

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 234

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 16 de febrero de 2023

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

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

Expediente 1048952022.

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 17 de 10 de agosto de 2022, "*Que disminuye en un 30% el precio de medicamentos establecidos en el presente Decreto Ejecutivo a los consumidores por seis meses prorrogables*", emitido por el **Ministerio de Comercio e Industrias**.

**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 17 de 10 de agosto de 2022, "*Que disminuye en un 30% el precio de medicamentos establecidos en el presente Decreto Ejecutivo a los consumidores por seis meses prorrogables*", emitido por el **Ministerio de Comercio e Industrias** (Cfr. fojas 1-10 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

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

A. El artículo 106 de la Ley 1 de 10 de enero de 2001, que establece que, excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo podrá poner precios de referencia topes 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 (Cfr. fojas 5-6 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 6-7 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 (Cfr. fojas 5-6 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 (Cfr. fojas 6-7 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 (cfr. foja 25 del expediente judicial).

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 25-26 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 26, 27 y 28 del expediente judicial).

En cuanto a la necesidad del Gobierno Nacional de intervenir con políticas públicas ese mercado de medicamentos en Panamá, el Ministro de Comercio e Industrias plantea que, en el año 2021, las comunicaciones de aumentos de precios que reportan los distribuidores de ese rubro a la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) superaron a las que se habían recibido en cada uno de los cinco (5) años anteriores. Adicionalmente, sostiene que de las más de cuatrocientas (400) comunicaciones de aumentos, casi noventa (90) de ellas fueron por incrementos de precios superiores al quince por ciento (15%). Por su parte, los incrementos de costos

comunicados en los primeros meses del año 2022, indican que esa situación de alzas recurrentes se mantenía sin mayor variación (Cfr. foja 28 del expediente judicial).

V. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Según observa esta Procuraduría, el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias, expidió el Decreto Ejecutivo 17 de 10 de agosto de 2002, "*Que disminuye en un 30% el precio de medicamentos establecidos en el presente Decreto Ejecutivo a los consumidores por seis meses prorrogables*" (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

Ese instrumento jurídico, se expidió con sustento en el artículo 109 de la Constitución Política que establece que es función del Estado velar por la salud de la población de la República, y que el individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

El artículo 111 del Estatuto Fundamental, señala que compete al ente estatal desarrollar una política nacional de medicamentos que promueve la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de éstos para toda la población del país; y el artículo 284, señala que el Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que señale la ley, para hacer efectiva la justicia social; y, en especial, con el fin de regular, por medio de organismos especiales, las tarifas, los servicios y los precios de los artículos de cualquier naturaleza; especialmente, los de primera necesidad (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

La Ley 1 de 10 de enero de 2001, "sobre medicamentos y otros productos para la salud humana", desarrolla esos principios constitucionales, al establecer, entre otros temas, el precio de referencia tope (Cfr. foja 12 del expediente judicial).

Particularmente, el artículo 106 de esa excerpta legal, establece que, excepcionalmente, el Órgano Ejecutivo podrá poner precios de referencia tope a los medicamentos, como a seguidas se copia:

"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 tope 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 periodos de seis meses prorrogables.”

Según puede advertirse en la norma citada, la aplicación de la regulación excepcional por parte del Órgano Ejecutivo se fundamenta en la finalidad de preservar el interés superior del consumidor, en circunstancias en que el comportamiento de los precios en el mercado nacional no guarde relación con aquéllos de tales productos o sus similares a nivel internacional.

Para ello, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), 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 **periodos de seis (6) meses prorrogables**.

Al revisar la fecha de la promulgación del Decreto Ejecutivo 17 de 10 de agosto de 2022, se advierte que fue publicada en la Gaceta Oficial 29597-B de 10 de agosto de 2022. Ese reglamento señala, en su artículo 5, que **el mismo tendrá una duración de seis (6) meses prorrogables**; y, en el artículo 6, se indica que **entrará en vigencia a partir del 15 de agosto de 2022, con lo que se tiene que al 15 de febrero de 2023, el acto impugnado ha surtido sus efectos jurídicos** (Cfr. fojas 12-13 del expediente judicial).

Por consiguiente, en el proceso en estudio ha operado el fenómeno denominado por la doctrina y la jurisprudencia como **sustracción de materia**, regulada en los artículos 992 y 201 (numeral 2) del Código Judicial, que indican:

“Artículo 992. En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente.”

“Artículo 201. Cualquiera que sea la naturaleza del proceso, los magistrados y jueces tendrán las siguientes facultades ordenatorias o instructorias:

1. ...;
2. Tener en cuenta, en la sentencia, de oficio o a petición de parte, cualquier hecho constitutivo, modificativo o extintivo del derecho sustancial que en el proceso se discute y que hubiere ocurrido después de haberse propuesto la

demanda, siempre que haya sido probado oportunamente y que el interesado lo haya alegado antes de la sentencia si la ley no permite considerarlo de oficio;

...”

Respecto a esa temática, en el campo doctrinal se han referido a ello, los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto en su obra Teoría General del Proceso, señalando lo siguiente en torno a dicha figura jurídica:

"Una vez que se ha generado un proceso, la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia, hasta cuando el tratamiento que a la pretensión deba darse haya alcanzado su finalidad instrumental.

La pretensión determina la conclusión de un proceso, cuando esta reclamación de parte deja de existir por algún acontecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia. La desaparición de la pretensión lleva consigo la eliminación del proceso en forma paralela.

Si la pretensión queda satisfecha, el proceso ha llegado a su fin normal y concluye por sentencia. **Si la pretensión procesal sin llegar a quedar satisfecha desaparece, por ejemplo, por acto de disposición que la vuelve su objeto y la revoca íntegramente, el proceso se extingue a sí mismo, tornando injustificada su ulterior continuación.**" (La negrita es nuestra) (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tomo I. Edit. Temis. Santa Fe de Bogotá. pág. 288).

De igual manera, la Sala Tercera, en su Sentencia de 9 de febrero de 2010, se ha pronunciado en los siguientes términos en relación con la sustracción de materia:

"Como se concluye tanto del contenido del Contrato de Permuta demandado, como de las certificaciones extendidas por el Municipio de Boquete y la Dirección General del Registro Público, el contrato en mención ha cumplido sus efectos jurídicos toda vez que, tal como lo indica la Presidenta del Consejo Municipal de Boquete el servicio contratado con la empresa Exploturismo, S.A., que comprendía la recolección y tratamiento de basura del área del Distrito de Boquete, así como la construcción de un relleno sanitario tipo trinchera, fue efectivamente prestado por la empresa contratante. Por otro lado, la contraprestación debida por el Municipio de Boquete consistente en el traspaso de un área de terreno propiedad del citado Municipio a favor de la sociedad Exploturismo, S.A. fue efectivamente cumplida por la entidad municipal, como se desprende del Oficio N° 169 de 18 de febrero de 2009 emitido por la Dirección General del Registro Público.

En ese sentido, no podemos perder de vista que el acto en cuestión ya surtió sus efectos jurídicos, tomando en consideración que el mismo establecía su vigencia expresamente en un periodo de cinco (5) años a partir de la firma del contrato en el mes de marzo de 2000, y a la fecha en que fuera presentada la acción de nulidad por parte de la Contraloría General de la República (en el año 2006), la contratación ya había cumplido sus efectos, **como bien lo indicara la Presidenta del Consejo Municipal de Boquete.**

La situación planteada permite concluir que se ha producido la extinción del objeto de la acción contencioso-administrativa de nulidad

interpuesta por la Contraloría General de la República, configurándose el fenómeno conocido como **sustracción de materia**, en atención a la pérdida de vigencia del Contrato de Permuta celebrado el día 21 de marzo de 2000, entre el Municipio de Boquete y la empresa Explo-Turismo, S.A.

Fundada en lo anterior, estima la Sala que lo **procedente es declarar la sustracción de materia en el presente caso, habiendo quedado demostrado en el proceso que el acto impugnado ha surtido sus efectos jurídicos.**

...

Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA SUSTRACCIÓN DE MATERIA** en la demanda contencioso-administrativa de nulidad interpuesta... en representación de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, contra el Contrato de Permuta celebrado el día 21 de marzo de 2000, entre el Municipio de Boquete y la empresa Explo-Turismo, S.A., y ORDENA el levantamiento de la medida de suspensión provisional decretada mediante Resolución de 29 de septiembre de 2006.

..." (El subrayado es de la Sala y la negrita es de esta Procuraduría).

Recientemente, ese Tribunal, en la Sentencia de **6 de enero de 2023**, manifestó en torno a la **sustracción de materia**, lo que a seguidas se copia:

"VISTOS:

El Licenciado Narciso Machuca Gómez, actuando en representación de PAULA MARÍA GONZÁLEZ FERRETRO (Alcalde del Distrito de Penonomé), presenta demanda contencioso administrativa de nulidad, para que se declaren nulos por ilegales, los artículos segundo, tercero y quinto del Acuerdo N° 04 de 08 de abril de 1992, emitido por el Concejo Municipal de Penonomé.

...

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Dada la observancia de las anteriores etapas del proceso, éste ha quedado en estado de resolver, por lo que a ello se procede previa las siguientes acotaciones. La presente acción tiene como finalidad que se declaren nulos, por ilegales, los artículos segundo, tercero y quinto del Acuerdo No.04 de 8 de abril de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Penonomé, con la finalidad de regular la escogencia, despido y nombramiento del personal subalterno de la Tesorería, ingeniería y Concejo Municipal.

En efecto, los artículos del Acuerdo No.04 de 1992, que se demandan establecen en su orden: 1) que el personal subalterno del Tesorero Municipal es escogido para su nombramiento por la mayoría relativa del Concejo; 2) que el personal subalterno del Ingeniero Municipal será escogido para su nombramiento por la mayoría relativa del Concejo y; 3) que las vacantes del personal de los Departamentos de Tesorería, Ingeniería y el Consejo se ocuparán por los candidatos propuestos por cualquier Concejal debidamente secundado.

Sobre el referido acto administrativo, acotamos que fue expedido por el Concejo Municipal de Penonomé, en ejercicio de las funciones contenidas en los artículos 17 (numeral 6 y 17);57 (numeral 15); 62 y 67 de la Ley No. 106 de 8 de

octubre de 1973, 'Sobre Régimen Municipal', modificada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, con concordia al artículo 239 de la Constitución Política de Panamá, antes de su reforma por el Acto Legislativo No. I de 27 de julio de 2004. En su orden, estas disposiciones legales regulan la creación y supresión de cargos municipales; el nombramiento y destitución del personal subalterno de tesorería; la creación de otros cargos mediante Acuerdo Municipal y, el aumento de sueldo y asignaciones de los servidores públicos municipales. No obstante, la accionante deja claramente establecido su desavenencia con los textos demandados, pues a su juicio desconocen competencias ya establecidas en el Régimen Municipal, al Tesorero y al Alcalde. Las frases contenidas en los artículos demandados, de manera categórica, cimientan la vulneración de las normas en materia de régimen municipal -Ley '106 de 1973 con sus modificaciones-, que a continuación se detallan:

...

Previo examen de los preceptos citados, es de trascendencia indicar que conforme las constancias procesales, las frases subrayadas fueron declaradas inconstitucionales mediante fallos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia calendados, 19 de marzo de 2009 y 14 de septiembre de 2009-. En consecuencia, el Concejo Municipal fue desprovisto de la atribución legal de nombrar al Tesorero Municipal y de la creación de cargos para su personal subalterno, aproximadamente diecisiete (17) años después de expedirse el Acuerdo No. 04 de 1992, por determinarse el quebranto al orden constitucional modificado.

...

De manera palmaria, observamos en el citado texto, que ha salido del ámbito de la competencia del Concejo Municipal de Penonomé, la escogencia del personal subalterno a nombrar por la Tesorería Municipal y que se han dispuesto acciones de personal, por parte de la Comisión de la Mesa de que trata el artículo 66 de la Ley I 06 de 1973. Esclarecidos estos aspectos, resaltamos sobre los artículos que se impugnan -bajo la premisa que invaden y/o desconocen las facultades o competencias del Tesorero Municipal y Alcalde-, que el artículo 5 del Acuerdo N°005 de 2021, dispone la derogatoria en todas sus partes del Acuerdo N°04 de 8 de abril de 1992. Esta realidad procesal da cabida a la aplicabilidad de la potestad jurisdiccional contenida en los artículos 201 (numeral 2) y 992 del Código Judicial, cuyos textos dicen así: ...

Al amparo de las disposiciones citadas, advertimos que ante la expedición del Acuerdo N°005 de 2021, los artículos 2, 3 y 5 del Acuerdo No. 04 de 1992, han perdido su vigor. Este último, siendo un acto de carácter general, ha quedado sin efecto jurídico, razón por la cual deviene en ostensible la desaparición del objeto procesal que motivó la presentación de la demanda, mas no una mera transformación que permita al Tribunal adentrarse al examen de otro acto administrativo con distinta motivación y fundamento de derecho.

En torno a la falta de objeto litigioso y/o pretensión extinta dentro de una demanda en que se impugna un acto administrativo, ..., este Tribunal se ha pronunciado dictaminando la ocurrencia del fenómeno jurídico que la doctrina conoce como '**obsolescencia procesal**' y que la jurisprudencia nacional ha denominado **sustracción de materia**, en estos términos:

...

Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SE HA PRODUCIDO EL FENÓMENO JURÍDICO DE SUSTRACCIÓN DE MATERIA, en la demanda contencioso-administrativa de nulidad, presentada por el Licenciado Narciso Machuca Gómez, actuando en nombre y representación de PAULA MARÍA GONZÁLEZ FERREIRO (Alcalde del Distrito de Penonomé), ...".

Por lo expuesto, solicitamos respetuosamente a ese Tribunal se sirva declarar que en la presente causa se ha producido el fenómeno jurídico denominado **SUSTRACCIÓN DE MATERIA** y, en consecuencia, se ordene el archivo del expediente.

VI. Pruebas. Se aceptan las que cumplan con los requisitos de Ley.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigobero González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General