

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Proceso Contencioso
Administrativo
de Plena Jurisdicción.

Alegato de conclusión.

Vista Número 201

Panamá, 19 de febrero de 2021

El Licenciado Pedro Meilán, actuando en representación de **Corporación Medcom, Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota AG-659-18/OGC/HCE/mr de 1 de octubre de 2018, emitida por el **Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia**, su acto confirmatorio y que se haga otra declaración.

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 nula, por ilegal, la la Nota AG- 659-18/OGC/HCE/mr de 1 de octubre de 2018, emitida por el Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Tal y como iniciamos indicando en su momento, el 16 de julio de 2015, la empresa **Claro Panamá, S.A.**, presentó ante la **Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia** una denuncia en contra de **Corporación Medcom, S.A., Televisora Nacional, S.A., Telecomunicaciones Nacionales, S.A., y Cable Onda, S.A.**, por supuestas prácticas monopolísticas absolutas que resultaban contrarias a la legislación de competencia (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

En razón de lo anterior, la entidad demandada mediante la Resolución DNLC-DVF-005-15 de 21 de julio de 2015, inició una investigación en contra de los agentes económicos denunciados (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Con posterioridad, las partes intentaron llegar a un acuerdo de transacción, razón por la cual, mediante la Resolución A-104-15 de 20 de noviembre de 2015, el Administrador de la entidad demandada ordenó a la Directora Nacional de Libre Competencia suspender formalmente la investigación administrativa (Cfr. foja 40 del expediente judicial).

Es importante indicar, que además de la denuncia de **Claro Panamá, S.A.**; la empresa **Media Visión de Panamá, S.A (SKY)**, a través de sus apoderados especiales, la firma forense Tapia, Linares y Alfaro, también denunciaron a **Televisora Nacional, S.A.**, **Telecomunicaciones Nacionales, S.A.**; **Corporación Medcom Panamá, S.A.**, y **Cable Onda, S.A.**, por supuestas prácticas monopolísticas (Cfr. fojas 40 y 41 del expediente judicial).

En este orden de ideas, mediante la Resolución DNLC-HCE-018-17 de 4 de agosto de 2017, la Dirección Nacional de Libre Competencia, **ordenó la acumulación del expediente PM-011-15 de 1 de diciembre de 2015**, referente a la denuncia incoada por **Media Visión de Panamá, S.A.**, al expediente **PM-009-15 de 3 de julio de 2015**, relativa a la denuncia interpuesta por Claro Panamá, S.A., por la presunta comisión de práctica monopolística absoluta y relativa (Cfr. foja 41 del expediente judicial y fojas 248 a 249 del expediente administrativo PM-011-15 de 1 de diciembre de 2015).

Ante la imposibilidad de concretarse una transacción entre las partes, el Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia mediante la Resolución **A-004-18 de 5 de enero de 2018, ordenó al Director Nacional de Libre Competencia seguir el curso normal de la**

investigación (Cfr. fojas 359 a 363 del expediente administrativo PM-009-15 de 3 de julio de 2015).

En tal sentido, el 25 de enero de 2018, el Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia presentó, ante el **Juzgado de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, en turno, una demanda por la supuesta práctica monopolística de **Televisora Nacional, S.A., Telecomunicaciones Nacionales, S.A.; Corporación Medcom Panamá, S.A., y Cable Onda, S.A.** (Cfr. foja 42 del expediente judicial y fojas 395 a 406 del expediente administrativo PM-009-15 de 3 de julio de 2015).

Dicha demanda quedó radicada en el **Juzgado Octavo de Circuito del Primer Circuito Judicial** quien la admitió mediante el Auto 118 de 30 de enero de 2018 (Cfr. foja 42 del expediente judicial).

El 4 de septiembre de 2018, la firma forense Galindo, Arias & López, en representación de Claro Panamá, S.A.; y el Licenciado Pedro Meilán, en representación de Corporación Medcom Panamá, S.A., incorporaron al proceso sendos escritos solicitando a la entidad demandada que admitiera el desistimiento de la denuncia presentada y de cualquiera acción que se haya derivado de ésta, así como que se archive la investigación y se dé por finalizada la misma (Cfr. foja 44 del expediente judicial).

Mediante la **Nota AG-659-18 /OGC/HCE/mr;** y la **Nota AG-658-18 /OGC/HCE/mr**, ambas de **1 de octubre de 2018**, el Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, indicó que por mandato legal y constitucional no podían acceder a dicha petición; decisión que fue mantenida en la **Nota AG-701-18/OGC/HCE/mr de 30 de octubre de 2018** (Cfr. foja 45 del expediente judicial y foja 391 del expediente administrativo PM-009-15 de 3 de julio de 2015).

Así las cosas, y luego de efectuar un análisis de las disposiciones que la accionante estima como infringidas, esta Procuraduría advierte que no le

asiste la razón; 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 vulnerado las normas arriba mencionadas.

Siendo que la actora insiste en que el *desistimiento* por ella presentado, está supuesto a surtir efectos en la vía gubernativa, y **no ante la justicia ordinaria**, corresponde en ese caso, remitirnos al contenido de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, toda vez que, la norma especial, a saber, la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, no regula esta situación.

En ese sentido, la Ley general en mención, al regular lo relativo al desistimiento, establece lo siguiente:

“Artículo 158. Todo interesado podrá desistir de su petición, instancia o recurso, o renunciar a su derecho, salvo que se trate de derechos irrenunciables según las normas constitucionales y legales.

Si el proceso se hubiere iniciado por gestión de dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a los que lo hubiesen formulado.”

“Artículo 159. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse oralmente o por escrito. En el primer caso, se formalizará por comparencia del interesado ante el funcionario encargado de la instrucción, quien, juntamente con aquél, suscribirá el acta correspondiente, que deberá ser refrendada por el Secretario o la Secretaria del Despacho o quien haga sus veces.

Cuando tales gestiones se realicen por escrito, el interesado deberá presentarlo personalmente o autenticar su firma ante Notario o Notaria u otra autoridad competente.”

“Artículo 160. La Administración aceptará de plano el desistimiento **siempre que éste sea viable**, o la renuncia, **y declarará concluido el proceso**, salvo que, habiéndose apersonado terceros interesados, insten su continuación dentro del plazo de diez días, contado a partir de la fecha en que fueron notificados del desistimiento o la renuncia.

Si la cuestión suscitada entrañase interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento al interesado y seguirá el procedimiento.”

Si bien las disposiciones a las que hemos hecho referencia, contemplan la posibilidad de desistir de una petición, instancia o recurso, o renunciar a un derecho; dicha acción se encuentra sujeta a condiciones, tal y como la que se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 160, el cual establece que el desistimiento se aceptará de plano, siempre que éste sea viable, lo cual, de configurarse, traerá como consecuencia la conclusión del proceso.

En relación a lo anterior, debemos resaltar dos elementos que resultan importantes, siendo el primero de ellos, que la aceptación del desistimiento se dará, **siempre que el mismo sea viable**; condición que en el caso que nos ocupa, **no resulta jurídicamente procedente**.

Tal y como explicamos con anterioridad, desde el momento en que la entidad demandada, remitió a la jurisdicción ordinaria la causa, que hasta ese momento venía adelantando, la misma pierde competencia en lo que respecta al conocimiento de los recursos y acciones que cualquiera de las partes pudiese llegar a interponer, para ser, a partir de ese instante, el juzgado ante el cual se encuentre el proceso, el legalmente habilitado para recibir esas herramientas procesales.

En otro orden de ideas, debemos resaltar, la parte resolutive de la Resolución DNLC-DVF-005-15 de 21 de julio de 2015, la cual es del tenor siguiente:

“**PRIMERO:** Iniciar por denuncia investigación administrativa en contra de los agentes económicos: **CORPORACIÓN MEDCOM PANAMÁ, S.A., TELEVISORA NACIONAL S.A., Y TELECOMUNICACIONES NACIONALES, S.A.**, por la presunta comisión de práctica monopolística absoluta y relativa.” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 27 del expediente judicial).

Como se observa del fragmento citado, las gestiones que en su momento realizó la entidad demandada, obedecieron a una **denuncia** ante ellos presentada, esto es

importante ponerlo de relieve; puesto que, al haberse optado por el mecanismo de la **denuncia, y no de la queja**, las gestiones, al menos en la vía gubernativa, recaían de manera exclusiva, sobre la entidad demandada; razón adicional por la que resulta jurídicamente improcedente hablar de desistimiento.

Por otro lado, mantenemos nuestra tesis tendiente a indicar que, de accederse a la solicitud de desistimiento, se estaría, de manera indirecta, desistiendo del proceso en la jurisdicción ordinaria.

Si analizamos el contenido del artículo 160 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, el mismo claramente establece que, de aceptarse el desistimiento, **deberá declararse concluido el proceso**.

En ese sentido, si por un momento acogemos la teoría de la actora, y tomáramos como válida la afirmación, a través de la cual, se indica que la vía gubernativa se encuentra solamente suspendida, mas no concluida; con la aceptación del desistimiento, se estaría, tal y como lo mandata el artículo en mención, **concluyendo con el proceso**; motivo por el cual, resulta incongruente, pretender, que aun aceptando el desistimiento en la vía gubernativa, subsista la vía ordinaria.

Así las cosas, el desistimiento presentado por la recurrente resulta jurídicamente improcedente; por un lado, por haberse presentado fuera de los límites de la vía gubernativa; y por el otro, debido a que el mecanismo procesal utilizado para la activación de la investigación por parte de la ACODECO, a saber, una denuncia, **no admite desistimiento**.

En otro orden de ideas, y continuando con nuestro desarrollo en lo que respecta a la improcedencia jurídica del desistimiento presentado, la accionante alega en su libelo de demanda, que a través de la emisión del acto objeto de reparo, se vulnera lo dispuesto en la Ley 38 de 31 de julio de 2000; argumento que tampoco compartimos por las razones que pasamos a explicar.

El artículo 158 de la citada excerta legal, establece lo siguiente:

“Artículo 158. Todo interesado podrá desistir de su petición, instancia o recurso, o renunciar a su derecho, **salvo que se trate de derechos irrenunciables según las normas constitucionales y legales.**

Si el proceso se hubiere iniciado por gestión de dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a los que lo hubiesen formulado.” (El resaltado es nuestro).

Obsérvese, que la disposición citada contempla una limitante adicional a las ya desarrolladas; y es que, se tendrá derecho a desistir, **salvo que se trate de derechos irrenunciables según las normas constitucionales y legales.**

En relación a lo anterior, debemos recordar lo indicado en el acto acusado de ilegal, en el sentido siguiente:

“... el memorial de desistimiento no puede constituirse para la ACODECO, en obstáculo o impedimento al ejercicio **de su deber constitucional de velar por la defensa de la libre competencia económica y libre concurrencia de los mercados** (artículo 298 de la Constitución Nacional), y ejercer la función de investigar y sancionar, dentro de los límites de su competencia, la realización de los actos y conductas prohibidos por la Ley ...” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

En ese marco conceptual, el artículo 298 Constitucional, al que se refiere el acto demandado, indica que:

“Artículo 298. El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados.

Las Leyes fijarán las modalidades y condiciones **que garanticen estos principios.**” (El resaltado es nuestro).

Como se observa, la función que le fue asignada a la **Autoridad de Protección al Consumidor y de Defensa de la Competencia**, de velar por la libre competencia económica, y la libre concurrencia de los mercados; no solo se encuentra contenida en la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, la cual es de orden público; sino que además, constituye una garantía de rango constitucional, a cargo del Estado; razón adicional por la que, resultaría, no solo, contrario a la Ley, sino también, al mandato Constitucional, acoger el desistimiento presentado; puesto que, a través del mismo, y como hemos

explicado anteriormente, se estaría dando por culminado el procedimiento tendiente a determinar, si en efecto se dieron, o no, vulneraciones a dichos preceptos.

Actividad Probatoria.

Con el objeto de acreditar las razones de hecho sobre las cuales descansa su demanda, la recurrente adujo durante la etapa correspondiente, entre otras pruebas, la copia autenticada de la Nota AG- 659-18/OGC/HCE/mr de 1 de octubre de 2018.

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 la que sustenta 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.

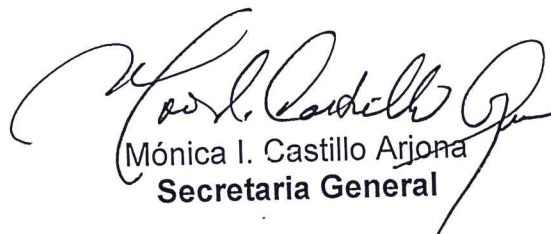
Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

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)...”

Por lo antes expuesto, este Despacho solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **NO ES ILEGAL la Nota AG- 659-18/OGC/HCE/mr de 1 de octubre de 2018**, emitida por el Administrador de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, y en consecuencia, se denieguen las demás pretensiones de la accionante.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1540-18