



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 6 de julio de 2020
C-070-20

Su Excelencia

Rogelio Enrique Paredes Robles

Ministro de Vivienda y Ordenamiento Territorial (MIVIOT)

Ciudad

Referencia: *Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral.*

Señor Ministro:

De acuerdo con las atribuciones consagradas en el artículo 220, numeral 3 de la Constitución Política de la República de Panamá, desarrolladas en el artículo 6, numeral 1 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, doy respuesta a la consulta rubricada por su predecesora, contenida en la Nota DS-0638-2020, fechada 23 de junio de 2020 y recibida en este despacho el 25 de junio de 2020, consistente de la siguientes interrogantes de fondo:

1. *“¿Está exento el Contratista a pagar el monto correspondiente al Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (Decreto Ejecutivo No. 15 de 2007 y Ley No. 67 de 2015), debido a que el acto público, el contrato y la orden de proceder se generaron durante el lapso de tiempo, de la declaración de inconstitucionalidad de dichos los artículos 12 y 13 del Decreto Ejecutivo No. 15 de 2007, a pesar que el resto del Decreto Ejecutivo permaneció vigente?”*
2. *En el caso que el Contratista sí deba pagar el monto correspondiente a dicho Fondo, y de acuerdo a nuestra legislación y normativa vigente en contrataciones públicas ¿Debe este Ministerio realizar una Orden de Cambio que genere Adenda para cubrir dicho monto, debido a que el contratista no contemplo en su presupuesto de ejecución de obra no desglose, el pago relativo a materia de Seguridad Ocupacional, Higiene y Salud, y por ende y consecuentemente, el pago correspondiente para el Oficial de Seguridad del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral?”*

Con respecto a la interpelación transcrita, esta Procuraduría es del criterio de que la carga de aportar económicamente, como pago al Estado al Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, no es exigible bajo la contratación mencionada al no existir la norma jurídica que le sustentó al momento de contraerse la obligación contractual con el Estado.

Sin embargo, el cumplimiento de las normas jurídicas que garantizan la salud de los trabajadores, entre ellas *el pago relativo a materia de Seguridad Ocupacional, Higiene y Salud, y por ende y consecuentemente, el pago correspondiente para el Oficial de Seguridad del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral*, que se debió dar a través de mecanismos diferentes al mencionado fondo, constituye una obligación irrenunciable del contratista, por lo que es menester verificar, por el conducto de los funcionarios competentes, si el contratista

cumplió con las medidas pertinentes que nunca dejaron de estar presentes en el ordenamiento jurídico del país.

Teniendo como propósito sustentar la anterior respuesta, me permito realizar las consideraciones jurídicas pertinentes al caso descrito por la Institución a su cargo:

I. Identificación de las figuras jurídicas en posible colisión dentro del caso planteado.

La consulta que la Nota DS-0638-2020 plantea, aparenta una gama de situaciones jurídicas que precisa cierta identificación de temas para puntualizar el abordaje de las preguntas realizadas.

La primera pregunta corresponde claramente a la obligación o no de pago al Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral. Este es el fondo de la cuestión.

Igualmente nos solicita que si la respuesta a lo anterior fuera positiva. De ser así, fuese necesario acceder a responder las interrogantes acerca del método de legitimar el mismo de forma posterior al perfeccionamiento del contrato, por la vía de una adenda. Como veremos con posterioridad, esta es una temática que incluso la autoridad competente al respecto, la Dirección General de Contrataciones Públicas, declinó opinar en su momento.

La condición sobre la cual se busca inquirir en la obligación de tal pago está directamente relacionada con el hecho de que los pasos clave de la respectiva contratación fueron generados de manera posterior a la declaración de inconstitucionalidad de la creación de aquel fondo y de sus tarifas, a través del Fallo de 12 de noviembre de 2014, emitido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia¹ y anterior a la promulgación de la Ley N° 67 de 30 de octubre de 2015, que restituye la obligación del promotor del proyecto de aportar al mencionado fondo.

La segunda pregunta, depende casi por entero de la respuesta de la anterior, sin embargo, añade un elemento diferente, al separar de alguna forma, **el pago al Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo** de **“el pago correspondiente para el Oficial de Seguridad del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral”**, pago que además, está contemplado en otras figuras jurídicas que no han sufrido alteraciones antes, durante y después de la contratación.

¹ El mencionado Fallo, en su momento concluyente, se expresó así: *“El principio de legalidad tributario es definido por José Luis Pérez Ayala y Eusebio González, en obra citada, página 28, como aquel que “exige que sólo pueden ser impuestos por el Estado sacrificios patrimoniales a sus súbditos mediante ley, esto es, mediante aquella fórmula jurídica, que por ser expresión de una voluntad soberana manifestada en la forma solemne establecida, tiene la virtud de obligar, al tiempo que permite, en su caso, la apertura de los mecanismos revisores previstos ante la Jurisdicción.”*

En ese contexto, advertimos que la tasa establecida en concepto del servicio estatal de inspección de toda actividad de la construcción, fue establecida a través del Decreto Ejecutivo N° 15 de 2007, más no a través de Ley, tal como se dispone constitucionalmente, por lo que se ha vulnerado el principio de legalidad tributaria. Sobre este aspecto debemos indicar, que el Órgano Ejecutivo no puede de ninguna manera crear una tasa en concepto de supervisión y verificación de las medidas de seguridad, higiene y salud ocupacional en toda actividad de la construcción, al margen del mandato constitucional que precisa que todo tributo debe ser creado a través de Ley y no mediante ninguna otra norma de jerarquía inferior, aún cuando dicha creación hubiere sido sustentada en interés de velar por el respeto de los derechos que les asisten a los trabajadores de disfrutar de las condiciones óptimas de salud, higiene y seguridad ocupacional, consagrado constitucionalmente en el artículo 110, numeral 6°.

Existen temas que gravitan con importante incidencia alrededor de lo preguntado, como la figura específica de la contratación pública, evidente en el texto de la consulta y también de la información que le acompaña², así como el tema de fondo que constituye la seguridad e higiene en el trabajo que comprende un derecho de los trabajadores según la Constitución Política de la República.

Dicho lo anterior, la obligación del contratista de efectuar un pago al Estado, a través del fondo creado en su momento por Ministerio de Vivienda y ordenamiento Territorial (MIVIOT), con respecto a la vigencia de la norma será el hilo conductor de la respuesta, aunque toquemos materias también pertinentes que rodean la realidad descrita.

II. Fundamentación Constitucional de las figuras jurídicas en posible colisión.

El Título III de la Constitución Política de la República, titulado “*De los Derechos y Deberes Individuales y Sociales*”, abarca varios de los principios que polarizan la situación jurídica trazada por la comunicación del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento territorial. Estos principios suelen tener un desarrollo normativo indivisible de éstos.

Partimos del reconocimiento de la naturaleza compleja de los derechos sociales, como el derecho a la salud y al trabajo, estando ante “...*un derecho con contenido regulativo denso donde no sólo hay situaciones jurídicas subjetivas que proteger, sino también deberes de tutela, obligaciones de fomento y puede que también contenidos de procedimiento y organización*”³.

A. Derecho a la Vida, Honra y Bienes.

La seguridad de los trabajadores, tema de profundidad, del cual deriva toda acción administrativa, incluso las concernientes a pagos tributarios, es a su vez manifestación del deber supremo de las instituciones del Estado de proteger vida, honra y bienes de los habitantes del Estado panameño. Me resulta oportuno citar este deber como centro gravitatorio de los planteamientos a realizar presente en el artículo 17 de la Constitución Política:

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

² Se evidencia de la información suministrada que esta materia fue consultada a la Dirección General de Contrataciones Públicas, mediante la nota N° DS-0363-2020 de fecha de 5 de marzo de 2020, que explica la situación que motiva esta consulta, respondiendo aquella institución, lo siguiente: “...*la competencia de esta Dirección se circunscribe estrictamente al límite y alcance del cuerpo normativo que compone el Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006, ordenado por la Ley 61 de 2017 y sus respectivas reglamentaciones. En virtud de ello, escapa de nuestra competencia el emitir criterios interpretativos sobre la aplicación y alcance del Decreto Ejecutivo No. 15 de abril de 2007 o la Ley No. 67 de 2015*”.

³ CASCAJO CASTRO, José Luis. *Derechos Sociales, dentro de La Protección de los Derechos en Latinoamérica desde una Perspectiva Comparada*”. Ratio Legis. Librería Jurídica. Salamanca, 2013. Página 26.

Esta disposición constitucional es precursora de varios derechos y obligaciones, éstas últimas se materializan a través de la institucionalidad pública, la cual de acuerdo a sus respectivas especialidades, debe hacer valer su contenido.

B. Principio de Estricta Legalidad.

La legalidad ha sido definida en la doctrina comparada como un requisito constitucional del acto administrativo: *“Toda actividad del Estado, ya sea función administrativa, jurisdiccional o legislativa, debe ajustarse a la ley. Así, los actos de los órganos del poder ejecutivo han de ser producidos conforme a disposiciones previamente emitidas por el legislador”*⁴.

Este principio condiciona la actuación de los servidores públicos, circunscribiendo ésta sólo a lo establecido expresamente en las disposiciones jurídicas. Éste se consagra dentro de la Constitución Política en su artículo 18 y de la siguiente manera:

“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas”.

La legalidad también se manifiesta infra constitucionalmente de varias maneras, como por ejemplo como parte de los principios guía de las actuaciones de los servidores públicos, descritas en el artículo 34 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000:

“Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán 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. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición” (Los resaltados son de la Procuraduría).

De la misma forma, ya dentro del ámbito disciplinario de la Administración Pública, la legalidad corresponde a una obligación que debe guiar el actuar de cada componente de sus instituciones, como dice el artículo 15 del Decreto Ejecutivo N° 246 de 15 de diciembre de 2004, *“Por el cual se dicta el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos que laboran en las entidades del Gobierno Central”*, a continuación:

“LEGALIDAD. El servidor público debe sujetar su actuación a la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que regulan su actividad, y en caso de duda procurará el asesoramiento correspondiente. También debe observar en todo momento un comportamiento tal que, examinada su conducta, ésta no pueda ser objeto de reproche”.

Las consecuencias legales de la inobservancia a este “Código de Ética” son tan importantes que señalan *“En caso de violaciones al presente Código Uniforme de Ética los responsables de cada entidad, de oficio o a requerimiento de parte interesada, deben instruir el procedimiento administrativo correspondiente, de conformidad con las disposiciones contenidas en el Título*

⁴ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo. Primer Curso. Editorial Harla, México, D. F. 1991. Página 233.

VII de la Ley No. 9 de 20 de junio de 1994; sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales derivadas de la infracción”.

En el caso que nos concierne, la aplicación de este principio constitucional tendría el desafío de que la norma jurídica contenida en los artículos 12 y 13, al momento de contraerse la obligación, no existían, por lo tanto, aplicar al particular el pago al fondo que en aquellos momentos pivotaes de orígenes de la relación contractual, como la elaboración y presentación de los pliegos de cargos, así como la misma contratación, no parece seguir los parámetros básicos de este principio.

El Título Preliminar del Código Civil, norma que es afín a los principios regentes de la Contratación Pública, en su Capítulo III, denominado *“Interpretación y aplicación de la Ley”*, dice en su artículo 30 que *“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración...”*. Siendo definida la “vigencia” como *“Término aplicable a las leyes, ordenanzas, estilos y costumbres que están en vigor y observancia en una época o en un momento dado”*⁵.

Es precisamente la observancia de la Ley vigente, lo que busca la aplicación de este principio constitucional.

C. Derecho a la Salud de los Trabajadores.

El Capítulo 6° de la Constitución Política, denominado *“Salud, Seguridad Social y Asistencia Social”*, contempla, derivados del Derecho a la Vida, un principio general y otro específico con respecto. Siendo el primero, el artículo 109 de la Carta Magna, que dictamina lo siguiente:

“Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.

El principio específico, pertinente a lo ya planteado, es el numeral 6 del artículo 110 de la Carta Magna, también perteneciente al precitado Capítulo, que se transcribe así:

“En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

...

6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral”.

Tomando en cuenta tanto la sujeción a las normas de Derecho Internacional consagrada en el artículo 4 de la Constitución Política, como la consideración de mínimos los derechos establecidos en la Carta Magna, la Ley N° 6 de 4 de enero de 2008, *“Por la cual se aprueba el Convenio Sobre La Seguridad y la Salud en la Construcción, 1988 (Núm. 167), adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 20 de junio de 1988”*, establece asideros específicos en la relación del Estado con los promotores de proyectos,

⁵ CASADO, Laura. Diccionario de Derecho. Segunda Edición. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2011. Reimpresión de 2017. Página 347.

sentando las bases de la responsabilidad de ambos en mantener la seguridad y salud en el trabajo.

Algunas disposiciones pertinentes de este mandato, orientador de cualquier otro de derecho interno, al respecto, se manifiesta de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 6 Deberán tomarse medidas para asegurar la cooperación entre empleadores y trabajadores, de conformidad con las modalidades que defina la legislación nacional, a fin de fomentar la seguridad y la salud en las obras.

ARTÍCULO 7 La legislación nacional deberá prever que los empleadores y los trabajadores por cuenta propia estarán obligados a cumplir en el lugar de trabajo las medidas prescritas en materia de seguridad y salud.

...
ARTÍCULO 9 Las personas responsables de la concepción y planificación de un proyecto de construcción deberán tomar en consideración la seguridad y la salud de los trabajadores de la construcción de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”.

Dicho lo anterior, es mandato establecido en los más altos estrados normativos para un Estado, su constitución y marco normativo convencional, que se establezcan las medidas para garantizar la salud, seguridad e higiene de los trabajadores. Lo que va a cambiar a nivel interno serían los métodos para lograr esto, que como veremos más adelante, van más allá del ya mencionado Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional, pues existen de forma concomitante, otras medidas que aseguran de igual forma, la obligación internacional mencionada.

D. Irretroactividad de la Ley.

La materia de la aplicación de las leyes en el tiempo es de necesaria exploración en esta consulta, la Constitución Política, en su artículo 46, contempla este aspecto fundamental del Derecho:

“ARTICULO 46. Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese. En materia criminal la Ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aún cuando hubiese sentencia ejecutoriada”.

La doctrina comparada, atiende la materia, identificándose mediante su lectura, la posición adoptada por el constituyente panameño, así:

“Para resolver el conflicto de leyes en el tiempo existen estos criterios: 1) la irretroactividad de la ley mediante su aplicación inmediata a todos los hechos y consecuencias que se produzcan dentro de su vigencia, esto es, la ley no tiene efectos retroactivos ni puede supervivir después que es derogada; 2) la aplicación retroactiva de la ley a los hechos y consecuencias que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley antigua; 3) la aplicación ultractiva de la ley antigua de la ley antigua que supervive a la nueva”⁶.

⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho. Segunda Edición. IDEMSA y Editorial Temis. Bogotá, 2001. Página 460.

Del contraste entre la norma constitucional y la mención doctrinal, se desprende que el constituyente panameño, ha escogido como regla general, la primera opción, es decir, las leyes no tienen efecto retroactivo. Excepcionalmente, se da la irretroactividad si la ley invoca expresamente ser de “orden público o de interés social”. La Ley N° 67 de 30 de octubre de 2015, que forma parte del marco de la consulta, es decir, la Ley que estableció la obligación tributaria hacia el contratista, no invoca expresamente tal propósito, por lo que la misma, como lo hacen las normas jurídicas en sentido general, a futuro.

En la Nota DS-0638-2020, se da por establecido que el Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007 había perdido vigencia ante la declaratoria de inconstitucionalidad de parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Por tanto las dudas sobre lo planteado no parecen corresponder a una posible ultra actividad de la ley.

Por otro lado, habría sido posible que las ritualidades formales de la contratación iniciaran bajo la vigencia de las disposiciones del Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007 y que su suspensión o declaratoria de inconstitucionalidad se diera durante tal trámite, situación que ha sido tratada dentro de controversias de guarda de la Constitución en ocasiones similares⁷. Sin embargo, de la nota recibida, tampoco se desprende que aquellas hubiesen iniciado bajo la vigencia del Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007, muy por el contrario, el Fallo producto de la demanda de inconstitucionalidad que declaró como tales los artículos 12 y 13 que respectivamente crean y tarifican el Fondo ya descrito, ya se encontraba en firme incluso de manera anterior a la publicación del pliego de cargos correspondiente.

La aplicación de la regla general de irretroactividad, dificulta a su vez, la aplicación de una tarifa declarada como inconstitucional a través del Proceso de Acción de Inconstitucionalidad, aunque ésta haya sido restituida con posterioridad a la contratación, esto es por la propia naturaleza de la declaratoria de inconstitucionalidad, como lo ha expresado MOLINO MOLA, en los términos siguientes:

“La Sala agregó en la sentencia de 8 de junio de 1992, que de esas diferencias se desprende que al ser derogada una ley puede ser aplicada en razón de su ultraactividad según lo previsto en los artículos 30, 31 y 32 del Código Civil, pero no ocurre así con una ley que ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de

⁷ Corte Suprema de Justicia, Panamá. **Sala:** Primera de lo Civil. **Ponente:** Rogelio A. Fábrega Zarak. **Fecha del Fallo:** 19 de febrero de 2004. “No obstante, no cabe la misma afirmación acerca de la hermenéutica que la demandada imprimiera al contexto del artículo 32 del Código Civil, cuando deduciendo de este la retroactividad y ultra actividad de la Ley, y, definiéndolas como “casos especiales en virtud de los cuales una norma se aplica a hechos anteriores a su vigencia (retroactividad) o cuando, a pesar de haber perdido su vigencia, sigue regulando situaciones posteriores (ultra actividad)”, pretende que se aplique al presente proceso sumario lo que preceptuaba el artículo 1148, numeral 2, del Código Judicial, para antes de la entrada en vigencia de la Ley 23 de 2001 que lo reformó.

Ese artículo 32 del Código Civil, como bien lo reprodujo la disconforme demandada, establece:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

Como se aprecia, en su parte inicial, esta regla de interpretación instituye como patrón general que las leyes procesales son aplicables desde la fecha en que comienzan a tener vigencia efectiva. Sin embargo, en su parte final y a modo de excepción a esta regla general, señala que para el caso de términos, diligencias o actuaciones ya iniciadas seguirán rigiendo las normas que imperaban cuando los mismos se originaron” (Resaltados y subrayados son de esta Procuraduría).

Justicia, pues la norma inconstitucional “es nula y no puede ser aplicada por el juez aunque estuviese vigente al momento en que se produjo el hecho cuyos efectos ahora se determinan”⁸.

Igualmente, refiriéndose a los efectos de una sentencia como la que enfrentaron los artículos 12 y 13 que crearon por la vía del decreto ejecutivo, un fondo y unas tarifas, CEDEÑO ALVARADO, se ha referido al tema, así:

“La sentencia tendrá efectos generales, habida cuenta que en estos tipos de procesos no hay propiamente partes. Este efecto, dice González Montenegro “es producto del carácter derogatorio del que está revestido el fallo de la Corte, al declarar inconstitucional el acto impugnado. Producida esta declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema, el acto sobre el cual recae éste es derogado y desaparece del mundo jurídico, de ahí entonces sus efectos generales”. En tanto si lo que se demanda es un acto que afecta un interés particular, lógicamente la misma tendrá un efecto particular evidente”⁹ (Los resaltados y el subrayado son de la Procuraduría).

En la consulta que por este medio resolvemos, se daría el mencionado efecto derogatorio de la sentencia de inconstitucionalidad para con los artículos 12 y 13 del decreto ejecutivo bajo análisis. Éstos al momento de la contratación, no existen en la vida jurídica, y por tanto, no podrían ser aplicados como parte de las obligaciones de la misma.

Volviendo al examen jurisprudencial, necesario para concretar lo afirmado, la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado así:

“...El pronunciamiento de inconstitucionalidad emitido por el Pleno de la Corte, tiene la virtud de producir importantes repercusiones para el negocio que la Sala Tercera examina en esta oportunidad, habida cuenta que la norma que sirvió de fundamento a la Administración Regional de Ingresos, para emitir el alcance adicional censurado, fue declarada inconstitucional.

La Corte Suprema de Justicia en Pleno, y a través de la Sala Tercera, se ha referido en número plural de ocasiones a los efectos que plantea la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal o reglamentaria, reiterando que dicho pronunciamiento elimina la norma en cuestión, del ordenamiento jurídico. Se dice, que la norma inconstitucional es nula y no puede ser aplicada por el Juez, aunque estuviese vigente al momento en que se produjo el hecho cuyos efectos se determinan, porque contrario a lo que ocurre en los casos de derogatoria de leyes, la norma declarada inconstitucional carece de ultraactividad, por ser nula con efectos generales (Ver sentencias de 8 de junio de 1992, 7 de junio de 1995 y de 19 de diciembre de 2000, entre otras)”¹⁰ (Los resaltados son de la Procuraduría).

⁸ MOLINO MOLA, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá. En un Estudio de Derecho Comparado. Segunda Edición. Copicentro, S. A. Panamá, 2000. Página 350.

⁹ CEDEÑO ALVARADO, Ernesto. Los Recursos Legales Formales en el Proceso Administrativo (Enfocados en el marco de la contratación estatal panameña). Universal Books. Panamá, 2005. Página 153.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Magistrado Ponente Adán Arnulfo Arjona. Fallo de 20 de marzo de 2000.

Por otro lado, como ya se ha observado, la posterior promulgación de la Ley N° 67 de 2015, al no expresar ser de “orden público e interés social”, no contempla los efectos retroactivos que rescatarían la obligación específica de aquellos artículos que vuelven a la vida jurídica de este modo.

II. Normativa Infra constitucional que desarrolla las figuras jurídicas en posible colisión.

Las disposiciones descritas en la consulta rodean las obligaciones emanadas del Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007, “*Por el cual se adoptan medidas de urgencia en la Industria de la Construcción con el objeto de reducir la incidencia de accidentes de trabajo*”, que como se narra en la nota comentada, fue derogado en su totalidad por la Ley N° 67 de 30 de octubre de 2015. Sin embargo, los siguientes artículos, que transcribiremos, el 1, el 10 y el 11, mantuvieron vigencia en el lapso de la ejecución de las ritualidades de la contratación y son parte hoy en día del ordenamiento jurídico panameño, en concordancia con la Constitución Política y los instrumentos internacionales pertinentes:

“Artículo 1º. **En toda obra o actividad de construcción**, o sea, las que tienen por objeto la edificación en cualquiera de sus ramas, que incluye su reparación, alteración y ampliación; transformaciones estructurales, la demolición, movimiento de tierra, excavación y la ejecución de obras de ingeniería civil, mecánica y eléctrica, **habrá obligatoriamente uno o varios Oficiales de Seguridad Ocupacional o Encargado de Seguridad Ocupacional, de acuerdo con el monto de la obra o actividad. Para estos efectos se tomará en cuenta el tipo de obra y el mayor o menor riesgo laboral de la misma, lo que será determinado por la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral.**

...

Artículo 10º. **En toda obra o actividad de la construcción, incluyendo aquellas consistentes en barriadas, urbanizaciones o múltiples unidades de vivienda unifamiliares o duplex, con una inversión menor de un millón de balboas (B/.1,000,000.00) se designará por el Promotor, Contratista Principal o subcontratistas un Encargado de Seguridad para realizar las funciones establecidas en los artículos 2 y 3 del presente Decreto, quien ejercerá las mismas en coordinación con el Promotor, Contratista Principal, subcontratistas y el representante sindical o de los trabajadores, si éstos no estuvieren organizados.**

ARTICULO 11º. **En aquellas obras cuya inversión supere la suma de un millón de balboas (B/.1,000,000.00) se designarán uno o varios Oficiales de Seguridad, según requiera la obra, ya por el tipo de la misma y por el mayor o menor riesgo que implique su ejecución, de acuerdo a la evaluación que haga la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral”** (Los subrayados son de la Procuraduría).

Como observamos, las disposiciones vigentes al momento de la contratación (diferentes a los artículos 12 y 13 del mismo decreto), que mantuvieron tal vigencia, incluso tras la derogación del Decreto ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007, a través de su inclusión dentro de la Ley N° 67 de 30 de octubre de 2015, versan sobre deberes de los promotores de construcciones, donde no importa la naturaleza de la edificación u obra a realizar, son tendientes a garantizar la seguridad laboral durante la ejecución de la misma.

Sin embargo, las disposiciones realmente controvertidas, fueron los que perdieron su existencia en la vida jurídica como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad y que por tanto, requieren de mención y análisis, siendo éstas sólo los artículos 12 y 13 del Decreto Ejecutivo No. 15 de 3 de julio de 2007, a continuación:

*“Artículo 12°. A objeto de garantizar la independencia y objetividad del Oficial de Seguridad, imprescindible para el desempeño de sus funciones de acuerdo con el espíritu del presente Decreto, se crea un FONDO DE SEGURIDAD OCUPACIONAL, HIGIENE Y SALUD EN EL TRABAJO EN LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION el cual se considerará un aporte que hará el Promotor de la Obra o el Contratista Principal de la Obra, antes del inicio de ésta, en concepto del costo establecido en el presupuesto de la obra para cubrir los costos de los servicios prestados del Oficial(es) de Seguridad, el cual no podrá ser menor a la siguiente tarifa: a) Obra mayor de un millón y un centésimo de balboas (B/.1.000.000.01) o de más de cinco (5) pisos,diez mil balboas (B/.10.000.00);
b) Obra mayor de cinco millones y un centésimo de balboas (B/.5.000.000.01),.....treinta mil balboas (B/.30.000.00);
c) Obra mayor de diez millones y un centésimo de balboas (B/.10.000.000.01).....cuarenta mil balboas (B/.40.000.00)
d) Obra mayor de veinte millones y un centésimo de balboas (B/.20.000.000.01),..... cincuenta mil balboas (B/.50.000.00);
e) Obra mayor de cuarenta millones y un centésimo de balboas (B/.40.000.000.01), sesenta mil balboas (B/.60.000.00);
f) Obra mayor de cien millones y un centésimo de balboas (B/.100.000.000.01), cien mil balboas (B/.100.000.00).*

El pago de la tarifa antes señalada se hará a nombre del MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO LABORAL (FONDO DE SEGURIDAD OCUPACIONAL, SALUD e HIGIENE EN EL TRABAJO) ante el respectivo municipio, al hacerse el pago por el Permiso de Construcción correspondiente.

Artículo 13. Aquellas obras cuyas conclusiones estén calculadas para fechas posteriores a la vigencia del presente Decreto pagarán al FONDO de acuerdo a la siguiente tabla, derivada de la posibilidad de riesgo por el transcurso del tiempo:

- a) Conclusión entre 31 de octubre de 2007 a 31 de diciembre de 2007, tres mil balboas (B/.3,000.00);*
- b) Conclusión entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre del 2008, quince mil balboas (B/15,000.00);*
- c) Conclusión entre el 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre del 2009, veinticinco mil balboas (B/.25,000.00);*
- d) Conclusión entre el 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre del 2010, cuarenta y cinco mil balboas (B/.45,000.00);*
- e) Conclusión del 1 de enero del 2010 en adelante, cincuenta mil balboas (B/.50,000.00).*

Estas sumas deberán pagarse, en los casos del literal a), a más tardar, treinta (30) días posteriores a la vigencia del presente Decreto y en los demás casos, a más tardar, al 31 de diciembre de 2007” (Los resaltados son de la Procuraduría).

Por su parte, la Ley N° 67 de 30 de octubre de 2015, “*Que adopta medidas en la Industria de la Construcción para reducir la incidencia de accidentes de trabajo*”, que vino a llenar el vacío dejado por la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos *Ut supra*, a manos del Pleno de la Corte Suprema de Justicia¹¹, señala en su artículo 17 que “*Esta Ley comenzará a regir a partir de su promulgación*”, la cual se da el lunes 02 de noviembre de 2015, cuando ésta se publica en Gaceta Oficial Digital No. 27902-A.

Como describe su nota y ya se ha establecido a lo largo del presente estudio, estos artículos no existían en la vida jurídica, producto de la declaratoria mencionada, durante el procedimiento de contratación también descrito en página 2 de su nota “*El Ministerio de Vivienda y Ordenamiento territorial elevó en el portal de PanamaCompras el día 21 de abril de 2015, la convocatoria para un acto público, debidamente celebrado el día 24 de junio de 2015, el cual fue posteriormente adjudicado, refrendado y con orden de proceder entregada, el día 13 de octubre de 2015*”.

Como se desprende del artículo 12 del Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007, el objetivo del **FONDO DE SEGURIDAD OCUPACIONAL, HIGIENE Y SALUD EN EL TRABAJO EN LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION** es meramente “*garantizar la independencia y objetividad del Oficial de Seguridad*”, lo cual no es lo mismo que la subsunción de todas las obligaciones del promotor de la obra para con la seguridad de los trabajadores en un solo instrumento legal.

Por ejemplo, además de la gran mayoría de las disposiciones no afectadas por el mencionado fallo, pertenecientes al mismo Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007, todas obligantes al contratista, se encuentran las del Decreto Ejecutivo N° 2 de 15 de febrero de 2008, “*Por el cual se reglamenta la Seguridad, Salud e Higiene en la Industria de la Construcción*”, cuyo primer artículo dice lo siguiente:

“Artículo 1. Objeto y Campo de Aplicación. Este reglamento tiene por objeto regular y promover la seguridad, salud e higiene en el trabajo de la construcción, a través de la aplicación y desarrollo de medidas y actividades necesarias, para la prevención de los factores de riesgos en las obras de construcción, tanto públicas como privadas. El mismo será de obligatorio cumplimiento en el territorio nacional, en concordancia con lo dispuesto en la legislación vigente en esta materia” (Los resaltados son de la Procuraduría).

Igualmente, el artículo 12 del mismo Decreto Ejecutivo N° 2 de 15 de febrero de 2008, vigente durante la ejecución de la contratación y del contrato mismo, objeto de la consulta, enumera una serie de obligaciones del promotor del proyecto, sin mayor distinción sobre si está contratado por el Estado o no, respectivamente, el empleador, que suele coincidir con el promotor o dueño del proyecto, también tiene obligaciones emanadas de las obligaciones constitucionales ya vistas:

“Artículo 12- Obligaciones del Promotor El promotor o dueño del proyecto, público o privado, como responsable solidario está obligado a:

- a. Elaborar en la fase de planificación del proyecto el estudio de seguridad, salud e higiene en el trabajo y el plan de seguridad, salud e higiene correspondiente.*

¹¹ El 12 de noviembre de 2014.

- b. *Incluir en el presupuesto de ejecución de la obra, los costos derivados de la elaboración y aplicación del plan de seguridad, salud e higiene.*
- c. *Exigir al contratista general y a los contratistas directos del promotor que incluyan en su propuesta de construcción de la obra, los costos derivados de la implementación del plan de seguridad, salud e higiene.*
- d. *Exigir al contratista general y a los contratistas directos del promotor, así como a cualquier otra persona que intervenga en la ejecución de la obra, la aplicación del plan de seguridad, salud e higiene.*
- e. *Velar por el cumplimiento del plan de seguridad, salud e higiene acordado con el contratista general y los contratistas directos del promotor o cualquier otra persona que intervenga en la ejecución de la obra, de acuerdo con las disposiciones indicadas en este reglamento”.*

...

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS EMPLEADORES

Artículo 18. Obligaciones de los empleadores. Es obligatorio para los empleadores, públicos y privados:

- a. *Aplicar las medidas señaladas en este reglamento para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores en el área de trabajo.*
- b. *Cumplir y hacer cumplir las normas técnicas de prevención y de protección de los riesgos laborales establecidos por la autoridad competente, así como de las normas estipuladas en el presente reglamento.*
- c. *Cumplir y hacer cumplir el plan de seguridad, salud e higiene en la obra proporcionado por el promotor, a través del sistema de gestión en salud y seguridad ocupacional.*
- d. *Aplicar las medidas preventivas de seguridad, salud e higiene en el trabajo, sin posibilidad de reemplazarlas por ningún tipo de compensación o incentivo.*
- e. *Suministrar el equipo de protección necesario a aquellos trabajadores encargados de implementar las medidas de seguridad no existentes en el momento.*
- f. *Informar, capacitar y proteger a los trabajadores en la introducción de nuevas tecnologías y métodos de construcción, así como cambios posteriores que se den en éstos durante el desarrollo de la obra, y sobre el manejo de productos, materiales, maquinarias y equipos que representen riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.*
- g. *Ofrecer al inicio de la relación de trabajo, capacitación teórica y práctica en materia preventiva y de protección, cualquiera sea su modalidad, y/o durante la ejecución de la obra, cuando se produzcan cambios en las funciones del trabajador o se implemente el uso de nuevas tecnologías”.*

Como es de su conocimiento y por si quedara duda de las férreas medidas que obligan a los dueños de proyecto, promotores y empleadores, dentro de la información que acompaña su consulta, se hace mención en la Nota N.0251-DM-2020, fechada 28 de abril de 2020, emitida por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y firmada por la Señora Ministra Doris Zapata Acevedo, al artículo 9 de la Ley N° 68 de 26 de octubre de 2010, “*Que modifica el Código de Trabajo y dicta otras disposiciones*”, que transcribe una obligación sin las aristas tributarias que provocaron la controversia legal con las disposiciones ya desarrolladas, así:

“En las obras de construcción deberá permanecer un oficial de seguridad del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, cuyo salario deberá ser pagado mensualmente por el promotor, constructor o contratista, que será asignado por el Ministerio de acuerdo con la magnitud y el valor de la obra.

El incumplimiento de esta disposición será sancionado con la suspensión inmediata de la obra y con la multa de mil balboas (B/. 1,000.00) a veinte mil balboas (B/.20,000.00), progresivamente, de acuerdo con la reincidencia de la falta, tomando en cuenta el valor de la obra de construcción.

Esta materia será regulada por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, de acuerdo con la recomendación de la Comisión Tripartita integrada por la Cámara Panameña de la Construcción (CAPAC), el sindicato Único Nacional de Trabajadores de la Industria de la Construcción y Similares (SUNTRACS) y el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (MITRADEL)” (Los resaltados son de la Procuraduría).

Teniendo en cuenta el panorama planteado, no podemos dejar de lado, el instrumento jurídico contentivo de la relación entre el contratista y el Estado, el cual es la contratación en sí. Si bien no nos fueron suministradas las especificaciones del contrato de obra correspondiente, la doctrina les ubica de acuerdo a sus componentes de derecho privado, pero inmersos en las finalidades públicas que tiene la administración dentro de su régimen sustantivo, puesto que no obstante su denominación, que oscila entre “contratos públicos” o “contratos administrativos”, tienen como característica de ser aquellos donde “las exigencias del interés público no se detienen en el procedimiento previo a su celebración, sino que la tutela de este interés público alcanza la entera ejecución del contrato”¹².

Por otro lado, el Texto Único N° S/N (De jueves 01 de marzo de 2018) de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley N° 61 de 2017, que enmarca la contratación en sí, añade elementos de utilidad contextual sobre dónde residen ciertas obligaciones puntuales relacionadas a los temas tratados, pero referentes a la autoridad competente, en los siguientes artículos:

“Artículo 87. Facultad de contratación. La celebración de los contratos corresponde al ministro o representante legal de la entidad contratante correspondiente o a quien se delegue esta facultad, por parte del Estado, de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes.

...

Artículo 100. Inicio de la ejecución de la obra. ...Antes de expedir la orden de proceder, la entidad contratante verificará la regularidad de todas las situaciones existentes, desde el punto de vista legal, presupuestario, técnico y físico del sitio en el cual se realizarán las obras contratadas, que permitan la ejecución ininterrumpida de la obra” (Los subrayados son de la Procuraduría).

¹² GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Decimotercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2017. Página 785.

En el caso puntual que tratamos, para la correcta aplicación de las medidas de protección laboral, donde el Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, es meramente una de las muchas herramientas aplicables por parte de la autoridad competente para asegurar el cumplimiento de los deberes para con los trabajadores.

Los artículos anteriores, así como los respectivos cuerpos normativos a los que éstos pertenecen, todos orientan a que, el mandato Constitucional y convencional de proteger la salud de los trabajadores, se desarrolla en el Derecho panameño, de varias maneras, una de ellas es el Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, pero no es la única, así que la no obligación del pago del fondo por los motivos jurídicos ya tratados, no obsta para el cumplimiento de los deberes del contratista de garantizar la salud, higiene y seguridad de los trabajadores por otros mecanismos que incluyen el costo de los funcionarios encargados de supervisar esto, sin embargo, la supervisión del cumplimiento de lo anterior, es potestad exclusiva del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, como señala el artículo 9 de la Ley N° 68 de 26 de octubre de 2010, *“Que modifica el Código de Trabajo y dicta otras disposiciones”*, sin perjuicio de los deberes de la entidad contratante, como a su vez, señala el artículo 100 de la Ley N°, puesto que la celebración del contrato, según esta ley, se realiza *“de acuerdo con las condiciones y los requisitos exigidos en el pliego de cargos y las disposiciones legales pertinentes”*.

III. Conclusiones.

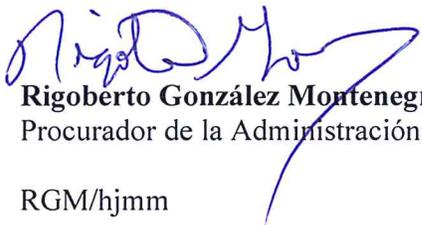
De las reflexiones anteriores, podemos concluir en que, sin negar la importancia de la figura del Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral como instrumento relevante para garantizar el cumplimiento de los deberes de los dueños de las empresas contratistas con los trabajadores, existen para el caso que nos ocupa, diversas herramientas técnicas de seguridad laboral que podrían ser utilizadas con el mismo propósito, sin embargo, la armónica aplicación de todas ellas depende de la oportuna supervisión, fiscalización y control de la entidad competente, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en coordinación con la entidad contratante, es decir, del Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial (MIVIOT).

Independientemente de la motivación institucional de la que se trate, no resulta viable que, con el objeto de realizar el cobro de una tarifa, se invoque una obligación presente en una norma que al momento de nacer la obligación jurídica, ha cesado de existir, máxime si para lograr lo mismo, existen otros métodos de control administrativo que, todo lo que requieren es de una serie de actividades administrativas como las descritas en la al artículo 9 de la Ley N° 68 de 26 de octubre de 2010, *“Que modifica el Código de Trabajo y dicta otras disposiciones”* o el primer artículo y concordantes del Decreto Ejecutivo N° 15 de 3 de julio de 2007, ambos obligantes a las medidas de supervisión y control de la autoridad competente y de la autoridad contratista.

Por las razones arriba explicadas, esta Procuraduría es del criterio de que la carga de aportar económicamente, como pago al Estado al Fondo de Seguridad, Salud e Higiene en el Trabajo para el Oficial de Seguridad Ocupacional del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, no es exigible bajo la contratación mencionada al no existir la norma jurídica que le sustentó al momento de contraerse la obligación contractual con el Estado.

Sin embargo, el cumplimiento de las normas jurídicas que garantizan la salud de los trabajadores, entre ellas *el pago relativo a materia de Seguridad Ocupacional, Higiene y Salud, y por ende y consecuentemente, el pago correspondiente para el Oficial de Seguridad del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral*, que se debió dar a través de mecanismos diferentes al mencionado fondo, constituye una obligación irrenunciable del contratista, por lo que es menester verificar, por el conducto de los funcionarios competentes, si el contratista cumplió con las medidas pertinentes que nunca dejaron de estar presentes en el ordenamiento jurídico del país.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/hjmm

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**