

11:27
02-11-19.



00268-19-ST-COAD-2CO

30-AD-19

JUZGADO SEGUNDO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Santa Tecla, a las once horas con cincuenta y cinco minutos del día veintinueve de octubre del año dos mil diecinueve.

A sus antecedentes:

1) El escrito presentado a las trece horas con cuarenta y cinco minutos del día veinticinco de octubre del año dos mil diecinueve, a ff.165-168, por las abogadas BLANCA GERALDINA LEIVA MONTOYA y NARDA DEL ROSARIO RIVERA MARTÍNEZ, actuando en calidad de procuradoras del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA. En dicho escrito se pronuncian sobre la medida cautelar solicitada por la parte requirente, informan del conocimiento de la sociedad Droguería Americana, S.A. de C.V., como tercero perjudicado, y la existencia del proceso contencioso administrativo con referencia 00252-19-ST-COPA-2CO (197-PA-19), con el cual se puede incurrir el supuesto de acumulación de procesos. Asimismo, adjuntan copia certificada por notario de testimonio de escritura pública de poder general judicial con cláusula especial con la cual legitiman su personería.

2) El escrito presentado a las catorce horas con veinte minutos del día veintiocho de octubre del año dos mil diecinueve, a f.171, por el abogado JONATHAN AARÓN MENJÍVAR HERRERA, actuando en calidad de procurador de la sociedad C. IMBERTON, S.A. de C.V. En dicho escrito expone que existe urgencia de suspender el acto reclamado, en vista que la Superintendencia de Competencia ya ha iniciado gestiones de cobro por el pago de la multa impuesta, que asciende a la cantidad de doscientos veintiocho mil dólares de los Estados Unidos de América (\$228,000.00), y que, ante el impago del mismo, existe riesgo de embargo de los bienes de su representada hasta cubrir dicha cuantía. Para acreditar dicha situación adjunta: i) copia simple de cita emitida por la Unidad de Juicios de Cuentas y Multas de la Fiscalía General de la República, de fecha ocho de octubre del año dos mil diecinueve, suscrita por la licenciada María Dictdulía Maldonado, fiscal del caso con referencia 01520-UM-2019-SS, y ii) copia simple del acta levantada por la fiscal del caso, a las diez horas con veintitrés minutos del día veintiuno de octubre del año dos mil diecinueve.

I. Respecto a la medida cautelar solicitada

De conformidad al artículo 99 inciso 1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), una vez transcurrido el plazo para evacuar el traslado conferido a la parte contraria para que se pronuncie sobre la medida cautelar requerida, con dicha respuesta o sin ella, deberá dictarse la resolución pertinente. En el presente caso, la parte requirente solicitó medida cautelar consistente en la suspensión del acto administrativo sancionador; por lo que, previo a declarar el otorgamiento o denegatoria de la misma, este Juzgado hace las siguientes consideraciones:

1. Sobre la procedencia de las medidas cautelares

Las personas naturales o jurídicas que se ven afectadas por la emisión de un acto administrativo emanado por la Administración Pública pueden acudir y defender los derechos que consideren agraviados ante un juez competente, mediante un proceso en jurisdicción contencioso administrativa, con el objeto de lograr que se declare que la actuación de la administración no es conforme a derecho, y, en consecuencia, lograr el reconocimiento y protección de sus derechos e intereses. Ahora bien, en ciertos casos justificados, se vuelve necesario que mientras se sustancie el proceso contencioso administrativo y se arribe a una sentencia, se sigan mecanismos legales que permitan una tutela judicial efectiva, que logren asegurar el resultado del

proceso y así evitar que la respuesta judicial se vuelva una declaración poco efectiva de cara a impedir o remediar un eventual perjuicio o afectación a derechos e intereses.

Estos mecanismos son las medidas cautelares, decisiones por sí mismas provisionales e instrumentales, que pretenden evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso, como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en otras palabras, pretenden asegurar el cumplimiento de la decisión de fondo. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la resolución interlocutoria 264-2015 de fecha dieciocho de abril del año dos mil dieciséis señaló que “(...) las medidas cautelares constituyen una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto que en el eventual caso se declare la ilegalidad del acto impugnado, el administrado posea una verdadera herramienta eficaz y oportuna para salvaguardar su esfera jurídica; a fin de que, –a la postre– la ejecución de una sentencia estimatoria no se vuelva una mera certeza jurídica pero con efectos materiales ineficaces o ilusorios en la esfera del administrado”.

Asimismo, la Sala de lo Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad, con referencia 5-2018 de fecha treinta y uno de enero del año dos mil dieciocho (de acuerdo a lo sostenido en la resolución de dieciséis de septiembre del año dos mil tres con referencia Inc.4-2013) ha señalado “que las medidas cautelares son herramientas procesales con las que se persigue dotar de eficacia a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales encargados de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones sometidas a su conocimiento, evitando la frustración tanto de la tramitación del proceso como de la efectividad de la sentencia que lo culmina, en caso de ser estimatoria. (...)”.

En ese orden de ideas, para decretar la medida cautelar solicitada, es necesario valorar los presupuestos que habilitan su adopción, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 98 de la LJCA, y son: **a)** Que pueda existir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia (*periculum in mora*); **b)** Que provisionalmente se establezca la apariencia favorable a derecho (*fumus boni iuris*); y, **c)** Los intereses en conflicto y la grave perturbación que con la medida se puede ocasionar a los intereses generales o de terceros.

Corresponderá entonces valorar caso por caso la concurrencia de cada uno de estos presupuestos, por lo que a continuación, se analizará si se cumplen o no estos tres presupuestos, haciendo un análisis escalonado. En este sentido, únicamente constatada la existencia del peligro en la demora, procederá analizar la apariencia de buen derecho, pues “(...) debe tenerse en cuenta: 1) que solo procede analizar el *fumus boni iuris* si hay *periculum in mora*. Esto es, el juicio de probabilidad de estimación de la pretensión de la parte debe venir precedido de la constatación de riesgo para la satisfacción de la tutela judicial efectiva, de riesgo de pérdida de la finalidad del recurso, pues solo tiene sentido el análisis del *fumus boni iuris* en el seno de la ponderación de los intereses en conflicto en situación de *periculum in mora* (...). (Ayala, José María, (2016). *Algunas reflexiones sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: finalidad y criterios a considerar*. III Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, página 93). Y, una vez estimada la existencia de apariencia de buen derecho, se procederá a analizar el presupuesto relacionado a los intereses en conflicto, según sea el caso.

Cabe mencionar, que para constatar estos presupuestos, es necesario que el solicitante alegue con argumentos jurídicos y fácticos la necesidad y urgencia de que se dicte una medida cautelar; lo que permitirá realizar un examen exhaustivo de la petición y determinar si la misma es otorgada o no; es decir, que los elementos fácticos y jurídicos de la solicitud de la medida cautelar son una carga de la parte que las solicita, de conformidad a lo establecido en el artículo 97 de la LJCA; no pudiendo el Juez contencioso administrativo actuar de oficio.

En el presente caso, el abogado de la parte requirente solicita la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del acto administrativo sancionador, en cuanto a que se suspenda la ejecución del pago de la multa impuesta. En ese sentido, se procederá a analizar si se concretan los presupuestos establecidos en el artículo 98 de la LJCA, para otorgar la misma.

El primer presupuesto, *periculum in mora*, se refiere a que la ejecución del acto dictado en sede administrativa puede producir de forma inmediata o a futuro un daño irreparable o que muy difícilmente pueda reparar la sentencia que se emita. Este daño irreparable se constituye en un parámetro de procedencia para adoptar la medida cautelar. Al respecto de este presupuesto señala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo en resolución interlocutoria con referencia 548-2016, de fecha nueve de enero del año dos mil diecisiete, que “(...) el denominado *periculum in mora* o; peligro en la demora, conlleva a que el Tribunal tenga que valorar la existencia de dicho peligro. La amenaza de daño irreparable debe sustentarse en hechos o elementos —teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso— que dejen en el ánimo del juzgador la certeza que, de no suspenderse los efectos del acto, se le podría ocasionar al interesado un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva.”

Respecto al presupuesto *periculum in mora*, el apoderado de la parte solicitante señala que, de no dictarse la medida cautelar solicitada, los efectos de la sanción se verán materializados en su esfera jurídica, perdiendo el pretendido proceso su razón de ser, al causarle un daño patrimonial que se prolongaría durante todo el litigio, afectando seriamente su situación financiera, su operatividad, capacidad de producción, capacidad de responder a sus obligaciones mercantiles, laborales y sus actividades comerciales, menoscabando sus derechos y afectando a los terceros que guarden relación con dichas actividades.

Por su parte, las abogadas BLANCA GERALDINA LEIVA MONTOYA y NARDA DEL ROSARIO RIVERA MARTÍNEZ, en representación del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, sobre dicho presupuesto señalan que si de los alegatos y elementos aportados por C. IMBERTON, S.A. de C.V., esta autoridad judicial comprueba el efectivo cumplimiento de los requisitos prescritos en el artículo 98 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), en especial, la existencia del daño irreparable o de difícil reparación, no se opondrían a la eventual adopción de la medida cautelar que se conceda.

En el caso en particular, este Juzgado al analizar el aviso de demanda y las alegaciones vertidas por las partes, concluye que se ha logrado establecer el presupuesto del peligro en la demora, **primero** porque se observa que la ejecución del acto administrativo está en transcurso de materializarse, al constatarse de la documentación agregada a ff. 172-173 del expediente judicial, que se han iniciado acciones concretas por parte de la Fiscalía General de la República, con la finalidad de hacer efectivo el pago de la multa impuesta. En **segundo** lugar, porque la obligación de pago contenida en el acto administrativo podría incluso exigirse compulsivamente a través del proceso judicial respectivo, con el riesgo latente del embargo de sus bienes. Esto tiene el potencial de causar agravio al patrimonio de la solicitante durante el transcurso de este proceso, en la medida que se impondría una limitación a la disposición sobre los bienes que eventualmente pueden ser embargados, que, por la cuantía de la multa fijada, doscientos veintiocho mil dólares de los Estados Unidos de América (\$228,000.00), podría catalogarse como de significativa afectación. En este contexto, la ejecución del acto administrativo mientras se tramitan las presentes diligencias de aviso de demanda y un eventual proceso contencioso administrativo, es considerada por este Tribunal, según las particularidades del caso en análisis ya expuestas, una situación que justifica la adopción de la medida cautelar desde el punto de vista del peligro en la demora.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que para que se decrete la medida cautelar no basta con la comprobación del peligro en la demora. Deben concurrir los otros requisitos previstos en el artículo 98 de la LJCA. Así, el *fumus boni iuris* implica la necesidad de que existan indicios de verosimilitud de las pretensiones de la parte que solicita la medida cautelar, siendo esto posible a través del análisis de los hechos alegados junto con las demás circunstancias que rodean los extremos de la solicitud; lo que permitirá formular una respuesta jurisdiccional, sin que esto signifique adelantar opinión alguna sobre el fondo de la cuestión controvertida. Consiste pues, en **la existencia de datos o circunstancias de hecho o de derecho que hagan presagiar el éxito de la pretensión sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad del acto que se pretende impugnar**. Al respecto de este presupuesto, señala la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo que: “La apariencia que el caso tiene mérito legal, nos encontramos pues ante un concepto jurídico que no busca un juicio de certeza sino de probabilidad, donde bastará para esta Sala que el derecho alegado sea verosímil, es decir, que tenga apariencia de ser verdadero, en contraposición a lo que es meramente posible o probable a nivel de certeza.” (Resolución interlocutoria 264-2005 de fecha dieciocho de abril del año dos mil dieciséis).

En ese orden de ideas, **respecto a la apariencia favorable a derecho**, el procurador de la parte peticionaria expresó que dicha apariencia radica en que su pretensión se funda en la violación de derechos y garantías constitucionales, siendo estos la presunción de inocencia, el derecho de defensa, violación a las reglas de la sana crítica y el derecho de propiedad por aplicación errónea del principio de proporcionalidad. Por su parte, las procuradoras de la autoridad requerida no manifestaron alegato alguno con relación a dicho presupuesto.

Al respecto de **la apariencia de buen derecho**, este Juez aclara que la verificación del mismo ante una solicitud de medida cautelar, no busca determinar a nivel de certeza que lo alegado por el solicitante ha sucedido y que sus argumentos son legalmente correctos, más bien, implica un juicio hipotético de probabilidad, en donde se valora que el derecho alegado es verosímil, es decir, que pueda tener apariencia de ser verdadero, sin decidir de manera anticipada el fondo del asunto, pues eso únicamente se podrá realizar una vez se haya sustanciado el proceso contencioso administrativo, en el que las partes tienen el derecho de probar sus alegaciones, contradecir la prueba, hacer sus argumentos, entre otros, hasta concluir con la emisión de una sentencia.

Por esta razón, y dado que aún se está dentro de las presentes diligencias de aviso de demanda, y que eventualmente se iniciará un proceso contencioso administrativo donde las partes podrán ejercer sus derechos de audiencia, defensa y contradicción, así como el de probar sus argumentos, el análisis y la exposición de los motivos que llevan al Tribunal a admitir que existe apariencia de buen derecho, en primer lugar, no puede ser sobre el fondo porque todavía no se tiene la información y la prueba para resolver sobre ello. En segundo lugar, la motivación de este elemento de procedencia de la medida cautelar, se ve limitada en la medida que no puede aún realizarse un análisis jurídico o profundidad de los alegatos de las partes, y en caso de realizarse un análisis como si de una sentencia se tratara, implicaría advertir a las partes del criterio de la autoridad judicial, el cual aún no puede ser definitivo por no contar con los elementos para ello, adelantándose a etapas procesales que todavía no corresponden.

Al tomar en consideración las anteriores argumentaciones, después de estudiar las alegaciones de las partes aún de manera provisional como corresponde a la verificación de la medida cautelar, se estima que en el presente proceso **sí se configura la apariencia de buen derecho**.

Así, debe hacerse énfasis que una vez determinado que existe el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho, la no procedencia del otorgamiento de la medida cautelar únicamente puede estar basada,

según el artículo 98 de la LJCA, en que con la adopción de la misma se genere una **“perturbación grave** a los intereses generales”. Es decir, no se trata de una simple perturbación sino más bien, de una perturbación que afecte gravemente los intereses generales.

Sobre la base de lo anterior, es procedente analizar si concurre el tercer presupuesto para otorgar la medida cautelar, referido a los intereses en conflicto, es decir, examinar hasta qué punto la suspensión del pago de la multa impuesta a la parte requirente pudiese perturbar gravemente los intereses generales o de terceros (artículo 98 literal c) de la LJCA). Al respecto, la doctrina considera que «La “ponderación en forma circunstanciada” de los posibles daños o de los intereses en conflicto debe hacerse examinando a la vez cuál es la probabilidad, la intensidad y la posibilidad de reparación del daño que pueda sufrir cada parte» (Ayala, José María. (2018). *“Las medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo”*. V Congreso de Derecho Administrativo en El Salvador. Corte Suprema de Justicia. San Salvador, p. 65). En ese sentido, corresponde examinar si la medida cautelar causa un perjuicio o un peligro al interés general o de un tercero, que sea superior al derecho de la sociedad peticionaria.

En ese contexto, la adopción de la medida cautelar debe estar precedida de la ponderación y búsqueda del equilibrio entre los intereses en conflicto, es decir, entre la necesidad de la tutela cautelar y la necesidad de ejecutar el acto impugnado, esto último, porque así lo exige el interés general o el de un tercero; lo cual significa que, aun en el caso de que sea procedente la medida cautelar, esta puede denegarse si de la valoración que realice la autoridad judicial existe la posibilidad de ocasionar una grave perturbación al interés general o de un tercero.

En el presente caso, la autoridad requirente informó, a f.166 vuelto del expediente judicial, la existencia como tercero perjudicado de la sociedad DROGUERÍA AMERICANA SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE, al ser esta sancionada conjuntamente con la sociedad peticionaria, al comprobárseles la comisión de la práctica anticompetitiva de acuerdo entre competidores para fijar precios de ciertos medicamentos, de conformidad a lo establecido en el artículo 25 letra a) de la Ley de Competencia.

Con respecto a dicho señalamiento, y sin definir aún que esta sociedad sea considerada tercero, se advierte que no se evidencia que con la suspensión del pago de la multa impuesta a C. Imberton, S.A. de C.V., se pueda perjudicar a la sociedad Droguería Americana, S.A. de C.V en razón que la situación definida por el acto administrativo, tiene efectos particulares e independientes, en su ejecución, para cada una de estas sociedades. Dado lo anterior, deberá ponderarse dicho presupuesto con relación a la posible vulneración a los intereses generales o colectivos.

En ese sentido, el apoderado de la sociedad solicitante no se pronunció al respecto de este presupuesto. Por su parte, la autoridad administrativa requerida tampoco emitió argumento alguno con relación a dicha circunstancia, a pesar que es la administración pública la principal obligada a justificar, a partir de sus propias finalidades y razones de existencia, cómo la no ejecución de un acto emitido por ella misma puede afectar gravemente el interés general, dentro del ámbito material de su competencia.

No obstante ello, considera este Tribunal que suspender de manera provisional el acto administrativo sancionador, ordenando que temporalmente no se haga efectivo el cobro y pago de la multa impuesta, no genera para el caso concreto ninguna lesión a intereses colectivos y menos una perturbación que pueda ser considerada como grave. Principalmente al tomar en consideración los fines que en particular la legislación de competencia atribuye al acto administrativo cuya ejecución se busca sea suspendida, y, además, porque a pesar que se dé la suspensión de la ejecución del acto administrativo, esto no incidiría negativamente en la potestad sancionadora que puede seguir ejerciendo la autoridad requerida en las presentes diligencias.

En razón de todo lo anterior, al concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 98 de la LJCA, para el otorgamiento de la medida cautelar, tal como se expuso anteriormente, resulta procedente otorgar la medida cautelar solicitada, que consistirá en suspender inmediata y provisionalmente la ejecución del acto administrativo que obliga al pago de la multa impuesta a la sociedad requirente, hasta que se cumpla alguno de los supuestos establecidos en el artículo 101 de la LJCA. En consecuencia, se ordenará al CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, que se abstenga de realizar cualquier diligencia administrativa y/o judicial tendiente a exigir el cumplimiento de esta obligación a la sociedad C. Imberton, S.A. de C.V.

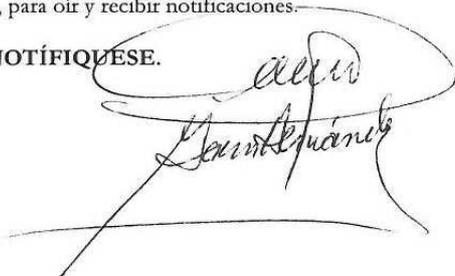
II. De conformidad a lo antes expuesto y con fundamento en los artículos 20, 26, 30, 32, 97, 98, 99 y 123 de la LJCA, en relación con los artículos 14, 15 el suscrito Juez, **RESUELVE:**

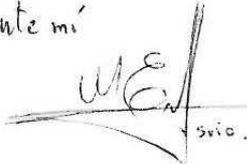
1. **AGRÉGUESE:** 1) El escrito presentado a las trece horas con cuarenta y cinco minutos del día veinticinco de octubre del año dos mil diecinueve, a ff.165-168 y 2) el escrito presentado a las catorce horas con veinte minutos del día veintiocho de octubre del año dos mil diecinueve, a f.171.
2. **TÉNGASE** como autoridad requerida al CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, a través de sus apoderadas, las abogadas BLANCA GERALDINA LEIVA MONTOYA y NARDA DEL ROSARIO RIVERA MARTÍNEZ.
3. **TÉNGASE** por evacuado el traslado conferido al CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, en cuanto a lo siguiente: el pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada por la parte requirente, el informe de la existencia de terceros y el conocimiento de la existencia de otros procesos en los que puedan incurrir supuestos de acumulación.
4. **DECRÉTESE** la medida cautelar solicitada por la parte requirente, de conformidad a las razones vertidas en el romano I de la presente resolución. En consecuencia, **SUSPÉNDASE** de manera inmediata y provisional la ejecución del acto administrativo que obligación al pago de la multa impuesta a la sociedad requirente, debiendo la autoridad requerida abstenerse de realizar cualquier diligencia administrativa y/o judicial tendiente a exigir el cumplimiento de esta obligación a la sociedad C. Imberton, S.A. de C.V.

Se subraya que esta medida cautelar estará vigente hasta que se den los presupuestos procesales que establece la ley para su levantamiento, de conformidad al artículo 101 de la LJCA, según sea el caso.

Tome nota la Secretaría de este Juzgado, de la dirección física señalada por la autoridad administrativa requerida, para oír y recibir notificaciones.

NOTÍFIQUESE.



Ante mí

S. S. S.