

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

Francisco Díaz Rodríguez y Marlene Tobar Silva, de generales ya conocidas en el presente proceso contencioso administrativo promovido por “Operadora Del Sur, Sociedad Anónima de Capital Variable”, en adelante Operadora del Sur”, en contra de los suscritos, respetuosamente **manifestamos:**

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado el día 12 de febrero del presente año, Operadora del Sur demandó a los suscritos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo por los siguientes actos:
 - a) Nota de fecha 11 de noviembre de 2013, con referencia SC/IEC/c/477/2013/mp, por medio de la cual, en el “Estudio de las condiciones de competencia de la distribución minorista de productos de consumo periódico de los hogares de El Salvador”, se requirió información económica y legal a Operadora del Sur, para que fuera presentada en el plazo de quince días hábiles; y
 - b) Nota de fecha 4 de febrero del presente año, con referencia SC/DSC/c/33/2014/pn, con la cual, dando respuesta a las objeciones sobre la relevancia de alguna de los requerimientos de información expuestas por Operadora del Sur, se reiteraron los fundamentos del requerimiento de

información y ordenó, por segunda ocasión, la ampliación del plazo para presentar la información requerida mediante la nota SC/IEC/c/477/2013/mp, en esta ocasión de diez días hábiles.

2. En su demanda, el apoderado de Operadora del Sur solicitó *“se ordene la suspensión de los efectos del acto reclamado y de cualquier acto que sea su consecuencia, en el sentido que OPERADORA DEL SUR, S.A. DE C.V. no se encuentre obligada a proporcionar la información y documentación requerida en los actos reclamados, mientras no se declare su legalidad o ilegalidad...”*.
3. En la resolución de fecha 21 de febrero de 2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo admitió la demanda, expuso aspectos dogmáticos sobre los actos de trámite cualificados, advirtiendo que los actos impugnados eran de ese tipo y, finalmente, entre otras cosas, ordenó lo siguiente: *“suspéndese provisionalmente la ejecución de los actos administrativos impugnados, en el sentido que las autoridades demandadas no podrán requerir de la sociedad OPERADORA DEL SUR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE la información y documentos solicitados mediante las resoluciones en controversia; y consecuentemente, no podrán iniciar ningún procedimiento sancionatorio en base a dichas circunstancias, mientras se tramita el presente proceso”*.
4. De acuerdo al art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), la resolución que se pronuncie sobre la suspensión del acto administrativo no causa estado y podrá revocarse en cualquier estado siempre que la Sala lo estime procedente.
5. De tal forma, en este acto venimos a exponer a su digna autoridad argumentos que demuestran que, en este caso, no se cumplen los requisitos para decretar la suspensión provisional del requerimiento de información y que, en consecuencia, dicha medida es susceptible de impugnación.

II. Impugnación de la medida cautelar adoptada en el presente proceso

6. Las razones en que se sustenta la impugnación de la medida cautelar se encuentran en la inadecuada interpretación de los arts. 17 y 18 de la LJCA, que, aunque derivada de una impropia fundamentación, se motiva en las equívocas e insuficientes argumentaciones aportadas por la pretensora en su demanda. A continuación expondremos por qué las alegaciones expresadas por Operadora del Sur no resultan adecuadas para fundamentar los presupuestos de la suspensión del acto reclamado.

A. Sobre el daño ocasionado

7. Según el art. 17 de la LJCA, la suspensión provisional del acto administrativo impugnado cumple una función preventiva, que preserva la efectividad de la sentencia ante un eventual daño provocado por la actuación de la Administración que resulte irreparable o de difícil reparación por la sentencia.

8. En el presente caso, la demandante ha expresado de forma tergiversada cuál es el posible daño que el acto pronunciado por la Superintendencia de Competencia podría provocarle. Y en ese sentido, consideramos que alegaciones claramente erróneas no pueden servir de sustento para la medida adoptada.

9. En relación con lo antes expresado, cuando el apoderado de Operadora del Sur se refiere al daño posible señala que *«...los requerimientos de información mismos, aunados a el párrafo final de la providencia que constituye el segundo de los actos reclamados, al manifestar el señor Superintendente de Competencia que: “como usted comprenderá, vencido este plazo, en caso de incumplimiento, se procederá conforme corresponde legalmente”, rebasan la previsibilidad de la intención de las autoridades demandadas de iniciar el procedimiento administrativo sancionador bajo una asumida falta de colaboración en proporcionar la información y documentación solicitada a través de los*



requerimientos que constituyen los actos reclamados, con su consecuente multa y procedimiento para procurar su ejecución. En adición a ello, también es claro e inminente el daño que se puede causar a mi mandante una orden de allanamiento en sus instalaciones emitida por las autoridades demandadas, toda vez y cuando dichas autoridades insisten en obtener, a toda costa, la información de mi mandante... (Sic)».

10. Al respecto, el apoderado de Operadora del Sur señala que la advertencia apuntada por el Superintendente de Competencia rebasa la previsibilidad de intención, con la que se asume una falta de colaboración que motivará un procedimiento administrativo sancionador y la ejecución del requerimiento de información. La aseveración resulta conveniente para los argumentos de la pretensora, pero obvia que la locución adverbial “en caso de incumplimiento” empleada en la nota impugnada introduce una expresión condicional, que advierte los riesgos jurídicos si se llegase a incumplir con el requerimiento.
11. De tal forma, la nota del Superintendente de Competencia contiene, entre otras cosas, un recordatorio de la existencia de un deber de colaboración, para inmediatamente apuntar que, llegado el caso de un incumplimiento, si es que éste llegase a surgir, la existencia de las consecuencias jurídicas correspondientes (para el caso, la posibilidad de imponer multa por incumplir el deber de colaboración). Dicha declaración no es más que una manifestación de lealtad y transparencia en la actuación de la Administración Pública, mediante la cual se apunta que llegado el caso, y únicamente bajo el supuesto de un posible incumplimiento, la Superintendencia de Competencia no podría obrar sino como le manda la ley. En este caso, no se **puede asumir un perjuicio por la advertencia de la sujeción al Estado de Derecho, ni puede alegarse que representa un daño en su esfera jurídica**; sin embargo, tratando de justificar la suspensión de los actos reclamados, la pretensora expresa aún más imprecisiones.
12. En efecto, apunta la demandante que es inminente que la Superintendencia llevaría a cabo acciones para ejecutar el requerimiento de información y realizar un allanamiento con los

mismos fines. Al respecto, es necesario señalar que, **en ocasión de los estudios sectoriales de mercado, ni la Ley de Competencia ni su reglamento comprenden facultades para obtener de manera compulsiva información de los agentes económicos.** En ese sentido, vale aclarar que los allanamientos constituyen diligencias probatorias útiles para recabar evidencias en caso de un procedimiento administrativo sancionador por práctica anticompetitiva. No tratándose de un procedimiento de esa naturaleza, no es posible ejercer actos compulsivos para obtener la información (como el allanamiento) y **el daño inminente argumentado por el demandante resulta totalmente inexistente.**

13. Como se advertirá, la pretensora no ha expresado argumentos adecuados para acreditar cuál es el daño irreparable o de difícil reparación que se le ocasionaría al cumplir con el suministro de información requerida, habiéndose limitado a expresar argumentos manifiestamente erróneos. Como ya se apuntó en los párrafos anteriores, es importante recalcar que **el recordatorio del sometimiento al Estado de Derecho constituye una manifestación garantista del acatamiento de la Superintendencia de Competencia a la ley. Además, los allanamientos son pertinentes en otro tipo de procedimientos distintos a los estudios de mercado.**
14. En este contexto, y no existiendo una valoración en el auto de admisión de la demanda sobre la situación específica sometida a conocimiento de la Sala, por medio de la cual se suplan las carencias del escrito de demanda, se advierte la existencia de una desviación del art. 17 de la LJCA, en razón de lo que se impone dejar sin efecto la suspensión del acto reclamado.

B. Sobre el daño irreparable o de difícil reparación

15. Según el art. 18 de la LJCA no se suspenderá provisionalmente el acto administrativo impugnado si se provoca un perjuicio a un evidente interés social u ocasionare o pudiere ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público. Lo anterior implica que para



suspender el acto administrativo reclamado se requiere un proporcionado equilibrio entre los derechos de la demandante y la garantía de los intereses generales y de la buena administración.

16. La adopción de la suspensión del acto reclamado, como cualquier medida cautelar, no es un acto procesal automático sino que debe reunir condiciones para su concreción y mantenimiento. En materia administrativa, esa Sala ha sido del criterio que *“le corresponde velar porque la suspensión de los actos impugnados no se traduzca injustificadamente, en menoscabo de la función que realiza la Administración Pública, cuyo objetivo primordial es, y así debe presumirse, la consecución de los intereses generales”* (inadmisibilidad emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de Ref. 210-2006, de fecha 6 de noviembre de 2006).
17. Lo anterior, se ve plenamente reforzado con reciente jurisprudencia de esa Sala, según resolución proveída en el proceso contencioso administrativo 310-2014, de fecha 3 de noviembre del año en curso, mediante la cual sostuvo *“...que **la adopción de la medida cautelar decretada, incide directamente en el interés social**, al vedársele la facultad de ordenar las medidas correctivas para el cumplimiento, corrección o regularización de las situaciones irregulares de infracciones que mediante el acto impugnado se dieron a conocer a la impetrante y además, por establecerse que no podrá iniciarse o continuarse ningún procedimiento sancionatorio que derive de las infracciones relacionadas”* (subrayado no es del texto original).
18. Para no desatender los intereses colectivos en juego, esa Sala, en otros casos, ha sostenido atinadamente que *“...de acuerdo con el art. 18, a efecto de resolver si procede o no la suspensión solicitada, corresponde a este Tribunal valorar los intereses del demandante frente a los intereses sociales. Con base a tal disposición y con la finalidad de hacer una efectiva ponderación de los distintos intereses en juego, este Tribunal considera pertinente oír a la autoridad demandada para que se pronuncie sobre lo solicitado por la parte*

actora” (ver por ejemplo, interlocutorias emitidas por la Sala de lo Contencioso Administrativo en los procesos 112-2005, 116-2005 y 103-2005, con fechas 27 de julio de 2005, 31 de agosto de 2005, y 4 de julio de 2005, respectivamente. Además, entre otros, de las interlocutorias en los procesos 424-07 de fecha 11 de enero de 2008 y 257-12 de fecha 17 de octubre de 2012, iniciados en contra de esta Institución).

- 19. En la demanda, en relación al perjuicio al interés social o trastorno del orden público, el apoderado de Operadora del Sur se limita a decir lo siguiente: “...su alegación y comprobación se encuentra a cargo de la Administración, la que deberá aportar los elementos que permitan considerar que la suspensión causa un perjuicio o un peligro superior al derecho del administrado que se pretende garantizar con la adopción de la medida”.
- 20. Como se advierte, la demandante no aportó ningún elemento de juicio para establecer en qué medida el supuesto daño provocado por el requerimiento de información económica y legal, se sobrepone al interés social o el orden público, dejando a la Superintendencia de Competencia y a esa Sala, la tarea de evaluar el equilibrio entre el requerimiento realizado a Operadora del Sur y la garantía de los intereses generales y la buena administración.
- 21. Ante la omisión del actor es oportuno resaltar el criterio que esa Sala ha sostenido “...declaró sin lugar la suspensión provisional de la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado, por falta de fundamentación de los presupuestos de ley” (ver por ejemplo sentencia emitida en el proceso contencioso administrativo 124-2010, de fecha 25-II-2013).
- 22. En este punto, es necesario afirmar que el requerimiento de información a un agente económico es una facultad legal reconocida por esa Sala¹ que atiende a una de las funciones inherentes de la Superintendencia de Competencia, relativa al deber de tutela de la

¹ Sentencias emitidas en los procesos contencioso administrativo: (a) 259-2007 de fecha 1 de marzo de 2011 y (b) 15-2009 de fecha 29 de octubre de 2012.



competencia y de los intereses públicos, protegidos no sólo mediante la Ley de Competencia sino en la Constitución cuando reconoce, en su art.110, la importancia de garantizar la libertad empresarial y la protección del consumidor, mediante la prohibición de prácticas monopolísticas.

- ^{23.} **El requerimiento de información por parte de esta Superintendencia**, en el marco de la realización de monitoreos y estudios de mercado, **constituye una atribución que materializa la supervisión y vigilancia de las condiciones de competencia de los mercados**, encaminadas precisamente a procurar el bienestar de los consumidores y la libertad empresarial sanamente ejercida por los diversos actores económicos. **Sin información y datos adecuados resultaría imposible diagnosticar el desempeño de los mercados o de determinadas actividades económicas y, en consecuencia, aportar recomendaciones para fortalecer y mejorar las condiciones de competencia en los mismos, o detectar comportamientos que posiblemente falseen los procesos de mercado.**
- ^{24.} Por lo anterior, es importante revertir la medida cautelar adoptada en este proceso, como se hizo en un caso similar recientemente: proceso contencioso 30-2014. En efecto, en este proceso la Sala revocó una medida cautelar ya adoptada, señalando que “*...con la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado —en el sentido que la autoridad demandada no podría realizar gestiones administrativas que conminaran a la demandante a cumplir con tales requerimientos, ni se podría iniciar o continuar con un procedimiento sancionatorio—, se está dejando inoperantes las facultades [de la Institución] (...), lo cual podría afectar el interés general al ponerse en riesgo determinados datos del conglomerado social(...)*”.
- ^{25.} Consecuentemente, ya que en el presente caso la medida cautelar a favor de Operadora del Sur está dañando un interés social (la realización de un estudio de competencia de parte de

la autoridad encargada de velar por el libre mercado), es procedente acceder a la revocatoria solicitada.

- 26. En el caso concreto llevado a esa sede judicial, a pesar de la concesión de dos prórrogas y un periodo de más de cinco meses desde el requerimiento original, Operadora del Sur demostró una completa falta de cooperación, perjudicando el normal desempeño de las funciones públicas de la Superintendencia de Competencia, al comprometer gravemente los resultados del mencionado Estudio, impedir un diagnóstico integral de las condiciones de dicho mercado y, en consecuencia, limitando la capacidad de la Institución para eventualmente incidir en la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.
- 27. El anterior comportamiento (falta de cooperación) se puede advertir en la cronología establecida en el siguiente cuadro:

Nº	FECHA	ACTO Y CONTENIDO
1	15/10/2013	Entrevista realizada entre personal de Operadora del Sur, S.A. de C.V., quien acudió con sus apoderados legales y personal técnico de la Superintendencia de Competencia.
2	11/11/2013	Superintendencia de Competencia solicita requerimiento de información a Operadora del Sur, S.A. de C.V. para que la presentase en el término de 15 días hábiles
3	16/12/2013	Operadora del Sur, S.A. de C.V. presenta escrito, fuera del plazo inicialmente otorgado, solicitando prórroga de 30 días hábiles, contados a partir de la fecha del escrito.
4	13/01/2014	Superintendencia de Competencia concede una prórroga de 30 días hábiles a Operadora del Sur, S.A. de C.V., para que presente la información requerida, plazo que concluía el 28/01/2014.
5	23/01/2014	Operadora del Sur, S.A. de C.V. presenta escrito solicitando prórroga de 60 días adicionales para presentar la información y se ordene la exclusión de uno de los puntos solicitados en el requerimiento (17).
6	05/02/2014	Superintendencia de Competencia autoriza a Operadora del Sur, S.A. de C.V. la prórroga del plazo solicitada, para que la presente en el término de 10 días hábiles.
7	12/02/2014	Operadora del Sur, S.A. de C.V. presenta demanda contenciosa administrativa en contra de la Intendente Económica y el Superintendente de Competencia.

28. Ahora bien, como quedó advertido en el apartado anterior, la pretensora no sólo erró en los argumentos para acreditar cuál es el daño irreparable o de difícil reparación que se le ocasionaría al cumplir con suministrar la información requerida, sino que además obvió aportar a esa Sala elementos de juicio que permitieran valorar circunstanciadamente los intereses en conflicto y decidir en consecuencia. Esta situación, que tampoco ha sido superada en el auto de admisión de la demanda, provoca un apartamiento de los supuestos del art. 18 de la LJCA que genera un defecto de validez de la decisión de suspender el acto reclamado, lo que conlleva a su necesaria impugnación.

III. Consideraciones finales

29. Por lo anterior, consideramos que esa Sala debe dejar sin efecto la suspensión de los actos reclamados, en tanto que compromete gravemente el desarrollo y conclusión definitiva del estudio de competencia ya referido, y porque no existe una circunstanciada valoración de los supuestos que habilitan la adopción de la medida decretada, derivada de las inadecuadas u omisas argumentaciones expuestas por la parte demandante con el objeto de sorprender a ese Tribunal. Además, consideramos que hemos aportado los argumentos que demuestran el evidente perjuicio al interés social que ocasiona la adopción de la medida cautelar en referencia, lo cual refuerza la necesidad de revocar la suspensión del acto reclamado.



30. Estimamos que las alegaciones aportadas en el presente escrito son suficientes para fundamentar se deje sin efecto la totalidad de la medida cautelar; por ello, como mínimo, esa Sala debería restringirla o acotarla en los términos que la misma actora los solicitó al interior del procedimiento administrativo, es decir, suspendiendo el requerimiento de información únicamente en lo relativo a los dos puntos que en sede administrativa fueron objeto de la inconformidad por parte de Operadora del Sur, es decir, los numerales 16 y 17 de la nota de fecha 11 de noviembre de 2013.

Con base en todas las consideraciones expuestas, y los arts. 18 y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con todo respeto **PEDIMOS**:

- a) Se admita el presente escrito;
- b) Se deje sin efecto la suspensión provisional del acto reclamado impuesta o, en su caso, se limiten los alcances de la medida cautelar a los numerales 16 y 17 de la nota de fecha 11 de noviembre de 2013; y
- c) Se continúe con el trámite respectivo y oportunamente se pronuncie sentencia definitiva declarando la total legalidad de los actos reclamados.

Suscrito en Antigua Cuscatlán, y para ser presentado en San Salvador, dos de diciembre de dos mil catorce.



Presentado a las nueve horas cincuenta minutos del cinco de diciembre de dos mil catorce, por **Gerardo Daniel Henríquez Angulo**, de cuarenta y dos años de edad, Abogado, del domicilio de La Libertad, a quien identifico por medio de su **DUI** número [REDACTED] en original y cuatro copias, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley.

