosos administrativos puede ser prolongado, y de dictar un fallo estimatorio a los intereses de la demandante éste podría ya no tener eficacia debido a que los daños producidos serían reparados de forma muy difícil causando nuevos perjuicios a la sociedad demandante. Y, tampoco puede obviarse que los trámites seguidos en la Administración Pública a efecto de obtener la devolución de cantidades pagadas ilegalmente, son muy difíciles de revertir, convirtiéndose en una nueva carga a la administrada.

Por todo lo anterior, este Tribunal estima que no es procedente acceder a la revocatoria de la medida cautelar solicitada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, ya que las circunstancias que provocaron en un primer momento la adopción de la medida cautelar no han mutado, habiéndose nuevamente determinado que la ejecución de los efectos de los actos impugnados en lo relacionado al pago de la multa impuesta a HARISA, S.A. DE C.V., si es capaz de producir daño irreparable o de muy difícil reparación por la sentencia definitiva, cumpliéndose así con el requisito contemplado en el artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sobre los argumentos planteados por la parte actora en virtud de los cuales solicita que se declare que las comunicaciones entre empresas, la práctica de efectuar importaciones conjuntas de materia prima, así como la transferencia de materia prima entre empresas y el intercambio monetario que resulta de dicha actividad no constituyen prácticas anticompetitivas, esta Sala considera que dichos argumentos versan sobre el fondo del litigio ya que lo que se está alegando es parte de la pretensión de su demanda referente a los hechos controvertidos en la misma, y por tanto este Tribunal no se pronunciará sobre dichos alegatos y argumentos en esta etapa procesal sino que se resolverán en la Sentencia Definitiva.



III. En consecuencia, esta Sala RESUELVE:

1) Por cumplida la audiencia conferida a la sociedad HARISA, SOCIEDAD ANONIMA DE CAPITAL VARIABLE, que puede abreviarse HARISA, S.A. DE C.V., por auto de las quince horas tres minutos del cinco de enero de dos mil once.

2) Declárase sin lugar la revocatoria de la medida cautelar solicitada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, por todas las razones expuestas. En consecuencia, estése a lo resuelto en el numeral 5 del auto pronunciado a las quince horas dos minutos del veinticuatro de agosto de dos mil diez, que ordenó que la autoridad demandada no podra exigir de HARISA, S.A. DE C.V. el pago de la multa que asciende a la cantidad de DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR (\$2,061,406.20) equivalentes a DIECIOCHO MILLONES TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CUATRO COLONES (¢18,037,304.00), mientras se encontrara en trámite el presente proceso (artículos 17 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

3) Sin lugar lo solicitado por el apoderado de la parte actora, referente a que se declare en esta etapa procesal, que las comunicaciones entre empresas, la práctica de efectuar importaciones conjuntas de materia prima, así como la transferencia de materia prima entre empresas y el intercambio monetario que resulta de dicha actividad no constituyen prácticas anticompetitivas. Respecto de la anterior petición, en sentencia definitiva se proveerá.

4) Córrese traslado a la parte actora para que presente su alegato dentro del término correspondiente, de conformidad con lo regulado en el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

.....
.....
.....CARDOZA -----AYALA G-----R. NUÑEZ-----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 Antigua Guatemala a las once horas cuarenta y un minutos del día veintisiete de enero del año dos mil doce.

NOTIFICADOR



Se por Marciano Samuel Hernández
se identifica con SVI Numero 02134153-4
as Once horas con veinte y ocho minutos del
Día veintiseis de enero de dos mil once

Este día en la Superintendencia de Competencia de El Salvador