

REF. 05-2009

HONORABLE SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

ALDO ENRIQUE CADER CAMILOT, de treinta y seis años de edad, abogado y notario, del domicilio de San Salvador, con tarjeta de identificación profesional número cinco mil trescientos cincuenta y dos, actuando en mi calidad de apoderado general judicial del **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA** –en adelante el “Consejo Directivo”–, a Vos respetuosamente **EXPONGO**:

I. LEGITIMACIÓN DE PERSONERÍA

Que tal como lo acredito con la fotocopia certificada por notario del Testimonio de Poder General Judicial otorgado a mi favor, que adjunto a este escrito, soy mandatario del Consejo Directivo y tengo facultades suficientes para comparecer en su representación, entre otros, en procesos **contencioso administrativos**.

Por ello, en este acto vengo a comparecer en representación del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia en el proceso contencioso administrativo iniciado por HARISA, S.A. DE C.V. –en adelante HARISA– en contra de mi representada y, en consecuencia, solicito que, en este proceso, se autorice mi intervención como apoderado general judicial del Consejo Directivo y, además, se le tenga a éste por parte.

II. FASE PROCESAL

Por medio de la interlocutoria pronunciada por esa Honorable Sala a las quince horas y quince minutos del día cuatro de febrero, notificada a las once horas y dos minutos del día dieciséis de marzo, ambas fechas del corriente año, se emitieron las siguientes decisiones: (a) se admitió la demanda interpuesta por HARISA; (b) se tuvo por parte a

dicha sociedad, a través de sus apoderados; (c) se mandó a oír en la siguiente audiencia a mi poderdante a efecto que se pronuncie sobre la medida cautelar solicitada por la pretensora; (d) se rechazó la petición que formulé previamente respecto a que se circunscribiera la admisión de la demanda; (e) se requirió que, en un plazo de cuarenta y ocho horas, mi mandante presentara un informe refiriéndose a la existencia de los actos impugnados; y (f) se requirió a mi representada que, en un plazo de cinco días hábiles, remitiera el expediente administrativo.

III. REVOCATORIA DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

A. De la admisibilidad del recurso de revocatoria

Ante el rechazo a la petición hecha por mi poderdante en el sentido de circunscribir la admisión de la demanda de HARISA a los aspectos de estricta legalidad, procede realizar las siguientes consideraciones.

Tratándose de una decisión interlocutoria que va más allá del mero impulso procesal, este aspecto de la resolución de fecha cuatro de febrero del corriente año, es susceptible de impugnarse por la vía del recurso de revocatoria, como bien lo contempla el artículo 426 del Código de Procedimiento Civiles; norma de aplicación supletoria en esta clase de proceso.

Por ello, en este acto, y de manera respetuosa, interpongo **revocatoria** contra la letra "a)" de la parte resolutive de la interlocutoria antes citada, por ir en contra del marco propio de actuaciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y por dejar en indeterminación el sustrato fáctico y jurídico alrededor del cual girará el presente proceso, como demostraré a continuación.

B. Motivos de la impugnación

1. Circunscripción a los asuntos de estricta legalidad

Si bien es cierto, como afirma dicha Sala, que en el proceso contencioso administrativo puede producirse prueba (art. 48 de la ley de la materia), también es cierto que dicha prueba debe estar relacionada con el objeto del juicio, expresamente delimitado en el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "*Art. 2.- Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de las controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública*". Es decir, que la prueba deberá estar orientada únicamente a demostrar la supuesta ilegalidad del acto administrativo reclamado.

Por ello, aunque en la resolución que se ha notificado esta Honorable Sala afirma que su función es "*amplia*" y que puede, por ello, "*conocer sobre aspectos de fondo*", luego la misma se contradice cuando reconoce que esa prueba y esos aspectos de fondo que se conocerían, están relacionados y no son más que la materia de "*legalidad de los actos de la Administración*".

En suma, se ha puesto de manifiesto que toda la prueba que puede verterse en esta clase de juicio, así como el análisis sobre la misma, no puede ser más que aquél orientado a descifrar la legalidad de los actos demandados, lo que implica la verificación que el actuar administrativo haya cumplido con los parámetros legales materiales y procedimentales. De modo inverso, en el juicio contencioso se estaría haciendo un análisis en materia de competencia pura, estableciendo si la práctica cometida por el demandante (HARISA) es anticompetitiva o no, por ejemplo.

Por lo antes expuesto, se solicita de forma expresa y respetuosa que se revoque la admisión de la demanda y se emita nueva decisión circunscribiendo tal acto a los asuntos de estricta legalidad.

2. Imprecisión en la admisión de la demanda

Por otro lado, al observar y analizar la demanda de HARISA puede concluirse que la misma incorpora varios argumentos de distinta naturaleza.

Ante tal circunstancia, cuando esta Honorable Sala decide, por medio de la resolución de fecha trece de enero del corriente año, admitir a trámite la demanda de HARISA, dicha admisión es genérica o "en globo" en cuanto al sustrato fáctico y jurídico que sustentan las supuestas ilegalidades.

En efecto, la resolución antes citada sólo circunscribe los actos reclamados, más guarda completo silencio respecto de los motivos por los cuales se considera que dichos actos son ilegales; aspecto que constituirá el debate en el presente procedimiento.

Lo antes expuesto pone al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia en una situación limitada de defensa porque, en el eventual caso de rendir el informe justificativo, no tendrá certeza de los puntos que esta Honorable Sala considerará al momento de su análisis final; por ello, también por este motivo es respetuosamente interpongo en este acto el recurso de revocatoria contra letra "a)" de la parte resolutive de la interlocutoria antes citada.

Ahora bien, en caso se desestimen los argumentos anteriores y se confirme la admisión de la demanda en los términos planteados en la resolución de fecha trece de enero del corriente año, mi representado este mismo acto rinde el informe requerido y evacua la audiencia conferida, como se expondrá a continuación.

IV. CUMPLIMIENTO DEL INFORME Y LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES

En atención al informe requerido por este Honorable Tribunal, mediante este acto, hago de su conocimiento que el Consejo Directivo, apegado al debido proceso seguido en el

procedimiento administrativo con referencia SC-005-O/NR-2008, emitió a las doce horas del día cuatro de septiembre de dos mil ocho, resolución a través de la cual se declaró que HARISA y MOL, S.A. DE C.V. cometieron la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 25 letra d) de la Ley de Competencia y, en consecuencia, les impuso multas, correspondiendo, la de HARISA, a DOS MILLONES SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON VEINTE CENTAVOS (US\$ \$2,061,406.20).

Asimismo, informo que el Consejo Directivo también pronunció la resolución emitida a las nueve horas del día catorce de octubre de dos mil ocho, mediante la cual se confirmó, en recurso de revisión, el acto administrativo aludido en el párrafo anterior.

La emisión de las resoluciones impugnadas se realizó respetando el principio de legalidad y las demás previsiones constitucionales, legislativas y reglamentarias. Por lo anterior, los reclamos planteados en la demanda son infundados y, consecuentemente, en este acto mi poderdante contesta la misma en sentido negativo.

V. JUSTIFICACIÓN DE LA IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LOS ACTOS IMPUGNADOS

A efecto de proteger los intereses públicos que salvaguarda la Superintendencia de Competencia –tales como la protección y garantía de la competencia en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores–, es oportuno exponer a esta Honorable Sala las consideraciones que evidencian que, en este proceso contencioso administrativo, no es procedente la adopción de una medida precautoria.

A. Carácter excepcional de la suspensión de los efectos de los actos reclamados.

La Constitución, como norma fundamental, establece los lineamientos primordiales a los que debe sujetarse el ordenamiento jurídico. Bajo este marco, uno de los principios

fundamentales contemplados por la Carta Magna es la Justicia. Así, el artículo 1 de la Constitución reconoce dicha categoría como uno de los fines del Estado y, por tanto, un pilar esencial de todo el sistema.

En la misma línea, el artículo 2 inciso 1º de la Constitución, consagra el derecho a la protección jurisdiccional al prescribir que: *“Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”*.

Respecto a lo anterior, se verifica la doble dimensión de la Justicia pues, tratándose de un valor jurídico constitucional, puede examinarse desde una perspectiva general y una particular.

La primera persigue, mediante la articulación de principios y procedimientos jurídicos, la conservación de la sociedad y la posibilidad de que ésta pueda cumplir con sus fines, a través de la conducción de la conducta de gobernantes y gobernados a efecto de cumplir el postulado de asegurar a cada individuo su realización personal.

Desde una perspectiva particular, podemos entender la justicia en su dimensión distributiva, es decir, bajo el postulado de *“dar a cada uno lo suyo”*¹.

Así, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 1 y 2 de la Constitución, se extrae que la justicia se constituye como un valor cardinal del ordenamiento jurídico y, por tanto, el Estado debe procurar la obtención de la misma en un plano material y fáctico. Por tales razones, todo el andamiaje jurisdiccional debe intentar, a través de sus actuaciones, que los individuos a quienes el derecho les asiste obtengan una plena satisfacción de sus pretensiones.

¹ *Vid* Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad bajo Ref. 8-97 el 23/III/2001.

En estrecha relación con lo anterior, y como parte integrante de la justicia, aparece el debido proceso. Dicha categoría comprende el derecho a utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone al alcance de las partes durante la tramitación de un proceso². Las medidas cautelares, siempre que sean procedentes y que su implementación no vulnere bienes jurídicos superiores, configura uno de tales mecanismos³.

De esa manera, pueden definirse las medidas cautelares o precautorias como aquéllas providencias que persiguen evitar que el tiempo que supone la prosecución de un proceso o procedimiento, frustre el derecho del peticionario, asegurando con ello el eventual cumplimiento de la sanción⁴. Sin embargo, es preciso acotar que el grado de peligro de frustración del derecho debe ser palpable y no una mera especulación pues, de otra manera, se estarían desnaturalizando los fines de las medidas cautelares, corriéndose el peligro de apartarse del objetivo de la justicia y seguir derroteros espurios⁵.

También, debe considerarse que tales providencias no persiguen un fin en sí mismo, por cuanto éstas son accesorias⁶ a la pretensión principal, razón por la cual su adopción no debe ser manipulada por quien la requiere para asegurarse una especie de justicia anticipada. En virtud de lo anterior, no puede dejarse de lado que toda sentencia judicial o resolución administrativa implica una tutela o protección directa a intereses sociales, por cuanto éste es el eje primordial de la función pública, situación sumamente patente en la jurisdicción contencioso administrativa.

² Vid IGLESIAS CANLE, I., "Los Recursos Contencioso-Administrativos", Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 33.

³ Vid Sentencia pronunciada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de amparo. Ref. 737-2001 el 4/VI/2002. "Constitucionalmente, la tutela cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva".

⁴ Vid ARAZI, Roland, en AA.VV. "Medidas Cautelares", 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1999, p.4.

⁵ En términos generales, Vid. FUSADES, "Sobre la Desnaturalización de la Suspensión del Acto Reclamado", *Boletín de Estudios Legales*, Núm. 22, octubre 2002.

⁶ Vid ARAZI, Roland, *op cit.* P. 6: Al analizar la característica de accesoriedad en la adopción de las medidas cautelares, el autor manifiesta que la adopción de estas no persigue un fin en sí mismo.

Y es que, si bien es cierto la norma primaria reconoce, por un lado, el acceso a la justicia –Art. 172 de la Constitución–, por otro, instaura como garantía para quienes acuden a ella, el derecho a la pronta y cumplida justicia –Art. 182 ordinal 5º de la Constitución–; pues, por la complejidad que conllevan muchos procesos, como por ejemplo donde se juzga la función administrativa, es inevitable que el desarrollo de éstos se vuelva prolongado. Sin embargo, ello no puede volverse una excusa para quienes pretenden conseguir victorias veladas que afectan, no a la Administración Pública –en el caso del proceso contencioso administrativo–, sino a los fines públicos de la Administración y al sistema judicial en general, por cuanto éste se ve burlado en la consecución de su ideal máximo: la justicia.

Sobre este punto, debe recordarse que uno de los métodos de interpretación básicos del ordenamiento, incluyendo el procesal, es que el “*legislador no legisla para el absurdo*”⁷, razón por la cual, la interpretación jurídica de las medidas cautelares no puede ser automática y pretender sobrepasar fines superiores de orden público a los cuales las actuaciones administrativas sirven.⁸

En este orden, en el Derecho Procesal Administrativo, el paradigma de las medidas cautelares es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, pero tal medida debe ser ponderada en el interés de la consecución de la justicia y el orden público en juego; por tanto, la doctrina estima que la suspensión es un medio excepcional y transitorio.⁹ Es que si se presume que el acto se dicta para satisfacer un

⁷ Vid GASCÓN ABELLÁN, M., “*Interpretación y Argumentación Jurídica*”, San Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, p. 109. Dice la autora que “*Mediante el argumento apagógico o de reducción al absurdo, se sostiene que cierta interpretación de un texto normativo (prima facie posible) no puede hacerse porque conduciría a resultados, por imposibles o por inaceptables*”.

⁸ Vid MARTÍN MATEO, R., “*Manual de Derecho Administrativo*”, 25ª ed., Navarra, Aranzadi, 2006, p. 69. “La Administración está fundamentalmente preocupada por la realización del interés público”. En la misma línea, Vid. GAMERO CASADO, E. “*Derecho Administrativo*”, San Salvador, CNJ, 2001, p. 22. La Administración actúa siempre para satisfacer un interés público.

⁹ Vid. LAMPREA RODRÍGUEZ, P. “*Anulación de los Actos de la Administración Pública*”, 2ª ed., Bogotá, Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2004, 593. En igual sentido, Vid SASTRE LEGIDO, R., “*La Suspensión de los Efectos del Acto Administrativo objeto de recurso*”, RAP, Núm. 79, enero-abril, 1976, pp. 251-252; Vid CHECA GONZÁLEZ, C., “*Consideración sobre la suspensión de la ejecución del acto recurrido acreditando el recurrente los perjuicios de difícil o imposible reparación, y aportando garantías diferentes de las que conllevan la suspensión automática*”, *Jurisprudencia tributaria Aranzadi*, Núm. 7,

fin público de acuerdo con la legalidad, no es posible suspender su eficacia, pues durante un tiempo prolongado dejará de atender ese fin público sin justificación.¹⁰

De esta forma, el tópico de las medidas cautelares, ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha señalado que: *“las medidas cautelares constituyen un mecanismo –dictado al inicio o en el transcurso de un proceso o procedimiento– tendente a asegurar la eficacia de la decisión definitiva que deba dictarse en el mismo, es decir, no constituye un mecanismo de tutela inmediata. Cabe apuntar que las medidas cautelares parten de una base común, la probable existencia de un derecho amenazado –fumus boni iuris– y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso –periculum in mora–. Sobre este punto, se ha esbozado que la razón de la existencia de la función cautelar, es evitar que la duración del proceso altere el equilibrio entre las partes y mantener a salvo la situación jurídica controvertida, procurando así lograr la ejecución de un eventual fallo estimatorio, lo cual no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución”*.¹¹

Al respecto, resulta interesante que la Sala de lo Constitucional considere que tales medidas se dicten *“al inicio o en el transcurso de un proceso o procedimiento”*, es decir, que se reconoce el carácter accesorio de las medidas cautelares, por cuanto la teleología de esta institución no obedece a la consecución de la justicia anticipada por parte del requirente, tal y como lo confirma este Tribunal cuando agrega que su adopción *“no significa que alguno de los litigantes tenga una posición favorable en el proceso de cognición o de ejecución”*.

2005; Vid. DÍAZ DELGADO, J.-ESCUÍN PALOP. V., *“La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales”*, RAP, Núm. 117, septiembre-diciembre, 1988, p. 207.

¹⁰ Vid. BOQUERA OLIVER, J., *“Insusceptibilidad de la suspensión de la eficacia del acto administrativo”*, RAP, Núm. 135, septiembre-diciembre 1994, p. 41. Suspender los actos significa paralizar los mandatos de la Administración y, por tanto, la satisfacción de los fines públicos.

¹¹ Vid. Sentencia pronunciada en el proceso de amparo Ref. 591-2002, el 22/V/2003. En igual sentido, Vid. Auto de sobreseimiento pronunciado en el proceso de amparo bajo Ref. 316-2000 el 27/IX/2001.

Por tanto, de esta jurisprudencia se desprende que el análisis de las medidas cautelares, y sobre todo el de la suspensión provisional de los actos administrativos debe considerar las condiciones que rodean el caso e ir más allá en busca de las implicaciones materiales de la adopción de tal suspensión. Así, es necesario realizar un análisis pragmático de los efectos reales que su implementación conllevaría, situación que es preponderante en el caso en debate.

B. Requisitos para el establecimiento de las medidas cautelares según la doctrina procesal administrativa

La construcción doctrinaria clásica de las medidas cautelares en el Derecho Procesal Administrativo ha establecido que se constituyen en presupuestos básicos para su adopción, la concurrencia del daño irreparable, la apariencia de buen derecho y la ponderación del interés general.¹²

Respecto al primero, se ha mencionado que se constituye en uno de los postulados que indefectiblemente deben concurrir para la procedencia de la adopción de las medidas cautelares, el cual puede traducirse en la necesaria existencia de un verdadero riesgo que al ser pronunciada la sentencia, lo declarado en ella no pueda hacerse efectivo.¹³

En el mismo sentido, Chinchilla Marín apunta que: *"la base determinante en las medidas cautelares es (...) el denominado periculum in mora, ya que la finalidad de aquéllas es evitar el peligro que para el derecho puede suponer la existencia misma de un proceso con la lentitud propia e inevitable del mismo. La amenaza de que se produzca un daño irreversible en la demora en el juicio está en la propia definición de medidas cautelares que (...) son una anticipación provisional de ciertos efectos de la*

¹² Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "Medidas Cautelares (Derecho Administrativo)", en AA.VV., "Enciclopedia Jurídica Básica", v. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 4223.

¹³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.- FERNÁNDEZ, Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", tomo II, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1999, p. 626. Indican que el periculum in mora presupone un "peligro de perjuicio serio si la medida –cautelar– se retrasa". En similar sentido, Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "Los Criterios de Adopción de las Medidas Cautelares en la Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999, p. 49. "La medida cautelar solamente podrá acordarse en los casos en los que la ejecutividad de la actuación impugnada pueda hacer perder al recurso su finalidad (...) según (...) el periculum in mora".

decisión definitiva, dirigidas a prevenir el daño que podría derivarse del retraso de la misma".¹⁴

Sin embargo, el peligro aludido debe ser concreto y latente, por lo que no basta un mero descontento con las resultas de la ejecución del mismo. Y es que, resulta indudable que si se impugnan actos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia es porque existe disconformidad con lo dispuesto por la Administración, pero esta valoración subjetiva del impetrante respecto de las consecuencias que conlleva la ejecución de los actos no basta para acreditar un peligro considerable o inminente.¹⁵

Otra de las exigencias que la doctrina señala para que proceda la adopción de medidas cautelares, es el requisito del *fumus boni iuris* conocido también como apariencia de buen derecho. Tal requerimiento alude a que el derecho que el recurrente alega como afectado debe ser verosímil¹⁶, esto es, que se acredite una probabilidad de que el resultado del proceso sea favorable al actor por vislumbrarse afectaciones o esferas jurídicas determinadas.

No obstante, como el mismo García de Enterría ha señalado, el perjuicio atendible por quien dispone la medida cautelar, debe consistir en el riesgo de que se frustre la tutela efectiva que corresponde otorgar a la sentencia final, lo cual obliga al juez a intentar realizar una valoración *prima facie* no completa de las respectivas posiciones, por cuanto el proceso se encuentra en su parte liminar y aún no se han producido alegaciones de fondo ni la prueba respectiva.¹⁷ Sin embargo, dado que su adopción obedece al principio del proceso constitucionalmente configurado, éste no puede llevarnos al extremo de pretender amparar toda petición de esta índole que nos lleve a

¹⁴ Vid CHINCHILLA MARÍN, C., "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", RAP, Núm. 131, mayo-agosto, 1993, p. 173.

¹⁵ Vid ARAZI Roland, op. cit. p. 9

¹⁶ Vid CASSAGNE, J., "Derecho Administrativo", tomo II, 6ª ed., buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000 p. 248.

¹⁷ Vid GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La batalla por las Medidas Cautelares", 2ª ed., Madrid, Civitas, 1995, p. 175.

desnaturalizar la figura; por cuanto es necesario traer nuevamente a cuenta la característica de accesoriadad que rodea esta institución.

También, en la adopción de las medidas cautelares no pueden dejar de ponderarse los efectos que esas medidas pudieran tener para los intereses generales a los que el acto administrativo sirve. La efectividad del debido proceso (artículos 2, 14 y 172 de la Constitución), debe además predicarse respecto del acto administrativo o, mejor dicho, respecto de los intereses generales a los que éste atiende, para evitar también que sufran un daño irreparable en la mora del proceso.¹⁸

En esta misma línea, se ha expresado que este requisito *"reviste tal intensidad que resulta decisivo en el juicio cautelar. De tal manera que cuando se aprecie que la ejecución del acto administrativo recurrido, puede hacer perder al proceso su finalidad legítima, no se adoptará medida cautelar alguna si ello produjera una perturbación grave de los intereses generales"*.¹⁹

Sobre la trascendencia que importa el interés público a las medidas precautorias, la comunidad jurídica salvadoreña se ha pronunciado reparando que *"el interés público (...) no debe excluirse de la toma de decisión relativa a las medidas cautelares"* puesto que *"la suspensión de un acto administrativo trae aparejado un daño a veces irreparable para la colectividad, situación que debe ser ponderada por los tribunales competentes"*.²⁰

C. Requisitos para la adopción de medidas cautelares según la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo

Antes de entrar a analizar la aplicación concreta de las medidas cautelares en el ámbito contencioso administrativo salvadoreño, conviene recordar brevemente los elementos

¹⁸ Vid CHINCHILLA MARÍN, C. *"Medidas Cautelares (Derecho Administrativo)..."* cit. p. 4223.

¹⁹ Vid. TESO GAMELLA, P., *"Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa"* Tirant Lo Blanch, 2007.

²⁰ Vid. FUSADES, "Sobre la Desnaturalización de la Suspensión del Acto Reclamado" *Boletín de Estudios Legales*, Núm. 22, octubre 2002.

que caracterizan a los actos administrativos, ya que sus caracteres particulares tienen una enorme incidencia en el tópico cautelar.

En este sentido, a diferencia de la actividad privada que se produce entre los administrados, los actos emanados de la Administración Pública tienen la característica de gozar de ciertas prerrogativas, tales como la presunción de legitimidad o validez, la ejecutividad y la ejecutoriedad.²¹

Así, la **presunción de legitimidad** que ciñe a los actos administrativos implica que éstos y todas sus consecuencias se consideran legales, a fin de asegurar su realización inmediata dentro del orden jurídico²², es decir, **se presupone que el acto fue emitido conforme a derecho y que, por lo tanto, es válido en cuanto a los efectos que produce.**²³

Por su parte, la **ejecutividad** implica obligatoriedad, es decir, **el derecho a la exigibilidad que se desprende del acto desde el momento que el mismo es notificado.** Así, el carácter de ejecutividad conlleva como consecuencia, la fuerza obligatoria, el deber de cumplimiento y la posible ejecutoriedad del acto administrativo²⁴.

En cambio, la **ejecutoriedad** se instaura como un derecho-deber que la norma atribuye a la Administración, para hacer exigible el cumplimiento del acto dictado, mediante la utilización de diferentes mecanismos de coerción. En otras palabras, **la prerrogativa de ejecutoriedad se perfila como la facultad que tiene la Administración Pública de ejecutar sus actos por sí misma sin necesidad de acudir a previa habilitación o declaración judicial**²⁵, incluso en caso de resistencia abierta o pasiva de las

²¹ Vid MARIENHOFF, Miguel, "Tratado de Derecho Administrativo" 4ª ed., t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 371 y ss.; Vid PARADA; Ramón, "Derecho Administrativo I", Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 143.

²² Vid FIORINI, B., "Derecho Administrativo", tomo I, 2ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 349.

²³ Vid DELGADILLO GUTIÉRRE, L. -LUCERO ESPINOSA, M., "Compendio de Derecho Administrativo", 6ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 278.

²⁴ Vid DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", 9ª ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 277.

²⁵ Vid SOLANO SIERRA, J., "Derecho Procesal Administrativo y Contencioso", Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1997, p. 143.

personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción²⁶.

De esta forma, no se debe dejar de lado que las prerrogativas atribuidas a los actos administrativos obedecen a criterios de carácter político y jurídico²⁷ en aras de la tutela del interés público. Y es que, estos actos surgen para salvaguardar la satisfacción de las necesidades sociales que la Administración debe atender²⁸, las cuales no permiten demora de ninguna naturaleza²⁹. Así lo ha reconocido esa honorable Sala cuando afirma que el examen de pertinencia para la adopción de la suspensión de los actos impugnados se encamina a evitar que el mismo se traduzca en menoscabo de la función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe presumirse, la consecución de los intereses generales³⁰.

Para el caso en disputa, es significativo traer a cuento el artículo 56 del Reglamento de la Ley de Competencia, en virtud del cual las resoluciones de la Superintendencia de Competencia gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutiva; y el Superintendente, en su mérito, podrá ejecutarlas por sus propios medios, con el auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario.

En ese sentido, podemos colegir con propiedad que los actos administrativos del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia gozan de presunción de legitimidad o validez, poseen ejecutividad y por regla general tienen ejecutoriedad.

En esta secuencia, si el Consejo Directivo tiene a su favor la presunción *–iuris tantum–* de la legitimidad de sus actos, resulta contradictorio que el juzgador la destruya liminarmente sin un proceso previo, teniendo solamente como fundamento las

²⁶ Vid. SAYAGUES LASO, E., "Tratado de Derecho Administrativo", tomo I, 8ª ed., Montevideo, 2002, p. 489.

²⁷ Vid. SÁNCHEZ TORRES, C., "Acto administrativo. Teoría General", Legis, Bogotá, 2004, p. 105

²⁸ Vid. FERRANDO, ISMAEL (h), "Manual de Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 233: Manifiesta el autor que la Ejecutoriedad de los actos administrativos reposa en el orden del Estado y en el mantenimiento de la legalidad objetiva que corresponde a la autoridad con función administrativa.

²⁹ Vid. SÁNCHEZ TORRES, C., op. cit. p. 105

³⁰ Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia pronunciada, en el proceso bajo Ref. 210-2006, el 6/XI/2006.

elucubraciones subjetivas de la demandante³¹. De ahí el interés de mi representado de ser oído previo a que esa Sala se pronuncie respecto de la medida cautelar, como acertadamente ha sido ordenado en el presente proceso.

Toca ahora analizar el tema de la medida cautelar y concretamente la suspensión de los efectos del acto, de acuerdo a la LJCA y a la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En primer lugar, debe expresarse que esta Honorable Sala ha determinado que, para que proceda la adopción de las medidas cautelares, es necesario que la resolución sobre la suspensión examine y valore de forma previa los requisitos que determina la ley, de modo que la suspensión no constituya en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática³².

Del mismo modo, esta respetable Sala ha establecido que para decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado, es necesario considerar los requisitos siguientes: 1°) Que el acto produzca o pueda producir efectos positivos (art. 16 LJCA); 2°) Que la ejecución del acto impugnado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva (art. 17 LJCA); y 3°) Que la adopción de la medida cautelar no produzca un perjuicio evidente al interés social u ocasionare o pudiera ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público (art. 18 LJCA)³³.

De esta forma, respecto al primer requisito, la jurisprudencia ha subrayado que son actos que producen efectos positivos aquéllos que mediante sus efectos son capaces de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente antes de su emisión, es decir que alteran un *status quo* determinado³⁴.

³¹ Vid. LUQUI, Roberto, "Revisión Judicial de la Actividad Administrativa", tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2005, p.p 352 -353.

³² Vid. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia pronunciada, en el proceso bajo Ref. 210-2006, el 6/XI/2006.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Vid. Sentencia emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el proceso bajo Ref. 223-2006, el 8/II/07. En el mismo sentido, Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso bajo Ref. 210-2006 el 6/XI/2006.

En cuanto a la concurrencia de un daño irreparable o de difícil reparación, cabe destacar que dicho concepto supone que el hecho derivado del acto impugnado, ha de ser inminente, esto es, que amenace o esté por suceder, es decir, que haya evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso. Empero, no basta cualquier perjuicio, pues se requiere que éste sea grave, lo que equivale a que se genere una gran intensidad de daño o menoscabo, en la esfera jurídica del administrado. Tampoco se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente³⁵.

De igual manera, la irreparabilidad o dificultad en la reparación del daño no es sinónimo de irresarcibilidad, sino de irreversibilidad. Lo que hace al daño de difícil o imposible reparación es que no pueda restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente, que ya no sea materialmente posible que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de que el acto se ejecutara con todos sus efectos³⁶.

Por lo anterior, no tiene sentido suspender cautelarmente una ejecución que no vaya a causar daños de difícil o imposible restitución.³⁷

Así, cuando esta Honorable Sala declara en sentencia definitiva la ilegalidad de un acto administrativo, establece las medidas destinadas a resarcir el derecho que haya sido violado y, según lo dispuesto en el artículo 34 inciso 2º de la LJCA: “[s]i la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración”. Por ejemplo, en la sentencia pronunciada por ese Tribunal el día veintitrés de diciembre de dos mil cuatro, en el proceso contencioso administrativo número 155-S-2002, se resolvió: “a) Declárase ilegal la resolución de las nueve horas y quince minutos del doce

³⁵ Vid. SANCHEZ TORRES, C., “Acto Administrativo. Teoría General”, 3ª ed., Bogotá, Legis, 2004, pp. 453-454.

³⁶ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., “Los Criterios...” cit, p. 53.

³⁷ Vid. COCA VITA, E., “A vueltas con la suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos”, RAP, Núm. 127, enero-abril, 1992, p. 247.

de agosto del año dos mil dos emitida por el Director General de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social; b) Como medida para restablecer el derecho violado, procede la acción civil de indemnización por daños y perjuicios”.

Lo anterior supone la existencia de mecanismos que garantizan la resarcibilidad de los perjuicios que pudieran provocársele a un administrado en virtud de una actuación ilegal. Por consiguiente, el acceso a los mecanismos previstos legalmente para resarcir tales perjuicios no puede entenderse como un óbice a la reparación del daño pues, hacer tal interpretación, supondría deslegitimar los instrumentos procesales que la ley establece para obtener tal resarcimiento.

En este sentido, resulta necesario dejar por sentado que para que concurra este elemento es menester que la solicitud del mismo esté basada en aspectos verdaderamente irreparables o de difícil reparación y no en una mera apreciación subjetiva del impugnante, que funde su pretensión en consideraciones que desnaturalizan la figura.

El último presupuesto que el juzgador debe valorar para decretar la suspensión del acto, pero también el más significativo, es el referente al interés social y al orden público.

Así, la valoración que se debe hacer sobre el interés antes referido tiene su origen en el artículo 246 inciso segundo de nuestra Constitución, el cual preceptúa que: *“el interés público tiene primacía sobre el interés privado”.*

Nuestra Sala de lo Constitucional ha señalado en este punto que: *“el concepto de interés social o público, hace referencia a la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos”³⁸.*

³⁸ Vid. Sentencia pronunciada en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 8-2004 el 13/XII/2005. En la misma línea, Vid. Sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad Ref. 5-93/2-96/3-96/9-96/11-96/12-96 (acumulados) del 2/VII/1998. “El interés social tiende a satisfacer, por medio de medidas

Por su parte, la doctrina es coherente al expresar que: "*La ponderación del interés público debe tener entrada en la adopción de medidas cautelares (...), sobre todo porque la tutela cautelar, entendida como el amparo concedido provisionalmente para evitar que la mora del proceso haga perder efectividad a la justicia, protege también al acto administrativo, o más exactamente, a los intereses generales a los que éste sirve, frente a una, también posible, pérdida irremediable de la eficacia de la resolución judicial que en su día recaiga en el proceso*"³⁹.

En este sentido, es importante resaltar que el interés público o general por el que se suspende el acto debe ser superior al que el acto trata de satisfacer⁴⁰. Esto implica la obligatoria acreditación de un mayor grado de trascendencia en el interés público derivado de la suspensión que en el interés que emana del acto mismo, pues no puede perderse de vista el hecho que este último aparece conectado a un supuesto de hecho portador de carencias, demandas, imperfecciones o riesgos sociales que, al ser vividas por la comunidad, impulsan a la Administración a actuar, pronta y eficazmente, en orden a su eliminación o reducción prestando servicios, sancionando conductas, etc.⁴¹.

Por otro lado, no se puede perder de vista que cuando la Administración dicta un acto por el cual persigue la satisfacción de un interés público en forma directa e inmediata, no procede –en principio– que el juzgador decrete la suspensión cautelar de dicho acto, pues ello sería darle una mayor trascendencia al interés propio del recurrente sobre el interés de la colectividad que motivó la emisión del acto⁴². En suma, **la medida**

legislativas o administrativas, las necesidades que adolecen grupos mayoritarios del Estado, opera cuando se trata de evitar algún problema que afecte o pueda afectar a dichos grupos y rige las actividades tendentes a mejorar las condiciones vitales de dichos grupos mayoritarios".

³⁹ Vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "El Derecho a la Tutela Cautelar...", *cit.* p.177.

⁴⁰ Vid. BOQUERA OLIVER, J., *op. cit.*, p. 42.

⁴¹ Vid. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "Derecho Administrativo e Interés Público: Correlaciones Básicas", *RAP*, Núm. 100-102, enero-diciembre 1983, p. 863.

⁴² Vid. LUQUI, Roberto, "Revisión Judicial de la Actividad Administrativa", tomo II, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 368.

cautelar debe ser denegada o revocada, según el caso, si de la misma se deriva perturbación grave de los intereses generales⁴³.

En cuanto al orden público, este puede conceptualizarse como el orden básico compuesto por determinados presupuestos de hecho y de derecho que constituyen la estructura del ordenamiento jurídico, necesaria para que el derecho pueda funcionar como tal y alcanzar así su finalidad⁴⁴. En este sentido, tampoco procede adoptar la suspensión cuando ésta pueda producir un menoscabo en la estabilidad tanto de la actividad estatal como del orden jurídico mismo.

La Sala de lo Constitucional también se ha pronunciado sobre este término, indicando que: *"si el vocablo "orden" equivale a clase de categoría, y "público" se relaciona con aquello que es propio del pueblo, la generalidad o de la nación o sociedad entera, debe destacarse que el orden público importa la subordinación a un régimen jurídico que se decreta por el Estado con carácter absoluto, cuyo objeto es mantener el funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad jurídica y la legalidad entre las relaciones de los particulares, de los cuales, éstos no pueden sustraerse en sus estipulaciones⁴⁵".* De manera, pues, que el interés público hace alusión al bienestar de las mayorías, mientras que el orden público al adecuado funcionamiento de las instituciones estatales en pro de que se conserven aspectos fundamentales dentro de un Estado de Derecho como lo son la legalidad y la seguridad jurídica.

De esta forma, la jurisprudencia estudia este otro filtro para determinar la procedencia de la suspensión del acto reclamado en aras de salvaguardar el interés público o social.

⁴³ Vid. LÓPEZ MENUJO, F., "Medidas Cautelares, Interdictos y Vías de Hecho", en AA.VV. "Medidas Cautelares..." cit., p. 140.

⁴⁴ Vid. LUQUI, Roberto, op. cit., p. 304. El autor también cita a Capitant, según el cual el orden público es "el orden en el Estado, es decir, el ordenamiento de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables a la organización y al ejercicio del Estado".

⁴⁵ Vid. Sentencia emitida en el proceso de amparo Ref. 17-C-90, el 16/II/1991. Vid. Sentencia pronunciada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en el proceso bajo Ref. 33-O-2000, el 13/VI/2006. "El orden público puede definirse como el conjunto de condiciones Fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras".

D. Análisis sobre la procedencia de la emisión de una medida cautelar en este proceso contencioso administrativo.

Habiéndose expuesto las consideraciones doctrinarias, jurisprudenciales y normativas que enmarcan la adopción de providencias cautelares, conviene aplicarlas al presente caso a efecto de examinar si procede emitir una medida de esa naturaleza. Para ello, se expondrán los motivos señalados por la pretensora para solicitar la suspensión de los actos impugnados (1) y, posteriormente, el análisis de tales argumentaciones a la luz de las consideraciones teóricas previamente expuestas (2).

1. En el presente caso, se observa que la parte actora se refiere a la suspensión provisional de los actos reclamados en el número 7 de su demanda. En ella, la pretensora, únicamente afirma que: "*[c]onsiderando que los actos administrativos cuya declaratoria de ilegalidad demandamos son positivos y pueden causar perjuicio de difícil reparación a nuestra representada, con base a los Arts. 16 y 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, atentamente solicitamos ordenar a la autoridad demandada la suspensión provisional del acto reclamado, en el sentido de que se suspendan no sólo los efectos de las conductas ordenadas por la Superintendencia, sino además se suspenda el cobro de la multa, que por su monto astronómico y récord en la historia de la legislación salvadoreña, puede causar una crisis de liquidez en le (sic) empresa*".

2. Habiéndose expuesto las razones vertidas por la demandante respecto a la medida precautoria, es preciso analizar tales motivos a la luz de las consideraciones teóricas previamente expuestas, así como el cumplimiento en este caso de los demás presupuestos para la emisión de una medida cautelar; de esa manera, posteriormente se procederá a solicitar lo que corresponda.

(a) Con relación al supuesto “perjuicio de difícil reparación” que la ejecución de los actos impugnados le provocaría a la demandante

En este punto, HARISA, en lugar de demostrar la existencia del peligro en la demora, sus apoderados únicamente dicen que: *“los actos administrativos cuya declaratoria de ilegalidad demandamos son positivos y pueden causar perjuicio de difícil reparación a nuestra representada”*.

Así, es evidente que la demandante no ha incorporado elementos concretos y objetivos que demuestren que, en efecto, la ejecución de la multa supone algún riesgo operativo, financiero o administrativo ni, mucho menos, ha señalado elementos que indiquen que tales perjuicios son de difícil reparación.

Así, para tener por cumplido el presupuesto del *periculum in mora*, HARISA debió haber formulado señalamientos concretos y contundentes que indiquen, de forma veraz, que la ejecución de los actos reclamados, mientras dure este proceso contencioso, le provoca el supuesto peligro invocado.

Lo anterior es congruente con la jurisprudencia asentada por este Honorable Tribunal, pues en la interlocutoria que emitió a las quince horas y diez minutos del día veintinueve de mayo de dos mil ocho en el proceso 423-2007, su digna autoridad consideró que: *“las sociedades demandantes únicamente se han limitado a señalar de manera abstracta, que los actos impugnados le producen un daño en su esfera jurídica ya que por un lado le producen un perjuicio económico y por el otro le causan daño a su imagen comercial, pero sin explicar porqué o bajo qué fundamentos deben considerarse de imposible o de difícil reparación, en razón de lo cual la consecuencia no puede ser otra que declarar sin lugar la suspensión cautelar solicitada por falta de acreditación del requisito exigido en el artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo”*.

La imposibilidad de HARISA de, al menos, mostrar de forma objetiva elementos que induzcan a pensar que la ejecución de la multa le provocaría un perjuicio desproporcionado, evidencia que ese eventual agravio es inexistente y, en realidad, la pretensora simplemente intenta sorprender a este Honorable Tribunal para, de esa manera, eludir el cumplimiento de la obligación pecuniaria que resulta de la comisión de una conducta ilícita que perjudica al mercado y a los consumidores.

Asimismo, de la información financiera que figura en el expediente administrativo no se advierte que HARISA esté en condiciones que le imposibiliten hacer frente al pago de la multa establecida.

Por otra parte, hay que señalar que, de acuerdo a lo previsto por el artículo 32 inciso 2º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: *"Cuando en la sentencia se declare la ilegalidad total o parcial del acto impugnado, se dictarán, en su caso, las providencias pertinentes para el pleno restablecimiento del derecho violado"* y, según lo previsto en el artículo 34 inciso 2º del mismo cuerpo normativo: *"Si la sentencia no pudiere cumplirse por haberse ejecutado de modo irremediable, en todo o en parte el acto impugnado, habrá lugar a la acción civil de indemnización por daños y perjuicios contra el personalmente responsable, y en forma subsidiaria contra la Administración"*.

Así, se observa que, en todo caso, el perjuicio –independientemente de su trascendencia– que según la parte actora se le habría provocado, sería de índole patrimonial y, así, ante la eventual necesidad de resarcir tal perjuicio el mismo ordenamiento jurídico establece un mecanismo para que el Estado haga efectiva su responsabilidad, de manera que no puede calificarse que, de existir un perjuicio a la pretensora, éste es de imposible o difícil reparación. Además, el Estado siempre posee los fondos necesarios para hacer frente a estos menesteres.

(b) Con relación al *fumus boni iuris* como presupuesto esencial para la emisión de una medida cautelar.

Al respecto, hay que enfatizar que para sostener la verosimilitud de la pretensión no basta con hacer una mera declaración etérea; por el contrario, la apariencia de buen derecho requiere que el demandante presente señalamientos concretos, objetivos y técnicos que fortalezcan la veracidad de sus aseveraciones. Así, la apariencia de buen derecho tiene que estar relacionada directamente con la verosimilitud de sus argumentos de fondo.

En ese sentido, parece que, en todo caso, HARISA pretende que los argumentos que fundamentan su petición de declarar la ilegalidad de las actuaciones de mi mandante sean, a su vez, los elementos que revelan la apariencia de buen derecho.

Con relación a lo anterior, es preciso señalar que no es dable confundir los argumentos del fondo de la pretensión con las alegaciones dirigidas a invocar la procedencia de una medida cautelar. Y es que el hecho que el *fumus boni iuris* se configure como la aportación de elementos que evidencian la veracidad de la pretensión del actor, supone que se trata de un componente distinto y adicional a los argumentos vinculados al fondo del reclamo.

No obstante lo apuntado, considero oportuno añadir que ni si quiera las alegaciones que fundamentan la pretensión son acordes a la realidad, pues la decisión del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia de determinar que HARISA cometió la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 25 letra d) de la Ley de Competencia obedeció al análisis técnico, jurídico y económico de los documentos incorporados en el procedimiento sancionador, de las declaraciones recibidas y de los alegatos planteados por los sujetos investigados; es decir, obedece a haber comprobado con documentos e información fehaciente que HARISA incurrió en una de las prácticas anticompetitivas y, por tanto, prohibidas por la ley.

En vista de lo anterior, no es razonable admitir como suficiente la justificación expuesta por la demandante respecto al cumplimiento del presupuesto de apariencia de buen derecho.

(c) Afectación al interés público que provocaría la emisión de una medida cautelar.

Lejos de que los actos reclamados sean susceptibles de ser objeto de una medida cautelar en este proceso contencioso administrativo, se observa que, en realidad, el acuerdo de división de mercado que la parte actora adoptó con MOL, S.A. DE C.V. y cuya existencia se demostró en el procedimiento sancionador instruido ante la Superintendencia de Competencia, provocó un efecto pernicioso en el mercado de harina de trigo, industrias relacionadas y los consumidores.

Así, tal como expuso mi mandante en la resolución final emitida el día 4 de septiembre de 2008, el acuerdo de división de mercado adoptado entre MOL, S.A. DE C.V. y la pretensora se realizó en un mercado *"que representa aproximadamente el 1% del Producto Interno Bruto (PIB); en ese sentido, una práctica anticompetitiva realizada en un mercado d esta magnitud ocasiona un daño significativo"*.

Del mismo modo, atendiendo al sector en el que ambas sociedades adoptaron la práctica anticompetitiva, el Consejo Directivo advirtió que ésta afecta *"a otros mercados conexos que están estrechamente vinculados (...) pues dicho producto se utiliza como un insumo de producción importante en industrias como la de pan francés, pan dulce, repostería, macarrones, pastas, galletas, etc."*

Así, tal como se señaló en la resolución impugnada: *"en El Salvador se estima que existen 1,539 empresas que forman la industria panadera, y estas generan empleo para 13,428 personas. De las 1,539 empresas el 90.8% pertenecen a la microempresa, el 7.3% a la pequeña empresa, el 1.4% a la mediana empresa y solo el 0.5% a la gran empresa"*. Por ello, la práctica anticompetitiva cometida por HARISA y MOL, S.A. DE

C.V. "afectó las condiciones económicas de las industrias (grandes, medianas y pequeñas) que utilizan la harina de trigo como insumo en sus procesos industriales".

En el mismo sentido, haciendo referencia a las consideraciones expuestas por mi mandante en la resolución impugnada, según la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares 2005/2006 realizada por el Ministerio de Economía y la Dirección General de Estadísticas y Censos, los cereales y el pan (uno de los principales productos derivados de la harina de trigo) conforman "el más importante de los subgrupos alimenticios, al representar un 24% del gasto en alimentos y bebidas no alcohólicas" y "del gasto mensual de los hogares salvadoreños en el subgrupo alimenticio 'pan y cereales' (US\$41,688,389.72), el 73.02% lo representa el pan (US\$30,440,649.34), siendo el más importante de dicho grupo subalimenticio". Del mismo modo, la encuesta referida revela que: "la dieta de las familias salvadoreñas está basada principalmente en **Pan**, Cereales, Carnes, Aves, Leche, Queso y Huevos principalmente". Por lo anterior, el hecho que los dos únicos productores de harina de trigo en El Salvador se hayan dividido ese mercado entre sí, provoca "una incidencia negativa en la situación alimentaria de la población salvadoreña y, principalmente, en la de menores ingresos".

De ese modo, es dable afirmar que no solo se incumplen los presupuestos para suspender los actos reclamados, sino que en realidad, son las prácticas cometidas por HARISA y MOL, S.A. DE C.V. las que han provocado un perjuicio en el mercado de harinas de trigo, otros mercados conexos y en los consumidores finales, de manera que suspender provisionalmente las resoluciones emitidas por mi mandante que ordenan el cese de esas conductas, provocaría que se continúen desarrollando perjuicios económicos de suma trascendencia y, según lo previsto por el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, "[n]o 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 de trastorno grave del orden público".

(d) Conclusión

A partir de lo expuesto anteriormente, es dable afirmar que, en el presente caso, resulta claro que no se cumple ninguno de los presupuestos necesarios para ordenar una medida cautelar.

Y es que, por una parte, se ha evidenciado que la demandante no ha incorporado elementos concretos que revelen la verosimilitud de su pretensión o la existencia de un perjuicio inminente que podría provocarle el cumplimiento de los actos reclamados, puesto que no ha presentado información que aunque sea indicios de los supuestos perjuicios que la ejecución de los actos le pudiera ocasionar. Además, de la información financiera agregada al expediente, no se advierte que HARISA tenga inconvenientes para hacer frente al pago de la multa establecida.

Por otro lado, las razones vertidas en este escrito evidencian que la adopción de una medida precautoria en este proceso provocaría un perjuicio a la eficiencia del mercado y al bienestar de los consumidores, ya que permitiría que estas empresas continúen dividiéndose el mercado, intercambiándose entre sí información comercialmente sensible para no competir, ***lo que en definitiva atenta contra la competencia y el bienestar de los consumidores.***

Por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe rechazarse la suspensión de los efectos de los actos impugnados solicitada por HARISA.

En ese sentido, ante la ausencia de elementos que revelen la credibilidad del reclamo de la pretensora o la existencia de un probable perjuicio por la ejecución de los actos impugnados, no es razonable suspender ni la ejecución de la multa que el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia impuso a HARISA, ni ninguna otra decisión que mi poderdante haya emitido en los actos reclamados.

VI. REQUERIMIENTO DE REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Respecto al requerimiento formulado por esta Honorable Sala en la letra f) de la parte resolutive de la interlocutoria antes aludida, por este medio os manifiesto que el expediente correspondiente al procedimiento administrativo identificado bajo el número de referencia SC-005-O/NR-2007, también ha sido solicitado por su digna autoridad en el proceso contencioso administrativo 334-08.

Ante tal situación, solicito que se aclare en cuál de los procesos contencioso administrativos deberá presentarse el expediente original requerido.

VII. PETITORIO




En consecuencia de lo expuesto y con base en los artículos 17, 18, 20, 21 y 22 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a Vos respetuosamente **PIDO**:

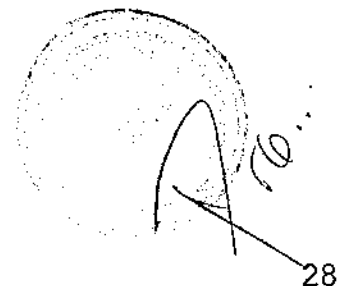
1. Me admitáis el presente escrito;
2. Tengáis por parte al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia en este proceso;
3. Autoricéis mi intervención como apoderado general judicial de dicha autoridad;
4. Mandéis a agregar la fotocopia certificada por notario del testimonio de poder general judicial, por medio del cual legitimo mi personería;
5. Revoquéis la admisión de la demanda ordenada en la interlocutoria emitida a las quince horas y quince minutos del día cuatro de febrero de dos mil nueve;
6. En el eventual caso de rechazarse el recurso ahora interpuesto: (a) tengáis por rendido el informe solicitado de conformidad al artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; (b) tengáis por evacuada la audiencia conferida respecto al pronunciamiento sobre la petición de la demandante relacionada a la suspensión de los efectos de los actos reclamados; (c) tengáis por contestada la demanda en sentido negativo; (d) declaréis sin lugar la petición de la demandante respecto a suspender los efectos de los actos impugnados; y

(e) declaréis en sentencia definitiva, y previo los trámites legales, la legalidad de las resoluciones contra las que se reclama, condenando en costas a la parte actora.

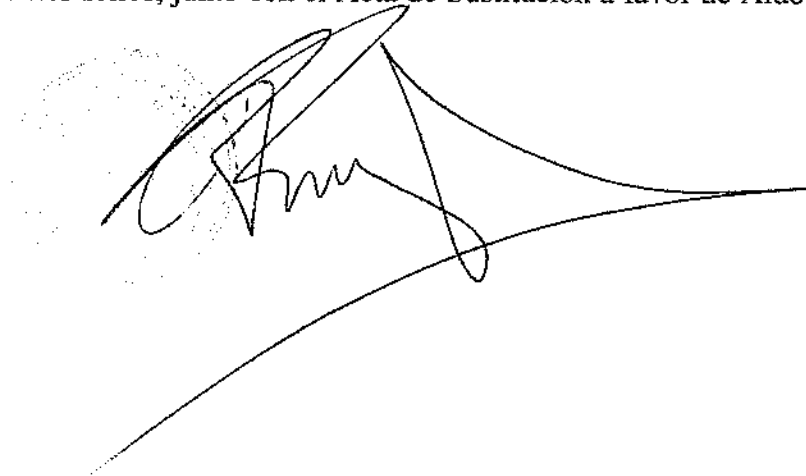
Señalo para recibir notificaciones las instalaciones de la Superintendencia de Competencia ubicadas en Boulevard Sur Orden de Malta, Calzada El Almendro y 1ª Avenida El Espino, número 82, Edificio Madre Selva, Primer Nivel, Urbanización Madre Selva 4ª etapa, Antiguo Cuscatlán, departamento de La Libertad y/o el fax número 2523-6625. Asimismo, comisiono para ese mismo efecto a los señores Rafael Arnoldo Gómez, Carlos Roque Bueso y Daniel Eduardo Olmedo Sánchez.

San Salvador, a los diecisiete días del mes de marzo de dos mil nueve.



sentado a las nueve horas cincuenta y siete minutos el día diecisiete de marzo de dos mil nueve, por el licenciado Daniel Eduardo Olmedo Sánchez, de treinta años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, portador de su Tarjeta de Abogado, número 9611, en original y seis copias, todas con su anexo de las cuales le devuelvo una con la razón de ley. Adjunta fotocopia certificada por notario del Testimonio de Poder General Judicial otorgado por Celina Guadalupe Escolan Suay, Superintendente de Competencia y Representante del Consejo Directivo de la misma a favor de los licenciados Ricardo Antonio Mena Guerra y Julia Emma Villatoro Tario o Julia Emma Villatoro de Dawson, de tres folios, junto con el Acta de Sustitución a favor de Aldo Enrique Cader Camilot.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Aldo Enrique Cader Camilot', is written over a faint circular stamp. Below the signature is a large, sweeping, curved flourish that extends across the width of the page.

