

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1418

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 16 de agosto de 2023

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

Expediente 179632023.

El Licenciado Víctor Baker Revelo, actuando en nombre y representación de la sociedad **Unión Nacional de Propietarios de Farmacias (UNPROFA)**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Ejecutivo 3 de 14 de febrero de 2023, "*Que establece precios de referencia tope de medicamentos y se adoptan otras disposiciones*", emitido por el **Ministerio de Comercio e Industrias**, publicado en Gaceta Oficial 29722-B de 14 de febrero de 2023.

**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 numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. La pretensión.

El Licenciado Víctor Baker Revelo, actuando en nombre y representación de la sociedad **Unión Nacional de Propietarios de Farmacias (UNPROFA)**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el Decreto Ejecutivo 3 de 14 de febrero de 2023, "*Que establece precios de referencia tope de medicamentos y se adoptan otras disposiciones*", emitido por el **Ministerio de Comercio e Industrias** (Cfr. fojas 2-14 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

El apoderado de la accionante alega que se han vulnerado las siguientes disposiciones:

A. Los artículos 103, 104, 105 y 106 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, que establece que, excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo podrá poner precios de referencia tope a los

medicamentos, en circunstancias en que el comportamiento de los precios en el mercado nacional no guarde relación con los de aquellos productos o sus similares, a nivel internacional; se estipula que la CLICAC suministrará la información para tales efectos, siendo que dichos precios regirán quince días después de promulgado el respectivo decreto ejecutivo. Asimismo que será a esta entidad que los importadores y distribuidores solicitaran la revisión de estos precios, para que luego de ello haga la recomendaciones al poder ejecutivo dentro del término de ley (Cfr. fojas 6-8 del expediente judicial); y

B. Los artículos 199, 200 y 201 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, que señalan la potestad excepcional del Órgano Ejecutivo para regular costos; los bienes y los servicios que están sujetos a esa medida; y, la fijación del precio máximo (Cfr. fojas 8-10 del expediente judicial).

III. Concepto de la violación de las normas invocadas en la demanda.

A juicio de la accionante, el Ministerio de Comercio e Industrias infringió el artículo 106 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, por razón que el Órgano Ejecutivo, en lugar de imponer un precio tope de venta, lo que hizo fue ordenar que los medicamentos se vendan en las farmacias en un treinta por ciento (30%) menos sobre los precios registrados en cada uno de esos establecimientos, sin precisar las circunstancias que dieron lugar a la disparidad, lo que resulta necesario en el evento que se fije al nivel de minoristas; ni expone el análisis que al efecto realizó la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, como tampoco las circunstancias del mercado farmacéutico, ni la información técnica que los laboratorios debieron suministrar a dicha institución para el análisis de precios (Cfr. fojas 6-8 del expediente judicial).

Seguidamente, la recurrente expresó que el acto acusado de ilegal conculcó los artículos 199, 200 y 201 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, debido a que la entidad omitió advertir las situaciones de restricción respecto al funcionamiento eficiente del mercado, o las amenazas inminentes contra el consumidor y la libre competencia; elementos que estima eran determinantes para aplicar la medida de acuerdo con las normas invocadas en el libelo, aunado al hecho que no

mencionó que esa acción se eliminaría una vez que desaparecieran las causas que motivaron su adopción, por lo que considera que no se justifica la prórroga del precitado descuento del 30% sobre el precio de los medicamentos, más aún si se carecía de los informes técnicos que debió emitir la ACODECO al ejecutivo, ni tampoco se solicitó la información a los laboratorios importadores y distribuidores para la confección de estos informes (Cfr. fojas 8-10 del expediente judicial).

IV. Informe de Conducta expedido por el Ministerio de Comercio e Industrias.

En el Informe de Conducta que el Ministro de Comercio e Industrias remitió al Magistrado Sustanciador, se incluye una fase de antecedentes relativos al comportamiento de los precios de los medicamentos en Panamá, para señalar que aquellos costos establecidos en nuestro país son más altos, comparados con los señalados en otras naciones de la región, particularmente en las elevadas sumas en concepto de importación de fármacos.

En ese sentido, el Ministro de Comercio e Industrias precisó: *"Este alto costo de importación de los medicamentos a Panamá podría estar explicado por la discriminación de precios que realizan los fabricantes en función del ingreso per cápita del país y el tamaño reducido del mercado (lo que reduce el poder de negociación de adquisición de los distribuidores). Asociado a lo anterior, la industria farmacéutica nacional sólo produce el 6% de los medicamentos consumidos. En Panamá, el primer eslabón de la cadena de valor de los medicamentos está controlado, casi en su totalidad, por empresas extranjeras que fabrican fuera de las fronteras nacionales, lo que reduce el espacio de actuación para las políticas públicas." ...* (Cfr. fojas 34-35 del expediente judicial).

Inmediatamente agrega, *"La gráfica siguiente presenta de forma resumida los niveles de precios de varios países de la región, donde es claro que Panamá es el país que presenta los precios más altos comparados con el promedio regional..."*
"Adicionalmente los precios de los medicamentos en Panamá históricamente han

tendido al alza, ya sea de medicamentos innovadores (donde es más firme la tendencia al alza) o de sus variantes genéricas, como se puede observar en la gráfica siguiente...” “La situación de precios al alza de los medicamentos se mantuvo durante los primeros 7 meses del año 2022, hasta que luego del Decreto Ejecutivo No. 17 de agosto de 2022 es que se observa que empieza un proceso de reducción del grupo ‘Salud’ (que incluye el subgrupo de medicamentos) dentro del Índice de Precios al Consumidor (IPC) que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INEC), tal como se aprecia en la tabla siguiente ...” (Cfr. fojas 35-37 del expediente judicial).

En cuanto a las motivaciones para emitir el Decreto demandado, indica que a su juicio, se aplicó la Ley 1 de 10 de enero de 2001 (sobre medicamentos y otros productos para la Salud Humana), que desarrolla principios constitucionales, al establecer entre otros temas el establecimiento de Precio Tope de Referencia, en particular su artículo 106, por lo que podrá hacerlo excepcionalmente en cuanto a los medicamentos, a fin de preservar el interés superior del consumidor, en circunstancias que el comportamiento de estos precios en el mercado nacional no guarde relación con los que se dan a nivel internacional. En base a esta normativa, el Órgano Ejecutivo determinó la conformación de la Mesa Técnica de Medicamentos, integrada por gremios de la salud, sector privado, miembros de la Asamblea Nacional, asociaciones de pacientes y el Gobierno Nacional, quienes acordaron recomendar la creación de una subcomisión que definiría qué medicamentos o productos entrarán en la lista excepcional que contempla el artículo 106 de la Ley 1 de 2001.

Así, se acordó recomendar al Presidente de la República que se estableciera una reducción en el precio de los medicamentos de venta en las farmacias privadas, a través de un esquema donde los diferentes eslabones que comprenden la cadena del mercado de medicamentos en nuestro país harían ajustes en sus márgenes de comercialización. En consecuencia se emite el Decreto Ejecutivo No. 17 de 10 de agosto de 2022, que disminuye durante seis meses prorrogables, a los consumidores, un 30 % sobre el precio de venta registrado en cada farmacia a los

medicamentos descritos en el listado anexo a dicho Decreto. Agrega que la disminución de precios de algunos medicamentos de alto consumo, permitió que la población tuviese acceso a dichos medicamentos con precios accesibles con una reducción 7.4% en virtud de esta intervención de política pública. Además, se hacía necesario establecer precios de referencia para algunos medicamentos, con miras a evitar un alza injustificada que retrotraiga los avances alcanzados.

Concluye que el Decreto Ejecutivo No. 3 de 14 de febrero del presente año, busca conforme lo estipulado en los artículos 109, 111 y 284 de nuestra Constitución Política de la República, velar por la salud de la población de la República y el individuo, mediante el acceso a medicamentos de calidad a precios accesibles en beneficio de su salud, con lo que también se evita que los consumidores queden en indefensión frente a los altos precios que se darían en las farmacias particulares, si se vuelve a los estándares previos a la promulgación del Decreto Ejecutivo 17 de 10 de agosto de 2022 y el Decreto Ejecutivo de 14 de febrero de 2023. (Cfr. foja 38-42 del expediente judicial).

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Después de analizar los argumentos y los cargos de ilegalidad en los que la recurrente fundamenta su pretensión, y luego de examinar las constancias procesales, este Despacho observa que **el escaso material probatorio incorporado hasta ahora con la acción que se analiza**, no permite determinar de manera clara y objetiva si, **en efecto, al emitir el mencionado acto administrativo se infringieron las disposiciones que se aducen en la demanda:**

1. Copia autenticada del Decreto Ejecutivo 3 de 14 de febrero de 2023, publicado en Gaceta Oficial 29722-B de la misma fecha
2. Certificado de Registro Público de existencia de UNPOFRA (sic) (Cfr. fojas 15-23 del expediente judicial).

A juicio de esta Procuraduría, las únicas pruebas aportadas hasta ahora por el actor, no permiten establecer si el **Ministerio de Comercio e Industrias** observó lo dispuesto en las disposiciones jurídicas que se citan como infringidas, por cuanto que a pesar que las piezas de

convicción aducidas, se encuentra autenticadas por el funcionario custodio del original de la gaceta oficial, así como el certificado de Registro Público es un documento electrónico válido; los argumentos de infracción de las normas presuntamente vulneradas, resultan directamente relacionados con actos administrativos que presuntamente fueron emitidos por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), al tenor de lo preceptuado en los artículos 103, 105 y 106 de la Ley 1 de 10 de febrero de 2001, en concordancia con los artículos 199 y 200 de la Ley 45 de 2007, que justamente son las normas supuestamente infringidas, a juicio del demandante:

Ley 1 de 10 de febrero de 2001:

Artículo 103. (Determinación de los Precios de Referencia Topes). El Órgano Ejecutivo determinará los precios de referencia topes mediante decreto ejecutivo. La CLICAC será la institución responsable de suministrar al Órgano Ejecutivo la información necesaria para implementar el artículo anterior y verificará su fiel cumplimiento. Para tal efecto, los laboratorios importadores y distribuidores proporcionarán a la CLICAC la información necesaria para tales fines, en un plazo máximo de treinta días, contados a partir del momento en que le sea requerida, en el formato correspondiente.

Artículo 105. (Revisión del Precio de Referencia Tope de un Medicamento Específico). Los importadores y distribuidores podrán solicitar a la CLICAC cada cierto período, con la debida sustentación, la revisión del precio de referencia tope de un medicamento específico. Esta institución realizará un análisis de la tendencia de los precios nacionales comparados con los internacionales, a fin de recomendar al Órgano Ejecutivo, dentro de los cuarenta y cinco días contados a partir de la solicitud, en caso tal que se considere debidamente justificada, una variación al precio de referencia tope preestablecido.

Artículo 106. (Regulación por Excepción). En cualquier momento posterior a los dos años indicados en el artículo 102, excepcionalmente el Órgano Ejecutivo podrá poner precios de referencia topes a los medicamentos, a fin de preservar el interés superior del consumidor, en circunstancias en que el comportamiento de los precios en el mercado nacional no guarde relación con los precios de dichos productos o sus similares a nivel internacional. Para los propósitos de esta norma, la CLICAC recomendará al Órgano Ejecutivo, luego de los análisis correspondientes, las propuestas de productos medicinales y precios de referencia topes que se aplicarán a nivel nacional por períodos de seis meses prorrogables.

Ley 45 de 31 de octubre de 2007:

Artículo 199. Regulación de precios. Excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo formulará y reglamentará las políticas de regulación de precios, y la Autoridad las ejecutará, fijando temporalmente los precios de determinados bienes y servicios, solo en situaciones en que se advierta la existencia de restricciones al funcionamiento eficiente del mercado, o el inicio de una conducta monopolística generalizada, por uno o varios agentes económicos con poder sustancial sobre el

mercado pertinente, que constituya una amenaza inminente contra el consumidor y la libre competencia, a fin de lograr la eficaz protección de los intereses del consumidor.

Esta regulación solo podrá ser ejercida sobre productos cuyo arancel de importación aplicado exceda el cuarenta por ciento (40%) ad valórem y, por ser esta medida temporal, tendrá que motivarse y fundarse su adopción. En el caso de los hidrocarburos, los productos derivados del petróleo y los artículos de primera necesidad, solo será necesario el debido sustento para su adopción, sin la necesidad de que el arancel aplicado sea mayor del cuarenta por ciento (40%) ad valórem.

Artículo 200. Bienes y servicios sujetos. Los bienes y servicios sujetos a la regulación de precios, a que se refiere el artículo anterior, serán determinados mediante decreto expedido por el Órgano Ejecutivo, previa consulta no vinculante a la Autoridad. En el decreto ejecutivo se establecerá que la medida quedará eliminada cuando hubieran desaparecido las causas que motivaron su adopción, según se determine mediante resolución fundada.

La regulación tendrá una duración máxima de seis meses, salvo que se justifique su prórroga por periodos iguales, en tanto persistan las circunstancias originales que motivaron su adopción.

Junto con la regulación, el Órgano Ejecutivo adoptará las medidas que se requieran para eliminar las imperfecciones del mercado.

Los agentes económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios cuyos precios sean objeto de regulación según los artículos precedentes no incurrir en prácticas monopolísticas por este hecho (lo resaltado en negrita y subrayado es por parte de esta Procuraduría).

De la interpretación literal de las normas transcritas en el párrafo precedente, resulta evidente que uno de los sustentos principales, para mantener la disminución del 30 % sobre el precio de venta de los medicamentos, registrados en cada farmacia al 30 de junio de 2022, a favor de los consumidores más vulnerables y la cual resulta ser objeto del decreto demandado, es *la recomendación de propuesta de precios de referencia topes, a aplicarse a nivel nacional por un período de seis (6) meses prorrogables, por parte de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) al Órgano Ejecutivo, el cual, ciertamente figura como principal considerando del Decreto demandado como nulo por el actor y resulta ser una de las razones principales para materializar la parte dispositiva del mismo (Cfr. foja 15-17 del expediente judicial).*

En este contexto y para efectos de lograr una evaluación integral y uniforme sobre los cuestionamientos planteados por la parte actora con respecto a la presunta ilegalidad del Decreto Ejecutivo 3 de 14 de febrero de 2023,

proferido por el Ministerio de Comercio e Industrias, esta Procuraduría advierte la necesidad de revisar las actuaciones que dieron origen al acto impugnado y que reposan en el expediente administrativo, todo lo cual, hasta el momento, no ha sido incorporado al proceso; así como cualquier otra información que las partes aporten en la etapa procesal correspondiente, a fin de aclarar los aspectos indicados y poder corroborar el trámite realizado, como también el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa atinente respecto a los derechos del consumidor y la libre competencia.

En consecuencia, **el concepto de la Procuraduría de la Administración queda supeditado, en lo que respecta a la legalidad del Decreto Ejecutivo 3 de 14 de febrero de 2023, emitido por el Ministerio de Comercio e Industrias, a lo que se establezca en la etapa probatoria, tanto por la demandante, como por la entidad demandada.**

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General