

23 de octubre de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.**

Concepto.

El Licdo. Ramón de la O Fernández, en representación de **La Dirección General de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. PC-252-02 de 28 de junio de 2002, dictada por la **Comisión en Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC)**.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Concurrimos respetuosamente ante vuestro Augusto Tribunal de Justicia, con la finalidad de emitir nuestro criterio, conforme a lo establecido en el numeral 3, del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, en torno a la demanda contencioso administrativa de nulidad, interpuesta por el Licenciado Ramón de la O Fernández, en representación del Director General de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, José Simpson Hiu.

I. Pretensión y Acto administrativo impugnado:

A través de la demanda contencioso administrativa de Nulidad en referencia, el Licdo. Ramón de la O Fernández, pretende que vuestra Honorable Sala declare nulos, por ilegales, los artículos 6, 7, 8, 34, 40, 47, 60, 61, 63, 87, 98, 104 y 106 del Artículo Segundo de la Resolución No. PC-252-02 de 28 de junio de 2002, emitida por el Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), y en virtud del cual se modifican

unas disposiciones del reglamento interno de esta institución. Las normas legales que se demandan como ilegales, son del tenor literal siguiente:

"Artículo Segundo: El texto completo de cada uno de los artículos modificados con su nueva redacción quedará así:

...

'Artículo 6: De la Estructura Organizativa. Para el logro de sus funciones y objetivos, la CLICAC contará con la estructura organizativa funcional y con las unidades administrativas que sean necesarias para lograr los objetivos y fines institucionales, debidamente aprobada por el Pleno de los Comisionados.

Artículo 7: De la Estructura de Personal. El Pleno de los Comisionados, determinará la estructura de personal de la Institución. Los cambios y modificaciones que se introduzcan a la estructura organizativa se formalizará por resolución que emita el Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

Artículo 8: De los Comisionados y del Director General. El Pleno de los Comisionados escogerá al personal que laborará en la CLICAC, cumpliendo con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley, y la acción de recursos humanos denominada, de nombramiento o contratación, estarán a cargo del Director General, quien es el responsable de velar por el funcionamiento administrativo de la institución, quien delegará con la previa autorización del Pleno de los Comisionados en las unidades administrativas de mando superior, las funciones de la dirección que correspondan a los objetivos y fines institucionales de conformidad con la Ley.

...

Artículo 34: Del Requerimiento de Personal. Los jefes inmediatos

deberán solicitar a la Oficina Institucional de Recursos Humanos su requerimiento de personal con suficiente antelación de manera que no se vea afectada la continuidad del servicio. La autorización para ocupar una vacante será responsabilidad del Pleno de los Comisionados y su ejecución del Director General.

Artículo 40: De la Movilidad Laboral. Los servidores públicos de la CLICAC estarán sujetos a las disposiciones establecidas de movilidad laboral, aprobadas por el Pleno de los Comisionados de conformidad a las necesidades comprobadas.

...

Artículo 47: Del registro de asistencia y puntualidad. El servidor público estará obligado a registrar su asistencia. Para ello personalmente registrará en su respectiva tarjeta a través del mecanismo de control de asistencia que se diseñe, la hora de inicio y de finalización de labores de cada día.

Se exceptúa del registro de asistencia y puntualidad al servidor que el Pleno de los Comisionados autoricen en razón de la naturaleza de sus funciones. No obstante, sus ausencias deberán comunicarlas a la Oficina Institucional de Recursos Humanos.

...

Artículo 60: Del uso y del tipo de licencias. El servidor público tiene derecho a solicitar licencias para ausentarse transitoriamente del ejercicio del cargo, a solicitud propia, con conocimiento del Director respectivo y la aprobación del Pleno de los Comisionados. Las licencias pueden ser con sueldo o sin sueldo y las licencias especiales.

Artículo 61: De la solicitud. El servidor público dirigirá por escrito la solicitud de licencia por medio del superior inmediato al Director General, quien la

presentará al Pleno de los Comisionados para su aprobación

El servidor público que solicite licencia, no podrá separarse de su cargo, hasta tanto ésta no le sea concedida mediante resuelto.

Artículo 63: De las licencias con sueldo. El servidor público de carrera administrativa tiene derecho a licencia con sueldo para:

- a. Estudios
- b. Capacitación
- c. Representación de la Institución, el Estado o el país.
- d. Representación de las asociaciones de servidores públicos.

Parágrafo: Este derecho será extensivo a los servidores públicos que no son de carrera administrativa en la forma señalada en el Artículo 61 de este reglamento.

...

Artículo 87: De la renuncia. El servidor público manifestará por escrito, en forma libre y espontánea su decisión de separarse permanentemente del cargo. La renuncia será aceptada por el Director General, previo conocimiento del Pleno de los Comisionados.

Artículo 98: De las sanciones disciplinarias. Las sanciones que se aplicarán por la comisión de una falta administrativa son las siguientes:

- a. Amonestación verbal: consiste en el llamado de atención en privado que aplica personalmente el superior inmediato al servidor público sobre su conducta.

Informe de esta amonestación se envía al expediente personal en la Oficina Institucional de Recursos Humanos con constancia de recibo por parte del servidor amonestado.

- b. Amonestación escrita: consiste en el llamado de atención

formal escrito que aplica personalmente el superior inmediato al servidor público sobre su conducta.

Copia de esta amonestación se envía al expediente personal en la Oficina Institucional de Recursos con constancia de recibo por parte del servidor amonestado.

c. Suspensión: consiste en la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo que aplica el superior inmediato al servidor público por reincidencia en faltas o la comisión de una falta grave. La sanción debe ser formalizada por resolución.

d. Destitución: del cargo, consiste en la desvinculación permanente del servidor público que aplica el Director General, previa aprobación del Pleno de los Comisionados por la comisión de una de las causales establecidas en el régimen disciplinario o por la reincidencia en faltas administrativas.

...

Artículo 104: Del proceso de la investigación. La investigación sumaria de los hechos que conlleven a la aplicación de sanciones disciplinarias al servidor público, deberá practicarse con la mayor celeridad de manera que se cumplan los plazos establecidos para la presentación del informe.

Artículo 106: De la separación provisional y el reintegro. Con el fin de asegurar la armonía y seguridad del ambiente laboral, cuando sea necesario el Director General, previa autorización del Pleno de los Comisionados, podrá separar provisionalmente al servidor público durante el período de la investigación. Cuando la investigación realizada demuestre que no existen causales de destitución, el servidor público se reincorporará a su cargo y recibirá las remuneraciones dejadas de percibir durante la separación."

II. Disposiciones legales que se estiman violadas y los conceptos de infracción, expuestos por el demandante:

El demandante estima que los artículos anteriormente citados de la Resolución No. PC-252-02 de 28 de junio de 2002, por la cual se aprueban modificaciones al reglamento interno de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), violan los artículos 103 y 104 de la Ley No. 29 de 1 de febrero de 1996, "Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas", y cuyo texto se leen a fojas 52 a 55 del expediente judicial.

El demandante expone, que la violación al texto de la Ley No. 29 de 1996, específicamente a los artículos 103 y 104, se produce en el concepto de la violación directa por comisión, ya que a su juicio:

"... se intenta adscribir a LOS COMISIONADOS (entendiéndose únicamente a los tres comisionados) funciones que por ley no se les ha otorgado, ni se les ha procurado otorgar, y es claro que la norma impugnada dispone facultades que son contrarias a lo que establece la Ley, y la Ley como tal es jerárquicamente superior a cualquier resolución.

Los comisionados de la CLICAC ilegalmente han intentado a través de esta forma de incrementar el control en las funciones de la Institución, control que por disposición legal le ha sido atribuida al Director General. La potestad de reformar la ley le esta reservada única y exclusivamente a LA ASAMBLEA LEGISLATIVA, y es, por lo tanto, jurídicamente intolerable que se pretenda reformar la ley a través de un instrumento jurídicamente insuficiente como lo es, en este caso, la Resolución que modifica el reglamento interno de la Institución, que no es más que un Acto Administrativo inferior.

Es más, si la intención del legislador, hubiera sido que los señores comisionados tuvieran que aprobar o desaprobado las funciones que por Ley le son dadas a la Comisión, entendiendo a la Comisión como lo (sic) tres Comisionados y el Director General, como se encuentra establecido en el artículo 102 de la Ley 29 de 1996, lo hubiera dejado plasmado taxativamente como lo hizo en los numerales 3 y 5 de la norma violada, que se refiere a la aprobación del presupuesto general de gastos y la aprobación del programa de publicidad y de educación al consumidor respectivamente..." (Cf. f. 65 - 66)

III. Criterio de la Procuraduría de la Administración:

Expuestas las disposiciones legales que el demandante, estima infringidas y el concepto de la violación, procedemos a emitir nuestro criterio jurídico:

La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), se encuentra compuesta por dos órganos de administración: La Comisión, integrada por tres comisionados, y un Director General. En el caso subjúdice, el debate jurídico gira en torno a las esferas de competencias que poseen el Director General y los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor; por lo que, conviene en primer lugar, delimitar sus funciones.

Al efecto, es importante señalar que de conformidad con lo dispuesto, en los artículos 102 y 103 de la Ley No. 29 de 1° de febrero de 1996 "Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas", se indica que la Comisión, en cuanto al área administrativa, tendrá entre sus funciones, la de determinar sus políticas generales y velar por su ejecución, emitir el reglamento interno, y crear y modificar las unidades administrativas que

requiera para su funcionamiento, entre otras. Los artículos que se comentan disponen lo siguiente:

"Artículo 102: Administración. La dirección y administración de la Comisión estará a cargo de tres (3) comisionados principales con sus respectivos suplentes, y de un director general. Contará, además, con las unidades administrativas y técnicas que requiera para el ejercicio de sus funciones."

- o - o -

"Artículo 103: Funciones de la Comisión. La Comisión tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

1. Determinar sus políticas generales y velar por su ejecución.
2. Crear, en cualquier parte del territorio nacional, las unidades administrativas que requiera su funcionamiento, incluyendo oficinas provinciales, y señalarles funciones;
3. Aprobar el presupuesto general de gastos que presente el director general y someterlo a la consideración del Órgano Ejecutivo;
4. Expedir su reglamento interno;
5. Aprobar el programa de publicidad y de educación al consumidor que presente el director general;
6. Autorizar la celebración de contratos y la realización de gastos, que excedan de veinticinco mil balboas (B/.25.000.00);
7. Elegir anualmente, de su seno, un presidente y un secretario;

Por consiguiente, la Comisión, se encuentra integrada por tres comisionados principales nombrados por el Órgano Ejecutivo, y de acuerdo a la previsión legal transcrita, se encuentra facultada para expedir su reglamento interno, así como las modificaciones que se estimen pertinentes.

Por otro lado, en cuanto al otro ente administrativo de esta institución, el Director General de la CLICAC, es importante advertir que este funcionario es nombrado por la Comisión, quien debe acatar las directrices emanadas de ésta.

En este sentido, los artículos 104 y 106 *lex cit.*, disponen lo siguiente:

"Artículo 104: Funciones del director.

El director general tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

1. Ejecutar las políticas de la entidad, aprobadas por los miembros de la Comisión;
2. Llevar a cabo todas aquellas funciones que esta Ley y los reglamentos le atribuyan, salvo aquéllas que expresamente le estén atribuidas a la Comisión;
3. Nombrar al personal;
4. Formular el presupuesto general de gastos, para la aprobación de la Comisión;
5. Autorizar la celebración de contratos y la realización de gastos, que no excedan de veinticinco mil balboas (B/.25,000.00);
6. Velar por el funcionamiento administrativo, realizando acciones de administración de personal y aplicándole a éste las sanciones disciplinarias que correspondan de acuerdo con la Ley o los reglamentos de personal que se adopten;
7. Ejercer los deberes señalados en el artículo 183 del Código Judicial que le sean compatibles."

- o - o -

"Artículo 106: Nombramientos. Los tres (3) comisionados principales, con sus respectivos suplentes, serán nombrados por el Órgano Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa, por un período de cinco (5) años. Los comisionados, por mutuo acuerdo, escogerán de su seno al presidente de la Comisión, por un período de un año.

El director general será nombrado por los comisionados, por un período de cinco (5) años."

A nuestro juicio, carece de fundamento jurídico lo alegado por el demandante, en el sentido que dicho acto administrativo debía poseer la firma de los tres comisionados y del director general, pues consideramos que la atribución de expedir un reglamento interno, es una función expresa y

exclusiva de la Comisión, enunciada en el numeral 4, del artículo 103 de la Ley No. 29 de 1996.

Luego de la confrontación de las normas reglamentarias que se estiman violatorias de la Ley No. 29 de 1 de febrero de 1996, este Despacho concluye lo siguiente:

En relación con los artículos 6 y 7, "De la Estructura Organizativa" y "De la Estructura de Personal", que se demandan como ilegales, este Despacho es del criterio que no le asiste la razón al demandante, porque los numerales 2 y 3 del artículo 103 de la Ley No. 29 de 1996, señalan que la Comisión tiene la facultad para crear la estructura organizativa y/o las unidades administrativas que sean necesarias para el cumplimiento del objeto de esta institución, en atención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley No. 29 de 1996. Por consiguiente, consideramos que la Comisión se encuentra facultada para crear y organizar la estructura administrativa funcional, que permita la consecución de sus fines, ya que la Comisión, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1, del artículo 103 de la Ley No. 29 debe: "Determinar sus políticas generales y velar por su ejecución".

Referente al artículo 8, que dice: "De los Comisionados y del Director General", estimamos que dicha norma legal no contraviene lo dispuesto en la Ley No. 29 de 1996, toda vez que el Director General en asocio con los Comisionados se encuentran facultados para escoger al personal, en atención a que el personal que se nombre en esta institución, debe laborar de manera estrecha con los comisionados, quienes están llamados a proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia al mercado

económico, para preservar el interés superior del consumidor panameño.

Lo expuesto, también sustenta nuestra posición en relación a la legalidad de la frase contenida en el artículo 34, del artículo segundo de la Resolución No. PC-252-02 de 28 de junio de 2002, sobre "Requerimiento de Personal", que dice: "La autorización para ocupar una vacante será responsabilidad del Pleno de los Comisionados y su ejecución del Director General", toda vez que, a nuestro juicio, los Comisionados, deben poseer la facultad de decidir quién ocupará una determinada posición, ya que el personal que se elija, deberá trabajar directamente con los Comisionados.

En este sentido, la Sentencia de 3 de diciembre de 1997, emitida por Vuestra Augusta Corporación de Justicia, señala que el nombramiento: "sólo implica la provisión de empleo por parte del ente administrativo nominador a una persona con la sola condición de que esta reúna los requisitos y exigencias legales..." a lo cual añadimos, que son aquellos requerimientos que conocen los Comisionados, por ser quienes ejercen la representación legal de esta institución.

En cuanto al artículo 40, "De la Movilidad Laboral", a través de la cual se introduce la variante que deberá ser aprobado por el Pleno de los Comisionados, consideramos dicha modificación no contraviene lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley No. 29 de 1996, toda vez que los Comisionados, deben poseer la facultad legal para disponer los movimientos de personal, mismos que no deberán perjudicar el funcionamiento eficiente de la institución y de los negocios adscritos a cada uno de los comisionados, de allí la

conveniencia de que éstos aprueben la movilidad laboral del personal.

De igual manera, consideramos que el artículo 47 "Del Registro de Asistencia y Puntualidad"; no vulnera el artículo 104 de la Ley No. 29 de 1996, pues los Comisionados, al conocer sobre la estructura organizativa de esta institución, pueden excluir del registro de asistencia y de puntualidad, a aquellos funcionarios que, por sus funciones y su cargo en la institución, requieran de esta prerrogativa, lo cual, a nuestro juicio, no contradice las atribuciones que tiene el Director General para velar por el funcionamiento administrativo de la institución.

Finalmente, conviene repasar lo expuesto por Ignacio J. Buitrago y Fernando M. Dramis, en su obra "Elementos de Derecho Administrativo", en relación con la jerarquía, en que expresa:

"Otro de los principios jurídicos de la organización administrativa es la *jerarquía*. Ésta es una relación jurídica administrativa interna que vincula entre sí a los órganos de la Administración mediante poderes de subordinación para asegurar la unidad de la acción estatal.

No se concibe una organización administrativa donde todos los individuos tuvieran igual rango, lo cual impediría que unos dieran órdenes y otros las cumplieren. De ahí la existencia de órganos superiores y órganos inferiores, vinculados entre sí por una relación jerárquica de *supremacía* y de *subordinación*.

La principal característica de la *jerarquía* es que se trata de una relación entre órganos internos de un mismo ente administrativo y no entre distintos sujetos administrativos. Podemos distinguir así entre *poder jerárquico* y *control administrativo* dado que este último se da entre sujetos de la administración mientras

que el poder jerárquico se origina ente (sic) órganos del mismo sujeto...

Como consecuencia de la jerarquía, el órgano superior ejerce ciertas potestades con respecto a los inferiores, es decir, tiene poder jerárquico; debido a ese poder puede:

- a) Dirigir o impulsar la actividad del órgano inferior dictando normas de carácter interno, de organización administrativa y órdenes particulares.
- b) Vigilar y controlar la actividad de órganos inferiores.
- c) Abocarse al dictado de los actos que corresponden a la competencia del inferior con las excepciones señaladas.
- d) Delegar la facultad de emitir determinados actos que correspondan a su competencia con la limitación referida.
- e) Resolver conflictos o cuestiones de competencia que se produzcan entre órganos inferiores.
- f) Designar a los integrantes de los órganos subordinados." (BUITRAGO, Ignacio J. y DRAMIS, Fernando M. "Elementos de Derecho Administrativo" 1999. Argentina: Oxford University Press Argentina, S.A.)

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a Vuestra Honorable Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que declare legal los artículos 6, 7, 8, 34, 40, 47, 60, 61, 63, 87, 98, 104 y 106, del Artículo Segundo de la Resolución No. PC-252-02 de 28 de junio de 2002, emitida por la Comisión Pleno de los Comisionados de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), en virtud del cual se modifican unas disposiciones del Reglamento Interno de esta institución.

IV. Derecho: Negamos el invocado por el demandante.

V. Pruebas: Aceptamos las copias debidamente autenticadas.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General

Materia: Director General
Comisionados.
Reglamento Interno
Nombramiento de Personal.

BORRADOR REVISADO POR MANUEL BERNAL

21 DE OCTUBRE DE 2003

Exp. No. 430/03
Asignado: 8-09-03
Proyecto: 8-10-03.
2do. Proyecto: 20-10-03.
MAC-8