



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

042615N08

Texto completo

N° 42.615 Fecha: 9-IX-2008

La Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 333, de 2008, del Servicio de Salud Metropolitano Norte, que aprueba el convenio de compra de servicios de garantías explícitas en salud, celebrado por el Servicio de Salud Metropolitano Norte y la Fundación Cristo Vive, por cuanto no se ajusta a derecho.

Al respecto, cabe considerar que, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula primera del referido convenio, las partes han manifestado su voluntad de celebrar un contrato de compra de servicios de prestaciones de salud, en virtud del cual la referida Fundación se obliga a ejecutar en sus establecimientos dependientes, a favor de los beneficiarios de la ley N° 18.469 a que se refiere el Libro II del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y 18.469, las prestaciones asistenciales correspondientes a Garantías Explícitas en Salud, contenidas en documento anexo que forma parte integrante del respectivo convenio.

Sin embargo, del tenor de la descripción de las obligaciones que surgen en virtud de dicho contrato, es dable advertir que la Fundación Cristo Vive deberá ejecutar acciones que la ley ha encargado a los Servicios de Salud, de tal manera que, en rigor, la naturaleza jurídica del acuerdo en comento es la de una delegación de acciones propias, por parte del referido Servicio, en esa institución. En efecto, el artículo 16 del precitado decreto con fuerza de ley N° 1, ha creado los Servicios de Salud, encargándoles la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas.

Dichas acciones de salud, cuya prestación los Servicios de Salud se encuentran obligados a otorgar a sus beneficiarios legales, son aquellas que forman parte del "Régimen de Prestaciones de Salud", establecido en el artículo 134 del decreto con fuerza de ley N° 1, que se encuentra sujeto a las disposiciones del Libro II de ese texto legal, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud.

Por su parte, el inciso primero del artículo 141 del antedicho decreto con fuerza de ley N° 1 previene que "las prestaciones comprendidas en el Régimen General de Garantías en Salud se otorgarán por el Fondo Nacional de Salud, a través de los Establecimientos de Salud correspondientes a la Red Asistencial de cada Servicio de Salud y los Establecimientos de Salud de carácter experimental".

Enseguida, el inciso segundo del mismo precepto señala que "las prestaciones se concederán por esos organismos a través de sus establecimientos, con los recursos físicos y, humanos de que dispongan, sin perjuicio de los convenios que puedan celebrar al efecto los Servicios de Salud o el Fondo Nacional de Salud con otros organismos públicos o privados", contratos que los Directores de los Servicios de Salud están facultados para celebrar en las condiciones establecidas en el artículo 23, letra i), del decreto con fuerza de ley N° 1 en comento, con toda clase de personas naturales o jurídicas, a fin de que tomen a su cargo, por cuenta del Servicio, algunas acciones de salud que a éste correspondan por la vía de la delegación o de otras modalidades de gestión, previa calificación de la suficiencia técnica para realizar dichas

acciones.

En este orden de ideas, se debe tener presente que, dentro de las acciones que forman parte del anotado Régimen de Prestaciones de Salud que cada Servicio de Salud está obligado a otorgar a los respectivos beneficiarios legales, se encuentran las prestaciones a que se refiere la ley N° 19.966, que Establece un Régimen de Garantías en Salud, cuyo artículo 1° previene que "el Régimen General de Garantías en Salud, en adelante el Régimen General de Garantías, es un instrumento de regulación sanitaria que forma parte integrante del Régimen de Prestaciones de Salud a que se refiere el artículo 4° de la ley N° 18.469...". Cabe señalar que la referencia a este último precepto debe entenderse efectuada en la actualidad al artículo 134 del decreto con fuerza de ley N° 1, ya citado.

Luego, el artículo 2° de la referida ley N° 19.966 establece que "el Régimen General de Garantías contendrá, además, Garantías Explícitas en Salud relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente". Esta es la categoría de prestaciones cuyo otorgamiento constituye el objeto de los convenios en estudio, por lo que es dable afirmar que el Servicio de Salud Metropolitano Norte ha encomendado a cada uno de los respectivos municipios, la ejecución de acciones propias que le corresponden por ley.

En concordancia con la normativa expuesta, el artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, del Ministerio de Salud, previene que sus disposiciones se aplicarán a dichos convenios, mientras que su artículo 2°, inciso primero, preceptúa que "los convenios regidos por este decreto serán aquellos en cuya virtud un organismo, entidad o persona distinta del Servicio de Salud sustituye a éste en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos, sea por delegación, mandato u otra forma que les permita actuar y administrar por cuenta del Servicio para atender a cualquiera de los beneficiarios de éste, sin perjuicio de la atención que podrá prestarse a otras personas conforme al convenio y de acuerdo a las normas que rigen al Servicio".

En consecuencia, los Servicios de Salud, facultados por ley para encomendar el cumplimiento de acciones propias a otras entidades, privadas o públicas, deben dar cumplimiento a las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, toda vez que es dicho cuerpo legal el que autoriza a los Servicios a celebrar tales convenios y fija las normas a que ellos deben sujetarse (aplica dictámenes de esta Contraloría General N°s 25.152, de 1991, 51.081, de 2006 y 38.109, de 2007).

Así también, y de conformidad con la jurisprudencia de este Ente Fiscalizador, contenida, entre otros, en el referido dictamen N° 51.081, de 2006, y en el oficio N° 29.854, de 2008, cumple señalar que estos convenios deben sujetarse a las normas de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios, cuando sean suscritos con entidades privadas, pues, atendida su naturaleza, pertenecen a la clase de contratos administrativos onerosos que tienen por objeto la prestación de un servicio a favor de la Administración del Estado, sin que conste, en la especie, que se haya dado cumplimiento a las exigencias de dicho texto legal.

Por otra parte, procede también consignar que, en el convenio en examen, no se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el inciso segundo del artículo 3° del referido decreto con fuerza de ley N° 36, en cuanto a que en aquellos casos en que el acuerdo se celebre con personas jurídicas, como ocurre en la especie, "deberá consignarse la fuente de su personalidad, así como la personería de quien comparezca a su nombre con facultades para obligarla".

A continuación, corresponde agregar que no consta en dicho acuerdo la determinación de los establecimientos de salud en donde se otorgarán las prestaciones objeto del convenio, por lo que no existe la calificación previa respecto de la suficiencia técnica para realizar en ellos las acciones que se encomiendan, según lo exigen los artículos 23, letra i), del decreto con fuerza

de ley N° 1, y el artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 36.

Enseguida, es dable objetar la cláusula primera, párrafo segundo del acuerdo de voluntades que se aprueba por los instrumentos en estudio, toda vez que, para que la aludida Fundación pueda traspasar o encomendar a terceros las acciones que en virtud del convenio se obliga a proporcionar, no basta la autorización previa del Servicio de Salud, sino que además, se requiere idéntica autorización del Ministerio de Salud, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 8° del indicado decreto con fuerza de ley N° 36 y lo señalado por este Ente Fiscalizador en su dictamen N° 14.511, de 1992.

Luego, cabe manifestar que, según se viera, en la cláusula primera del convenio, se hacen formar parte integrante del mismo los anexos que allí se señalan, sin que se hayan transcrito en su texto, por lo que se advierte que no se ha dado cumplimiento a la exigencia del artículo 8° del decreto con fuerza de ley N° 36, que previene que "las acciones de salud que constituyan el objeto del convenio deberán especificarse y detallarse en su texto, de modo que no exista confusión respecto de los deberes y prohibiciones que en su virtud asuman los organismos, entidades o personas con quienes ellos se celebren", tal como lo ha manifestado, además, este órgano Fiscalizador en su dictamen N° 28.884, de 1991.

Finalmente, es menester observar que aun cuando la cláusula décima dispone que los anotados convenios entrarán en vigencia una vez que se encuentren totalmente tramitadas las resoluciones que los aprueban, la cláusula quinta contempla evaluaciones trimestrales que el Servicio realizará respecto de las actividades desarrolladas por los municipios durante los meses de enero a diciembre de 2008, es decir, llevadas a cabo con anterioridad a la referida época de entrada en vigencia. Sin embargo, se ha omitido señalar los motivos por los cuales las prestaciones habrían comenzado a otorgarse anticipadamente, en cuyo caso el pago estará condicionado a la total tramitación de la resolución que aprueba los referidos acuerdos, en conformidad a lo señalado en los dictámenes N°s 11.189 y 16.037, ambos de 2008, de esta Entidad Fiscalizadora.