

Panamá, 3 de diciembre de 1997.

Su Excelencia
Doctora
Aida Libia de Rivera
Ministra de Salud
E. S. D.

Señora Ministra:

Por este medio damos contestación a su Nota s/n, recibida en este Despacho el día 23 de octubre de 1997, relacionada con la creación del Consejo Autónomo de Gestión del Hospital San Miguel Arcángel y sus atribuciones; próxima a aprobarse a través del Proyecto Ley s/n propuesta por el Ministerio de Salud y, por medio del cual solicita nuestra opinión jurídica sobre las siguientes interrogantes.

1. ¿Cuál es la naturaleza de la entidad jurídicamente: Pública o Privada?
2. ¿Se pueden transferir fondos del Tesoro Nacional o de la Caja de Seguro Social, a entidades no gubernamentales o del carácter de este Consejo?
3. ¿Puede el Ministerio de Salud contratar los servicios médicos hospitalarios a esta entidad creada para administrar el hospital de propiedad pública?
4. ¿Es viable jurídicamente a través del Proyecto de Ley, que el Consejo pueda contratar personal privado? ¿Contraviene?
5. ¿Asegurarse de que las compras de bienes y servicios podrán hacerse en régimen privado?
6. ¿Que puede (sic) debidamente aclarado si es posible el control posterior de la Contraloría?

Consideramos oportuno antes de ofrecer una respuesta a sus inquietudes, exponer algunos planteamientos jurídicos que emitió

la Procuraduría de la Administración, a través de Consulta No.199 de 22 de julio de 1997, atinentes al proyecto de estatuto de la **Asociación para la Provisión de Atención de Salud (Apro-Salud)**, el cual guarda vinculo con los presupuestos expuestos en su solicitud.

Con el propósito de aclarar estas interrogantes, nos permitiremos desarrollar las tres alternativas que se ofrecieron mediante la Consulta in comento, explicando cada una de ellas, con la finalidad de ampliarlas y posteriormente entrar a resolver brevemente sus cuestionamientos.

Hechos estos apuntamientos, procederemos a transcribir, las siguientes alternativas.

1. Por medio de una Ley
2. Creando un Patronato reconocido por una Ley especial.
3. Organizandoo una Asociación de interés público reconocida por el Poder Ejecutivo, a través de Decreto Ejecutivo.

En primer lugar, nos interesa dejar plasmado el concepto de personería jurídica o personalidad moral. Entendemos esta figura jurídica como aquella agrupación o establecimiento creado por el Estado o un particular, para tener en esa calidad, existencia jurídica propia y ser sujeto de derechos y obligaciones. Nuestro Código Civil, por su parte, en su artículo 64, enumera las diferentes clases de personas jurídicas y expresa que éstas pueden ser concebidas por medio de una Ley formal.

Ahora bien, aun cuando la norma en referencia indica que tales entes son personas jurídicas, necesitan ser reconocidas y aprobadas por el Órgano Ejecutivo, como veremos más adelante.

Por otra parte, La Constitución Política en su artículo 39, recoge el derecho genérico de formar asociaciones. Partiendo de este derecho es posible conformar las asociaciones. Veamos:

"Artículo 39. Es permitido formar compañías, asociaciones y fundaciones que no sean contrarias a la moral o al orden legal, las cuales pueden obtener reconocimiento como personas jurídicas.

No se otorgará reconocimiento a las asociaciones inspiradas en ideas o teorías basadas en la pretendida superioridad de una raza o de un grupo étnico, o que justifiquen o promuevan la discriminación racial.

La capacidad, el reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinarán por Ley panameña (Destacado de la Procuraduría)

Lo anterior nos lleva a concretar que existe una reserva legal en dicho ordenamiento jurídico al señalar que la capacidad jurídica, el reconocimiento y el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, serán determinadas por la ley Panameña. Ésta se encargará de desarrollar sus contenidos.

Los artículos 64 y 69 del Código Civil, en desarrollo de la citada preceptiva constitucional, establece los requisitos y condiciones que deben llenar, para su existencia, las personas jurídicas sean de carácter público o privado. Veamos:

"Artículo 64. Son personas jurídicas:

1. Las entidades políticas creadas por la Constitución o por Ley;

2. Las iglesias, congregaciones, comunidades o asociaciones religiosas;

3. Las corporaciones y fundaciones de interés público creadas o reconocidas por Ley especial;

4. Las asociaciones de interés público reconocidas por el Poder Ejecutivo;

5. Las asociaciones de interés privado sin fines lucrativos que sean reconocidas por el poder Ejecutivo; y

6. Las asociaciones civiles o comerciales a que la Ley conceda personalidad propia independiente de la de cada uno de sus asociados.

La segunda alternativa, es la creación de Patronatos reconocidos por Ley especial. Los Patronatos son organismos autónomos de carácter benéfico en su mayoría, al que se adscriben fondos públicos y privados; para fines específicos del ente que los crea. De igual forma, los patronatos son fundaciones de interés público reconocidos por Legislación Nacional (Nº.3, del artículo 64, del Código Civil, creados con fines nobles.

Al crearse una Asociación de esta naturaleza, su fin es netamente de carácter público y social, es una característica típica del Estado, cuya creación "obedece a la idea de hacer más eficaz la acción de derecho público- que gocen de un régimen más apropiado para la satisfacción de ciertas necesidades sociales por

los cuales se transfieren poderes de decisión." Tal como lo indica el Dr. Andrés Sierra Rojas, en su Obra titulada Derecho Administrativo, pág. 603.

Por otro lado, es importante destacar que los indicadores de la presencia estatal en este Patronato de interés público sin fines de lucro, reconocido por Ley especial, son los controles financieros que garantizan que los fondos, efectivamente estén destinados al cumplimiento de los fines públicos y sociales propios de la misma.

De manera que si el fundamento económico del Patronato proviene de subsidios que concede el Estado, las aportaciones que reciben de Instituciones Públicas o Privadas, las donaciones y legados de particulares; su control y fiscalización estarán a cargo de la Contraloría General de la República, salvo que la Ley que crea el Patronato exprese otras consideraciones especiales en su contenido, como es el caso del Patronato del Hospital de Niño, creado por Decreto Ley No. 17 de 23 de agosto de 1958.

Mediante Sentencia de 8 de abril de 1992, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció respecto al manejo de fondos públicos que provengan de servicios prestados por el Hospital del Niño. Sostuvo:

"La Contraloría General de la República debe ejercer el control fiscal de manera razonable y compatible con el interés público y el funcionamiento eficiente del Hospital del Niño. Es claro que las potestades discrecionales que otorgan la Constitución y la Ley 32 de 1984 a la Contraloría deben ser ejercidas a la luz del interés público y, en este caso, para promover la atención médica y hospitalaria más conveniente y eficiente que requieren los niños que acuden a esta institución. La discrecionalidad, han dicho los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, "es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos...no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración". Los mismos autores señalan, en planteamientos que la Sala comparte, que existen, sin embargo, elementos reglados en la Ley en toda potestad discrecional: "La existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta...). la competencia para actuarla...y, por último, el fin porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente pública" (Curso de Derecho Administrativo, Vol.I, 5a. de., Edit Civitas, Madrid, 1989, págs, 456 y 453)

Si bien es cierto que el artículo 274 de la Constitución Política señala que todas las entradas y salidas de los tesoros

públicas deben estar incluidas y autorizadas en el presupuesto, no es menos cierto que la Ley puede prever, en casos especiales en que existan poderosas razones de orden público o interés social, la creación de fondos especiales formados por ingresos que percibe una institución estatal por servicios prestados a los administrados. Nada impide tampoco, a juicio de la Sala, que en estos casos excepcionales la Ley autorice a la institución estatal respectiva a que esos fondos, que pueden no estar presupuestados, sean utilizados por la propia institución para sufragar algunos de sus gastos. Son excepciones que la Ley puede prever. Debe entenderse que en estos casos excepcionales los respectivos fondos pueden ser fiscalizados por la Contraloría General de la República, con sujeción a las normas jurídicas especiales que regulen esos fondos.

En el caso del Hospital del Niño, considera la Sala que no le asiste razón al Contralor General de la República, cuando afirma que a esta institución debe aplicársele el artículo 94 de la Ley 32 de 1991 que dispone que formarán parte del Presupuesto General del Estado, los ingresos de gestión institucional por la prestación de servicios prestados por las propias instituciones del gobierno central y que esos ingresos sólo podrán ser utilizados a través de partidas autorizadas por el presupuesto, al cual deben incorporarse.

La Sala considera que el Hospital del Niño está exceptuado de esta disposición en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la ley antes citada que dispone que ciertas entidades públicas se registrarán separadamente por el principio de unidad de caja "dentro de lo que les permita su autonomía administrativa, y financiera, de conformidad con el instrumento legal que les rige".

Concluye la Sala destacando que el Hospital del Niño no está sujeto a las restricciones de la Ley 32 de 1991, y puede utilizar en un fondo aparte y sin necesidad de estar prevista en partidas autorizadas previamente en la Ley 32 de los fondos que percibe por la prestación de servicios médicos y hospitalización. Serán aquí aplicables lo dispuesto en los artículos 1, 4 y 5, numerales 2, 3, 4, 6, 7 y 8 del Decreto Ley 17 de 1958 y el Hospital del Niño puede utilizar esos ingresos propios, en forma discrecional, para sufragar todos los gastos de la institución sin que esté limitado a aplicarlos sólo al renglón de actividades que generó el ingreso propio. Por último débese tomar en cuenta que la Ley N°. 35 de 8 de mayo de 1973, "Por la cual se crea el Fondo de Administración para los Hospitales del Estado", estuvo dirigida a hacer más flexible el manejo y utilización de los dineros provenientes de servicios prestados por los hospitales estatales; esto es, todo lo contrario a hacer más riguroso tal manejo por parte de un establecimiento público como lo es, el Hospital del Niño, que se rige por una Ley especial que busca el mismo propósito que aquélla: hacer más expedita y oportuna la prestación de los servicios médicos y hospitalarios. En concepto de esta Sala la referida Ley N°. 35 no le es aplicable al Hospital del Niño, sino a los hospitales del

Estado que no se rigen por una Ley de autonomía propia como sí es el caso del Hospital del Niño.

Sin embargo, ello no quiere decir, que la Contraloría no ejerza mecanismos de Control. Si el Patronato es subsidiado por el Estado, éste debe sujetarse a los controles previos que efectúa la Contraloría, los cuales no deben demorar el trámite solicitado. (Cfr. Ley 32 de 1984), con excepción a lo dispuesto en la Ley que rige el Patronato. En cuanto al nombramiento de sus funcionarios, éstos se rigen por su Reglamento Interno y lo dispuesto en las normas del Código Laboral.

En cuanto a la tercera alternativa, este Despacho considera que la opción mas acertada es la creación de una asociación de interés público, sin fines de lucro, previa firma de un acuerdo entre la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud en el cual se deje constancia que resuelven la constitución de la asociación y se disponen las reglas fundamentales que la regularán. Este acuerdo constituye la base jurídica de la asociación.

Expresamos en aquella ocasión, que el proyecto de estatuto de Aposalud, cumple con una función pública, social y funcional. Como tal, mantiene una estructura sencilla. Ésta trata de implementar la atención y provisión social de la salud. Para satisfacer esta necesidad requiere que el Estado apoye estos fines benéficos, siendo su naturaleza eminentemente pública sin ánimo de lucro. Es a través de sus representantes, (Ministerio de Salud y Caja de Seguro Social) que podrán ofrecer una eficaz provisión de servicios de salud, a beneficio de los sectores sociales más críticos del país, como es el Distrito de San Miguelito.

El interés público de las dos instituciones, Caja de Seguro Social y Ministerio de Salud, se reflejará a lo largo de sus estatutos, reglamentos internos, promocionando las políticas generales de salud con la necesaria participación de la sociedad civil, y el ejercicio de una coordinada supervisión de los programas a desarrollar, hasta una evaluación periódica del manejo de sus actividades.

Aunado a lo anterior, consideramos fundamental la participación coordinada y reglamentada de los distintos sectores, es decir del sector público, privado, ONG'S entre otros, para la solución de los diversos problemas que se presenten en el sector salud.

MARCO LEGAL

Nuestra Carta Fundamental, ha estatuido en sus artículos 105 y 109, la función esencial del Estado de velar por que se cumplan las políticas de salud pública para beneficio de toda la comunidad. No obstante, esta orientación a la seguridad social debe entenderse como servicio público de carácter obligatorio con la cual el Estado debe cumplir de acuerdo con los principios de

eficiencia, solidaridad y sin discriminación de ninguna naturaleza. La Ley proveerá la implantación de tales servicios a medida que las necesidades lo exijan. ¿Cómo lo implantará?, a través de los postulados que rigen la función administrativa, o sea, con fundamento en los principios de economía, celeridad, eficacia y obligatoriedad del servicio.

Estos principios rectores que desarrolla la Carta Política; están contenidos en la Ley 33 de 8 de noviembre de 1984, "Por el cual se toman medidas sobre actuaciones administrativas y se dictan otras disposiciones.", y que disponen en su artículo 1, lo siguiente.

"Las actuaciones administrativas en los Ministerios y Entidades Descentralizadas se llevarán a cabo con los principios de la economía, celeridad y eficacia. Por consiguiente los Ministros de Estados, Directores de entidades Descentralizadas velarán por que se dé fiel cumplimiento de estos principios."

El reconocimiento formal a que hacen alusión los artículos 1 y 14 de la Ley 33 de 1984 comentada, son las personas jurídicas mencionadas en el artículo 64, numeral 4, del Código Civil, que a la letra dice:

"Artículo 64. Son personas jurídicas:

- 1...
- 2...
- 3...
4. Las asociaciones de interés público reconocidas por el poder ejecutivo..."

Podemos ver, que el numeral 4, del citado artículo detalla específicamente las asociaciones de interés público reconocidas por el Poder Ejecutivo, dentro de la que pueden enmarcarse **AFROSALUD**, por lo que es perfectamente viable que este tipo de asociaciones puedan ser formalmente reconocidas mediante resolución ministerial.

CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS POR LA ADMINISTRACIÓN

Las dos fórmulas que recomienda la Procuraduría de la Administración para la contratación de servicios para la Administración del Hospital San Miguel Arcángel, se encuentran enmarcadas en la Ley 56 de 27 de 1995, la cual pasamos a explicar.

La primera sería convocar a una licitación pública, a través de una contratación pública, de conformidad con la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 "Por la cual se regula la Contratación Pública y se dictan otras disposiciones", cumpliendo con cada uno de sus

principios y artículos que regulan el procedimiento para este tipo de contratación, es decir, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se deberán desarrollar con fundamento en los principios de transparencia, economía y responsabilidad, de acuerdo con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, le serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo (Cf. art. 15 de la Ley 56 de 1995)

La segunda alternativa sería aplicar el artículo 58, numeral 3, de la Ley 56, antes citada que dispone lo siguiente: "Cuando hubiere urgencia evidente que no permita conceder tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista". A nuestro juicio, esta sería la fórmula ideal, en la medida que evitaría todo un proceso burocrático en el trámite para otorgar la administración. Sin embargo, la urgencia de la cual habla el artículo 58, numeral 3, debe ser probada por todos los medios, todo lo cual debe someterse al Consejo de Gabinete, al CENA y al Refrendo de la Contraloría General de la República de Panamá.

No obstante, es indispensable que el Ministerio de Salud, defina el régimen jurídico que desea constituir en el Hospital San Miguel Arcángel, ya que si no lo hace, no podríamos distinguir la naturaleza jurídica del denominado Consejo Autónomo de Gestión del Hospital San Miguel Arcángel.

Hay que tener en cuenta, que si se constituye en una asociación de interés público sin fines de lucro, su personal podrá ser contratado o nombrado dependiendo de lo que establezca su Reglamento Interno, además de las disposiciones del Código Laboral.

Ahora bien, a modo de sugerencia, esta contratación, deberá ser establecida en el Proyecto Ley; como lo hace la Comunidad de Andalucía a través de la Ley 4 de 30 de diciembre de 1992 del Presupuesto de la Comunidad de Andalucía, la cual regula en su cláusula cinco, que el personal estatutario que se incorpore a las planillas de personal laboral de esta empresa pública durante un plazo no superior a tres años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se le reconocerá por la empresa el tiempo de servicios prestados a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad. Dicho personal permanecerá en su plaza de origen en la situación especial en activo o en la excedencia especial en activo, según los casos, por un período máximo de tres años. Durante ese tiempo podrá volver a ocupar su puesto de origen. Transcurrido dicho plazo sin haber ejercitado dicha facultad, pasará a la situación de excedencia voluntaria de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 53/1984 de 26 de diciembre.

Esta entidad de derecho público gozará de personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines y patrimonio propio. Se regirá por sus normas especiales y por la legislación general que le sea aplicable.

Sin perjuicio del sometimiento de su actuación a estrictos criterios de interés público y rentabilidad social, así como a los criterios de publicidad y concurrencia, la entidad se regirá por el derecho privado en lo relativo a la contratación y relaciones patrimoniales. En todo caso, el personal de la entidad se regirá por el derecho laboral.

Su régimen financiero estará sometido a la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y a las demás disposiciones que le sean de aplicación.

Una vez, que se produzca la constitución efectiva de la entidad pública, en virtud de la aprobación de sus Estatutos, se transferirán a la misma, por Acuerdo del Consejo de Gobierno, las dotaciones presupuestarias necesarias para el ejercicio de sus funciones.

Hasta aquí la referencia a la experiencia de la comunidad de Andalucía en la Provincia de Sevilla en España.

Otra alternativa que ofrecería este Despacho y que resolvería la contratación del personal privado, es la creación de una empresa pública o mixta, regida bajo el derecho privado; la cual le daría una naturaleza jurídica privada, pero el control central lo tendría el Estado, por ser el mayor accionista. Lo anterior tiene su validez jurídica en la Constitución Política. Veamos los artículos que amparan esta posición.

"Artículo 153: La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea legislativa y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:
.....12.

Determinar, a propuesta del Órgano Ejecutivo, la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Entidades Autónomas, Semiautónomas, Empresas Estatales y demás establecimientos públicos, y distribuir entre ellos las funciones y negocios de la Administración, con el fin de asegurar la eficacia de las funciones administrativas.

13. Organizar los servicios públicos establecidos en esta Constitución; expedir o autorizar la expedición del Pacto Social y los

Estatutos de las Sociedades de economía mixta y las leyes orgánicas de las empresas industriales y comerciales del Estado, así como dictar normas correspondientes a las carreras previstas en el Título XI."

Nuestra Constitución Política, abre un marco legal para la creación de una empresa pública o estatal si se quiere, para que se puedan prestar los servicios de salud necesarios. Al igual que podría utilizarse la fórmula de una sociedad anónima, cuyo capital mayoritario sería del Estado, caso típico del INTEL S.A.

Podemos concluir que para la aprobación de una empresa pública que contemple, por un lado, relaciones laborales con personas privadas, deberá estar regulada por las normas del Derecho Privado, sin perjuicio de las especialidades que procedan en virtud de su naturaleza, de la entidad de derecho público. Esta deberá estar establecida en una Ley que regule su marco legal.

Tocará entonces, al Ministerio de Salud, decidir la forma de constituir esta entidad de salud. Por otra parte, si esta es netamente pública, se regirá por las disposiciones administrativas, su personal tendrá que ser contratado o nombrado siguiendo las normas administrativas de su reglamento interno.

Si se trata de una asociación, sin fines de lucro, podrá nombrar o contratar su personal por las leyes del Código Laboral, y regirse por normas de carácter privado, no obstante, si esa asociaciones subvencionadas por el Estado, a pesar de su regulación, sus fondos tendrán que ser fiscalizados por la Contraloría, dado que se trata de dineros del Estado que salen de los fondos públicos, es decir de la Caja de Seguro Social y Ministerio de Salud.

En el proyecto Ley no se establece con claridad la forma de nombrar a su personal. Se habla de contratados y nombrados. Deben definirse, en forma equilibrada, las técnicas de contratación regidas por el derecho privado y los nombramientos bajo el régimen administrativo, como se da, por ejemplo, en el IRHE.

Se desprende de la citada disposición, que todas las empresas en general serán objeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República de Panamá, cuando en estas haya capital del Estado.

OBSERVACIONES SOBRE LOS TEMAS CONSULTADOS.

1. Debe dejarse claro la decisión de la creación y naturaleza jurídica, en cuanto al Consejo Autónomo del Hospital San Miguel Arcángel.

2. Deben establecerse la formas de contratar al personal e instaurar un Régimen de Personal especial, y señalar quienes se

rigen por el Derecho Privado y quienes por el Derecho Administrativo.

3. Decidir a cual de las alternativas se adhiere el Ministerio de Salud.

4. Es importante que el Ministerio de Salud, tenga claro, cual será la forma que adopte. Los fondos públicos que reciba a través de la Caja de Seguro Social y Ministerio de Salud siempre serán objeto de fiscalización por parte de la Contraloría General de la República, puesto que se trata de dineros del Estado.

Luego de haber expuesto nuestras consideraciones, este despacho es del criterio, que el Ministerio de Salud tendrá que decidir la naturaleza jurídica del ente que desea crear, para determinar posteriormente la forma de contratar su personal y la adquisición de los bienes y servicios necesarios para proveer la atención de salud.

En la esperanza de haber contribuido con la gestión administrativa que Usted dignamente dirige, me suscribo con la seguridad de nuestro respeto y consideración.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.