

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 261

Panamá, 31 de marzo de 2009

**Proceso contencioso
administrativo de
nulidad.**

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

La firma forense Rivera, Bolívar y Castañedas, en representación de **British American Tobacco Panamá, S.A.**, solicita que se declaren nulas, por ilegales, algunas frases del artículo 3, el último párrafo del artículo 6, algunas frases del artículo 8, algunas frases del artículo 11, el numeral 6 del artículo 13, algunas frases del artículo 18, algunas frases del artículo 20, algunas frases del artículo 22, y el numeral 1 del artículo 23, todas del **decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008**, emitido por el Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud.

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 emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración en torno a la demanda contencioso administrativa de nulidad descrita en el margen superior.

I. Antecedentes.

La empresa British American Tobacco Panamá, S.A., le otorgó poder a la firma forense Rivera, Bolívar y Castañedas para que, en su nombre y representación, interpusiera una demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de

algunas frases contenidas en artículos del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, emitido por el Ministerio de Salud, por el cual se reglamenta la ley 13 de 24 de enero de 2008, que adopta medidas para el control del tabaco.

II. Disposiciones que se dicen infringidas y los conceptos de las supuestas infracciones.

La demandante señala que se han infringido los artículos 3, 4 (numeral 1), 5 (numerales 1, 3, 4, 6 y el último párrafo), 14 y 29 de la ley 13 de 2008; el artículo 9 del Código Civil; el artículo 33 del decreto ley 2 de 1998; el artículo 218 de la ley 66 de 1947, modificada por la ley 40 de 2006; los artículos 89, 90, 99 y 101 de la ley 35 de 1996; el anexo I C del Convenio de Marrakech aprobado mediante la ley 23 de 1997; el numeral 2 del artículo 35 de la ley 45 de 31 de octubre de 2007; y el artículo 1 de la ley 5 de 11 de enero de 2007. (Cfr. fojas 263 a 295 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

En primer lugar, la parte actora manifiesta que los artículos 3 y 22 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 infringen el artículo 3 de la ley 13 de 2008, ya que, a su juicio, ambas normas reglamentarias introdujeron una redacción extraña al establecer que “el Ministerio de Salud consolidará alianzas estratégicas con el Ministerio de Educación, la Caja de Seguro Social y las organizaciones no gubernamentales relacionadas con el tema del control del tabaco”, y que “el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social consolidarán alianzas estratégicas para la formulación

de las políticas de cesación del tabaquismo”, cuando el texto legal dispone que “el Estado, con la participación de la sociedad civil, elaborará políticas apropiadas para prevenir, controlar y reducir el consumo del tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo del tabaco, y adoptará lo necesario para aplicar efectivamente dichas políticas de salud pública.” (Cfr. fojas 263 a 265 del expediente judicial).

Este Despacho se opone a los argumentos planteados por la parte actora, debido a que el artículo 3 de la ley 13 de 2008 establece de manera genérica que el Estado, que de manera conceptual es definido por el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, como “conjunto de los poderes públicos; acepción en la que se asimila con gobierno”, con la participación de la sociedad civil, elaborará tales políticas de prevención y control del uso del tabaco, sus derivados y componentes, sin especificar cuál o cuáles de las instituciones públicas y qué componentes de los asociados llevarán a cabo las citadas funciones.

Ese es el motivo por el cual el artículo 3 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 indica que el Ministerio de Salud deberá consolidar alianzas con el Ministerio de Educación, la Caja de Seguro Social y las organizaciones no gubernamentales relacionadas con el tema de control del tabaco, para llevar a cabo las funciones antes descritas. Lo propio ocurre con la alianza estratégica entre el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, descrita en el artículo 22 del reglamento, lo que evidencia que el

decreto 230 de 6 de mayo de 2008 no ha rebasado ni del texto ni el espíritu de la citada ley.

Por otra parte, la recurrente sostiene que el último párrafo del artículo 6 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 incurre en un exceso de reglamentación al indicar lo siguiente: “cuando estas oficinas estén ubicadas en instalaciones que sean patrimonio del Estado panameño, se incluyen como áreas de no fumar, sus estacionamientos, jardines interiores y cualquier otro espacio abierto dentro del perímetro institucional”, habida cuenta que, según afirma, el numeral 1 del artículo 4 de la ley 13 de 2008 define como ambiente laboral cerrado, el área en la que no existe ventilación natural y donde uno o más trabajadores realizan actividades de producción que involucran la exposición a riesgos químicos, físicos, biológicos, higiénicos y psicosociales; y los numerales 1 y 3 del artículo 5 de la excerpta legal citada, prohíben el consumo de tabaco y de los productos de éste, en las oficinas públicas y privadas, nacionales, provinciales comarcales y locales, y en los lugares cerrados de acceso público donde haya concurrencia de personas. (Cfr. fojas 265 a 267 del expediente judicial).

Esta Procuraduría no comparte lo expresado en este cargo de ilegalidad, habida cuenta que el artículo 5 de la ley 13 de 2008 es claro al señalar que se prohíbe el consumo del tabaco y los productos de éste, entre otros lugares, en las oficinas públicas nacionales, provinciales, comarcales y locales, sin distinguir las áreas de estas oficinas en las

que esta prohibición tiene o no vigencia. Por ello, al establecer el artículo 6 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, que "cuando estas oficinas estén ubicadas en instalaciones que sean patrimonio del Estado panameño, se incluyen como áreas de no fumar, sus estacionamientos, jardines interiores y cualquier otro espacio abierto dentro del perímetro institucional", de manera alguna está incurriendo en el exceso de reglamentación al que se refiere la parte actora y, por ende, deviene sin sustento alguno este cargo de infracción.

Así mismo, la sociedad demandante considera que algunas frases del artículo 8 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, infringen el numeral 3 del artículo 5 de la ley 13 de 2008 y el artículo 9 del Código Civil, debido a que considera como lugares cerrados de acceso público donde hay concurrencia de personas, a establecimientos tales como cines, teatros, museos, restaurantes, cafeterías, centros de expendio de alimentos y similares, bares, bodegas, cantinas y similares, prostíbulos y similares, sitios de ocasión, discotecas, jardines, toldos y otros centros de baile, hoteles, pensiones y sitios de alojamiento temporal, casinos, bingos, galleras y otros centros donde se practiquen juegos de azar, centros comerciales y almacenes, supermercados, tiendas, kioscos, abarroterías y otros, centros de video juegos, juegos virtuales y similares, café internet, salones de belleza, peluquerías y similares, centros de masaje y estética, iglesias, capillas y otros centros de oración, locales destinados a la celebración de eventos como

conciertos, fiestas y otros, circos y otros lugares en que se realicen actividades culturales o recreativas, y en los centros de convenciones y auditorios.

Este Despacho tampoco comparte el criterio de la demandante, respecto a la alegada infracción de las normas legales invocadas, ya que el numeral 3 del artículo 5 de la ley 13 de 2008 al indicar que se prohíbe el consumo de tabaco y de los productos de éste en los lugares cerrados de acceso público donde haya concurrencia de personas lo hace en forma amplia y sin hacer distinción o señalar de manera específica a cuáles lugares cerrados de acceso público se enfila el legislador. Sin hacer mayor esfuerzo para ello, es fácil advertir que los lugares que se enlistan en el artículo 8 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, ya citado, se subsumen en los lugares que prevé la norma que se dice vulnerada, por lo que en modo alguno se contradice el texto legal.

En otro orden de ideas, la parte actora señala que el numeral 6 del artículo 9 del decreto ejecutivo 230 de 2008 infringe el numeral 4 del artículo 5 de la ley 13 de 2008, debido a que la norma reglamentaria incluye a la hípica como un deporte, a pesar que el artículo 33 del decreto ley 2 de 1998 la considera como un conjunto de actividades vinculadas con la suerte y el azar en las que se generan apuestas y la disposición legal es clara al indicar que se prohíbe el consumo de tabaco y de los productos de éste en los ambientes públicos y privados, abiertos y cerrados, destinados actividades deportivas.

Al respecto, esta Procuraduría observa que con independencia de la disposición dada por el citado decreto ley para los fines de la actividad de juegos de suerte y azar que regula, lo cierto es que de acuerdo con la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, la hípica es el "Deporte que consiste en carreras de caballos, concurso de saltos de obstáculos, doma, adiestramiento, etc.", (lo subrayado es nuestro), de manera tal que dicha actividad, en acepción usual del vocablo, sí es considerada un deporte, por consiguiente, el texto del numeral 6 del artículo 9 del decreto ejecutivo 230 de 2008 se adecúa al tenor legal, lo que debe entenderse sin perjuicio de que aún cuando en virtud de la vigencia del contrato de administración del Hipódromo Presidente Remón y de operación del sistema de juegos y apuestas hípicas, las instalaciones del mismo, en cuanto toca a los temas de Salud Pública, no están excluidas de las regulaciones sanitarias expedidas por el Estado a través de sus autoridades permanentes.

Como parte de los cargos de infracción que incluye en el libelo de la demanda, la parte actora también indica que el artículo 11 del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 infringe el numeral 1 del artículo 4 y el numeral 6 del artículo 5, ambos de la ley 13 de 2008.

Luego de examinar los argumentos expuestos en sustento de este cargo de infracción, este Despacho es de la opinión que la norma reglamentaria no infringe la ley, debido a que en ella se establece que "los gerentes y/o propietarios de los establecimientos que cuenten con espacios con ventilación

natural, deberán garantizar la no contaminación de los ambientes laborales cerrados por humo de tabaco de segunda mano." Según lo señalado, en el artículo 11 del decreto reglamentario, "estos espacios no deben constituirse en el paso obligado de personas que busquen servicios en los ambientes laborales cerrados de dichos establecimientos o en cualquier otra área donde esté prohibido fumar", ya que el numeral 6 del artículo 5 de la ley 13 de 2008 es claro al indicar que se prohíbe el consumo de tabaco y de los productos de éste en los ambientes laborales cerrados, y que los gerentes o los encargados de los establecimientos públicos o privados serán los responsables de hacer cumplir al público en general y a sus empleados lo establecido en esa ley, para lo cual deberán recurrir, de ser ello necesario, al auxilio de la Policía Nacional, lo que viene a demostrar que no existe contradicción alguna entre el texto reglamentario y el sentido de la ley citada.

La parte demandante asimismo considera que el numeral 6 del artículo 13 del decreto ejecutivo 230 de 2008 infringe el artículo 29 de la ley 13 de 2008 y el artículo 218 de la ley 66 de 1947, modificada por la ley 40 de 2006, ya que, según indica, las normas legales invocadas contienen las sanciones que puede aplicar el Ministerio de Salud y que, entre ellas, no se encuentra la de pegar boletas autoadhesivas en el área frontal del establecimiento que esté incumpliendo la ley 13 de 2008.

A juicio de esta Procuraduría, el numeral 6 del artículo 13 del decreto ejecutivo 230 de 2008, acusado de ilegal,

encuentra su sustento en el artículo 3 de la ley 13 de 2008, al constituirse en una de las acciones que debe adoptar el Ministerio de Salud con miras a implementar sus políticas para prevenir, controlar y reducir el consumo del tabaco, de allí que no sea contrario al sentido y espíritu de dicha ley, que tal como lo prevé la disposición legal que se dice infringida, al atribuir a la autoridad de facultades para suministrar a sus inspectores, en forma permanente, con boletas autoadhesivas que se colocarán en el área frontal del establecimiento que esté incumpliendo la ley, las que servirán como mecanismo para notificar a la población que dicho establecimiento no está cumpliendo con las disposiciones legales vigentes en materia de control del tabaco.

En adición a lo ya expuesto, es menester advertir que el artículo 13 del decreto ejecutivo 230 de 2008, tal como lo señala en forma expresa, corresponde, en cuanto a su contenido, al desarrollo del artículo 5 de la ley 13 de 2008, lo que viene a descartar las aseveraciones planteadas en la demanda respecto de la infracción del artículo 29 de la ley 13 de 2008, que se refiere a la potestad de denunciar ante las autoridades competentes a los infractores de las medidas para el control del tabaco, y el artículo 218 de la ley 66 de 1947, modificada por la ley 40 de 2006, relativo a las sanciones aplicadas a quienes contravengan las normas del Código Sanitario.

Al referirse a otras disposiciones que considera infringidas por algunos artículos del decreto ejecutivo 230

de 2008, la parte actora indica que su artículo 18 viola los artículos 89, 90, 99 y 101 de la ley 35 de 1996 y el Anexo I C del Convenio de Marrakech, aprobado mediante la ley 23 de 1997, ya que, según indica, se pretende llevar la prohibición comprendida en el artículo 14 de la ley 13 de 2008, de publicitar, promocionar y patrocinar el tabaco y sus productos, hasta el mismo punto de venta, limitando con ello el derecho del uso a su marca que según la Ley tienen los comerciantes.

Conforme estima esta Procuraduría, el artículo 18 del citado decreto ejecutivo no infringe las normas legales invocadas, debido a que el mismo sólo viene a desarrollar la prohibición total que impone el artículo 14 de la ley 13 de 2008, que elimina legalmente cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos, así sea a través de medios indirectos o subliminales, dirigida a menores o mayores de edad, prohibiendo además toda forma de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizo del tabaco y sus productos, que penetren en el territorio nacional. En razón de lo absoluto de estas prohibiciones, al reglamentar dicho artículo ha entendido que éstas únicamente permiten la colocación de los productos del tabaco y sus derivados en los dispensadores y anaqueles de los puntos de venta y, consecuentemente, prohíbe que de manera alguna se involucren en el mercadeo del tabaco y sus derivados, elementos relacionados con la publicidad, la promoción o el patrocinio de éstos productos.

Conforme lo consideramos, el artículo 18 del decreto ejecutivo 230 de 2008, no infringe los artículos 89, 90, 99 y 101 de la ley 35 de 1996 y el Anexo I C del Convenio de Marrakech, aprobado mediante la ley 23 de 1997, que se refieren a las marcas de fábrica y de comercio, sus componentes, y los derechos inherentes a las mismas, pues prevalece el interés superior de los asociados, tutelados en la ley 13 de 2008 y su reglamento.

Dentro del cúmulo de infracciones que la actora incluye en su demanda, ésta manifiesta que el artículo 20 del mencionado decreto ejecutivo viola el numeral 2 del artículo 35 de la ley 45 de 31 de octubre de 2007, ya que, según afirma, en dicha disposición reglamentaria el Ministerio de Salud se abroga la facultad de entregar información clara, veraz y suficiente sobre el contenido y las características del tabaco y sus productos, previa la autorización de la Dirección General de Salud Pública, cuando la disposición legal incluye, entre los derechos de los consumidores, el de recibir de los proveedores toda la información sobre las características del producto.

A juicio de este Despacho, en esta ocasión tampoco puede advertirse la existencia de la infracción alegada, ya que el artículo 3 de la ley 13 de 2008 establece que el Estado, que en este caso está representado por el Ministerio de Salud, está facultado para adoptar las medidas necesarias para aplicar de manera efectiva las políticas de salud pública para prevenir, controlar y reducir el consumo del tabaco y de sus productos. Por su parte, el artículo 14 de la excerpta

legal citada prohíbe en forma total la publicidad del tabaco y sus productos. Ambas disposiciones interpretadas de manera sistemática, dan sustento al artículo 20 del decreto ejecutivo 230 de 2008, puesto que éste se limita a establecer que la entrega de la información sea clara, veraz y suficiente sobre el contenido y las características del tabaco y sus derivados, que lógicamente deberá ser suministrada por los interesados, deberá contar con la autorización previa de la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud, antes de ser incluida en el interior de los paquetes que llegarán a manos de quienes consuman estos productos, lo que, a nuestro modo de ver, no infringe el numeral 2 del artículo 35 de la ley 45 de 31 de octubre de 2007.

Finalmente, la demandante señala que el numeral 1 del artículo 23 del decreto ejecutivo 230 de 2008, infringe el artículo 1 de la ley 5 de 2007, por la cual se agiliza el proceso de apertura de empresas, habida cuenta que, según indica, la disposición reglamentaria exige un requisito adicional a los establecidos en la ley.

Esta Procuraduría no comparte la opinión de la recurrente, debido a que el artículo 23 del reglamento complementa lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 5 de 2007, al disponer que es obligación de los agentes de la cadena de comercialización de los productos del tabaco y sus derivados, no exigir que tal requisito sea cumplido como parte del proceso de apertura de la empresa, sino que lo establece como una exigencia que deben cumplir al momento de

realizar tal actividad, aquellos que dentro del giro de éstas comercialicen productos de tabaco y sus derivados, lo que difiere sustancialmente de la tesis planteada por la actora.

Por lo expuesto, este Despacho solicita a ese Tribunal que se sirva declarar que **NO SON ILEGALES** algunas frases del artículo 3, el último párrafo del artículo 6, algunas frases del artículo 8, algunas frases del artículo 11, el numeral 6 del artículo 13, algunas frases del artículo 18, algunas frases del artículo 20, algunas frases del artículo 22, y el numeral 1 del artículo 23, todos del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, emitido por el Ministerio de Salud.

IV. Pruebas: Se aduce la copia autenticada del decreto ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 que ya reposa en el expediente judicial.

V. Derecho: Se niega el derecho invocado por la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General