

22 de junio de 2004

**Proceso de
inconstitucionalidad**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración**

El **Licenciado José Antonio Moncada**, contra el **primer párrafo del artículo 5 del Decreto Ejecutivo No 307 del 20 de noviembre de 2000**, "Que crea el Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud."

**Señor Magistrado Presidente de la Corte Suprema de
Justicia. Pleno.**

En atención al traslado de la demanda de inconstitucionalidad descrita en el margen superior de esta Vista, que se cumplió mediante la providencia visible a foja 15 del expediente, comparezco ante ese Tribunal para emitir el concepto que ordena la norma de procedimiento contenida en el artículo 2563 del Código Judicial.

A tal efecto, expongo:

I. Disposición acusada de inconstitucional:

La parte actora ha cumplido con el deber que establece el numeral 1 del artículo 2560 del Código Judicial, transcribiendo la disposición jurídica que estima inconstitucional, primer párrafo del artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 307 del 20 de noviembre de 2000, "Que crea el Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud, de la siguiente forma:

"Artículo 5: La crema nutritiva enriquecida o el sustituto de igual o superior valor nutritivo deberá ser adquirida de proveedores nacionales y manufacturarse con productos nacionales.

Se exceptúan los productos que requieran materia prima que no exista en el país.

Corresponderá al Ministerio de Salud y a la Universidad de Panamá velar por el control de calidad de estos productos."

II. Disposición constitucional que se estima infringida y concepto de violación.

Según el demandante: "La frase o párrafo cuya inconstitucionalidad se demanda infringe de manera directa el Artículo 290 de la Constitución Política de la República de Panamá, que dispone lo siguiente:

"ARTICULO 290: Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.

Pertenece a este género la práctica de explotar una sola persona natural o jurídica, series o cadenas de establecimientos mercantiles al por menor en forma que haga ruinoso o tienda a eliminar la competencia del pequeño comerciante o industrial.

Habrá acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras, la Ley regulará esta materia."

En lo que respecta al concepto de la violación, el abogado demandante expuso en su demanda, lo siguiente:

"La violación de lo previsto en el artículo transcrito se produce en la medida en que la Constitución Política lo que establece es el concepto de libertad comercial, que no puede ser restringida a los proveedores y manufactura nacional, porque se estaría permitiendo tanto en el comercio como en la industria: Combinación, contrato y acciones que tienden a restringir o

imposibilitar el libre comercio y la competencia.

Limita el libre Comercio: Porque solo permite un comercio interno entre los pocos que puedan ofrecer una crema nutritiva que cumpla con las especificaciones. El objetivo del comercio es adquirir un bien, en este caso un nutriente que beneficie a una población mencionada en la ley; no el de limitar este nutriente para las mercancías de oferta nacional.

Limita la industria: Porque impide que surja la competencia con lo que pueda producirse a nivel internacional, perjudicando tanto la calidad nacional, como impidiendo el que, cumplidos los trámites, pueda pujar en el mercado nacional lo que se produce en el extranjero.

La violación al artículo 290 se da cuando el gobierno a través de sus leyes supriman a la Constitución Política sus efectos. Toda vez que se persigue la competencia comercial en la Constitución: y la ley demandada persigue la exclusividad a la producción nacional." (Cf. f. 4)

III. Pretensión del demandante.

Según expone en su demanda el Licenciado Moncada, pretende que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declare inconstitucional el artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 307 del 20 de noviembre de 2000, "Que crea el Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud" aparecido en la Gaceta Oficial No. 24,186 de 23 de noviembre de 2000, por lo que así lo solicita al.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Es preciso acotar que el libelo de demanda se presenta con cierta confusión puesto que en algunas partes se hace ver impugnado sólo el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 307 del 20 de noviembre de 2000, "Que crea el

Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud"; mientras que en otras partes, como en la solicitud final, se deja ver la impugnación del artículo mencionado en su totalidad. En todo caso pasamos a emitir nuestro concepto en torno a lo medular de dicha norma administrativa reglamentaria.

Para un cabal entendimiento del problema constitucional sometido a nuestro concepto, importa primeramente tener presente el Decreto Ejecutivo No. 307 del 20 de noviembre de 2000, "Que crea el Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud", desarrolla el objetivo de la Ley No. 35 de 6 de julio de 1995, "Por la cual se crea el Programa de Distribución del Vaso de Leche y la Galleta Nutricional o Cremas Nutritivas Enriquecidas en todos los centros oficiales de educación preescolar y primaria del país", el cual se encuentra contenido expresamente en el artículo 1 de la citada excerta legal, tal como sigue:

"Artículo 1: Es objetivo primordial de la presente Ley garantizar que la población escolar panameña que asiste a los centros oficiales de educación preescolar y primaria, tenga acceso a una merienda ligera diaria para complementar su dieta familiar, en bienestar del estudiante, con el fin de obtener un mejor rendimiento escolar."

No obstante, el loable objetivo expuesto no es obviamente el único de la Ley sino el "primordial", como ella misma expresa en su artículo 1, siendo evidente que los párrafos primero y segundo de su Artículo 5, persiguen un objetivo secundario, pero de naturaleza distinta al primero, porque dice relación con la adopción de una medida de incentivo a los productores nacionales, al otorgarles la

primera opción de proveer "tanto la leche como la galleta nutricionalmente mejorada, las cremas nutritivas enriquecidas o el sustituto de igual o de superior valor nutritivo", y en su caso, los productos nacionales necesarios para su manufactura.

Es evidente que la anterior medida legal de protección a los productores nacionales, es reflejada también en el primer párrafo del artículo 5 del Decreto Ejecutivo No. 307 del 20 de noviembre de 2000, "Que crea el Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud"; y es perfectamente viable jurídicamente que nuestro Estado panameño la tome en virtud de su soberanía, al igual que lo hacen a diario hoy por hoy, muchos Estados con la adopción de medidas de protección a cualesquiera de sus sectores productivos, por tanto, no debe considerarse una medida restrictiva al libre comercio y menos que tiende a favorecer la creación de un monopolio u oligopolio, toda vez que pueden beneficiarse de la misma, en igualdad de condiciones, todos los productores nacionales que tengan a bien dirigir su actividad hacia esta acción social y sanitaria en beneficio de la población preescolar y de primaria que establece la Ley 35 de 1995. Las propias normas que rigen el comercio mundial establecen la posibilidad que en materia de suministros gubernamentales los Estados adquieran ciertos productos de su mercado local por razones obvias, aquí no se trata de una actividad privada comercial pura, sino más bien de la satisfacción de una necesidad o servicio públicos.

Yerra el demandante al confundir la garantía de libertad comercial y de medidas tendientes a evitar la creación de

monopolios, que son responsabilidad del Estado, con las facultades que tiene éste de intervenir en el funcionamiento económico, precisamente como en el presente caso, para garantizar el mayor bienestar posible a sus asociados. En tal sentido, la libre competencia es sólo una parte de la normativa constitucional económica que, en todo caso, autoriza al Estado para intervenir en el proceso económico regulándolo, orientándolo y dirigiéndolo.

Deben tenerse presentes al respecto, algunas nociones que sobre la Constitución Económica y la libre competencia nos ofrece el Magistrado Rogelio Fábrega Zarak, en el siguiente extracto de un trabajo de su autoría, sobre el tema:

“Conviene, a estas alturas, articular los principios de la Constitución Económica con el derecho de la competencia en nuestro ordenamiento constitucional.

Nuestra Constitución, si bien adopta la decisión política fundamental de recoger el sistema de economía de mercado, autoriza, como todos los otros ordenamientos constitucionales analizados, el intervencionismo público en ella, con el propósito de orientar, dirigir, reglamentar o crear dichas actividades económicas e incorpora la planificación del desarrollo económico y social dentro de la estructura constitucional en la que se articula el sistema económico.

Esta actividad de ordenación la realiza por cualesquiera de los amplios medios, que, mediante desarrollo legislativo, pone a su disposición el artículo 277 y siguientes de la Constitución.

Con la finalidad de evitar distorsiones y abusos, sean públicos o privados, dentro del sistema económico de mercado ocupan un lugar destacado las instituciones encargadas de velar por la erradicación de prácticas monopolísticas y cualquier actuación

por medio de la cual se restrinja la competencia o se introduzcan practicas colusorias que la disminuyan o anulen. La tutela es, desde luego, jurisdiccional, pero concebida en términos muy amplios, fundamentalmente en los **artículos 290 y 293**, el primero de los cuales que sanciona con la nulidad las prácticas restrictivas a la competencia y acciones monopolísticas y el segundo que prohíbe los monopolios privados o particulares, reproduciendo de esta manera las normas contenidas en la Constitución de 1946 sobre la materia, con el mismo efecto.

Los autores del anteproyecto de la Constitución de 1946 **ALFARO, CHIARI y MOSCOTE** fundamentaron la incorporación de la legislación antimonopólica así:

'En la práctica del comercio y de la industria, existen desleales competencias entre los mismos que a ellas se dedican, competencias perjudiciales para el público y para la economía nacional, y que, en una buena organización de dichas actividades no deben ser toleradas. A este fin responde el artículo transcrito [por los redactores], inspirado en el derecho anglosajón en el cual se considera que si es ilegal y nula toda acción tendiente a restringir el libre comercio, no por eso dejan de ser legítimas las que aún afectando el derecho común, son contrarias al orden público. La adopción de las disposiciones que contiene el artículo citado era ya necesaria en nuestro comercio y en nuestra industria, en donde puede advertirse que han comenzado ya las manifestaciones de competencia desleal y de prácticas monopolísticas.' (23)

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de inconstitucionalidad de 3 de junio de 1959, al analizar la disposición contenida en la Constitución de 1946, contenida en su artículo 236 y que reproduce el actual y vigente 290 de la de 1972, dijo lo siguiente:

'Para que se contrarie la prohibición establecida en éste,

es indispensable que concurren los siguientes elementos:

- a.- Que se trate de 'combinación', contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia; y,
- b.- Que tal 'combinación, contrato o acción' tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.'

Es, por tanto, propósito de la norma constitucional preservar el sistema de economía de mercado basado en la competencia, libre de interferencias o restricciones.

El profesor **GARRIGUES**, al analizar el tema de la competencia mercantil, señala:

'La base de la competencia es la libertad económica. Los empresarios han de decidir libremente respecto al precio, calidad y condiciones de los productos que ofrecen. Del mismo modo, los adquirentes han de tener libertad de elección respecto de cada uno de esos elementos. Mas no cabe concebir una competencia libre en el sentido de competencia ilimitada o anárquica, sin mas norma que la voluntad omnímoda de los competidores, porque la competencia es un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos. En los países civilizados la lucha entre rivales dentro del mercado no ha sido jamás desenfrenada o arbitraria, pues toda forma de convivencia humana está sometida al Derecho y éste supone siempre una limitación dentro de la libertad. Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad de los competidores ante el Derecho. Atendiendo a la problemática, el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones a la competencia, que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las

normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la competencia existe, y tratan de encauzarla por el camino de la ética y el Derecho. En un caso se requiere asegurar el respeto a la competencia misma. En el otro se requiere asegurar la corrección en el ejercicio de la competencia.' (24)"

FÁBREGA ZARAK, Rogelio (Magistrado de la Corte Suprema de Justicia). LA TUTELA DE LA COMPETENCIA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA. Ponencia publicada en Abril de 1997.

En este mismo orden, más adelante, el Magistrado Fábrega, hace una afirmación fundamental, que sustenta la intervención del Estado en la economía para ciertos fines, base sobre la cual descansan las demás normas económicas, incluyendo las relativas a la protección de la competencia y el libre comercio. Veamos:

"El **artículo 277** de la Constitución constituye el marco constitucional de la ordenación de la economía. Esta disposición, que aparece en el pórtico del Título X sobre Economía Nacional, autoriza la intervención del Estado en la economía con la finalidad de acrecentar la riqueza nacional, el desarrollo económico, y el bienestar general, a través de la actividad económica particular en un régimen de competencia.

Por lo tanto, si la potestad regulatoria viene dada en forma amplia por dicho precepto constitucional es lógico que dentro de ese marco habrán de entenderse subsumidas todas las medidas individualizadas encaminadas a proteger y salvaguardar el sistema económico de mercado que postula la Constitución Económica, como lo son, sin duda, las bases de un derecho **antitrust** que ofrecen los **artículos 290 y 293.**"

Por las consideraciones expuestas, solicitamos respetuosamente a los Magistrados del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que declaren constitucional el artículo

5 del Decreto Ejecutivo No. 307 del 20 de noviembre de 2000, "Que crea el Programa de Alimentación Complementaria Materno Infantil (PAC) del Ministerio de Salud", por ser acorde con las normas económicas y en general de nuestra Constitución Política.

V. Derecho: Negamos el invocado en la demanda.

VI. Pruebas: Sólo aceptamos las que sean conformes al Código Judicial en esta materia.

Del Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/10/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General