

Superintendencia de  
Competencia



REF. 423-2007

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

**JOSÉ ENRIQUE SORTO CAMPBELL, OSCAR OVIDIO CABRERA MELGAR y RAFAEL ANTONIO LEMUS GOMÉZ,** actuando como Directores del **CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA** –en adelante el Consejo Directivo– en el proceso contencioso administrativo iniciado por **COMPAÑÍA DE ALUMBRADO ELÉCTRICO DE SAN SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE,** –en adelante CAESS– y **AES CLESA Y CÍA, S. EN C. DE C.V.** – en adelante AES-CLESA- **MANIFESTAMOS:**

## **I. ANTECEDENTES**

En la demanda que dio inicio a este proceso CAESS y AES-CLESA solicitaron: “*se decrete por ser meritoria la suspensión provisional de los efectos de los actos reclamados*”.

En la interlocutoria de fecha catorce de enero de dos mil ocho, ese Tribunal admitió la demanda y, a su vez, ordenó: “*óigase en la siguiente audiencia al Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, a efecto que se pronuncie sobre la procedencia de la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados*”.

En el escrito presentado el día trece de febrero de dos mil ocho, la entonces apoderada de este Consejo Directivo presentó un informe evacuando la audiencia conferida y, en

él, expuso una serie de argumentos con base a los cuales solicitó: *"Declaréis sin lugar la petición de las demandantes respecto a suspender los efectos de los actos impugnados"*.

Posteriormente, en la interlocutoria de fecha veintinueve de mayo de dos mil ocho, su digna autoridad expuso, entre otros razonamientos: *"(...) esta Sala considera que es improcedente conceder la medida cautelar solicitada, ya que las sociedades actoras no acreditaron la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva; y la autoridad demandada sí ha establecido el posible daño al interés social, por lo cual se ha incumplido con los requisitos establecidos en los artículos 17 y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"*.

En virtud de lo anterior, se resolvió declarar: *"Sin lugar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos impugnados, por las razones apuntadas (artículos 17 y 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa)"*.

El día veintiocho de mayo del corriente año el apoderado de CAESS y AES-CLESA presentó un escrito en el que pidió nuevamente que: *"se proceda a conceder la medida cautelar solicitada en el sentido que no se exija el pago de la multa impuesta mientras dure la tramitación de este proceso"*.

Así, el día once de agosto del presente año, su digna autoridad ordenó: *"Suspéndese provisionalmente la ejecución de los efectos de los actos administrativos impugnados, en el sentido que la autoridad demandada deberá abstenerse de cobrar las multas impuestas a las sociedades CAESS, S.A. de C.V. y AES CLESA Y CIA, S. EN C. DE C.V., y como consecuencia tampoco podrá proceder a tenerlas como reincidentes respecto a la sanción controvertida en este caso, mientras se encuentre en trámite el presente proceso"*.

A partir de lo anterior, y en virtud del principio *rebus sic stantibus*, es dable que de advertirse en el transcurso del proceso hechos que evidencian la improcedencia de la

medida cautelar ordenada, ésta debe revocarse. Por ello, en este acto venimos a exponerle a su digna autoridad argumentos soportados por prueba instrumental que demuestran que en este caso no se cumplen los presupuestos para la adopción de una providencia precautoria.

## II. REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Según el artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: "Será procedente ordenar la suspensión provisional del acto administrativo impugnado, cuando su ejecución pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva". Así, tal como ha reconocido este Tribunal a partir de dicha disposición, uno de los presupuestos para la adopción de la medida cautelar es la existencia del *periculum in mora*.

En la resolución que esta Sala emitió el día veintinueve de mayo de dos mil ocho, se denegó la medida cautelar solicitada, pues se consideró que: "*las sociedades actoras no acreditaron la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva*".

De lo anterior, se advierte que su digna autoridad exigió a CAESS y AES-CLESA que, para poder ordenarle la medida cautelar solicitada, debían "explicar" o "fundamentar" de forma concreta por qué la ejecución de los actos impugnados les provocaría un daño de "imposible o de difícil reparación".

Ahora bien, del análisis de las meras declaraciones contenidas en el escrito presentado por CAESS y AES-CLESA el día veintiocho de mayo del corriente año, este Tribunal consideró (en la resolución de fecha once de agosto del corriente año) que: "se ha determinado que de no suspenderse los efectos de los actos impugnados, en lo relacionado con que se efectúe el pago de las dos multas que ascienden a la cantidad de diecisiete mil cuarenta dólares de los Estados Unidos de América (\$17,040.00) equivalentes a ciento cuarenta y nueve mil cien colones (C149,100.00) cada una, y que

*además tal infracción puede servir de fundamento para ser consideradas como reincidentes en otros procedimientos sancionatorios seguidos a CAESS, S.A. de C.V. y AES CLESA Y CIA, S. EN C. DE C.V., lo que podría producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva a dichas sociedades, estimando que se ha cumplido con el requisito regulado en el artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y en consecuencia es procedente conceder la medida cautelar solicitada respecto de este punto”.*

En virtud de lo anterior, a continuación procederemos a exponer por qué las simples declaraciones vertidas por CAESS y AES CELSA en su escrito presentado el día veintiocho de mayo del corriente año, son insuficientes para cumplir con el presupuesto de *periculum in mora* (A) y, posteriormente, demostraremos con prueba fehaciente que la ejecución de los actos reclamados no provoca los daños invocados por las demandantes (B).

#### **A. SOBRE LA INSUFICIENCIA DE LOS ELEMENTOS PROVISTOS POR CAESS y AES-CLESA PARA TENER POR CUMPLIDO EL PRESUPUESTO DE PERICULUM IN MORA**

Cuando en la interlocutoria de fecha veintinueve de mayo de dos mil ocho su digna autoridad rechazó la suspensión de los actos reclamados, basó su decisión en que CAESS y AES-CLESA no habían “[acreditado] *la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva*”. A contrario sensu, tal razonamiento supone que, para que este Tribunal pudiera ordenar la medida cautelar *era imprescindible que CAESS y AES-CLESA justificaran suficientemente por qué la ejecución de los actos reclamados podía provocarle el daño invocado*.

En el nuevo escrito presentado por CAESS y AES-CLESA el día veintiocho de mayo del corriente año, el abogado de las demandantes pretende justificar suficientemente el *periculum in mora* al manifestar que: “*En lo concerniente al segundo punto el daño irreparable o de difícil reparación que se produciría con la no suspensión de la*

*ejecución de los efectos del acto impugnado, es que mi representada pueda ser procesada nuevamente por la autoridad demandada, bajo el argumento de reincidencia, aún y cuando el presente proceso de impugnación se encuentra en trámite, lo que genera para mi representada una inseguridad jurídica, y el consiguiente daño patrimonial que para ella ocasionaría la situación.- Además el acto impugnado causa un perjuicio patrimonial a la sociedad, ya que la erogación de dicho monto minimiza el patrimonio de la misma, dinero que se utiliza en la inversión de proyectos para el servicio que presta la sociedad. Disminuiría su capacidad económica y, por ende, su respuesta para hacer frente a su obligación y responsabilidad de proporcionar el servicio, la afectación no sólo es para dicha empresa, sino que alcanza a la población en general y usuaria del servicio eléctrico (quienes podrían llegar a ser afectados en el suministro de energía), en virtud de que al limitarse su capacidad económica de trabajo no podría dar el mantenimiento oportuno y óptimo y, además, expandir la red por falta de fondos. Por lo que los posibles daños que se le ocasionen a raíz de los actos impugnados, no podrían ser reparados efectivamente por una eventual sentencia estimatoria, pues implican afectaciones graves que no son susceptibles de reconstrucción a posteriori”.*

Hay que enfatizar que las declaraciones transcritas en el párrafo anterior son simples aseveraciones cuya veracidad no se ha legitimado de ninguna forma, ni respaldado con ningún instrumento. Y es que afirmar que de cobrarse a CAESS y AES-CLESA el monto de la multa ésta vería afectados sus proyectos de mantenimiento de la red de distribución eléctrica, al punto de poner en riesgo el servicio a los usuarios, es una aseveración muy seria que no puede tomarse a la ligera. Por ello, era imprescindible que CAESS y AES-CLESA, además de la mera invocación de un daño, *expusieran un fundamento contable y financiero que acreditara o respaldara que tal declaración es cierta o, al menos, que tiene apariencia de buen derecho.*

Aún cuando los argumentos esgrimidos por el apoderado de CAESS y AES-CLESA en este nuevo escrito resultan ser diferentes –tal como lo mencionó esta Honorable Sala– siempre siguen faltando elementos que fundamenten la pretensión de la solicitante, que

si bien no es necesario "*pruebas irrefutables*" que demuestren la existencia de un daño irreparable o de difícil reparación, sí debe existir un mínimo grado de certeza positiva sobre la veracidad de los argumentos aseverados por la parte demandante.

En ese sentido, se observa que esta nueva petición de ordenar una medida cautelar adolece de las mismas falencias que esta Sala advirtió en la demanda. Por ello, era necesario que su digna autoridad, en lugar de ordenar la medida cautelar, rechazara nuevamente la solicitud formulada por CAESS y AES-CLESA.

#### **B. SOBRE LA PRUEBA QUE DEMUESTRA QUE, EN EL PRESENTE CASO, NO SE CUMPLE EL PRESUPUESTO DE PERICULUM IN MORA**

En el apartado anterior hemos expuesto porqué la petición formulada por CAESS y AES-CLESA se basaba en meras aseveraciones sin fundamento o sin el mínimo grado de certeza necesario para la adopción de medidas cautelares. En este apartado demostraremos que, aunado a lo anterior, hay prueba que demuestra que los señalamientos expuestos por el apoderado de CAESS y AES-CLESA están alejados de la realidad.

En primer lugar, hay que señalar que CAESS y AES-CLESA ya pagaron \$14,200.00 cada una, de manera que únicamente está pendiente de pago \$2,840.00 por cada una de las multas. Tal circunstancia se acredita con copia de la misiva enviada a esta Superintendencia el día 1 de octubre de 2010, por parte de la Fiscalía General de la República, y los anexos correspondientes.

En ese sentido, para verificar si es o no procedente la emisión de una medida cautelar es preciso examinar si el pago de meros \$2,840.00 por parte de CAESS y AES-CLESA les supone un perjuicio definitivo o de difícil reparación. A continuación se expondrán las razones que demuestran fehacientemente que la ejecución del resto de la multa \$2,840.00 no provoca ningún perjuicio a CAESS (1) ni a AES-CLESA (2).

1. Adjuntamos a este escrito copia de los estados financieros auditados de CAESS al 31 de diciembre de 2009, que han sido enviados por el Superintendente de Valores, previo requerimiento de esta Institución. En dicho documento se incluyen las "Notas a los estados financieros consolidados al 31 de diciembre de 2009", elaboradas por la firma que ejerció la auditoría externa de CAESS en el ejercicio 2009: ERNST & YOUNG EL SALVADOR, S.A. DE C.V.

En la nota número 18, titulada "Compromisos y contingencias" (página 42), se incluye un apartado titulado "Litigios", en ese apartado los auditores externos señalan:

"Durante el año 2008, la Superintendencia de Competencia interpuso una demanda en contra de CAESS, reclamando la cantidad de \$17, en concepto de multa por prácticas anticompetitivas contra EDESAL. Al 31 de diciembre de 2009 se ha provisionado el 100% de esta contingencia."

De lo anterior se observa que, contrario a lo expresado por el apoderado de CAESS, dicha sociedad tiene en sus provisiones, y en un 100%, el monto de la multa que se impuso en los actos reclamados en este proceso. En ese sentido, en vista que el monto de la multa ha sido debidamente reservado por CAESS, es falsa la aseveración formulada respecto a que ese monto le era y le es imprescindible para las obras de mantenimiento de la red de distribución eléctrica y, consecuentemente, también son falsos todos los perjuicios que CAESS señala se provocarán en los usuarios en caso se ejecute el cobro de la multa.

Por otra parte, en el estado consolidado de resultados al 31 de diciembre de 2009 (página 5), se determina que los ingresos totales percibidos por CAESS se incrementaron en \$83.5 millones de dólares, es decir, de \$283,447,000 percibidos en 2008, pasaron a percibir \$ 366,924,000 en 2009. Además obtuvo una utilidad en este último año de \$3.634 millones que, sumadas a las utilidades que tenían retenidas (que pueden verificarse en el Estado de cambios en el

patrimonio, en la página 6), ascienden a \$22.993 millones. Como consecuencia, *el porcentaje a pagar por la sanción administrativa que queda pendiente de pago corresponde únicamente a un 0.0008% con respecto a los ingresos totales y 0.012% con respecto las utilidades que CAESS tiene acumuladas.*

Por lo anterior, su digna autoridad debe inmediatamente revocar la medida cautelar ordenada pues, además de no cumplirse el presupuesto del *periculum in mora*, es evidente que la parte actora actuó de forma maliciosa al exponer aseveraciones sin fundamento con el objeto de sorprender a esta Honorable Sala.

2. Adjuntamos a este escrito certificación de los estados financieros auditados de AES-CLESA al 31 de diciembre de 2009, depositados en el Registro de Comercio bajo el número 17,376. En dicho documento se incluyen las "Notas a los estados financieros consolidados al 31 de diciembre de 2009", elaboradas por la firma que ejerció la auditoría externa de AES-CLESA en el ejercicio 2009: ERNST & YOUNG EL SALVADOR, S.A. DE C.V.

En la nota número 16, titulada "Compromisos y contingencias" (página 36), se incluye un apartado titulado "Litigios", en ese apartado los auditores externos señalan:

"Durante el año 2008, la Superintendencia de Competencia interpuso una demanda en contra de CLESA, reclamando la cantidad de \$17, en concepto de multa por prácticas anticompetitivas contra EDESAL. Al 31 de diciembre de 2009, la Compañía provisionó el 100% de esta contingencia."

De lo anterior se observa que, contrario a lo expresado por el apoderado de AES-CLESA, dicha sociedad tiene en sus provisiones, y en un 100%, el monto de la multa que se impuso en los actos reclamados en este proceso. En ese sentido, en vista que el monto de la multa ha sido debidamente reservado por



AES-CLESA, no es verdadera la aseveración formulada respecto a que ese monto le era y le es imprescindible para las obras de mantenimiento de la red de distribución eléctrica y, consecuentemente, no están apegados a la realidad todos los perjuicios que AES-CLESA señala se provocarán en los usuarios en caso se ejecute el cobro de la multa.

Por otra parte, en el estado consolidado de resultados al 31 de diciembre de 2009, se determina que los ingresos totales percibidos por AES-CLESA en 2009 corresponde a la suma de ingresos operacionales (\$150,354,951.07) más otros ingresos (\$5,155,929.10), pasando a ser de un total de \$155,510,880.17.

Además obtuvo una utilidad en este último año de \$10,703,889.09 que, sumadas a las utilidades que tenían retenidas (que pueden verificarse en el Estado de cambios en el patrimonio), ascienden a \$28,133,718.18. Como consecuencia, *el porcentaje a pagar por la sanción administrativa que queda pendiente de pago corresponde únicamente a un 0.0018% con respecto a los ingresos totales y 0.01% con respecto las utilidades que AES-CLESA tiene acumuladas.*

Por lo anterior, su digna autoridad debe inmediatamente revocar la medida cautelar ordenada pues, además de no cumplirse el presupuesto del *periculum in mora*, es evidente que la parte actora actuó de forma maliciosa al exponer aseveraciones sin un mínimo fundamento o apariencia de buen derecho, con el objeto de sorprender a esta Honorable Sala.

En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, con todo respeto **PEDIMOS:**

- (a) Se nos admita el presente escrito;
- (b) Se ordene inmediatamente la revocatoria de la medida cautelar ordenada en la interlocutoria de fecha once de agosto de dos mil diez;

(c) Se continúe con el trámite y en sentencia se desestime la pretensión de la parte actora.

Suscrito en Antigua Cuscatlán, para ser presentado en San Salvador a los catorce días del mes de diciembre de dos mil diez.

 Gerardo Daniel Henríquez Angulo  

*Presentado a las once horas treinta y cuatro minutos del quince de diciembre de dos mil diez, por **Gerardo Daniel Henríquez Angulo**, de treinta y siete años de edad, Abogado, del domicilio de Antigua Cuscatlán, a quien identifico por medio de su **DUI** número 00331932-7, en original y seis copias, todas con sus anexos, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley. Adjunta: **1)** Certificación de Depósito No. 17376 de Balances, de AES-CLESA y Compañía, S. en C. de C.V., extendida por el Contador Público del Registro de Comercio, de fecha ocho de diciembre de dos mil diez, de veintiún folios útiles; **2)** Fotocopia simple de escrito dirigido al Intendente de Investigaciones de la Superintendencia de Competencia, suscrito por el Superintendente de Valores, de fecha diez de septiembre de dos mil diez, con sus respectivos anexos de nota de remisión y Estados Financieros Auditados por la Firma de Auditores Externos ERNST & YOUNG El Salvador S.A. de C.V., de veinticuatro folios útiles.*

