

13 de mayo de 2003

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad. (Acumulación).**

Concepto.

Demandas interpuestas por la firma **Galindo, Arias y López**, en su propio nombre y representación, y por el Licdo. Olmedo Sanjur, en representación de **Clínicas y Hospitales, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°185 de 5 de septiembre de 2001, dictada por el Director General de Salud Pública.

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

Con nuestro habitual respeto concurrimos ante ese Honorable Tribunal, a fin de emitir concepto sobre las Demandas Contencioso Administrativas de Nulidad que se enuncian en el margen superior del presente escrito.

En estos procesos actuamos en interés de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3, del artículo 5 del Libro I de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración.

I. La pretensión de la parte actora.

La firma GALINDO, ARIAS Y LÓPEZ, en su propio nombre y representación, y el Licdo. Olmedo Sanjur, en representación de CLÍNICAS Y HOSPITALES, S.A., han solicitado a la Honorable Sala Tercera que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°185 de 5 de septiembre de 2001, dictada por el Director General de Salud Pública, mediante la cual se resuelve: "...prohibir el cobro de cualquier recargo a los anesthesiólogos en las clínicas y hospitales privados, por razón del ejercicio de su profesión, ya que lesiona y vulnera el ejercicio libre de la profesión, así

como la voluntad de todo paciente a escoger su médico de preferencia".

II. Las normas que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción a las mismas, son los que a seguidas se copian:

La firma GALINDO, ARIAS Y LOPEZ, considera conculcadas las siguientes normas:

a. El artículo 112 del Código Sanitario:

"Artículo 112. El Consejo Técnico no tiene carácter ejecutivo y sus resoluciones se comunicarán por escrito al Director General de Salud Pública, quien deberá aplicarlas en los términos recomendados en los casos de sanciones y otros que estén estipulados en los reglamentos y en el código y, cuando se tratare de recomendaciones de otra índole, las aplicará o dejará de aplicarlas, total o parcialmente, según su mejor criterio y las conveniencias del servicio y la salud pública.

El Consejo tendrá facultad para aplicar multas de diez balboas (B/. 10.00) a quinientos balboas (B/. 500.00), a los infractores de sus reglamentos; pero no podrá modificar o derogar ningún reglamento, resolución u orden que emane del Director del Departamento Nacional de Salud Pública, ni invadir las atribuciones de este, en cuyo caso, el Director del Departamento podrá recurrir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo".

Los demandantes alegan como concepto de la infracción lo siguiente:

"Esta norma es clara al establecer que la función ejecutiva del Director General de Salud Pública es la de aplicar los términos recomendados por dicho Consejo Técnico de sanciones u otras que estén claramente establecidas en el reglamento y en el Código. Para efectos de cumplir con este artículo, el Director General de Salud Pública deberá cerciorarse que las recomendaciones presentadas a él por el Consejo Técnico de Salud cumplen con las disposiciones del Código y la Ley.

Dentro de las funciones del Consejo, estipuladas por el Artículo 111 del Código Sanitario no existe ninguna disposición legal que faculte ni al Consejo Técnico de Salud, y por consiguiente, ni al Director General de Salud Pública de prohibir el cobro que hace una institución privada a un médico, en este caso a un anesthesiólogo, por el uso de

instrumentos y equipos de propiedad de un hospital privado.

...

La Resolución N°11 del 9 de agosto de 2001, citada en la Resolución N°185 del 5 de septiembre de 2001, no establece sanción alguna que deba imponer el Director General de Salud Pública.

Habida cuenta de lo anterior, el Director General de Salud Pública simplemente le ha dado un alcance al artículo 112 del Código Sanitario que se aparta de su texto y de su espíritu, y por lo tanto, ha violado el mismo por desviación de poder, lo cual vicia de ilegalidad la resolución impugnada".

b. El artículo 111 del Código Sanitario:

"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 contra 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 sanitario 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 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, quiropráctico, osteópata, optometrista, veterinario y profesiones 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".

Al explicarse el concepto de infracción se expresó:

"El Director General de Salud Pública al establecer mediante la Resolución N°185 del 5 de septiembre de 2001 "que cualquier disposición reglamentaria interna de las clínicas y hospitales privados deben ser necesariamente sometidas al Consejo Técnico de Salud para su aprobación" se ha excedido en las facultades a él conferidas por la Ley, al establecer obligaciones a las clínicas y hospitales privados que efectivamente no están contempladas en las atribuciones asignadas al Consejo Técnico de Salud por el Artículo 11 del Código Sanitario".

c. También se consideran violados los artículos 7 y 8 de la Ley N°33 del 8 de noviembre de 1984, en concepto de infracción literal por omisión.

Por su parte, el Licdo. Olmedo Sanjur estima se han violado las siguientes normas:

a. El artículo 46, inciso segundo, de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000:

"Artículo 46.

...

Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquéllos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior".

Se indica que esta norma no fue aplicada y, por tanto, desconocida al emitirse el artículo segundo de la Resolución

acusada, que autorizó la aplicación de sus disposiciones a partir de su firma, lo que evidentemente ocurrió antes de su promulgación en la Gaceta Oficial. Se resalta que la Resolución es de 5 de septiembre de 2001, mientras que la publicación de ésta se da en la Gaceta Oficial N°24,388 de 14 de septiembre del año en curso; esto es, nueve días después de haber entrado en vigencia.

b. El artículo 34 de la Ley N°38 de 2000:

"Artículo 34. 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.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada".

Se alega que la norma transcrita no fue cumplida, debido a que la Resolución impugnada violó el debido proceso legal, puesto que fue emitida por una autoridad pública que carecía de competencia para ello, y porque no se le dio traslado a la sociedad demandante de la queja, denuncia o petición formulada por los médicos anesthesiólogos que dio origen a la Resolución impugnada. Además, se señala que violó el principio de legalidad.

c. El artículo 201, numeral 1, de la Ley N°38 de 2000:

"Artículo 201.

...

Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución...".

A juicio de la parte actora, esta norma fue violada directamente por omisión dado que no fue aplicada al caso que nos ocupa, puesto que a pesar de la prohibición contenida en ella, para que los servidores públicos no emitan actos fuera de su esfera de competencia, el Director General de Salud Pública emitió la resolución acusada sin atribución para ello.

d. El artículo 84 del Código Sanitario:

Artículo 84. Son atribuciones del Departamento Nacional de Salud Pública:

- 1) Estudiar, adoptar y ejecutar las medidas necesarias para cumplir y hacer cumplir las disposiciones de este código;
- 2) Elaborar los proyectos de leyes y de reglamentos complementarios;
- 3) Tomar medidas necesarias para hacer desaparecer toda causa de enfermedad comunicable o mortalidad especial;
- 4) Controlar los servicios locales de salud pública;
- 5) Elaborar y recomendar la adopción de una Farmacopea Nacional y ordenar su revisión cada diez años;
- 6) Proponer convenios con instituciones nacionales o extranjeras para realizar trabajos de salud pública y manejar los fondos que se aporten en la forma que apruebe la Contraloría General de la República;
- 7) Informarse por los medios que estime convenientes de cualquier problema relacionado con la salud, para lo cual el personal autorizado de la administración pública tendrá la obligación de suministrar los datos que solicite y en el plazo que señale el Director del Departamento;
- 8) Recomendar la creación de nuevos servicios;
- 9) Proponer el presupuesto de gastos;
- 10) Conocer de cualquier problema de salud pública que no competa específicamente a otras autoridades, y aquellos que la ley confiere a la autoridad sanitaria, sanidad, servicio de higiene, etc., en forma indeterminada.

Artículo 85. Son atribuciones y deberes del Departamento Nacional de Salud Pública, en el orden sanitario nacional:

- 1) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de este Código;
- 2) Controlar todos los aspectos del ejercicio de la medicina preventiva y del saneamiento;
- 3) Dictar normas sobre los siguientes problemas;
 - a. Edificación y mantenimiento higiénico de las viviendas, escuelas, sitios de reunión, locales de trabajo, hospitales, y en general de todo establecimiento de uso público o

privado, cualquiera que sea su naturaleza o destino;

b. Agua potable y canalizaciones, en lo referente a instalaciones y operación de servicios. No podrá iniciarse ninguna obra de esta naturaleza sin que los planos sean aprobados por la autoridad sanitaria;

c. Edificación y formación de nuevas poblaciones o barrios o zonas nuevas en las ya existentes;

d. Mantenimiento de lugares de acceso público, recreo o diversión, campamentos de vacaciones, campamentos mineros o agrícolas, etc.;

e. Instalación, operación y mantenimiento de cementerios.

El Director General de Salud Pública proveerá los medios de fiscalización necesarios para que se cumplan estas normas y en caso de infracción aplicará las medidas adecuadas, incluyendo clausura, paralización o demolición, etc., si las edificaciones, obras o sitios constituyeran amenaza para la salud colectiva;

4) Reglamentar las instalaciones y funcionamiento de farmacias, droguerías laboratorios químico-farmacéuticos, así como también controlar la preparación, distribución y expendio de productos farmacéuticos, terapéuticos, biológicos, drogas, cosméticos y otros similares, sean de elaboración privada u oficial;

5) Determinar los requisitos que deben llenar los alimentos y los sitios en que se fabriquen, distribuyan o expendan;

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

7) Reglamentar las instalaciones, métodos y condiciones de trabajo, en fábricas y factorías, cuando éstas predispongan a enfermedades que disminuyan el rendimiento o incapaciten a empleados y obreros;

8) Ordenar y reglamentar la práctica de las vacunaciones y el empleo de productos biológicos usados para la prevención o curación de las enfermedades del hombre, o de los animales cuando sean transmisibles al hombre, e imponer su uso colectivo en casos indicados, y en todo momento, cuando se trate de la vacunación y revacunación antivariólica;

9) Ordenar el aislamiento, cuarentena, observación y vigilancia de toda persona, aunque estuviere en aparente buen estado de salud, cuando la ausencia de la medida constituya daño real o potencial para la salud de la colectividad. Tales medidas sólo podrán practicarse por el mínimo de días necesarios para cada caso y se evitará adoptarlas cuando no sean de reconocida eficacia;

10) Adoptar las medidas de emergencia que sean imprescindibles e impostergables en caso de epidemia u otras calamidades públicas. En estos casos la autoridad sanitaria, o su

representante local, asumirá de hecho la dirección de los trabajos conducentes a la protección de los asociados y deberá rendir al Ejecutivo dentro de los cinco días siguientes, informe detallado de las actividades desarrolladas. El ministerio del ramo determinará el régimen que deberá adoptarse posteriormente. La autoridad sanitaria podrá contratar el personal transitorio que se necesite para hacer frente a la situación;

11) Desarrollar las actividades sanitarias municipales en los distritos que por escasez de presupuesto no pueden mantener los servicios que exige este código;

12) Resolver toda situación no prevista en el código, cuando tenga relación directa con la salud pública.

Se considero que estas normas habían sido violadas en forma directa, por omisión, porque ellas señalan las atribuciones de lo que antes era el Departamento Nacional de Salud Pública, ahora Dirección Nacional de Salud Pública, y entre las cuales no figura ninguna que autorice o faculte a esa Dirección a regular, aprobar ni prohibir a las clínicas y hospitales privados las condiciones económicas bajo las cuales éstas prestan sus servicios, que incluyen el cobro por el uso de sus instalaciones, equipos e insumos.

e. El artículo 111 del Código Sanitario, ya transcrito.

Según los demandantes, un examen de la norma legal reproducida permite comprobar que ninguna de las funciones señaladas al Consejo Técnico de Salud le faculta para aprobar o intervenir en la aprobación de los reglamentos internos de las empresas o sociedades particulares que son dueñas de hospitales o clínicas privadas y, menos aún, para aprobar normas o estipulaciones que regulan sus relaciones económicas con terceros.

f. El artículo 112 del Código Sanitario.

Se dice que la norma legal comentada no le atribuye facultad al Consejo para reglamentar o aprobar reglamentos internos de los hospitales y clínicas privadas y, tampoco, para regular relaciones económicas, comerciales o civiles, entre las empresas

dueñas de tales hospitales o clínicas con terceros; por tanto, se ha invocado y aplicado en forma indebida la citada norma legal.

g. El artículo 199 del Código Sanitario:

"Artículo 199. El Consejo Técnico resolverá todo asunto relacionado con el ejercicio, derecho, moral y secreto profesionales, honorarios, etc. Establecerá y aplicará las sanciones de amonestación, apercibimiento, multa y suspensión del ejercicio profesional. No podrá resolver en asuntos criminales que se relacionen con cualquiera actividad médica o para-médica, en cuyos casos, después de establecer la base técnica para una acusación, elevará los antecedentes a la justicia criminal o a quien corresponda. Tampoco puede el Consejo otorgar títulos o grados profesionales. La ejecución de las determinaciones del Consejo se atenderá a lo dispuesto en el artículo 112".

Como concepto de infracción se expuso que la norma legal invocada había sido violada por indebida aplicación, porque ella regula las atribuciones del Consejo Técnico de Salud respecto de los profesionales de la Medicina y no la conducta de las empresas privadas propietarias de hospitales o de clínicas privadas. Se agrega, que en la Resolución acusada, la Dirección General de Salud Pública regula aspectos de la remuneración que debe recibir un hospital privado o una clínica privada por el uso de sus instalaciones, equipos e insumos, lo cual está claramente fuera de su ámbito de competencia.

h. El artículo 1106 del Código Civil:

"Artículo 1106. Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a la Ley, a la moral ni al orden público".

Sobre la violación de esta disposición, los demandantes son del concepto que no existiendo normas legales que regulen este aspecto, los particulares que son propietarios de clínicas y hospitales privados pueden establecer libremente las condiciones bajo las cuales prestan sus servicios y, por lo tanto, pueden pactar con sus usuarios las condiciones, incluyendo las económicas que se aplicarán cuando éstos soliciten sus servicios, así como con las asociaciones de médicos u otras personas

jurídicas conformadas por profesionales de la medicina, para que estas organizaciones provean a tales hospitales o clínicas de los servicios médicos que aquéllos requieran, de acuerdo a condiciones, incluyendo las económicas, que han sido negociadas por las partes y aceptadas por éstas.

III. Opinión en interés de la Ley, de la Procuraduría de la Administración.

Constituye el acto impugnado la Resolución N°185 de 5 de septiembre de 2001, dictada por el Director General de Salud Pública, mediante la cual resuelve: "...prohibir el cobro de cualquier recargo a los anesthesiólogos en las clínicas y hospitales privados, por razón del ejercicio de su profesión, ya que lesiona y vulnera el ejercicio libre de la profesión, así como la voluntad de todo paciente a escoger su médico de preferencia".

La firma Galindo, Arias y López considera que el acto impugnado infringe los artículos 7 y 8 de la Ley N°33 del 8 de noviembre de 1984, en concepto de infracción literal por omisión.

En cuanto a este concepto de infracción, es necesario aclarar que los artículos 7 y 8 de la Ley N°33 de 1984, fueron expresamente derogados por el artículo 206 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000; es decir, al momento de la expedición del acto tachado de ilegal, las normas supuestamente infringidas no se encontraban vigentes y, por tanto, no pudieron ser violadas por la Resolución N°185 de 5 de septiembre de 2001.

Por su parte, el Licdo. Olmedo Sanjur considera que se violó el artículo 46 de la Ley N°38 de 2000, toda vez la Resolución N°185 de 5 de septiembre de 2001, fue publicada en la Gaceta Oficial N°24,388 de 14 de septiembre de 2001, nueve días después de haber entrado en vigencia.

La Procuraduría considera que no se viola el artículo 46 de la Ley N°38 de 2000, que establece que las normas de efecto general sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta

Oficial, pues el hecho que la Resolución N°185 de 2001 haya sido publicada en Gaceta Oficial nueve días después de su expedición, no es un defecto que haya afectado la validez del acto, sino solamente su eficacia y sólo hasta el momento de su promulgación. Una vez publicada en Gaceta Oficial la norma adquiere plena vigencia y su contenido es obligatorio para todos sus destinatarios. Sobre los efectos de la falta de publicación en Gaceta Oficial de los actos generales, la Honorable Sala Tercera, en Fallo de 3 de mayo de 2002, ha dicho:

"En efecto, el contenido de la Resolución No. 171-94 de 28 de diciembre de 1994 es de interés general, y por lo tanto tiene que ser publicado en la Gaceta Oficial, a tenor de la norma transcrita; ya que al modificar el trámite instituido en la Resolución No. 213-93 de 29 de octubre de 1993 aplicable a las solicitudes de cambio de código de zona, regula un asunto al que está expuesto o que en un momento determinado es susceptible de afectar a cualquier miembro o grupo de la colectividad.

Sobre este punto, es pertinente citar dos resoluciones, que en 1994, fueron emitidas por esta Superioridad en las cuales el punto central giraba en torno al requisito de publicación de los actos administrativos impugnados, como condición indispensable para la eficacia de los mismos.

1. Auto de 26 de octubre de 1994: "Luego de examinar preliminarmente el acto administrativo impugnado, la Sala observa que la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto impugnado no procede. Esto es así porque el artículo 57 del Reglamento Interno del Consejo Municipal del Distrito de Panamá (Acuerdo No. 8 de 27 de marzo de 1979), que se cita como violado carece de eficacia porque no ha sido promulgado tal como lo ordena el artículo 191 del mismo, ya que no hay constancia de su publicación en la Gaceta Oficial. Si la norma que se cita como infringida no puede aplicarse porque carece de uno de los requisitos para que entre a regir. Su falta de aplicación no anula los actos impugnados."

2. Sentencia de 15 de noviembre de 1994: "La Sala comparte el criterio del señor Procurador de la Administración porque si bien la Resolución No. 53-90 de 1990 debió ser publicada en la Gaceta Oficial, antes de su aplicación en el caso en estudio, la omisión de dicha publicación que fue hecha posteriormente en la Gaceta Oficial No. 22.630 de 26 de septiembre de 1994, no vicia

el acto de nulidad, sino que afecta su eficacia, toda vez que la publicación marca el punto de partida para que el acto surta sus efectos y sea obligatorio u oponible a los administrados. (PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1987, p.863).

En ese sentido cabe afirmar que la falta de promulgación de un acto administrativo no determina su nulidad; la "jurisprudencia y la doctrina se orientan a considerar que los vicios extrínsecos no son causales de nulidad, sino que los Actos Administrativos carecen de fuerza vinculante mientras no se cumplan las formalidades externas", por tanto, la falta de promulgación de una norma sujeta al requisito de publicación no determina su nulidad, porque las causas que provocan la nulidad de los actos son las intrínsecas." (PENAGOS, Obra citada, pág 857).

Por otra parte, la doctrina representada por el autor colombiano Carlos Sánchez Torres, en relación con el requisito de publicidad de los actos administrativos ha comentado lo siguiente: "La publicidad se ha establecido como una garantía jurídica que busca la protección de los administrados, dando certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de su expedición. La postura tradicional de los autores considera que la publicidad es un requisito que hace referencia a la eficacia del acto respectivo. En este orden de ideas, el acto puede ser válido si reúne los elementos, pero ineficaz si no se le ha dado publicidad.

La publicidad es un requisito que exterioriza la voluntad de la administración; se convierte entonces en un requisito de forma, de eficacia del acto, que permite que éste surta plenos efectos frente a los asociados." (SÁNCHEZ TORRES, CARLOS. El Acto Administrativo, teoría general, pág 119-120, segunda edición, Legis Editores, Colombia, 1998). (Lo resaltado es del Tribunal).

De conformidad con los postulados del derecho patrio y la jurisprudencia (Auto de 26 de octubre de 1994 y Sentencia de 15 de noviembre de 1994), nutridos ambos por la posición doctrinal anotada, la Sala concluye que no es sino hasta el día 26 de agosto de 1999, cuando la Resolución No. 213-93 de 29 de octubre de 1993 desaparecería del mundo jurídico; y, por tanto, es a partir de esta fecha, cuando el trámite en ella establecido podía dejar de ser aplicado a las solicitudes de cambio de código de zona que fuesen presentadas de esa fecha en adelante".

Por otro lado, tanto la firma Galindo, Arias y López, como el Licdo. Sanjur, consideran el acto impugnado fue expedido por el Director General de Salud Pública sin contar con competencia para regular las materias objeto de la Resolución N°185 de 2001, y estiman se han violado los artículos 84, 85, 111, 112 y 199 del Código Sanitario.

Nuevamente disiente este Despacho de la posición de los demandantes, pues a nuestro juicio, existen claras normas legales que atribuyen al Director General de Salud Pública, facultades para regular las actividades de las clínicas y hospitales de capital privado y el ejercicio de la medicina.

En ese sentido, el artículo 84, numeral 4, del Código Sanitario establece como una atribución del Departamento de Salud Pública, ahora Dirección General de Salud Pública, **controlar los servicios de locales de salud pública;** asimismo, el artículo 85, numeral 6, del Código Sanitario indica es una atribución de la Dirección de Salud Pública **reglamentar y controlar el ejercicio de la medicina y profesiones afines,** de acuerdo con el Consejo Técnico de Salud Pública, y el numeral 12, señala es función de la Dirección **resolver toda situación no prevista en el código, cuando tenga relación directa con la salud pública.**

Como puede observarse, la Resolución N°185 de 2001 dictada por el Director General de Salud Pública, tiene su antecedente inmediato en la Resolución N°11 de 9 de agosto de 2001 del Consejo Técnico de Salud, quién en virtud de denuncias presentadas por varios médicos anesthesiólogos en contra de la Clínica San Fernando, S.A., ordena: "...el cese del cobro de cualquier recargo a los Anesthesiólogos en las clínicas y hospitales privados, ya que lesiona y vulnera el ejercicio libre de la profesión, así como la voluntad de todo paciente a escoger su médico de preferencia".

La facultad del Consejo Técnico para conocer de las denuncias presentadas en contra de Clínica San Fernando, S.A., y

ordenar el cese del cobro de recargos a los anestesiólogos en clínicas y hospitales privados, se encuentra prevista en el artículo 199 del Código Sanitario, en cuanto dispone que dicho organismo resolverá todo asunto relacionado con el ejercicio, derecho, moral y secreto profesional, honorarios de los profesionales de la medicina. El Consejo Técnico no tiene carácter ejecutivo y su resolución, en virtud de lo previsto en el artículo 199 del Código Sanitario, se comunicó al Director General de Salud Pública, quién, obligado a aplicarla, dicta el acto impugnado.

Ahora bien, una de los principales argumentos para solicitar la declaratoria de nulidad de la Resolución N°185, consiste en sostener que el pago del 50% de la tarifa acordada entre los médicos anestesiólogos pertenecientes al grupo del hospital o la clínica privada, por los médicos anestesiólogos que no pertenecen al grupo de dichos hospitales o clínicas, no es un recargo, sino el pago, una tasa, por el uso de sus instalaciones, equipos, materiales e insumos.

A foja 100 del expediente se observa la copia del Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre CLINICA SAN FERNANDO, S.A., y ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., de agosto de 1992, mediante la cual se declaraba que ésta última sociedad se dedicaba a la prestación de servicios de anestesia y que contaban con los servicios nueve (9) médicos especialistas, personas naturales. La cláusula segunda del contrato indica que la sociedad ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., se obligaba a prestarle a CLINICA (se entiende que es a los pacientes de la CLINICA), a través de la totalidad de los profesionales descritos en la cláusula primera, los servicios de anestesiología que la Clínica necesitara; en la cláusula quinta se pactó que ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., facturarían a los pacientes de la CLINICA por sus servicios profesionales y la Clínica cobraría dichas facturas de acuerdo con los procedimientos establecidos en LA CLINICA y

que toda entrada en concepto de tarifas tendría la siguiente distribución: 70% para ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., y 30% para la Clínica; por lo acordado en la cláusula sexta la Clínica se comprometía a suministrar y mantener el equipo de anestesia en condiciones óptimas y de suministrar material y drogas necesarias para que los médicos de ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., ejercieran su función a cabalidad.

Mediante la cláusula cuarta se acordó que mientras el contrato se encontrara vigente, la Clínica no contrataría los servicios de ningún otro anesthesiólogo o equipo para llevar a cabo los servicios antes mencionados. Quedaba entendido sin embargo, que los pacientes de la Clínica tendrían libertad de seleccionar a su anesthesiólogo, que de ser cualquier profesional no miembro de ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., **dicho paciente tendría que pagar y cancelar a la Clínica el 50% de la tarifa de anestesia de ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., establecida en el Anexo N°1 del contrato.**

En términos muy similares se redactó el Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre CLINICA SAN FERNANDO, S.A., y GASNET, S.A., a foja 107, con la diferencia que se señalaba que el cobro a los pacientes del 50% de la tarifa de anestesia de ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., establecida en el Anexo N°1 del contrato, cuando no utilizaran los servicios de un médico de ANESTESIOLOGOS ASOCIADOS, S.A., se hacía "...para cubrir los gastos de mantenimiento del equipo de anestesia y supervisar el personal del cuarto de operaciones".

Las reglas cambian de forma evidente en el último contrato celebrado entre CLINICA SAN FERNANDO, S.A., y GASNET, S.A., de 1 de marzo de 2001, a foja 115, cuando en las cláusulas cuarta y quinta se convino lo siguiente:

"CLAUSULA CUARTA: Declara LA CLÍNICA que mientras este contrato esté vigente, solo aceptará que los servicios de anestesia que lleven a cabo en sus instalaciones se lleven a cabo en iguales condiciones a las que se estipulen en este Contrato.

Las enfermedades generales, las enfermedades anestésicas, auxiliares o técnicas anestesiólogas serán solamente colaboradoras del anestesiólogo y en ningún momento podrán suministrar anestesia bajo su propia responsabilidad o bajo la responsabilidad del cirujano.

Queda entendido sin embargo, que los pacientes de LA CLÍNICA tendrán libertad de seleccionar al anestesiólogo de su preferencia, siempre y cuando éstos llenen los mismos requisitos que se han establecido para LOS PROFESIONALES en este Contrato.

CLAUSULA QUINTA: LOS PROFESIONALES, le facturarán a los pacientes de LA CLÍNICA, por sus servicios profesionales solamente a las tarifas que previamente las partes hayan acordado y cobrarán dichas facturas de acuerdo con los procedimientos establecidos por LA CLÍNICA y por las Compañías de Seguros. En caso que le toque a LA CLÍNICA cobrar por estos honorarios, seguirá con este procedimiento y le cancelará al PROFESIONAL una vez haya recibido el pago respectivo.

Las partes acuerdan que LOS PROFESIONALES deberán cancelar antes de cada operación, una tasa por uso de las instalaciones de LA CLÍNICA del 40% de honorarios. Cada 30 días tendrán las partes que prepararse mutuamente un informe sobre las anestésicas realizadas y prepararse la liquidación correspondiente. El pago de esta liquidación se deberá hacer a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de la liquidación.

Las cortesías podrán ser adjudicadas por LA CLÍNICA o LOS PROFESIONALES por mutuo acuerdo solamente. Las mismas no incluirán la comisión de manejo de LA CLÍNICA ni el costo del material de anestesia. Si se notara una tendencia a la sobre utilización de este privilegio la Administración y el Representante de LOS PROFESIONALES tomarán las medidas correctivas que estimen convenientes".

Es cierto que las clínicas y hospitales privados tienen derecho a cobrar por el uso de sus instalaciones, equipos, materiales e insumos; no obstante, el precio que se cobra por este servicio, que le permite al nosocomio como ente comercial no sólo resarcirse de los costos sino también obtener un margen de ganancia razonable, ya se prevé cuando al paciente-cliente se le cargan con los llamados "Gastos Hospitalarios", que precisamente, en la práctica de los hospitales y clínicas privadas, no incluye

los honorarios de los médicos, que no son empleados del hospital, sino el uso de las instalaciones, facilidades, equipos, materiales e insumos.

Si el cobro del 50% de la tarifa acordada entre los médicos anesthesiólogos pertenecientes al grupo del hospital o la clínica privada a los médicos anesthesiólogos que no pertenecen al grupo de dicho hospital o clínica, es por uso de las instalaciones, facilidades, equipos, materiales e insumos, porqué no se incluye dentro de la facturación que se presenta a los pacientes-clientes como "Gasto Hospitalario"? Hasta este momento, esta pregunta no ha tenido una respuesta satisfactoria.

A nuestro juicio, el cobro del 50% de la tarifa a los anesthesiólogos que no son de la red del hospital o clínica privada, tiene la finalidad que constituir una traba, obstáculo o impedimento a los profesionales de la medicina que no han celebrado contrato alguno con estos centros de salud y, por tanto, no tiene obligación de dividir sus honorarios con ellos.

La disposición adoptada por estas clínicas y hospitales privados limita ilegalmente el ejercicio de la profesión de anesthesiólogo y conculca el derecho de los pacientes a escoger libremente a los médicos de su confianza, situación que claramente traduce un problema de salud pública que justificaba la intervención de las autoridades competentes.

Por las anteriores consideraciones, recomendamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, declaren NO ES ILEGAL la Resolución N°185 de 5 de septiembre de 2001, dictada por el Director General de Salud Pública.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Linnette Landau
Procuradora de la Administración
Suplente**

AMdeF/17/bdec

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General.

MATERIA**ANESTESIOLOGOS****DIRECCIÓN GENERAL DE SALUD PUBLICA****MEDICOS****HONORARIOS PROFESIONALES****CONSEJO TÉCNICO DE SALUD****CLINICAS PRIVADAS****HOSPITALES PRIVADOS**