



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 18 de enero de 2012

**Proceso contencioso
administrativo de
plena jurisdicción.**

**Contestación de la
demanda.**

La firma forense Rodríguez-Robles & Espinosa, actuando en representación de **British American Tobacco Panamá, S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la nota 1277-DGS de 29 de septiembre de 2009, emitida por la **Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud**, los actos confirmatorios y que se hagan otras declaraciones.

**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 2 del artículo 5 de la ley 38 de 2000, con la finalidad de contestar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción descrita en el margen superior.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan en los siguientes términos:

Primero: No consta; por tanto, se niega (Art. 833 del Código Judicial).

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 21 del expediente judicial).

Tercero: No consta; por tanto, se niega (Art. 833 del Código Judicial).

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Quinto: No consta; por tanto, se niega (Art. 833 del Código Judicial).

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es cierto; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No consta; por tanto, se niega (Art. 833 del Código Judicial).

Décimo: No consta; por tanto, se niega (Art. 833 del Código Judicial).

Undécimo: No consta; por tanto, se niega (Art. 833 del Código Judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la recurrente señala que el acto administrativo demandado infringe las siguientes disposiciones:

A. De la ley 13 de 24 de enero de 2008:

A.1. El numeral 7 del artículo 4, norma que dispone que, para los efectos de esa ley, los vocablos publicidad y promoción del tabaco se definen como cualquier forma de comunicación, recomendación o acción comercial, que promueve directa o indirectamente un producto del tabaco o el uso de éste; y

A.2. El artículo 14, el cual prohíbe totalmente 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; así como también, toda forma de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizo del tabaco y sus productos, que penetren en el territorio nacional.

B. El numeral 2 del artículo 91 de la ley 35 de 10 de mayo de 1996 que señala que no pueden registrarse como marcas ni como elementos de éstas, las que consistan: en conjunto, en indicaciones descriptivas de la naturaleza, características, uso o aplicación, especie, calidad, cantidad, destino, valor, del lugar de fabricación o de origen o de la época de producción del producto o de la prestación del servicio de que se trate, así como las expresiones que constituyan la denominación usual o genérica del producto o servicio. Se exceptúan las marcas descriptivas o genéricas que hayan llegado a ser distintivas o singulares por el uso.

C. El artículo 34 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, según el cual las actuaciones administrativas de las entidades públicas deberán efectuarse con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad

y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad; que las autoridades estatales y municipales se obligan a velar por el cumplimiento de esta norma y, que las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad, honestidad y eficiencia, dedicando el máximo de sus capacidades a la labor asignada.

III. Breves antecedentes del caso y contestación de la demanda por la Procuraduría de la Administración.

Según consta en autos, el 16 de septiembre de 2009, British American Tobacco Panamá, S.A. (Bat Panamá) solicitó a la Dirección General de Salud del Ministerio de Salud la aprobación de un nuevo diseño para el empaque de cigarrillos marca Kool (Cfr. foja 41 del expediente judicial).

En virtud de la solicitud formulada, esa dependencia de salud pública, por conducto de la nota 1277-DGS de 29 de septiembre de 2009, acusada de ilegal, le comunicó a British American Tobacco Panamá, S.A. (Bat Panamá) que debía simplificar el diseño del empaque de ese producto, ya que la publicidad que presentaba el mismo “Clic & On” y “Menthol on Hi Menthol” se definía como publicidad subliminal (Cfr. foja 38 del expediente judicial).

Esta empresa, a través de su apoderada legal, promovió en tiempo oportuno un recurso de reconsideración en contra de esa decisión, mismo que fue resuelto por la Dirección General de Salud Pública por medio de la nota 0177-DGS del 21 de enero de 2010, en la que se le confirmaba la recomendación dada en el acto recurrido; razón por la que interpuso formal recurso de apelación, el cual fue rechazado por el ministro de Salud mediante la resolución 010 del 20 de enero de ese año (Cfr. foja 39 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo antes expuesto, la ahora recurrente interpuso ante esa Sala Tercera la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción que ocupa nuestra atención (Cfr. fojas 1 a 20 del expediente judicial).

Al sustentar su pretensión, British American Tobacco Panamá, S.A., (BAT Panamá) manifiesta que el director general de Salud Pública interpretó de manera errónea el artículo 14 de la ley 13 de 2008, puesto que al emitir el acto acusado consideró que el diseño propuesto por ella para el producto denominado Kool Click & On”, que fue previamente aprobado por el Ministerio de Comercio e Industrias, constituye un acto de publicidad subliminal, lo cual no es así, puesto que su solicitud se limita a ejercer el derecho de uso de marca que legítimamente adquirió, sin incurrir en la infracción de la definición de publicidad y promoción que establece el numeral 7 del artículo 4 de ese mismo cuerpo normativo (Cfr. fojas 10 a 13 del expediente judicial).

Seguidamente, la actora señala que al emitir el acto acusado el director de Salud Pública rebasó el ámbito de su competencia, ya que aplicó a su solicitud lo que dispone el artículo 91 de la ley 35 de 1996, la cual es una norma que regula el tema de la propiedad industrial y no de salud (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente judicial).

Finalmente, indica que con la expedición de la nota demandada de ilegal este funcionario desconoció los principios de estricta legalidad y del debido proceso que deben observar en todas sus actuaciones administrativas (Cfr. fojas 15 a 19 del expediente judicial).

Este Despacho discrepa de los planteamientos esbozados por la apoderada judicial de la demandante al señalar que el director general de Salud Pública del Ministerio de Salud al dictar la nota 1277-DGS de 29 de septiembre de 2009, que se acusa de ilegal, actuó en franco desconocimiento de las atribuciones que la ley le ha otorgado, rebasando el marco de su competencia, puesto que de acuerdo

con las constancias que reposan en el expediente judicial, este funcionario público no aprobó la solicitud formulada el 16 de septiembre de 2009, por British American Tobacco Panamá, S.A., (BAT Panamá), ya que el nuevo diseño del empaquetado de la cajetilla de cigarrillos Kool Click On presenta imágenes que se asocian al humo de tabaco producto de la exhalación. También contiene elementos distintivos, tales como colores contrastantes, y los contextos “Click & On” y “Menthol On Hi Menthol”, los cuales resultan altamente atractivos para los consumidores particularmente entre los menores de edad, lo que constituye publicidad subliminal (Cfr. fojas 39, 41 a 43 y 51 del expediente judicial).

Por otra parte, se advierte que el director general de Salud Pública utilizó como marco legal para su decisión el artículo 14 de la ley 13 de 24 de enero de 2008, mediante la cual se adoptan medidas para el control del tabaco y sus efectos nocivos en la salud; artículo en el que se prohíbe totalmente cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos, ya sea a través de medios indirectos o subliminales, dirigida a menores o mayores de edad (Cfr. foja 48 del expediente judicial).

Igualmente, este servidor público consideró lo que señala los acápites a y c del numeral 4 del artículo 13 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, adoptado el 21 de mayo de 2003 y ratificado por la República de Panamá mediante la ley 40 de 7 de julio de 2004, en el que se indica que la parte, en este caso representado por nuestro país, de conformidad con su Constitución Política o los principios que la rigen, prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea o que pueda crear una impresión errónea con respecto a los efectos para la salud, riesgos o emisiones, y restringirá el uso de incentivos directos o indirectos que fomenten la compra de productos de tabaco por parte de la población (Cfr. fojas 47 y 48 del expediente judicial).

También puede apreciarse, que al decidir sobre la petición hecha por British American Tobacco Panamá, S.A., (BAT Panamá) la autoridad nominadora se ajustó a las directrices emitidas por la Organización Mundial para la Salud para la correcta aplicación del mencionado artículo 13 del Convenio Marco, en el que se indica en el apartado correspondiente al “empaquetado y rasgos distintivos del producto”, que el empaquetado de tabaco es un elemento importante de la publicidad y la promoción, ya que en éste se utilizan de diversas maneras rasgos distintivos del producto para atraer a los consumidores, promover productos y cultivar y promover una identidad de marca; recurriendo para ello a logotipos, colores, tipos de letras, imágenes, formas y materiales adjuntados a paquetes, lo cual puede ser eliminado si se exige un envasado sencillo, nada más con un nombre de marca, un nombre de producto y/o un nombre del fabricante, datos de contacto y la cantidad de producto que contiene el envase, aparte de las advertencias sanitarias (Cfr. fojas 49 y 50 del expediente judicial).

Lo anteriormente expuesto permite señalar que a lo largo de todo el procedimiento administrativo la entidad de salud actuó conforme a los parámetros establecidos en la ley y el reglamento que rige en Panamá en materia de control de uso del tabaco, puesto que tal como se ha expuesto con anterioridad el nuevo empaque del producto Kool Click On no cumple con uno de los lineamientos dictados por el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud, ya que en la forma como ha sido diseñado vendría a constituir un medio indirecto de publicidad, al presentar no sólo colores contrastantes que hacen atractivo el producto sino imágenes y rasgos distintivos que estimulan el consumo del tabaco, lo cual va en contra de las políticas públicas instauradas por el Estado panameño con el objeto de proteger la salud humana.

En otro orden de ideas, es preciso indicar que el hecho que el Ministerio de Comercio e Industrias haya aprobado el signo distintivo “Click & On” para uso de

la marca registrada “Kool”, no es razón para que la actora estime que el director general de Salud Pública del Ministerio de Salud al emitir el acto acusado haya rebasado el marco legal de su competencia, tal como se ha expresado previamente en la foja 15 del expediente judicial, ya que la decisión adoptada atiende primordialmente a obligaciones que sobre esta materia ha adoptado el país al suscribir convenios internacionales sobre el consumo del tabaco y, fundamentalmente, porque al Estado le corresponde adoptar medidas de protección y prevención de enfermedades para proteger la salud de la población panameña, conforme lo establecen en el ámbito constitucional los artículos 109 y 110 del Texto Fundamental y en el legal el numeral 2 del artículo 9 del Código Sanitario, que atribuye a la Dirección General de Salud Pública funciones de carácter directivo, normativo, regulador, de inspección y control en materia de salud pública, que son ejercidas a nivel nacional.

Resulta pertinente indicar, que aun cuando al resolver el recurso de reconsideración promovido por la actora en contra de la nota 1277-DGS el director general de Salud Pública haya mencionado a manera de referencia lo que dispone el numeral 2 del artículo 91 de la ley 35 de 1996, relativo a los elementos y signos que no pueden registrarse como una marca, ello no significa de manera alguna que esta norma fue aplicada por dicho servidor público cuando expidió el acto administrativo demandado, de ahí que carezcan de sustento las alegaciones hechas por la recurrente al interpretar que este funcionario haya actuado fuera del marco legal de su competencia.

Las consideraciones que anteceden, demuestran a esta Procuraduría que los cargos de infracción a los artículos 4 (numeral 7) y 14 de la ley 13 de 2008, al numeral 2 del artículo 91 de la ley 35 de 1996 y al artículo 34 de la ley 38 de 2000, aducidos por la actora, carecen de sustento jurídico, por lo que, éstos deben ser desestimados por el Tribunal.

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la nota 1277-DGS de 29 de septiembre de 2009, emitida por la Dirección General de Salud Pública, ni sus actos confirmatorios y, en consecuencia, deniegue las demás pretensiones de la demanda.

IV. Pruebas: Con el objeto que sea solicitado por ese Tribunal e incorporado al presente proceso, se aduce como prueba documental de la Procuraduría de la Administración, la copia debidamente autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el caso bajo análisis, cuyo original reposa en los archivos de la entidad demandada.

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

Del Señor Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 204-11