

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 332

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 29 de marzo de 2019

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

El Licenciado Adriano Correa Escudero, actuando en nombre y representación de la sociedad **Smart Academy, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Resolución A-070-17 de 11 de septiembre de 2017, emitida por la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, su acto confirmatorio, y para que se hagan otras declaraciones.

Alegato de conclusión.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo descrito en el margen superior, el cual nos permite reiterar lo ya planteado en nuestra contestación de la demanda, en el sentido que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a su pretensión que se declare nulo, por ilegal, el acto objeto de reparo.

Tal y como indicamos en nuestra Vista de contestación de la demanda, el 26 de junio de 2017, se recibió, ante la **Autoridad de Protección al Consumidor y de Defensa de la Competencia**, una denuncia anónima, la cual fue identificada con la numeración 45028, en contra del colegio **Smart Academy Panama (Smart Academy, S.A.)**, en la que se indicó que dicho agente económico había incumplido con la convocatoria oportuna de los seis (6) meses de antelación para considerar cambios en los costos de matrícula, así como los costos y obtención de uniformes

y útiles escolares, además de proponer la anualidad; tal y como lo indica el Decreto Ejecutivo 601 de 9 de julio de 2015 (Cfr. foja 11 del expediente judicial y 1 del expediente administrativo).

En atención a la denuncia presentada, la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, mediante Nota DNPC 036-17 de 31 de junio de 2017, dirigida a la Directora Regional de Educación de San Miguelito, del Ministerio de Educación; solicitó que se hiciera constar si el colegio **Smart Academy Panamá**, coordinó lo referente al aumento de los costos antes mencionados, a lo que dicha entidad mediante la Nota DRESAM/222/DEP/209 de 3 de julio de 2017, respondió lo siguiente:

“4. El Centro Educativo realizó reuniones para coordinar lo referente al aumento de costos de escolaridad para el año 2018.

La primera reunión para informar a los padres de familia sobre los nuevos costos de escolaridad para el año lectivo 2018, se celebró el día 31 de mayo de 2017.

Debido a los cuestionamientos por parte de los padres de familia, se les informó que contaban con 10 días hábiles para presentar sus cuestionamientos a la Dirección del Plantel, la cual los analizaría y luego daría respuesta.

El día 20 de junio de 2017, se llevó a cabo la segunda reunión en la cual el centro educativo dio respuesta a las interrogantes previamente presentadas y en la cual comunicó su decisión de mantener el incremento propuesto.(foja 62).” (Cfr. foja 11 del expediente judicial y 1 y 2 del expediente administrativo).

En este contexto, dentro del trámite que se encontraba en curso en la entidad demandada, se emitió un informe técnico, en donde se concluyó, entre otras cosas, lo siguiente:

“{...} permiten concluir que **hay indicios suficientes** que sustentan la petición de suspensión del aumento, dada la posible violación de las normas de protección al consumidor, al haberse brindado presumiblemente información no oportuna conforme el procedimiento que regula la materia, en virtud de que no se cumple el término de oportunidad al que hace referencia la disposición legal que regula el proceso de coordinación de aumentos de costos

relacionados con el servicio educativo.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Así las cosas, el día 11 de septiembre de 2017, se emitió la Resolución A-070-17, objeto de reparo, en donde la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, teniendo en consideración el resultado de su investigación, dispuso, entre otras consideraciones, lo siguiente:

“**PRIMERO: ORDENAR**, al agente económico denominado **SMART ACADEMY PANAMA (SMART ACADEMY, S.A.)**, que opera con el Resuelto 946 de 2 de agosto de 2005, expedido por el Ministerio de Educación, **SUSPENDER PROVISIONALMENTE** el aumento de costos anunciados para el año lectivo 2018.” (Cfr. foja 14 del expediente judicial y 72 – 76 del expediente administrativo).

Producto de su disconformidad con lo arriba indicado, la hoy demandante presentó un recurso de reconsideración en su contra, al cual se le dio respuesta mediante la Resolución A-084-17 de 19 de octubre de 2017, la que a su vez dispuso confirmar en todas sus partes la Resolución A-070-17 de 11 de septiembre de 2017 (Cfr. fojas 81 – 84 del expediente administrativo).

En atención a lo anterior, el 30 de noviembre de 2017, la sociedad **Smart Academy, S.A.**, presentó una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, a través de la cual se solicitó que se declare nula, por ilegal, la Resolución A-070-17 de 11 de septiembre de 2017, fundamentando su accionar, entre otras consideraciones, en lo siguiente:

“Esta norma ha sido violada directamente por interpretación errónea de la ley pues el funcionario le aplica una interpretación que no corresponde a su texto; así vemos que este funcionario a pesar se establecer en sus considerandos lo que dice la norma, la interpreta de modo distinto pues si la convocatoria se hace 26 de mayo, y el período de matrículas es en diciembre; se cumplen con los seis meses que establece la norma.

...

Esta norma fue violada por desviación de poder; debido a que el acto expedido es de su competencia pero sirve a fines distintos a los que la ley establece; dictamina una resolución que a pesar de que la norma y el hecho encajan

a la perfección y habiéndose establecido el cumplimiento de norma ésta actúa como mejor le parece.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. fojas 9 - 8 del expediente judicial).

Luego de este breve recorrido de las actuaciones realizadas por las partes de la causa que nos ocupa, esta Procuraduría considera oportuno reiterar que **no le asiste la razón a la recurrente**, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada, referente a lo actuado por la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, al emitir el acto objeto de reparo, que en su opinión, es contrario a Derecho, por supuestamente haber violentado los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto Ejecutivo 601 de 9 de julio de 2015.

Antes de iniciar el análisis del concepto de infracción al que hace alusión la actora, debemos resaltar, tal y como lo hicimos al momento en que presentamos la contestación a esta demanda, que la Sala Tercera, de manera reiterada, ha indicado que quien concurra ante esta jurisdicción, debe cumplir, entre otros requisitos, con presentar un análisis lógico jurídico en el que, partiendo de hechos concretos, se confronta el acto impugnado con el contenido de las disposiciones que se consideran violadas, de manera que la Sala Tercera pueda determinar si el acto es contrario, o no, al ordenamiento legal.

En ese marco conceptual, si analizamos el concepto de violación esbozado por la actora, podemos concluir, **tal y como lo hizo el Magistrado Sustanciador a través de Auto de 3 de enero de 2018, que no se ha desarrollado de manera clara, la forma como el acto acusado de ilegal ha vulnerado la normativa que le resulta aplicable.**

Lo anterior resulta importante reiterarlo, ya que, el ejercicio de defensa del acto al que esta Procuraduría está llamada, se encuentra en gran medida condicionado **a que exista claridad en cuanto a los argumentos de la demandante en relación a la forma en que supuestamente se da la violación de la norma.**

Al no existir dicha claridad, la defensa del acto solo podrá ser realizada con base a conjeturas o supuestos, a los que, producto de la falta de desarrollo en cuanto al concepto de violación ensayado por la demandante, haya que realizar a fin de poder conocer, al menos de manera indiciaria, la real intención de la actora en relación a lo que quiso plasmar en su demanda, más allá de lo que efectivamente se haya contemplado en la misma; ejercicio que coloca a las entidades demandadas, y en este caso a la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** en una posición de limitada defensión, producto de la poca claridad de los argumentos de la demandante.

Sin perjuicio de lo arriba expuesto, y previo a nuestras consideraciones finales, consideramos necesario volver sobre algunas de las precisiones en su momento realizadas.

El artículo 105 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, al referirse a la facultad con la que cuenta la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** para suspender un acto, establece lo siguiente:

“Artículo 105. Suspensión provisional. La Autoridad podrá, mediante resolución motivada, decretar la suspensión provisional de cualquier acto o práctica que estime violatorio a esta Ley, incluyendo para tal fin las acciones que sean necesarias al Registro Público y/o a cualquier otra entidad para que su orden se lleve a cabo.

Se requerirá prueba **indiciaria** de la violación para que proceda la suspensión y, una vez decretada, no surtirán efecto alguno los actos que ejecute el agente económico en contravención a la orden, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por desacato.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que ordena la suspensión, la Autoridad deberá formalizar la demanda contra el agente o los agentes económicos partícipes del acto que, a juicio de la Autoridad, han violado la ley. **De no hacerlo dentro de dicho plazo, la suspensión quedará sin efecto de pleno derecho.** No obstante, la Autoridad al presentar la demanda con posterioridad, si estima que es necesario suspender nuevamente el acto o la práctica prohibido, deberá solicitar

al tribunal que decrete tales medidas, de conformidad con el numeral 9 del artículo 128 de esta Ley.

La suspensión decretada por la Autoridad podrá revocarse o modificarse por el juez que conozca de la causa civil correspondiente, luego de formalizada la demanda contra el agente o los agentes económicos, una vez que estos lo soliciten. La petición de revocatoria o modificación de la suspensión se tramitará como incidente de previo y especial pronunciamiento, de conformidad con las normas del Código Judicial.”

Lo anterior resulta importante ponerlo de manifiesto ya que, como se observa de la norma citada, nos encontramos ante un tipo de proceso, que inicia ante una instancia administrativa; para que luego, el fondo del mismo, sea decidido ante un juzgado civil, lo que denota la especialidad de la controversia ante la cual nos encontramos.

En este contexto, obsérvese que la causa de pedir de la actora gira en torno a que se declare nula, por ilegal, la Resolución A-070-17 de 11 de septiembre de 2017, a través de la cual, la ACODECO ordenó, entre otras cosas, al agente económico **Smart Academy Panamá, suspender provisionalmente**, el aumento de costos por ellos anunciados para el año lectivo 2018 (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

En razón de lo anterior, y en concordancia con el artículo arriba citado, el análisis de la causa que nos ocupa debe versar sobre la procedencia, o no, de la medida cautelar o asegurativa adoptada por la ACODECO, **mas no así sobre el fondo de la controversia**, el cual, como claramente indica el artículo arriba citado, resulta de competencia de los juzgados civiles.

Dicho lo anterior, y como segundo elemento a considerar, tenemos que el artículo 105 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, ya ha sido objeto de pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema, en lo que respecta a su constitucionalidad, indicando dicho cuerpo colegiado, lo siguiente:

Sentencia de 11 de abril de 2014:

“En suma, la disposición que se examina mediante la acción de inconstitucionalidad propuesta, en nada parece

contradecir a nuestro ordenamiento constitucional. En su lugar, al preverse la suspensión provisional en el marco del procedimiento sancionador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa y Competencia **se garantiza la tutela efectiva de los interesados en el procedimiento, se salvaguarda el objeto del procedimiento administrativo y por ende se garantiza el debido proceso administrativo que protege nuestro Texto Fundamental.**” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Del análisis realizado por el Pleno de la Corte Suprema se desprende con claridad que la facultad de decretar la medida de suspensión provisional por parte de la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, resulta no solo constitucional, sino que, **al igual que el resto de las medidas cautelares**, tiene por finalidad salvaguardar el objeto del procedimiento administrativo.

Así las cosas, y pasando ahora al fondo de la pretensión de la actora, tenemos que la misma cuestiona la legalidad del acto objeto de reparo, debido a que, a su entender, el mismo vulnera los artículos 2, 3, 4 y 5 del Decreto Ejecutivo 601 de 9 de julio de 2015, los que hacen alusión al procedimiento a seguir **dentro del trámite de cambios en los costos de matrícula, costos de uniformes, útiles escolares, y anualidad de los centros educativos** (Cfr. fojas 7 – 8 del expediente judicial).

En relación a lo anterior, debemos indicar que los artículos a los que hace alusión la recurrente serán determinantes para establecer la legalidad, o no, del cambio en los costos de matrícula, costos de uniformes, útiles escolares, y anualidad del centro educativo; **mas no así** para determinar la legalidad **de la suspensión provisional**, la cual se encuentra regulada en el artículo 105 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, **y la que constituye el acto objeto de reparo.**

En este sentido, ninguno de los artículos alegados como infringidos resultan aplicables al caso que nos encontramos analizando, ya que, como mencionamos, **los mismos no tienen por finalidad regular lo tendiente a la suspensión provisional.**

Sin perjuicio de lo anterior, y siendo que la norma aplicable a la relación jurídica que nos encontramos analizado, resulta ser el artículo 105 de la Ley 45 de 2007, procedemos a citarlo nuevamente, para así poder determinar los requisitos con los que se necesita cumplir a fin que proceda **la suspensión provisional**, para luego confrontarlos con las actuaciones llevadas a cabo por la entidad demandada y así poder constatar si estos fueron satisfechos dentro del caso que nos ocupa.

Así las cosas, el artículo en mención es del tenor siguiente:

“Artículo 105. Suspensión provisional. La Autoridad podrá, mediante **resolución motivada**, decretar la suspensión provisional de cualquier acto o práctica que estime violatorio a esta Ley, incluyendo para tal fin las acciones que sean necesarias al Registro Público y/o a cualquier otra entidad para que su orden se lleve a cabo.

Se requerirá **prueba indiciaria** de la violación para que proceda la suspensión y, una vez decretada, no surtirán efecto alguno los actos que ejecute el agente económico en contravención a la orden, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por desacato.

Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que ordena la suspensión, la Autoridad deberá formalizar la demanda contra el agente o los agentes económicos partícipes del acto que, a juicio de la Autoridad, han violado la ley. De no hacerlo dentro de dicho plazo, la suspensión quedará sin efecto de pleno derecho. No obstante, la Autoridad al presentar la demanda con posterioridad, si estima que es necesario suspender nuevamente el acto o la práctica prohibido, deberá solicitar al tribunal que decrete tales medidas, de conformidad con el numeral 9 del artículo 128 de esta Ley.

La suspensión decretada por la Autoridad podrá revocarse o modificarse por el juez que conozca de la causa civil correspondiente, luego de formalizada la demanda contra el agente o los agentes económicos, una vez que estos lo soliciten. La petición de revocatoria o modificación de la suspensión se tramitará como incidente de previo y especial pronunciamiento, de conformidad con las normas del Código Judicial.”

Atendiendo a los requisitos contemplados en el artículo que antecede, tenemos que la resolución, a través de la cual se ordene la suspensión provisional,

se debe encontrar debidamente motivada; condición que se cumple en el caso que nos ocupa; habida cuenta que, de la lectura del acto objeto de reparo, se observa que en él se hace mención de todas las gestiones que realizó la ACODECO, así como el fundamento que utilizó dicha entidad para tomar la decisión de ordenar la suspensión provisional, la cual se sustentó, entre otros elementos, en el informe técnico al que la propia resolución hizo referencia.

En lo que respecta a la prueba indiciaria necesaria para decretar la suspensión provisional, la propia Autoridad, a través del acto objeto de reparo, indicó lo siguiente:

“{...} permiten concluir **que hay indicios suficientes que sustentan la petición de suspensión del aumento**, dada la posible violación de las normas de protección al consumidor, al haberse brindado presumiblemente información no oportuna conforme el procedimiento que regula la materia, en virtud de que no se cumple el término de oportunidad al que hace referencia la disposición legal que regula el proceso de coordinación de aumentos de costos relacionados con el servicio educativo.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

De lo anterior se desprende que **sí hubo** un análisis minucioso de los elementos que fueron aportados dentro del procedimiento administrativo, los que a su vez, permitieron llegar a la conclusión que **existían suficientes elementos** que, a fin de garantizar; como bien lo indicó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia arriba citada, justificara la adopción de la medida cautelar cuestionada.

Por otro lado, de la lectura del expediente administrativo se desprende que la Autoridad también cumplió con el término dentro del cual debía presentarse la demanda ante los juzgados civiles.

Lo anterior encuentra su fundamento en que, de conformidad a las constancias que reposan en autos, la hoy actora se notificó de la resolución que ordenó la suspensión provisional el día 21 de septiembre de 2017, la demanda fue presentada ante los juzgados civiles el día 26 de septiembre de 2017, cumpliéndose

de esta manera con los términos a los que hace alusión el artículo 105 de la Ley 45 de 2007 (Cfr. foja 76 reverso y 101 del expediente administrativo).

De lo antes expuesto se observa con claridad, que la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** sí cumplió con todos los requisitos establecidos en el artículo 105 de la Ley 45 de 2007, **a fin de poder decretar la suspensión provisional.**

En este punto consideramos oportuno indicar, que la actora, en ningún momento ha cuestionado, ni la facultad de la ACODECO para establecer este tipo de medidas; así como tampoco ha alegado el incumplimiento del procedimiento establecido en el artículo al que hemos venido haciendo referencia, el cual es el único que regula el procedimiento a fin de decretar la suspensión provisional; por el contrario, la misma se enfoca en desarrollar de manera escueta normas que resultan aplicables para la solución **del tema de fondo, mas no así para lo relativo a la suspensión provisional,** el cual constituye el acto objeto de reparo.

Antes de culminar, debemos tener presente, que si bien el acto objeto de reparo agota la vía gubernativa, habida cuenta que la facultad de la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** llega hasta la emisión de la resolución que ordena la **suspensión provisional,** lo cierto es que nos encontramos **ante una medida cautelar y por tanto no definitiva,** dictada dentro de un proceso que, lejos de culminar en la vía gubernativa, está supuesto a continuar en la vía judicial, situación que reviste de una especial condición al tipo de acto que nos encontramos analizando.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, se adujeron durante la etapa correspondiente, entre otros medios de convicción, los testimonios de Nancy Pardo y Blanca Bodan; en donde, al momento de practicar dichas diligencias, la actora insistió en enfocar el

interrogatorio hacia la determinación de la legalidad o no del aumento; cuando la razón de ser de la causa que nos encontramos analizando **no es esa**; sino, la verificación de legalidad del acto administrativo de suspensión provisional, sobre el cual, **no emitió ninguna consideración**.

Producto de lo antes indicado, y en consecuencia del material probatorio aportado, **y no sustentatorio de la pretensión de la accionante**, este Despacho estima que en el presente proceso la recurrente **no cumplió con su obligación de probar los datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas en las que sustentan su pretensión, tal como lo exige el artículo 784 del Código Judicial**; deber al que se refirió la Sala Tercera en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, **la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.**

‘Artículo 784. **Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...**’ (La negrita corresponde a la Sala Tercera).

Al respecto del artículo transcrito, es **la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.**

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *‘en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores’.* (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fe, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

En razón de lo antes expuesto, reiteramos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Resolución A-070-17 de 11 de septiembre de 2017**, emitida por la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, ni su acto confirmatorio, y pide se desestimen las demás pretensiones de la actora.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente: 866-17