

Vista N° 680

19 de Diciembre de 2000.

Proceso Contencioso

Administrativo de Nulidad

Concepto

Interpuesto por el Licdo. Jaime Franco en representación de la Caja de Seguro Social, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°189 de 5 de julio de 2000, dictada por el Ministro de Salud.

Señora Magistrada Presidenta de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte suprema de Justicia.

En virtud del traslado que nos ha conferido vuestro Augusto Tribunal de Justicia, de la demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, enunciada en el margen superior de este escrito, mediante providencia fechada 3 de octubre de 2000 visible a foja 32 del expediente judicial, procedemos a emitir formal Concepto conforme lo dispone el artículo 5, numeral 3, del Libro Primero de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000.

I. En cuanto al Petitum:

La parte demandante ha solicitado a los Señores Magistrados que conforman esa Augusta Sala, que declaren nula, por ilegal, la Resolución N°189 de 5 de julio de 2000, dictada por el Ministro de Salud, mediante la cual se nombra al Instituto Conmemorativo Gorgas como única entidad nacional facultada para practicar y procesar pruebas de carga viral VIH.

II. En cuanto a las disposiciones legales que la parte demandante estima como infringidas y el concepto de la violación, la Procuraduría de la Administración expone lo siguiente:

A. La parte actora considera como infringido el artículo 8 de la Ley N°3 de 5 de enero de 2000 y el numeral 6, del artículo 85 del Código sanitario, los cuales serán analizados en la misma forma que aparece en su libelo de demanda:

Ley N°3 de 2000

¿Artículo 8: La vigilancia epidemiológica para las infecciones de transmisión sexual, para el virus de inmunodeficiencia humana y del sida, se realizará conforme al Código Sanitario y las normas establecidas por el Ministerio de Salud.

Código Sanitario:

Artículo 85: Son atribuciones y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública, en el Orden Sanitario Nacional:

...

6). Reglamentar y controlar el ejercicio de la medicina y profesiones afines, de acuerdo con el Consejo Técnico de Salud Pública;¿

Como concepto de la violación, la parte demandante argumentó lo que a seguidas se copia:

¿ Quebrantamiento de las formalidades. La omisión de formalidad procedimental, de omitir el criterio consultivo y vinculante del Consejo Técnico, constituye una omisión sustancial,...

El acto que impugnamos infringe claramente el artículo 8 de la Ley 3 de 5 de enero de 2000 porque dicho acto no respeta lo establecido en el CODIGO SANITARIO ni las normas establecidas por el Ministerio de Salud.

Esto es así, pues dentro de las atribuciones y deberes señaladas al DEPARTAMENTO DE SALUD PUBLICA (MINISTERIO DE SALUD) en el numeral 6to. Del artículo 85 del Código Sanitario está la de reglamentar y controlar el ejercicio de la medicina y profesiones afines; pero no faculta para impedir el ejercicio de la medicina ni de profesiones afines como es la ejercida por los laboratorios públicos o privados¿. (Cfr. fs. 22 y 23)

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración

Discrepamos del criterio esbozado por la parte actora, cuando indica que el Ministro de Salud omitió consultar al Consejo Técnico de Salud sobre la emisión de la Resolución N°189 de 5 de julio de 2000; toda vez que, a nuestro juicio, el Departamento de Salud Pública se encuentra obligado a someter a consideración del Consejo Técnico de Salud todo lo atinente a la reglamentación del ejercicio de la medicina y profesiones afines, en virtud de lo establecido en el artículo 85 del Código Sanitario.

Aunado a lo anterior debemos apuntar que, al proceder a la lectura de la Resolución N°189 de 5 de julio de 2000, apreciamos que en su contenido no se desprende evidencia alguna que el Departamento de Salud Pública omitiera cumplir con lo dispuesto en el, ya citado, artículo 85 del Código Sanitario.

A nuestro juicio, el objeto de la Resolución N°189 de 2000 es la de canalizar a través del Instituto Conmemorativo Gorgas la práctica y análisis de las pruebas de carga viral VIH, en el sector público y privado; a fin de controlar y vigilar epidemiológicamente este virus de transmisión sexual, calificada como un problema de Estado y de interés nacional, conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley N°3 de 2000, el cual es del siguiente tenor literal:

¿Artículo 2: Se declaran las infecciones de transmisión sexual, el virus de la inmunodeficiencia humana y el sida, problema de Estado y de interés nacional. En razón de ello, toda entidad estatal, autónoma, descentralizada, mixta o municipal, al igual que el Órgano Legislativo, el Órgano Judicial, el Tribunal Electoral y el Ministerio Público, tendrán la responsabilidad de presentar y ejecutar un plan estratégico de prevención, control y manejo de las infecciones de transmisión sexual, del virus de la inmunodeficiencia humana y del sida, para todo su personal. Este programa se desarrollará en estrecha coordinación con el ente rector y con el apoyo de los organismos no gubernamentales¿

Como podemos observar, la Resolución N°189 de 2000 ha implementado mecanismos tendientes a manejar, controlar y prevenir el virus de inmunodeficiencia humana, centralizando su práctica y análisis en un solo organismo gubernamental, como lo es el Instituto Conmemorativo Gorgas; no obstante, estimamos que, el Ministerio de Salud como máximo organismo de Salud Pública solamente está facultado para vigilar epidemiológicamente las enfermedades de transmisión sexual, conforme lo establece el artículo 25, literal e), del Decreto N°75 de 27 de febrero de 1969, cuyo tenor literal es el siguiente:

¿Artículo 25: El propósito, objetivos y funciones de la Dirección de Epidemiología son:

...

e). Promover y efectuar la vigilancia epidemiológica, desde el punto de vista clínico, de laboratorio y epidemiológico, como requisito necesario para el control de enfermedades transmisibles¿. (el resaltado y negrillas son nuestras)

Por consiguiente, somos de la opinión que, si bien, el Ministerio de Salud puede intervenir en problemas de salud pública, no podemos obviar que, esta función se encuentra limitada a establecer controles profilácticos, vigilar su conducta epidemiológica y establecer normas de bioseguridad; sin embargo, apreciamos que esta entidad de Salud Pública ha ordenado la centralización de la práctica y procesamiento de la carga viral VIH, lo cual a nuestro juicio, es a todas luces improcedente.

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley N°66 de 10 de noviembre de 1947, que aprobó el Código Sanitario, confirió al Departamento de Salubridad Pública (Ministerio de Salud), la potestad de

conocer y resolver los asuntos relacionados con la salud, pudiendo además actuar, directamente, cuando existan problemas sanitarios o asistenciales de interés nacional, e indirectamente estableciendo normas o patrones mínimos de salud pública, que determinen los principios a que deben sujetarse los servicios oficiales o privados que desarrollen actividades de esta índole.

Sobre este tópico debemos apuntar que, en efecto el Ministerio de Salud se encuentra facultado para establecer normas o patrones mínimos que determinen los principios a que deben sujetarse los servicios oficiales o privados, entre los cuales se encuentran las normas de bioseguridad; pero, esto no significa que puede establecer límites a los laboratorios públicos y privados de practicar la prueba de carga viral VIH.

Nuestro criterio, se fundamenta en el hecho que al interpretar lo dispuesto en el aludido artículo 6 de la Ley N°66 de 1947, apreciamos que éste faculta al Ministerio de Salud para establecer los parámetros a seguir por los estamentos públicos y privados en lo relacionado a la salud pública.

Por consiguiente, opinamos que, prohibir a los laboratorios públicos y privados la práctica de un determinado examen de laboratorio, como lo es la prueba de carga viral VIH, se atentaría contra el libre ejercicio de la profesión de laboratorista.

Por otro lado, debemos apuntar que, es innegable que los establecimientos privados se sostienen con recursos económicos y financieros propios, por lo que pueden sufragar los costos de los reactivos que se requieren para practicar la prueba de carga viral VIH. Además, tienen la capacidad económica para adiestrar al personal que realiza esta prueba; de suerte que, restringir la práctica de la prueba del VIH a los laboratorios privados, alegando que se da con el fin de procurar la optimización y distribución de los recursos de salud, es a nuestro parecer improcedente.

Lo anterior es sin perjuicio que se encuentran obligados a seguir los controles de bioseguridad que establezca el Ministerio de Salud, de conformidad con lo estipulado en el artículo 11 de la Ley N°3 de 5 de enero de 2000, el cual expresa lo siguiente:

¿Artículo 11: El Ministerio de Salud establecerá normas de bioseguridad necesarias en el manejo de productos humanos y sus derivados, materiales, instrumental y equipos, a efecto de proteger al personal potencialmente en riesgo de contacto con infecciones de transmisión sexual, el virus de la inmunodeficiencia humano u otro organismo de transmisión parenteral. También garantizará la disponibilidad de estos insumos en todas sus instalaciones, para el uso de su personal.

Toda entidad, pública o privada está obligada a cumplir las normas de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud, para lo cual garantizará la disponibilidad de los insumos y equipos¿. (la subraya es nuestra)

De suerte que, a nuestro juicio, al expedirse la Resolución N°189 de 2000, el Ministerio de Salud infringió lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N°3 de 2000 y el artículo 85 del Código Sanitario; porque, es evidente que, el Ministerio de Salud funge como entidad vigilante de la salud pública, controlando y reglamentando el ejercicio de la profesión de la medicina y profesiones afines, en

conjunta colaboración con el Consejo Técnico de Salud, no así restringir el ejercicio de la profesión de médico y profesiones afines, como lo es la de laboratorista.

B. El representante judicial de la parte demandante ha señalado como infringido el artículo 178, numeral 4, del Código Sanitario, cuyo tenor literal es el siguiente:

¿ Artículo 178: El Director General de Salud Pública velará porque todo hospital, servicio sanitario provincial y, en lo posible, toda unidad sanitaria, posean laboratorios con capacidad para realizar ciertos tipos de análisis de acuerdo con las respectivas finalidades, incluso, cuando sea necesario, las prácticas de la bromatología.

Los laboratorios oficiales de Salud Pública y el control de los laboratorios privados de cualquier naturaleza, incluso los comerciales y profesionales, quedarán bajo las normas y supervigilancia que establezca un laboratorio central de higiene pública, el cual tendrá además las siguientes funciones principales:

...

4°) Establecer patrones técnicos a que deban someterse los distintos tipos de exámenes de laboratorios;

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante argumentó lo que a seguidas se copia:

¿ A nuestro juicio el acto impugnado infringe el artículo 178 y el numeral 4 del mismo, porque ni esta norma ni ninguna otra disposición del Código Sanitario faculta al Ministerio de Salud para impedir, bajo ningún pretexto que los laboratorios, sean públicos o privados, realicen práctica de determinadas pruebas de laboratorio.

Por otro lado, consideramos que el Ministerio de Salud no está facultado para obligar a los establecimientos de salud pública o privada a pagar o asumir costos o tarifas por la prestación bajo la supuesta premisa de que es necesario controlar la práctica y procesamiento de pruebas viral VIH. Si bien el Ministerio de Salud podría cobrar por un servicio, el mecanismo legal para establecer tal cobro, es la fijación de una tasa por medio de una ley¿. (Cfr. fs. 24 y 25)

Previo al examen de la norma citada como infringida debemos indicar que, el Consejo Técnico de Salud tiene por función, entre otras, establecer el control de la práctica de las profesiones médicas y afines e intervenir como asesor en los problemas de salud pública, ya que así lo disponen los artículos 108 y 111 de la Ley N°66 de 10 de noviembre de 1947, que aprueba el Código Sanitario, los cuales expresan lo siguiente:

¿Artículo 108: El Consejo Técnico de Salud Pública funcionará en el Ministerio del Ramo y tendrá por misión principal supervigilar y aprobar la revalidación hecha por la Universidad de Panamá de los títulos profesionales de su incumbencia.

Tendrá también el control de la práctica de las profesiones médicas y afines y atribución de asesor en los problemas de salubridad cuya naturaleza exija la acción conjunta organizada de distintas entidades del Estado o de ésta con instituciones semi-oficiales o semi-privadas que se ocupen de actividades preventivas o médicas en general.

¿Artículo 111: Son funciones del Consejo:

1°) Las que le señala específicamente este Código;

2°) Emitir dictamen sobre los asuntos de carácter sanitario que le consulten el Ministro o el Director del ramo;

3°) Investigar las acusaciones que se formulen en contra de los empleados del servicio, para lo cual recibirá los testimonios que se produzcan y requerirá los antecedentes que conceptuare necesarios.

Se exceptúan los miembros de los escalafones sanitarios y de hospitales, quienes quedarán sujetos a las disposiciones correspondientes establecidas en este Código;

4°) Establecer cooperación y coordinación entre los distintos organismos del estado con ingerencia en la salud pública y resolver los conflictos que se presentaren por competencia de autoridad; salvo lo dispuesto en el artículo 210.

5°) Propender a que las instituciones de salud pública alcancen un desarrollo compatible con sus funciones y cuenten con los presupuestos adecuados;

6°) Estimular la carrera sanitaria y de hospital en sus distintas especialidades recomendando la creación de escuelas, cursos, becas, subvenciones, concursos, etc.;

7°) Recomendar al Órgano Ejecutivo el nombramiento de comisiones especiales, permanentes o temporales, para la consideración, estudio y solución de los problemas específicos en el ramo de la salud pública;

8°) Recomendar el establecimiento de servicios coordinados mediante convenios con otros países o instituciones nacionales o extranjeras;

9°) Aceptar las donaciones y legados que se hagan al Estado, por medio del Ministerio del Ramo;

10°) Exigir la revalidación de los títulos de médico, dentista, farmacéutico, enfermera, partera, quiro-práctico, osteópata, optometrista, veterinario y profesionales similares de acuerdo con el Reglamento de la Universidad de Panamá;

11°) Supervigilar el ejercicio de las mencionadas profesiones imponiendo las sanciones a que hubiere lugar, si bien la infracción en sí deberá ser establecida por funcionarios idóneos del Departamento de Salud Pública.

Como podemos observar, las normas supracitadas solamente indican que el Consejo Técnico de Salud es el organismo encargado de supervigilar y controlar las profesiones de su incumbencia e

intervenir como asesor en los problemas de salubridad, cuya naturaleza exija la acción conjunta organizada de otras entidades Estatales.

Por otra parte, consideramos oportuno mencionar que el Ministerio de Salud es competente para intervenir en problemas de salud pública, en el ámbito económico, político, social, en el orden técnico normativo y ejecutivo, conforme lo estatuye el artículo 4, numeral 1, del Código Sanitario que dispone lo siguiente:

¿Artículo 4: Son organismos competentes para intervenir en problemas de salud pública:

1°. El Órgano Ejecutivo por intermedio del Ministerio correspondiente en el orden político, económico, administrativo y social; y por intermedio del Departamento Nacional de Salud Pública, en el Orden Técnico, normativo y ejecutivo;¿ (la subraya es nuestra)

El texto anterior nos demuestra que, el Ministerio de Salud está facultado para intervenir en el ámbito normativo de existir problemas de salud pública; sin embargo, no podemos concebir el hecho que se prohíba el libre ejercicio de la profesión de laboratorista, al sector público y privado, amparándose en esta potestad normativa.

Es una realidad que en nuestro país los índices de mortandad por causa del Virus de Inmunodeficiencia Humana, que en adelante llamaremos virus VIH, se ha incrementado en los últimos años, produciéndose un aumento en los recursos económicos que brinda el Estado al sector Salud Pública.

Pero esto no significa que, el Ministro de Salud puede ordenar la centralización de la práctica y procesamiento de la carga viral VIH, en el Centro de Conmemorativo Gorgas, impidiendo a los laboratorios públicos y privados su práctica.

Consideramos que, si bien, puede ser oneroso para el Gobierno Central adquirir todos los insumos necesarios que se requieran para practicar pruebas de carga viral VIH en todas las entidades de Salud en el ámbito público, no podemos obviar que, al prohibir la práctica de la prueba de carga viral VIH a los entes públicos y privados se estaría contraviniendo el derecho al libre ejercicio de la profesión de laboratorista.

A nuestro juicio, es necesario que el Ministerio de Salud busque otros mecanismos que permitan una mejor optimización y distribución de los recursos de salud, a fin de adquirir los insumos necesarios que se requieran, para practicar la prueba de carga viral VIH en el sector público, sin restringir el ejercicio de la profesión de laboratorista en el ámbito público y privado, en virtud de lo dispuesto en el artículo primero y segundo de la Resolución N°189 de 6 de julio de 2000.

Cabe destacar que, lo expuesto no es razón para considerar que el Ministerio de Salud perderá el control y vigilancia de la actividad sanitaria de los establecimientos públicos y privados; a contrario sensu, éstos deben adoptar los patrones técnicos y de bioseguridad que implemente el Ministerio de Salud, en lo que a las pruebas de carga viral VIH se refiera.

En cuanto a lo establecido en el artículo tercero de la Resolución N°189 de 2000, referente a la potestad del Ministro de Salud para celebrar contratos, acuerdos o convenios con entidades gubernamentales de salud, que no forman parte del Ministerio de Salud, a fin de fijar una tarifa para la práctica y procesamiento de la prueba de carga viral VIH; consideramos necesario revisar lo dispuesto en el artículo 10, del Decreto N°75 de 27 de febrero de 1969 ¿Por medio del cual se establece el estatuto Orgánico del Ministerio de Salud, en desarrollo del Decreto de Gabinete N°1 de 15 de enero de 1969¿, previo el análisis del referido artículo tercero.

¿ Artículo 10: Son funciones generales del Ministerio de Salud, las que indican:

- a) Propender a la integración progresiva de las acciones de salud en el sector salud a fin de alcanzar un rendimiento más alto de los recursos. Para estos efectos deberá ejercitar, a través de sus organismos técnicos, una vigilancia permanente sobre la estructura vigente para confirmar su idoneidad en relación a las exigencias que deriven del desarrollo del Plan Nacional de Salud, sobre los servicios locales y su rendimiento en términos de costo, capacidad para atender la demanda y cobertura y sobre la metodología operacional de todas las entidades del sector salud tendiente a crear métodos de administración de los planes de salud uniformes y eficientes;

- b) Mantener actualizada la legislación que regula las actividades del sector salud y las relaciones inter e intra institucionales, los reglamentos y normas para el funcionamiento de los servicios técnico- administrativos y los manuales de operación que deben orientar la ejecución de los programas en el plano nacional bajo patrones de funcionamiento de eficiencia comprobada;

- c) Ejercer el control de actividades de salud del sector privado, fijando las normas de habilitación y funcionamiento de clínicas, institutos y servicios médico- asistenciales; las correspondientes a la autorización y ejercicio de las profesiones médicas y para-médicas, el control de la producción, importación, expendio, publicidad y precios de drogas, productos farmacéuticos, medicamentos y cosméticos y la autorización, supervisión y control sanitario de los establecimientos que elaboran, importan, expenden o distribuyen alimentos;

- d) Promover las actividades de docencia e investigación, manteniendo vínculos permanentes con las universidades nacionales y extranjeras y particularmente con las Facultades de Medicina, a fin de coordinar en forma eficaz los recursos del sector salud y obtener un mejor aprovechamiento de las facilidades que puedan brindar las instituciones del sector para el desarrollo de los planes de enseñanza e investigación de todos los campos de la salud;

e) Establecer y/o mejorar las relaciones con organismos afines en el plano internacional, orientando la política institucional del sector salud de acuerdo con los principios que sustenta el Gobierno acerca de los problemas de salud de carácter nacional;

f) Propiciar, estimular y organizar la realización de congresos, cursos de adiestramiento y seminarios, que contribuyan a mejorar los cuadros técnicos, intercambiar experiencias, coordinar programas de desarrollo de la enseñanza y divulgación con los países de América y en particular con los vecinos, como medio de facilitar la solución de problemas comunes. Corresponderá a la Dirección General de Salud, por medio de la Oficina de Información Internacional, proporcionar las facilidades consiguientes a los representantes y/o delegados oficiales de instituciones del Ministerio, a la vez que calificar su idoneidad profesional y demás requisitos personales que aseguren una representación digna para el país. El delegado oficial deberá informar por escrito sobre su misión en un plazo no mayor de quince (15) días después de concluida la misma.

g) Celebrar convenios, contratos y acuerdos con instituciones o entidades nacionales o internacionales sobre materias relativas a la ejecución de los programas por prestaciones médico-asistenciales, utilización de la capacidad instalada, dotación de equipos de servicios; construcciones y recomendaciones de establecimientos y, en general, todas las acciones de coordinación y/o integración que involucren la utilización de bienes o recursos de organismos del sector salud que cuenten con patrimonio propio. Los contratos, convenios y acuerdos que impliquen la utilización de recursos del sector, serán consultados previamente con la Comisión Nacional de la Planificación de la salud, la que deberá emitir su opinión técnica fundada sobre los mismos. Los correspondientes a prestaciones de carácter médico-asistencial requerirán, además, aprobación del Consejo Técnico de Salud y la información actualizada de costos y gastos que deberá proporcionar la Dirección General de Salud. Los que expresen relación con entidades, organismos y/o instituciones extranjeras, requerirán de consulta con el ministerio de Relaciones Exteriores.

h) Administrar los programas de salud, por medio de las autoridades de los correspondientes niveles, delegando las facultades que sean menester para alcanzar los siguientes objetivos:

1) Cumplir las metas establecidas en el Plan Nacional de Salud;

2) Supervisar la ejecución de las acciones para que las mismas se cumplan de acuerdo con técnicas eficientes y de alto rendimiento, y

3) Propender al desarrollo progresivo de los servicios en todas las áreas y, en especial, en aquellas donde la capacidad instalada es deficitaria y se requiere ampliar la cobertura, penetrando en el sector rural;

i) Establecer una política de administración de personal que permita seleccionar a los funcionarios por su aptitud y competencia, que asegure el derecho al ascenso por mérito y la estabilidad en el cargo mediante un régimen permanente de evaluación del rendimiento y estímulo al funcionario.

De la lectura del texto anterior, no encontramos en ninguno de sus apartes que el Ministro de Salud estuviera facultado para celebrar contratos, acuerdos o convenios con la finalidad de establecer tarifas para la práctica y procesamiento de pruebas de laboratorio, o bien, cualquier otro tipo de costos por la prestación de un servicio.

En consecuencia opinamos que, la máxima autoridad de salud debió someter a consideración del Órgano Legislativo esta problemática, previa la emisión de la Resolución N°189 de 2000, a fin de evaluar si era viable o no permitirle a través de la emisión de una Ley, celebrar convenios o acuerdos para implementar una tarifa para la práctica y procesamiento de la prueba VIH; pues, el Decreto N°75 de 27 de febrero de 1969, no lo faculta para celebrar contratos, convenios o acuerdo con el fin de implementar tarifas de ninguna índole.

Por consiguiente, consideramos que esta acción es inapropiada, puesto que al Ministro de Salud le está vedado por Ley para imponer tarifas, para la práctica y procesamiento de las pruebas de carga viral VIH.

En virtud de las consideraciones expuestas, solicitamos respetuosamente a los Señores Magistrados que conforman la Honorable Sala Tercera, acojan las peticiones impetradas por el apoderado judicial de la Caja de Seguro Social, por las razones esbozadas a lo largo del presente escrito.

Pruebas: Aceptamos las presentadas, por ser documentos originales y copias debidamente autenticadas.

Derecho: Aceptamos el invocado, por la parte demandante.

Señora Magistrada Presidenta,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher

Procuradora de la Administración

AMdeF/11/bdec.

Licdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General