

REF. 423-2007

Nema: Rindiendo informe y
evacuando audiencia.

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

JULIA EMMA VILLATORO TARIO o JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON,
Abogado y Notario, de este domicilio, de treinta y cinco años de edad, con tarjeta de
identificación profesional número cinco mil novecientos ochenta y siete, actuando en mi
calidad de apoderada general judicial del Consejo Directivo de la Superintendencia de
Competencia y sin ninguna de las inhabilidades para procurar en el presente proceso
de conformidad al artículo 99 del Código de Procedimientos Civiles, a Vos atentamente
EXPONGO:

I. LEGITIMACIÓN DE PERSONERÍA

Que tal como consta en la copia certificada por Notario, del testimonio del poder
general judicial otorgado a mi favor, que aparece agregado al expediente respectivo,
soy mandataria del Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia.

En tal sentido, con expresas y precisas instrucciones de mi mandante, vengo a
mostrarme como apoderada del Consejo Directivo de la Superintendencia de
Competencia –en adelante el Consejo Directivo– en el proceso contencioso
administrativo bajo referencia 423-2007, promovido por COMPAÑÍA DE ALUMBRADO
ELÉCTRICO DE SAN SALVADOR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE,
que puede abreviarse CAESS, S.A. DE C.V. –en adelante CAESS– y AES CLESA Y
COMPAÑÍA, SOCIEDAD EN COMANDITA DE CAPITAL VARIABLE, que puede
abreviarse AES CLESA Y CÍA S. EN C. DE C.V. –en adelante AES-CLESA–, mediante
el cual impugnan actos administrativos emitidos por mi representado.

Lic. JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON
ABOGADO

II. FASE PROCESAL

Por medio de la interlocutoria pronunciada por esa honorable Sala a las quince horas y quince minutos del día catorce de enero, notificada a las once horas con veintiún minutos del día doce de febrero, ambas fechas del corriente año, se emitieron las siguientes decisiones: (a) Se admitió la demanda presentada por CAESS y AES-CLESA en contra de mi poderdante; (b) se tuvo por parte a dichas sociedades en este proceso; (c) se mandó a oír en la siguiente audiencia a mi representado, a efecto de que se pronuncie sobre la procedencia de la suspensión provisional de la ejecución de los efectos de los actos impugnados; (d) se requirió a mi poderdante que, en un plazo de cuarenta y ocho horas, rinda un informe respecto a la existencia de los actos que se le atribuyen en la demanda; y (e) se ordenó a mi poderdante que, en ese mismo plazo, remita a ese Tribunal el expediente administrativo relacionado al presente caso.

III. CUMPLIMIENTO DEL INFORME Y LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES

En atención al informe requerido por este Tribunal, mediante este acto informo que el Consejo Directivo, apegado al debido proceso seguido en el procedimiento administrativo con referencia SC-009-O/PA/R-2007, emitió a las once horas y quince minutos del día once de septiembre de dos mil siete, resolución a través de la cual se declaró que CAESS, AES-CLESA y DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD DEL SUR, S.A. DE C.V. cometieron la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia y, en consecuencia, les impuso, a cada una de dichas sociedades, una multa de DIECISIETE MIL CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$17,040.00).

Asimismo, informo que el Consejo Directivo también pronunció la resolución emitida a las once horas del día cuatro de octubre de dos mil siete, mediante la cual se confirmó, en recurso de revisión, el primer acto administrativo aludido.

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.

IV. 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 esa 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.

Lic. JULIA EMMA VILATORO DE DANSON
ABOGADO

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.

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

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.

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.

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.

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, debemos recordar 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

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.

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*

LIC. JULIA EMMA VILLATORO DE DANSON
ABOGADO

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 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*

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 fundamental 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, 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.

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”.

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

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.

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

Lic. JULIA ENMA VILATORO DE DAMSON
ABOGADO

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 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 los resultados 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

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”.

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

aparición 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 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*

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.

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

LIC. JULIA EMMA VILLATORO DE DAWSON
ABOGADO

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 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**

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.

²¹ Vid. MARIENHOFF, Miguel, "*Tratado de Derecho Administrativo*" 4ª ed., t. II, Buenos Aires, Abelado 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.

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 personas afectadas, pudiendo acudir en tal caso a diversas medidas de coerción**²⁶.

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

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.

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, Bogota, 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

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 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, diremos que esa 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

³⁰Vid. 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.

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

modo que la suspensión no constituya en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática³².

Del mismo modo, esa 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.

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.

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.

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



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 esa 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 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.

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.

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*.

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*.

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 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.

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 cautelar debe ser denegada o revocada, según el caso, si de la misma se deriva perturbación grave de los intereses generales**⁴³.

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.

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.

⁴³ Vid. LÓPEZ MENUDO, 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".

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.

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 en este proceso contencioso administrativo emitir una medida de esa naturaleza. Para ello, se expondrán los motivos señalados por las pretensoras 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)**.

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".

1. En el presente caso se observa que las sociedades demandantes solicitaron a ese honorable Tribunal la suspensión de los efectos de los actos impugnados, bajo los siguientes términos:

“1. [Ordenar] al Consejo Directivo de la SC, al Ministerio de Hacienda o a la Fiscalía General de la República, al (sic) cese inmediato de las acciones que pretendan o busquen el cobro de la multa ilegalmente impuesta; y

2. [Ordenar] al Consejo Directivo de la SC NO iniciar (sic) nuevo procedimiento administrativo sancionador considerando en este caso a mis representadas como reincidentes de la conducta tipificada como infracción, hasta que en sentencia definitiva se determina (sic) la justeza de los argumentos de ilegalidad planteados”.

Para realizar tal petición, las demandantes, a través de su apoderado, por una parte, arguyen que en el presente caso concurre el cumplimiento de los requisitos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora* y, por otra, aseveran que la emisión de la medida precautoria no afectaría el interés público.

Así, respecto al requisito de “apariencia de buen derecho”, CAESS y AES-CLESA sostienen que tal presupuesto: *“es cumplido estudiando que, tanto en la resolución originaria como en la confirmatoria, la administración no ha comprobado el extremo indispensable para ver por configurada la infracción que imputa a mis representadas, es decir la existencia de responsabilidad o culpabilidad directa”.*

Con relación al *periculum in mora*, el abogado de las pretensoras señala que la ejecución de la multa provocaría un “*deterioro económico significativo*” para sus representadas. Además, manifiesta que: *“la afectación mas (sic) grave de la ejecución de los actos impugnados y que sería irreparable o de difícil reparación con la sentencia definitiva, es el daño a la imagen social y comercial de mis representadas, quienes se ven comprometidas con estos señalamientos, que también han sido hecho públicos por la autoridad demandada, y que contrastan con su actual imagen comercial como*

sujetos transparentes y que cumplen a cabalidad con toda la normativa legal vigente. Art. 17 de LJCA”.

Finalmente, CAESS y AES-CLESA señalan que la suspensión de los actos reclamados no provocaría un perjuicio al interés social pues, para ellas “*no existe ni ha existido “realmente” perjuicio alguno en el ámbito de la competencia, ni de los consumidores de energía”* y añaden que: “*EDESAL cuenta al día de hoy con sus pliegos tarifarios aprobados, lo que ha generado la materialización de la interconexión solicitada, por lo cual no existe perjuicio alguno para los actuales suscriptores de EDESAL, que por su posición como consumidores se encuentran absolutamente ajenos (en términos de efectos) a las resultas de este proceso”.*

2. Habiéndose expuesto las razones vertidas por las demandantes respecto a la medida precautoria, es preciso analizar tales motivos a la luz de las consideraciones teóricas previamente expuestas y, de esa manera, solicitar lo que corresponda.

(a) Con relación al *fumus boni iuris* las demandantes se constriñen a aseverar llanamente que el Consejo Directivo, al emitir los actos impugnados, no demostró “*el extremo indispensable*” para determinar la infracción que se le imputó.

En primer lugar, 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 elementos concretos que revelen 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, se observa que el licenciado Hurtado Saldaña ni siquiera define cuál es el extremo indispensable que, a su criterio, mi poderdante debió demostrar para determinar la existencia de la infracción prevista en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia. Y es que, según aparece en la demanda, se observa que el referido

profesional 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 de 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 CAESS, AES-CLESA y DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD DEL SUR, S.A. DE C.V., cometieron la práctica anticompetitiva prevista en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia obedeció al análisis técnico, económico y jurídico de las declaraciones vertidas por personas involucradas en el caso examinado y por especialistas en el sector eléctrico de la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, así como del examen de los documentos proveídos por los intervinientes del procedimiento y por dicha autoridad reguladora.

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

(b) Por otra parte, CAESS y AES-CLESA sostienen que los actos impugnados sí suponen un riesgo de causarle un daño irreparable pues consideran que, por una parte, la ejecución de la multa pone en riesgo su estabilidad financiera y, por otra, la publicación de la sentencia ha afectado su imagen.

Con relación al supuesto riesgo financiero invocado, hay que señalar que CAESS y AES-CLESA, en lugar de demostrar la existencia del peligro en la demora, se han limitado a solicitar la emisión de la medida cautelar basándose en meras aseveraciones infundadas. Y es que las demandantes no han incorporado elementos que demuestren que, en efecto, la ejecución de la multa supone algún riesgo operativo, financiero o administrativo.

Así, para tener por cumplidos el presupuesto del *periculum in mora*, CAESS y AES-CLESA debieron haber comprobado la veracidad del peligro invocado con algún tipo de prueba, al menos documental, sin que sea suficiente la presentación de meros indicios ni, mucho menos, simples declaraciones.

Además, alegar que la publicación de una resolución administrativa le provoca un daño a la imagen configura un argumento improcedente, pues, según lo dispuesto en el artículo 13 letra j), es atribución y deber del Superintendente, “[C]ompilar las resoluciones y publicarlas”; en ese mismo sentido, el artículo 51 de la referida ley prescribe: “La Superintendencia deberá recopilar y publicar el texto de sus resoluciones firmes a fin de crear un registro”. Tal disposición se configura como un desarrollo del principio de publicidad procesal –en su manifestación externa– que, como categoría derivada del derecho constitucional al debido proceso, supone que los procedimientos y, sobre todo las resoluciones finales, puedan ser conocidas más allá del círculo de las personas participantes en los mismos, pudiendo tener así una proyección general y, de esa manera, se protege a las partes de una justicia sustraída al control público y se mantiene la confianza de la comunidad en la Administración Pública⁴⁶. La aplicación de dicho principio alcanza una importancia particular en los procedimientos ventilados ante la Superintendencia de Competencia, pues estando tales mecanismos procedimentales dirigidos a promover y garantizar la competencia en los mercados y el bienestar de los consumidores, es de interés público la tutela de dichos bienes jurídicos y, por consiguiente, la sociedad, en su conjunto, debe tener conocimiento respecto a las decisiones que atañen sus intereses.

⁴⁶ Vid. PICO I JUNOY J. “Las garantías constitucionales del proceso” p. 116

En razón de lo anterior, no es válido sostener la existencia de un riesgo inminente con base en una situación que, además de estar prevista por el legislador, se configura como una garantía fundamental del procedimiento.

(c) En otro orden de ideas, CAESS y AES-CLESA consideran que la suspensión de los actos impugnados, no provoca un perjuicio al interés social, pues por una parte, a su entender, nunca hubo un perjuicio ni a las condiciones de competencia ni a los consumidores y, por otra, EDESAL, S.A. DE C.V., ya habría materializado la interconexión de su red de distribución de energía eléctrica.

No obstante que el licenciado Hurtado Saldaña ha pretendido desacreditar las argumentaciones que mi poderdante pudiera exponer sobre este aspecto, calificándolas precipitadamente como alegaciones “*irrelevantes y sesgadas*”, es oportuno en este acto señalar las razones que evidencian el riesgo al interés público que supone la suspensión de los actos impugnados y, a su vez, evidencie las deficiencias argumentativas del referido profesional.

Para determinar si los efectos de los actos impugnados en este proceso afectan un interés particular o un interés público es pertinente, en primer lugar, esclarecer cuál es el bien jurídico tutelado por el Derecho de Competencia.

Doctrinariamente, se ha afirmado que el Derecho de Competencia persigue varios objetivos; así, se configura como un medio para lograr una asignación racional de recursos, para evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional, sirve como un mecanismo sustitutivo de la intervención estatal directa en la economía y opera como un instrumento de protección al consumidor⁴⁷. De esa manera, se advierte que esta rama del Derecho, en lugar de regular intereses particulares, despliega su carácter normativo en función de materias de interés público; por ello, se califica a esta rama del Derecho en el conglomerado de normas de Derecho Público.

⁴⁷⁴⁷ Vid CABANELLAS G. “*Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*” Tomo I. p. 39 y ss.

Por otra parte, el artículo 1 de la Ley de Competencia señala categóricamente que su objeto es *“promover, proteger y garantizar la competencia (...) a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores”*.

Asimismo, en los considerandos de dicha Ley se expone claramente que su base constitucional radica en el interés de los consumidores y la libertad económica, bienes jurídicos de rango constitucional consagrados en los artículos 101 y 102 de la Carta Magna.

De esa manera, es dable afirmar que entre los bienes tutelados por el Derecho de Competencia y, en particular, por la Ley de Competencia, están la *competencia*, la *libertad económica*, el *bienestar de los consumidores* y la *eficiencia de los mercados*; por ello, las atribuciones de la Superintendencia de Competencia, el régimen sancionatorio y los instrumentos procedimentales están diseñados para proteger a esas categorías jurídicas, y no a un agente económico en particular.

Lo anterior implica que las decisiones pronunciadas por el Consejo Directivo en un procedimiento sancionador no se configuran como la resolución de conflictos entre particulares en donde únicamente se ven involucrados los intereses particulares de éstos. Por el contrario, el objeto de ese instrumento procedimental es investigar y sancionar aquellas conductas que, siendo prohibidas por la Ley de Competencia, distorsionan las condiciones de competencia de los mercados y, por ello, además de afectar la eficiencia del mercado, perjudican a los agentes económicos que intervienen en el mismo y al conjunto de consumidores.

Por esa razón, el Consejo Directivo, al identificar la existencia de prácticas anticompetitivas y en virtud de la facultad conferida en el artículo 14 letra d) de la Ley de Competencia, debe ordenar el cese de dicha conducta a efecto de restituir las condiciones de competencia en el mercado relevante y detener el perjuicio provocado a otros agentes económicos y, principalmente, a los consumidores.

Eso es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, pues el Consejo Directivo, después de haber analizado desde una perspectiva técnica, económica y jurídica, tanto los resultados de las investigaciones realizadas por la Superintendencia de Competencia, las alegaciones y elementos incorporados por CAESS, AES-CLESA y los demás intervinientes del procedimiento, así como las declaraciones y opiniones técnicas que sobre el caso expuso la Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones –autoridad especializada en la regulación del sector eléctrico– determinó que CAESS, AES-CLESA y DELSUR, de manera deliberada, obstaculizaron la entrada de un nuevo competidor –EDESAL, S.A. de C.V.– en mercados en los cuales aquéllas gozan de posición dominante, vulnerando lo dispuesto en el artículo 30 letra a) de la Ley de Competencia y, por ello, además de imponerle a las infractoras la multa correspondiente mi poderdante les ordenó:

“IV (...) el cese inmediato de este tipo de práctica anticompetitiva, consistente en obstaculizar sin justificación legal la entrada o expansión de un actual o potencial competidor, a través de la falta de respuesta o rechazo a solicitudes de interconexión de un operador con base a razones que solamente corresponde verificar al ente regulador.”

El sentido de dicha orden es enfatizar a los sujetos sancionados que al haberse declarado el carácter anticompetitivo de sus conductas, deben abstenerse de continuar realizando actividades que están prohibidas por la Ley de Competencia.

Asimismo, aunque las medidas que configuran la orden de cese de la conducta involucran a un agente económico en particular, hay que enfatizar que es a los consumidores a quienes en realidad interesa y beneficia la entrada de nuevos competidores en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica, es decir, que si bien se dirigió a CAESS, AES-CLESA y DELSUR una orden de no obstaculizar la entrada al mercado a otros competidores, esta medida tiene como objeto sanear el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica en la zona, pues sus habitantes tendrían más de un ofertante de dichos servicios.

En ese sentido, las medidas ordenadas en los actos impugnados pretenden eliminar obstáculos artificiales a la entrada de nuevos participantes en el mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica, potenciando con ello la eficiencia en el mercado y el bienestar de los consumidores y, de forma aunada, incentivar la inversión de nuevos competidores al mercado de distribución y comercialización de energía eléctrica.

Por lo anterior, es evidente que si la interconexión con EDESAL, S.A. DE C.V., se haya realizado o no, la orden de cese de conducta ordenada por mi poderdante trasciende ese hecho en particular; de manera que la suspensión de los actos impugnados sí provocaría un perjuicio en el interés social y, en consecuencia, en aras de cumplir con lo previsto en el artículo 18 de la LJCA y a efecto de evitar la obstaculización de una mejoría en las condiciones de competencia del mercado que, en definitiva, interesa y beneficia a los consumidores, es ineludible que esa honorable Sala declare sin lugar la medida precautoria solicitada en la demanda.

E. 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 las demandantes no han incorporado elementos concretos que revelen la verosimilitud de su pretensión o la existencia de un perjuicio inminente que podría provocarles el cumplimiento de los actos reclamados.

Además, las razones vertidas evidencian que la adopción de una medida precautoria en este proceso provocaría un perjuicio en el interés de los consumidores y, por ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la LJCA, debe rechazarse la

Lic. JULIA ENRIETA VILLATORO DE DAMSON
ABOGADO

suspensión de los efectos de los actos impugnados solicitada por CAESS y AES-CLESA.

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

Asimismo, no es válido que a través de este proceso contencioso administrativo se inhiba a esta Superintendencia la posibilidad de iniciar en el futuro investigaciones contra CAESS y AES-CLESA. La existencia del concepto de **reincidencia** previsto en el artículo 37 de la Ley de Competencia como uno de los criterios para imponer sanciones, supone que el mismo ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que puedan realizarse investigaciones ulteriores sobre agentes económicos que hayan sido previamente sancionados por la comisión de prácticas anticompetitivas. Así, acceder a la petición de las demandantes, **además de restringir tanto las facultades investigativas de la Superintendencia de Competencia, como la obligación de esa institución de dar cumplimiento a la Ley de Competencia y de velar por la promoción, protección y garantía de la competencia, provocaría la creación de un halo de impunidad a favor de ciertos agentes económicos; hecho que, en definitiva, se traduciría en una grave lesión al valor constitucional de la justicia.**

V. REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Atendiendo al requerimiento formulado por esa honorable Sala en la letra d) de la parte resolutive de la interlocutoria antes aludida, adjunto a este escrito el expediente original que corresponde al procedimiento administrativo sancionador iniciado oficiosamente por la Superintendente de Competencia en contra de las sociedades

CAESS, AES-CLESA y DISTRIBUIDORA DE ELECTRICIDAD DEL SUR, S.A. DE C.V., y que se ha identificado bajo el número de referencia SC-009-O/PA/R-2007.

Es oportuno señalar que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 13 letra f) de la Ley de Competencia, la Superintendente de Competencia está obligada a proteger la confidencialidad de la información empresarial, comercial u oficial contenida en el archivo de la Superintendencia.

En ese sentido, en la resolución pronunciada por la Superintendente de Competencia a las ocho horas y cinco minutos del día veintiuno de agosto de dos mil siete, la referida funcionaria calificó como confidencial cierta información que se incorporó en el procedimiento sancionador mencionado, extrayendo dicha información del expediente e incorporándola en una pieza separada.

Con base en lo anterior, el artículo 55 del Reglamento de la Ley de Competencia establece que: *“Si finalizado el procedimiento administrativo, el expediente fuere requerido por alguna autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, éste se les remitirá en el menor tiempo posible, junto con la pieza en la que se encuentren los documentos declarados como confidenciales, acompañado de una razón en la que conste una advertencia sobre el contenido confidencial de los mismos para que la autoridad judicial tome las providencias correspondientes”.*

Por ese motivo, es dable manifestarle a ese honorable Tribunal que toda la información contenida en la pieza identificada como confidencial es de carácter reservado en virtud de ser particularmente sensible a los intereses empresariales, comerciales u oficiales de los agentes económicos relacionados al procedimiento sancionador y, en consecuencia, es procedente solicitar a esa Sala que adopte las medidas correspondientes para restringir el acceso a la parte confidencial del expediente frente a sujetos a quienes no les corresponda dicha información y, de esa manera, garantizar la confidencialidad de dicha información

LIC. EMMA VILLATORO DE DANSON
ABOGADO

VI. 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 apoderada 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. Tengáis por rendido el informe solicitado de conformidad al artículo 20 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa;
6. Tengáis por evacuada la audiencia conferida respecto al pronunciamiento sobre la petición de las demandantes relacionada a la suspensión de los efectos de los actos reclamados;
7. Tengáis por presentada el expediente requerido;
8. Adoptéis las medidas correspondientes para garantizar el carácter reservado de la información contenida en la pieza que aparece identificada como confidencial;
9. Tengáis por contestada la demanda en sentido negativo;
10. Declaréis sin lugar la petición de las demandantes respecto a suspender los efectos de los actos impugnados;
11. Previo trámite de ley, en sentencia definitiva declaréis 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 Aldo Enrique

Cader Camilot, Rafael Arnoldo Gómez, María Elena Bertrand, Carlos Roque y Daniel Eduardo Olmedo Sánchez.

San Salvador, a los trece días del mes de febrero de dos mil ocho.





*Presentado a las diez horas cuarenta minutos del trece de febrero de dos mil ocho, por **Daniel Eduardo Olmedo Sánchez**, de treinta años de edad, Abogado, del domicilio de San Salvador, a quien identifico por medio de su DUI número 00325270-3, en original y once copias, de las cuales se le devuelve una con la razón de ley. Adjunta Expediente Administrativo SC-009-0/PA/R-2007, a nombre de Distribuidora Eléctrica del Sur, S.A. de C.V., Compañía de Alumbrado Eléctrico de San Salvador y AES CLESA y Compañía, S. en C. de C.V., compuesto de tres piezas, la primera con sesenta y ocho folios útiles, la segunda con trescientos treinta y nueve folios útiles, y la tercera con cuatrocientos ochenta folios útiles.*




