

JUZGADO SEGUNDO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Santa Tecla, a las catorce horas con quince minutos del día veintidós de marzo del año dos mil veintiuno.

I. A sus antecedentes:

1) El escrito presentado a las catorce horas con dos minutos del día quince de diciembre del año dos mil veinte, por las abogadas EVELYN JEANNETTE PORTILLO NOVOA hoy de AVILÉS, BLANCA GERALDINA LEIVA MONTOYA, NARDA DEL ROSARIO RIVERA MARTÍNEZ y MARÍA EDITH RENDEROS MEJÍA, procuradoras del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA. Por medio de dicho escrito evacuan el traslado conferido en el auto de las once horas con quince minutos del día cuatro de diciembre del año dos mil veinte, pronunciándose sobre el hecho nuevo argumentado por la sociedad demandante en cuanto a la nueva medida cautelar solicitada. Además, adjuntan certificación institucional de la siguiente documentación: i) acta de notificación de carta de fecha once de febrero del año dos mil veinte, suscrita por el superintendente de competencia, ii) carta con referencia SC/DSC/c/41/2020/mr, de fecha once de febrero del año dos mil veinte, iii) carta de respuesta de la sociedad demandante de fecha dieciocho de febrero del año dos mil veinte, iv) carta suscrita por el superintendente general de electricidad y telecomunicaciones de fecha nueve de septiembre del año dos mil veinte, v) resolución con referencia SC-036-D/PI/R-2017 de las nueve horas con cincuenta minutos del día dieciocho de noviembre del año dos mil veinte. Finalmente, señalan cuenta única adscrita al Sistema de Notificación Electrónica de la Corte Suprema de Justicia, para recibir notificaciones.

2) El escrito presentado a las ocho horas con cincuenta y dos minutos del día quince de marzo del año dos mil veintiuno, por las abogadas EVELYN JEANNETTE PORTILLO NOVOA hoy de AVILÉS, BLANCA GERALDINA LEIVA MONTOYA, NARDA DEL ROSARIO RIVERA MARTÍNEZ y MARÍA EDITH RENDEROS MEJÍA, procuradoras del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA. A través de dicho escrito, solicitan la certificación del auto pronunciado por este Tribunal de fecha treinta de julio del año dos mil veinte, mediante el cual se declaró sin lugar la medida cautelar peticionada por la sociedad demandante y reiteran la dirección y medio técnico para recibir notificaciones.

II. Respecto de la medida cautelar solicitada, de conformidad al artículo 99 inciso 1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), se hacen las siguientes consideraciones:

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 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.

En ese sentido, las medidas cautelares tal como regula el artículo 97 inciso 1° de la LJCA, pueden solicitarse en cualquier estado del proceso, incluso en la fase de ejecución de la sentencia, con la finalidad de asegurar su efectividad. Es importante subrayar que una de las características fundamentales de las medidas cautelares es su instrumentalidad, esto significa que se constituyen como una herramienta para garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria. Bajo esta perspectiva, las medidas cautelares además son accesorias y están subordinadas a una causa principal sobre la que se pronunciará sentencia, dependiendo aquellas directamente de la pretensión deducida en el proceso.

A partir de esta característica, se deduce que la tramitación de las medidas cautelares se condiciona a la existencia del proceso o la posibilidad de su existencia, por lo que el análisis de su procedencia debe situarse en el contexto general del proceso, y en específico, de la pretensión que está siendo deducida o que se espera deducir, pues al ser instrumental, accesorio y subordinado a la causa principal, no puede existir sin estos.

En el presente caso, el procurador de la parte actora solicitó nuevamente medida cautelar, pero esta vez orientada a la suspensión de los efectos de los romanos IV) y V) de la parte resolutive de la resolución dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, con referencia SC-036-D/PI/R-2017 de las nueve horas con cincuenta minutos del día dieciocho de septiembre del año dos mil diecinueve, al haber acaecido un hecho nuevo que representa a su criterio un peligro inminente debido a que la autoridad demandada emitió la resolución de las nueve horas con cincuenta minutos del día dieciocho de noviembre del año dos mil veinte, mediante la cual tuvo por incumplidas las obligaciones conductuales impuestas a Digicel, S.A. de C.V., y ordenó dar aviso a la Fiscalía General de la República, certificando los pasajes para que dicha institución procediera a investigar una posible comisión del delito de desobediencia a particulares tipificado en el artículo 338 del Código Penal.

Respecto al presupuesto *periculum in mora*, el apoderado de la parte actora señaló que existe riesgo real y efectivo en cuanto a que se produzca un daño irreparable, debido a que con la emisión de la resolución de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil veinte, se pueden incoar procedimientos administrativos sancionatorios conforme con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Competencia (LC), al darse inicio a las diligencias correspondientes para indagar la supuesta comisión del delito de desobediencia de particulares tipificado en el artículo 338 del Código Penal, cuestión que de materializarse volvería estériles los efectos de una eventual sentencia estimatoria.

Por su parte, la autoridad demandada por medio de sus procuradoras, expresó en síntesis sobre el peligro en la demora, que el artículo 38 inciso 5° de la Ley de Competencia no establece supuesto alguno que habilite a la Superintendencia de Competencia para iniciar un procedimiento sancionatorio por el incumplimiento de las obligaciones o condiciones estructurales o de comportamiento establecidas en una resolución final de un procedimiento sancionatorio por prácticas anticompetitivas, cuestión que sí procede si se está en presencia de un procedimiento sancionatorio que autorice o condicione una concentración económica, cuestión que no acaece en el presente caso. Además, la inminente instrucción de un procedimiento administrativo sancionador o de un proceso penal no puede constituirse como un elemento del peligro en la demora, puesto que no responden a los mismos bienes

jurídicos protegidos. Finalmente, consideraron que la Fiscalía tiene sus propios procedimientos internos, realiza sus propias indagaciones y averiguaciones sobre la base de lo que se le certifica, determina lo conducente y no actúa de forma automática, pues no existen pruebas o indicios en cuanto a que dicha institución ya esté realizando diligencias concretas para averiguar un posible cometimiento del delito de desobediencia de particular.

En el caso en particular, esta autoridad judicial al analizar los argumentos establecidos por el procurador de la parte actora relacionados en el escrito presentado en fecha tres de diciembre de año dos mil veinte, advierte que no se ha logrado establecer el presupuesto del peligro en la demora, por las siguientes razones: **primero**, la Superintendencia de Competencia tiene habilitada la facultad de ordenar en la resolución final no sólo la cesación de las prácticas anticompetitivas en un plazo determinado, sino que también puede establecer las condiciones u obligaciones necesarias, sean estas estructurales o de comportamiento, sobre la base de lo establecido en el artículo 38 inciso 3° de la Ley de Competencia, y es en aplicación de dicha facultad que la autoridad demandada determinó en el primer acto administrativo impugnado la imposición de ciertas obligaciones conductuales a la sociedad demandante, determinando su incumplimiento por medio de la resolución de fecha dieciocho de noviembre del año dos mil veinte. **Segundo**, estas obligaciones eran del pleno conocimiento de la sociedad actora desde la emisión del primer acto administrativo impugnado, y no ha establecido al menos de manera indiciaria el perjuicio que le causaría cumplir con las mismas, o las razones por las cuáles no ha dado cumplimiento a dichas obligaciones conductuales basados en una situación concreta de afectación o un inminente peligro para la sociedad demandante. **Tercero**, la posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo sancionador sobre la base del incumplimiento de obligaciones conductuales, tal como lo expresan las procuradoras de la autoridad demandada, sólo está habilitado en la Ley de Competencia cuando se esté en presencia de un procedimiento de solicitud de concentración económica, cuestión que no aplica en el presente caso, tal como regula el artículo 38 inciso 5° de la Ley de Competencia. **Cuarto**, finalmente, si bien se ha certificado a la Fiscalía General de la República por el supuesto cometimiento del delito de desobediencia de particulares, no ha demostrado la sociedad actora que dicha dependencia haya iniciado acciones concretas en cuanto a la indagación del cometimiento de dicho delito en sede penal, más allá del inicio de las diligencias de ejecución del acto administrativo sancionador.

En este sentido, al analizar la base fáctica y los argumentos planteados por el procurador de la sociedad demandante, este Tribunal no advierte la existencia de un hecho o circunstancia apremiante capaz de generar un riesgo o un daño que no pueda ser reparado en el caso que la pretensión sea estimada. Y en caso de existir tal circunstancia, esta no ha sido justificada ni argumental ni documentalmente, por lo que no puede deducirse a partir del escrito bajo análisis, ni en la primera solicitud, que en efecto se requiera una medida cautelar para evitar un perjuicio inminente o concreto que sea irreversible en caso de que se dicte una sentencia estimatoria.

En consecuencia, al no concurrir el primer presupuesto establecido en el artículo 98 de la LJCA, tal como se expuso anteriormente, resultaría inoficioso conocer sobre los demás requisitos de procedencia de la medida cautelar, pues la no concurrencia de uno de ellos produce su denegación. En este sentido, en el presente caso corresponde denegar la solicitud de la medida cautelar peticionada, reiterando que las medidas cautelares no se decretan de forma automática u oficiosa, ya que su contenido, alegación y acreditación deben ser incorporados por las partes.

III. Sobre la certificación parcial solicitada por la autoridad demandada

En el presente proceso, las procuradoras de la autoridad demandada CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, solicitaron por medio de escrito presentado en fecha quince de marzo del año dos mil veintiuno, a ff.613-614 del expediente judicial, certificación del auto emitido en fecha treinta de julio del año dos mil veinte, mediante el cual se denegó la medida cautelar solicitada por la sociedad demandante, para efectos de colaborar con la Fiscalía General de la República en las diligencias de ejecución del acto administrativo sancionador.

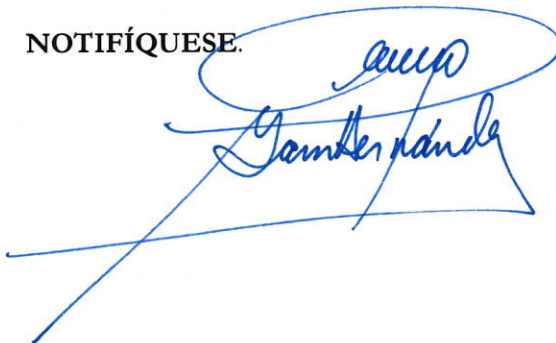
Sobre la base de dicha petición, se advierte que las procuradoras de la autoridad demandada pretenden una certificación parcial de una resolución que está incorporada en el expediente judicial del presente proceso. Al respecto de dicha petición, determina el artículo 166 inciso 3° del Código Procesal Civil y Mercantil (CPCM), que se oirá en el plazo de tres días, a la parte contraria, la cual deberá evacuar dicho traslado por escrito sobre la solicitud efectuada.

IV. De conformidad con lo antes expuesto y con fundamento en los artículos 20, 22, 23, 98, 99 inciso 1° y 123 de la LJCA, en relación con los artículos 14, 15 y 166 del CPCM, el suscrito juez,

RESUELVE:

1. **AGRÉGUESE:** 1) el escrito presentado a las catorce horas con dos minutos del día quince de diciembre del año dos mil veinte, y 2) el escrito presentado a las ocho horas con cincuenta y dos minutos del día quince de marzo del año dos mil veintiuno.
2. **SIN LUGAR** a que se adopte la medida cautelar solicitada por la sociedad demandante consistente en ordenar la suspensión provisional de los efectos de los romanos IV) y V) de la parte resolutive de la resolución dictada por el Consejo Directivo de la Superintendencia de Competencia, con referencia SC-036-D/PI/R-2017 de las nueve horas con cincuenta minutos del día dieciocho de septiembre del año dos mil diecinueve, de conformidad a las razones vertidas en el romano II, de la presente resolución.
3. **MÁNDESE A OÍR** a la sociedad demandante DIGICEL, SOCIEDAD ANÓNIMA de CAPITAL VARIABLE, en el plazo de TRES DÍAS HÁBILES, contados a partir de efectuada la notificación del presente auto, sobre la certificación parcial solicitada por las procuradoras de la autoridad demandada, tal como se detalló en el romano III, de la presente resolución.
4. **TIÉNESE** por informada por parte de las procuradoras del CONSEJO DIRECTIVO DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA, la cuenta electrónica única SC-000 adscrita al Sistema de Notificación Electrónica de la Corte Suprema de Justicia para recibir notificaciones.

NOTIFÍQUESE.



Ante mí

