

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 445

Panamá, 21 de noviembre de 2013

**Proceso contencioso
administrativo de
nulidad.
(Acumulados)**

Las firmas forenses Rodríguez, Robles y Espinosa, en representación de **British American Tobacco Panamá, S.A.**; Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de **Philip Morris Panamá, Sociedad en Comandita por Acciones**, y C.F. & Co. Abogados, en representación de **Obrigada Panamá, S.A., Habanos Panamá, S.A. y G & R International, S.A.**, solicitan que se declare nulo, por ilegal, el **Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010, que modifica el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008**, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud.

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

**Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo
Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo establecido 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 las tres demandas contencioso administrativas de nulidad interpuestas por las firmas forenses Rodríguez, Robles y Espinosa, en representación de British American Tobacco Panamá, S.A.; Alemán, Cordero, Galindo & Lee, en representación de Philip Morris Panamá, Sociedad en Comandita por Acciones, y C.F. & Co. Abogados, en representación de Obrigada Panamá, S.A., Habanos Panamá, S.A. y G & R International, S.A.; las cuales fueron acumuladas a través de Auto de 1 de agosto de 2013, puesto que dichas acciones se fundamentan sobre los mismos hechos y contienen las mismas causas de pedir (Cfr. fojas 337 del expediente judicial).

I. Acto acusado de ilegal.

A través del Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010, el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud, modificó el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, reglamentario de la Ley 13 de 24 de enero de 2008, por medio de la cual se adoptan medidas para el control del tabaco y sus efectos nocivos a la salud, cuyo texto señala lo siguiente:

“Artículo 18. La prohibición total indicada en el artículo 14 de Ley 13 de 2008, no permite la exhibición de los productos de tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta. No se podrá participar de manera alguna en el mercadeo, la publicidad, promoción o el patrocinio del tabaco. Esto también incluye aquella que se introduce en el interior de los cartones y/o cajetillas de todos los productos de tabaco y la que es remitida a los consumidores vía correo, internet y utilizando cualquier otra forma de comunicación disponible en el mercado nacional e internacional.

Sólo se permitirá la colocación de un letrero que contenga una lista textual de productos y sus respectivos precios, sin elementos promocionales. El letrero tendrá fondo blanco, con un tamaño máximo de 8.5 por 11 pulgadas, los textos estarán escritos en letra arial 14”, negra, mayúscula cerrada, resaltada en negritas. Los letreros serán colocados en las áreas específicas del establecimiento donde se realice el despacho de los productos y su contenido será validado por la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Salud y por la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Queda prohibida la entrega o distribución de muestras, sean o no gratuitas, de cualquier producto del tabaco y sus derivados.”

II. Breves antecedentes.

El Estado panameño mediante la Ley 40 de 7 de julio de 2004 ratificó el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, aprobado el 21 de mayo de 2003 en la Cuarta Sesión Plenaria de la Organización Mundial de la Salud, razón por la que, desde esa fecha, la República

de Panamá ha desarrollado un ordenamiento jurídico orientado a cumplir con los compromisos vinculantes adquiridos con la firma de este tratado internacional; sin embargo, la aprobación de las directrices para la aplicación del artículo 13 del Convenio Marco, referentes a la prohibición total de la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, tuvo lugar posteriormente en la Tercera Reunión de la Conferencia de las Partes, llevada a cabo del 17 al 22 de noviembre de 2008.

Estas directrices se encuentran establecidas en los acápites **a** y **e** del numeral 4 del mencionado artículo 13 y a continuación se transcriben:

**ARTÍCULO 13
PUBLICIDAD, PROMOCIÓN Y PATROCINIO
DEL TABACO**

...

4. Como mínimo y de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, cada Parte:

a) prohibirá toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco que promueva un producto de tabaco por cualquier medio que sea falso, equívoco o engañoso en alguna otra forma o que pueda crear una impresión errónea con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones;

...

e) procederá dentro de un plazo de cinco años a una prohibición total o, si la Parte no puede imponer una prohibición total debido a su constitución o sus principios constitucionales, a la restricción de la publicidad, la promoción y el patrocinio por radio, televisión, medios impresos y, según proceda, otros medios, como internet; y... (Cfr. Gaceta Oficial 25,097 de 20 de julio de 2004).

Con posterioridad a la suscripción del Convenio Marco antes mencionado y en virtud de lo que establece el artículo 109 de la Constitución Política de la República, se aprobó la Ley 13 de 24 de enero de 2008, por cuyo conducto se adoptaron medidas para el control del tabaco y sus efectos nocivos a la salud (Cfr. Gaceta Oficial 25,966 de 25 de enero de 2008).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de esta Ley, se estableció un término no mayor de 3 meses, contados a partir de su promulgación, para que el

Órgano Ejecutivo procediera a su reglamentación, razón por la que se expidió el Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 (Cfr. Gaceta Oficial 26,033 de 6 de mayo de 2008).

No obstante, este Despacho debe advertir que tanto la Ley 13 de 24 de enero de 2008, como su instrumento reglamentario, el Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, entraron a regir con antelación a la aprobación de las directrices para la aplicación del artículo 13 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud, que transcribimos anteriormente, lo que como ya hemos anotado, ocurrió en el mes de noviembre de 2008.

Debido a esta circunstancia, se expidió el Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010, objeto de controversia en este proceso, por cuyo conducto se modificó el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, cuya finalidad no es otra que dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por la República de Panamá en virtud de lo establecido en el artículo 13 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, en particular la relativa a la prohibición total de la publicidad, promoción y el patrocinio del tabaco a nivel nacional e internacional (Cfr. Gaceta Oficial 26,550 de 8 de junio de 2010).

Por su parte, las empresas British American Tobacco Panamá, S.A.; Philip Morris Panamá, Sociedad en Comandita por Acciones; Obrigada Panamá, S.A., Habanos Panamá, S.A. y G & R International, S.A., han comparecido ante la Sala por medio de sus respectivos apoderados judiciales, con el objeto de presentar demandas contencioso administrativas de nulidad en contra del Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010 que modifica el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, emitido por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Salud, reglamentario de la Ley 13 de 24 de enero de 2008 que adopta medidas

para el control del tabaco (Cfr. fojas 3 a 66, 341 a 361, 484 a 500 del expediente judicial).

III. Disposiciones que se dicen infringidas y el concepto de la supuesta infracción.

Las apoderadas judiciales de los accionantes sostienen que el instrumento reglamentario cuya declaratoria de nulidad demandan, infringe las siguientes normas:

A. Los artículos 3, 14 y 19 (numeral 2) de la Ley 13 de 24 de enero de 2008, relativas a las medidas para el control del tabaco y sus efectos nocivos en la salud, que en su orden, se refieren a la facultad del Estado 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, con la participación de la sociedad civil; a la prohibición total de cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y de sus productos, ya sea a través de medios indirectos o subliminales, dirigidos a menores o mayores de edad; así como también, a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio transfronterizo del tabaco y sus productos que penetren en el territorio nacional, y a la prohibición de la venta de tabaco a menores de edad, por lo que ningún almacén de venta al por menor podrá tener estos productos en lugares directamente accesibles para el cliente (Cfr. fojas 16-22, 38-40, 346-348, 492-495 del expediente judicial);

B. El artículo 337 del Código Civil, según el cual la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en la ley (Cfr. fojas 22 a 25 del expediente judicial);

C. Los artículo 1, 35 y 36 de la Ley 45 de 31 de octubre de 2007, sobre protección al consumidor y defensa de la competencia, que en su orden, señalan que la ley tiene por objeto proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia; que los consumidores tendrán derecho, entre

otros, a recibir de los proveedores toda la información sobre las características del producto o servicio ofrecido, de manera clara y veraz, para poder tomar una decisión al momento de realizar la adquisición del producto o servicio; que son obligaciones del proveedor frente al consumidor, entre otras, informar clara y verazmente sobre las características del producto o servicio ofrecido, tales como su naturaleza, composición, contenido, peso, origen, fecha de vencimiento, toxicidad y precauciones, lo que se consignará en el empaque del producto o en el anaquel del establecimiento comercial, en términos comprensibles y legibles (Cfr. fojas 27-30, 30-33, 37-38 del expediente judicial);

D. Los artículos 89 y 101 de la Ley 35 de 10 de mayo de 1996 que establecen normas tendientes a proteger la propiedad industrial, los que, de manera respectiva, indican que se entiende por marca todo signo, palabra, combinación de estos elementos y cualquier otro medio que, por razones de sus caracteres, sea susceptible de individualizar un producto o servicio en el comercio; y que se tendrá por uso de la marca, la producción, fabricación, elaboración o confección, de artículos, productos o mercancías, y la prestación de servicios amparados por la misma, seguidas de su colocación en el comercio nacional o internacional (Cfr. fojas 33-36 y 36-37 del expediente judicial);

E. El artículo 20 del Anexo IC del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, aprobado mediante la Ley 23 de 15 de julio de 1997, por la cual se aprueba el Acuerdo de Marrakech, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio, que dispone que no se complicará injustificadamente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales, con exigencias especiales o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras; sin embargo, no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios

sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicamente en cuestión esa empresa (Cfr. fojas 348 a 350 del expediente judicial); y

F. Los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 que, de manera respectiva, señalan: que las actuaciones administrativas de las entidades públicas deberán efectuarse con apego al principio de estricta legalidad; el orden en que deben aplicarse las disposiciones jurídicas en los asuntos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas; la prohibición de emitir o celebrar un acto administrativo con infracción de una norma jurídica vigente, aun cuando provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo (Cfr. fojas 25-27, 350-351 y 495 del expediente judicial).

Al explicar los cargos de infracción que hacen con respecto a las normas ya mencionadas, las empresas recurrentes manifiestan que el acto cuya declaratoria de ilegalidad demandan, incurre en un exceso de reglamentación, ya que la ley material va más allá de lo establecido en la norma de mayor jerarquía, en contravención al principio de estricta legalidad, debido a que al establecer esta disposición reglamentaria una prohibición adicional a la señalada en la ley, rebasa el texto y espíritu del artículo 14 de la Ley 13 de 2008, con lo que dificulta la venta del producto del tabaco y sus derivados en los establecimientos comerciales, así como su exhibición de manera simple.

De igual manera, argumentan que el acto impugnado limita la propiedad privada, al desconocer el derecho que tienen las empresas demandantes de gozar y disponer de la propiedad de sus marcas, sin más limitaciones que las establecidas en la ley; lo que ocurre al no poder exhibir el distintivo del producto en el punto de venta; circunstancia que anula la esencia misma de éstas.

Finalmente manifiestan, que la prohibición total de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco se hace extensiva al dispensador o anaquel de exhibición en

el punto de venta; con lo que se restringe el derecho que tiene el consumidor de recibir toda la información referente al producto antes de hacer su elección de compra, y se limita la venta del producto en condiciones normales y adecuadas, así como la libre competencia entre los proveedores.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez expuestos los distintos argumentos que plantean las demandantes para sustentar su pretensión, esta Procuraduría procede a darle contestación a los mismos de manera conjunta, señalando en torno a estos, lo siguiente:

Este Despacho se opone a lo planteado por las sociedades demandantes, debido a que, conforme se desprende del contenido del expediente, al emitir el decreto reglamentario cuya nulidad es demandada, el Estado panameño se limitó a observar las directrices emitidas por la Organización Mundial de la Salud para la correcta aplicación del artículo 13 del Convenio Marco 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, que en el acápite **a** de su numeral 4 ordena a los Estados Parte proceder, de conformidad con su Constitución Política o los principios que la rigen, a la prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco; razón por la que el Estado panameño estaba llamado a atender dichas normas, lo que hizo mediante la modificación del artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, ajustándose de esta manera a los criterios del Convenio.

En adición a lo ya expuesto, es menester advertir que el Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010, que modifica el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, se expidió de acuerdo con los parámetros establecidos en los instrumentos legales y reglamentarios que rigen en Panamá en materia de control de uso del tabaco, puesto que en este caso la norma reglamentaria atiende primordialmente a las materias derivadas del Convenio Internacional sobre el

Consumo del Tabaco y, fundamentalmente, porque al Estado le corresponde adoptar medidas de protección y prevención de enfermedades, con la finalidad de proteger la salud de la población conforme lo establecen en el ámbito constitucional los artículos 109 y 110 del Texto Fundamental y en el legal el artículo 1 de la Ley 13 de 2008.

Diferimos igualmente del criterio expresado por las recurrentes acerca de la limitación que impone el artículo 18, ya mencionado, al derecho a la propiedad privada establecido en el artículo 337 del Código Civil, sobre todo cuando el mismo no es de carácter absoluto, dado que la propia disposición reconoce limitaciones a este derecho y así lo aceptan las mismas accionantes en su escrito de demanda.

Acorde con lo antes expuesto, debe tenerse en cuenta que el artículo 14 de la Ley 13 de 2008 establece una prohibición total a cualquier forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco y sus productos, aun a través de medios indirectos o subliminales, lo cual ha sido regulado por el instrumento reglamentario objeto de reparo, particularmente en lo que se refiere a la exhibición del tabaco y sus derivados en los dispensadores, anaqueles y cualquier otra estantería ubicada en los puntos de venta. También es importante anotar, que el establecimiento de esta prohibición, no limita el derecho de uso sobre la marca de fábrica, ya que el producto mantiene intacto y sin alteración su distintivo, que aparece en forma visible en el envase que lo contiene; por lo que en modo alguno se contradicen las disposiciones legales invocadas.

En igual sentido, la norma reglamentaria cuya nulidad se discute tampoco interfiere con el derecho que tiene el consumidor de recibir información antes de hacer su elección de compra, ya que en el dispensador se permite la colocación de un letrero que contiene una lista textual de los productos del tabaco que están a la venta dentro del mismo y sus respectivos precios. De igual manera, una vez

solicite el producto en el punto de venta, el cliente tendrá la oportunidad de ilustrarse sobre las características del mismo antes de efectuar el pago, lo que en nada impide que observe y lea todos los señalamientos que establecen las normas de protección al consumidor, además de las advertencias contenidas en el envase, lo que representa una comunicación directa del consumidor con el producto; razón por la que no se perjudica el ejercicio del comercio de las empresas y, además, se demuestra que en este sentido no existe contradicción alguna entre el texto reglamentario y las normas invocadas como infringidas, por lo que resulta entonces evidente, que el acto demandado se emitió con apego al principio de estricta legalidad.

Por lo expuesto, este Despacho solicita al Tribunal se sirva declarar que **NO ES ILEGAL** el Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010, que modifica el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008, emitido por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Salud.

V. Pruebas: Se aduce la copia autenticada del Decreto Ejecutivo 611 de 3 de junio de 2010, que modifica el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 230 de 6 de mayo de 2008 que ya reposa en el expediente judicial.

VI. Derecho: Se niega el derecho invocado por las demandantes.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente: 788-10