

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 1851

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 10 de octubre 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 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; 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 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. (...)”

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 34-37 del expediente judicial).

En cuanto a las motivaciones para emitir el Decreto demandado, se asevera que se aplicó la Ley 1 de 10 de enero de 2001, que desarrolla principios constitucionales, al establecer entre otros temas el Precio Tope de Referencia, en particular su artículo 106, lo que pudo hacerse 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.

Producto de lo anterior, 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, por lo que se emitió el Decreto Ejecutivo 17 de 10 de agosto de 2022, que disminuyó durante seis meses prorrogables, un 30 % sobre el precio de venta registrado en cada farmacia a los medicamentos descritos en el listado anexo. 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 actual Decreto Ejecutivo 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 (Cfr. foja 38-42 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 3 de 14 de febrero de 2023**, "*Que establece precios de referencia tope de medicamentos y se adoptan otras disposiciones*" (Cfr. fojas 15-17 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. Asimismo, 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.

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. Particularmente, el artículo 106 de esta excerta 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 tope 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 tope que se aplicarán a nivel nacional por **periodos de seis (6) meses prorrogables.**

Al revisar la fecha de la promulgación del **Decreto Ejecutivo 3 de 14 de febrero de 2023**, se advierte que fue publicada en la Gaceta Oficial 29722-B de 14 de febrero de 2023. Dicho cuerpo normativo estipula en su artículo 5, que *“Los precios de venta con un descuento del 30% contenidos en el Anexo I y los precios máximos de venta contenidos en el Anexo 11, estarán vigentes por un periodo máximo de seis (6) meses prorrogables después de la entrada en vigencia del presente*

Decreto” y en el artículo 10, se preceptúa que “*Este Decreto Ejecutivo entrará a regir al día siguiente de la fecha de publicación en la Gaceta Oficial, sólo para propósitos del Anexo I. Los precios establecidos en el Anexo II, comienzan a regir a partir del 1 de marzo de 2023*”, con lo que se tiene que al **1 de septiembre de 2023**, el acto impugnado ha surtido sus efectos jurídicos.

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 quedando 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 SUSTRACIÓN 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:

“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. (...)

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 (...)**"

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,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urrriola de Ardila
Secretaria General