



Contraloría General de la República

División de Coordinación e Información Jurídica

Dictamen

045922N08

Texto completo

N° 45.922 Fecha: 2-X-2008

Don Rodrigo Barrera y otros médicos cirujanos que se desempeñan como profesionales funcionarios del Hospital de La Serena, han solicitado a esta Contraloría General un pronunciamiento relativo a la procedencia de las instrucciones impartidas por el Director del Servicio de Salud de Coquimbo, referentes a la contratación de los servicios médicos que indican, de conformidad con las cuales, para dicho efecto, sólo se solicitarán cotizaciones privadas a los respectivos profesionales funcionarios o a las sociedades en que participen, cuando las respectivas licitaciones públicas sean declaradas desiertas o no se presenten oferentes ajenos al aludido servicio.

Requerido su informe, el Servicio de Salud de Coquimbo ha señalado, en síntesis, que las aludidas instrucciones tienen por objeto conciliar la necesidad de satisfacer la demanda asistencial de sus beneficiarios a que se encuentra jurídicamente obligado, y las exigencias derivadas del principio de probidad administrativa.

Sobre el particular, cumple indicar que la referida solicitud requiere emitir un pronunciamiento acerca de si, de celebrarse dichos convenios entre el indicado servicio de salud y los profesionales de que se trata, serían aplicables a éstos las inhabilidades para contratar con la Administración del Estado previstas en el artículo 4° de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y si, además, existe incompatibilidad entre las labores que los mismos ejercen en su calidad de funcionarios dependientes de dicha entidad y su contratación como prestadores de servicios médicos en virtud de los mencionados acuerdos de voluntades, ya sea como personas naturales o formando parte de personas jurídicas.

Precisado lo anterior, es necesario hacer presente que en la especie se trata de la celebración de contratos de prestación de servicios a los cuales el respectivo servicio de salud debe recurrir cuando sus capacidades de atención institucional se encuentran excedidas, acuerdos de voluntades que se encuentran sujetos, desde luego, a las disposiciones de la citada ley N° 19.886, cuyo artículo 4° establece, en lo que interesa, que "ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa", ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco que indica, "ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas".

En este contexto, corresponde señalar que las inhabilidades descritas precedentemente son aplicables a los contratos de que se trata en el caso de que los profesionales a que se refiere la presentación de la suma tengan alguna de las calidades funcionarias aludidas en dicho precepto, o se encuentren en las situaciones de parentesco previstas en la normativa analizada, circunstancias que atendidos los antecedentes tenidos a la vista, no concurren en relación con los profesionales funcionarios a que se refiere la consulta, de manera que no resulta procedente excluirlos de las licitaciones públicas a que convoque el servicio público del cual dependen, con los objetivos antes indicados.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe anotar que el artículo 13 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado -cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia-, consagra el principio de probidad administrativa, el cual debe ser respetado por todos los servidores del Estado en el ejercicio de sus funciones, en cuyo resguardo la referida normativa ha contemplado, entre otros mecanismos, un régimen de incompatibilidades, entre las cuales se encuentran las contenidas en su artículo 56.

En efecto, dicha disposición consagra, en su inciso primero el derecho de los funcionarios para ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio en la medida que sea conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley, debiendo, en todo caso, desarrollarse fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados.

En este sentido, prescribe enseguida el inciso segundo, que son incompatibles con la función pública tanto las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que tengan asignada, como el ejercicio de aquellas actividades particulares de las respectivas autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos concretos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público a que pertenezcan.

De este modo y en armonía con la jurisprudencia de esta Entidad de Control contenida entre otros, en los dictámenes N°s. 44.864, de 2000 y 22.349, de 2007, que han analizado las restricciones anotadas, es posible concluir que la libertad en el ejercicio profesional, industrial o comercial que garantiza el inciso primero del mencionado artículo 56, se encuentra limitada por el amplio principio de probidad administrativa, conforme al cual los funcionarios públicos tienen el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencias se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea solo potencial, lo que ocurre, según se ha precisado por la citada jurisprudencia, cuando esa actividad incide o se relaciona con el campo de las labores propias de la institución a la cual pertenece el empleado de que se trate o con los asuntos que a éste, en particular, le toca conocer, informar o resolver.

Como puede apreciarse, las señaladas incompatibilidades, tienen por objeto evitar un eventual conflicto de intereses entre la actividad particular que ejerza un servidor del Estado y la función pública que éste desempeña, haciendo prevalecer el interés general sobre el personal.

En este orden de ideas, y en lo que se refiere a la consulta, cabe señalar que los funcionarios dependientes del Servicio de Salud de Coquimbo tienen derecho a ejercer libremente su profesión u oficio, en la medida que no concurren las limitaciones y restricciones antedichas, y que, en el ejercicio de ese derecho, pueden atender a los pacientes del citado centro asistencial en el marco de los referidos convenios, siempre teniendo en vista y a la luz de la jurisprudencia administrativa recaída en la materia, la naturaleza y entidad de las prestaciones contratadas, a fin de evitar que tenga lugar efectivamente el conflicto de intereses que la referida norma pretende precaver.

Al respecto, es dable manifestar que de conformidad con los antecedentes examinados, y especialmente del informe del servicio de que se trata, aparece que la celebración de los convenios en examen obedece a la imperiosa necesidad de atender los requerimientos de salud de sus beneficiarios, razón por la cual, ante la escasez de profesionales médicos disponibles en su jurisdicción, y en el entendido que dichos servicios se prestarán fuera de la jornada de trabajo que los respectivos cargos públicos imponen, esta Contraloría General no advierte inconveniente legal para que dicha entidad pública proceda a proveerse de dichos servicios profesionales mediante la celebración de convenios con funcionarios de su propia dependencia, sea como personas naturales o formando parte de personas jurídicas del giro

respectivo.

Lo anterior; dado que no se aprecia la existencia de un conflicto de intereses entre el ejercicio de sus cargos y las prestaciones contratadas por la vía de los referidos convenios, que permita configurar los impedimentos comentados.

Ello, máxime si tal modalidad de contratación es la única que permite al mencionado servicio dar efectivo cumplimiento al imperativo constitucional consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución Política que garantiza el derecho de las personas a la protección de la salud, y asegura el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, estableciendo que es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las correspondientes acciones de salud, en concordancia con lo cual el artículo 132 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° 1 8.933 y N° 18.469-, dispone, en lo que interesa, que los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes la requieran, siendo responsables, de conformidad con lo previsto en su artículo 133, de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República.

En consecuencia, y atendidas las consideraciones expuestas, es necesario indicar que los profesionales funcionarios a que se refiere la consulta no se encuentran afectos a las inhabilidades previstas en el artículo 4° de la citada ley N° 19.886, de manera que pueden participar y ser adjudicatarios de los concursos públicos a que convoque el Servicio de Salud de Coquimbo para proveer las atenciones de esa índole que deba prestar a sus beneficiarios, y que excedan de sus recursos institucionales.

Asimismo, es necesario concluir que no concurre respecto del personal que se consulta la incompatibilidad prevista en el artículo 56 de la ley N° 18.575, en la medida que en el cumplimiento de las labores así contratadas se respeten las limitaciones que se han expresado precedentemente, las cuales quedan, en todo caso, afectas al estricto cumplimiento del principio de probidad administrativa.