

DIVISIÓN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al contestar refiérase
al oficio N° 12572

14 de noviembre, 2013
DCA-2879

Señora
Nery Agüero Montero
Jefe Comisión
Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Asunto: Se emite criterio sobre el proyecto de ley “*Modificación de varias leyes para frenar el proceso de privatización de los servicios públicos de salud que presta la Caja Costarricense de Seguro Social*”. Expediente No. 18.708.

Damos respuesta a su oficio No. CJ-317-2013 del 23 de octubre anterior, mediante el cual solicita el criterio de este órgano contralor en relación con el proyecto de ley denominado “*Modificación de varias leyes para frenar el proceso de privatización de los servicios públicos de salud que presta la Caja Costarricense de Seguro Social*”. Expediente No. 18.708.

I.- Motivo de la consulta:

Se indica en la exposición de motivos que la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), se ha enfrentado a graves amenazas de diversa índole, que han llevado al debilitamiento progresivo de su capacidad de atender las necesidades de la población.

Se menciona que existe una tendencia encaminada a convertir a la CCSS en una entidad intermediaria encargada de recaudar los recursos de las personas aseguradas para trasladarlos a proveedores privados interesados en lucrar con el derecho a la salud de los habitantes, por la vía de entregar directamente a empresas privadas la administración de los centros de salud ya sea a través de la utilización abusiva de las compras de servicios en detrimento de las actividades sustantivas de la Institución y los derechos de las personas usuarias.

Se señala que con la iniciativa se pretenden introducir una serie de reformas a varias leyes, con la finalidad de fortalecer y resguardar el carácter público y solidario de los servicios de salud que presta la CCSS. En particular, según se indica, se busca poner freno a los procesos de desmantelamiento, privatización y

mercantilización de estos servicios, a través de la adopción de medidas orientadas a prevenir que se repitan en el futuro las serias irregularidades y abusos cometidos a través de las compras de servicios y figuras similares.

Así, se plantea modificar la Ley de Contratación Administrativa (N.º 7494) y se propone reformar la Ley Constitutiva de la Caja (N.º 17).

II.- Criterio:

De previo a referirnos a los distintos temas que consideramos oportunos abordar, se considera importante indicar que mediante oficio No. 6549 (DCA-1836) del 18 de julio del año 2011, este órgano contralor emitió criterio respecto al proyecto de ley denominado “Modificación de varias leyes para regular las compras de servicios y frenar el proceso de privatización de los servicios públicos que presta la Caja Costarricense del Seguro social”, expediente No. 16.993, el cual pretendía efectuar modificaciones muy similares a las que en este momento se atienden, razón por la cual para externar el presente criterio se retoma lo indicado en el oficio en mención.

Como observación de primer orden es preciso indicar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Constitución Política, le corresponde a la Caja Costarricense del Seguro Social la administración y el gobierno de los seguros sociales de enfermedad y maternidad.

En relación con esta disposición constitucional, conviene señalar algunas ideas que han sido expuestas por la Procuraduría General de la República, con base a criterios desarrollados por la Sala Constitucional.

En ese sentido en la Opinión Jurídica No. 077-J del 15 de octubre del año 2010, la Procuraduría General de la República, en lo que resulta de interés para la consulta en estudio, expresamente indicó:

“El artículo 73 de la Constitución Política, establece los seguros sociales, encomendando su administración y gobierno a la CCSS, a la cual le otorga un grado de autonomía distinto y superior al que se define en términos generales a las demás instituciones autónomas (artículo 188 Ibídem). Sobre esta autonomía diferenciada que ostenta la CCSS, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “El constituyente atribuyó la administración y gobierno de los seguros sociales a la Caja Costarricense de Seguro Social, como institución autónoma creada por la misma Constitución Política, con las especiales características que ella misma le ha otorgado y compartiendo los principios generales derivados de su condición de ente descentralizado. Según se indicó anteriormente, la Caja Costarricense de Seguro Social encuentra su garantía de existencia en el artículo 73 constitucional, con las siguientes particularidades: a) el sistema que le da soporte es el de la solidaridad, creándose un sistema de contribución forzosa tripartita del Estado, los patronos y los trabajadores; b) la norma le concede, en forma exclusiva a la Caja Costarricense de Seguro Social, la administración y gobierno de los seguros sociales, grado de autonomía que es, desde luego, distinto y superior al que se define en forma general en el artículo 188 de la Constitución Política; c) los fondos y las reservas de los seguros sociales no pueden ser transferidos, ni empleados en finalidades distintas a su cometido.” (Resolución N° 2009-001010 de las 09 horas y 46 minutos del 27 de enero del 2009). Así las cosas, por mandato constitucional la CCSS cuenta con autonomía administrativa, la cual refiere a la posibilidad jurídica de realizar su cometido legal sin sujeción a otro ente (capacidad de autoadministrarse), y posee autonomía de gobierno, que refiere a la capacidad de dictarse a sí misma

*sus propios objetivos (capacidad de autogobernarse). Lo anterior, le permite a esa Institución definir los modelos de organización más convenientes para el cumplimiento de sus fines, es decir, la CCSS posee autonomía en la manera de organizarse administrativamente para alcanzar los objetivos que le han sido encomendados constitucionalmente. En ese mismo sentido, esta Procuraduría en el Dictamen N° C-355-2008 del 3 de octubre del 2008, también se refirió a la autonomía de la CCSS, en los siguientes términos: “Como es bien sabido, de conformidad con el numeral 73 constitucional, compete, de manera exclusiva y excluyente, a la CCSS el administrar y el gobierno de los seguros sociales. De esta norma, se deriva una autonomía de grado en cuanto a la administración y el gobierno de esos seguros, lo que le permite regular, por vía de reglamento, lo relativo a los seguros sociales (vid. voto de la Sala Constitucional n.º 378-01) El Órgano Asesor se refirió expresamente a la autonomía de que goza la CCSS, al contestar la audiencia que nos dio la Sala Constitucional en la acción de inconstitucionalidad n.º 5158-97, en los siguientes términos: “La Constitución Política originalmente estipulaba, en su artículo 188, que las instituciones autónomas gozaban de “independencia en materia de gobierno y administración”, es decir, de autonomía en los dos ámbitos. Como bien sostenía Mauro Murillo desde hace más de dos décadas [1], cuyas palabras son reproducidas en la sentencia constitucional que el accionante cita (n.º 6256-94), la **autonomía administrativa** supone la posibilidad jurídica de la respectiva organización de realizar su cometido legal sin sujeción a otro ente (capacidad de autoadministrarse); mientras que la **política o de gobierno** consiste en la aptitud de señalarse o fijarse el ente a sí mismo sus propios objetivos o directrices (capacidad de autogobernarse o autodirigirse políticamente). O, en términos de una reciente resolución de la propia Sala, “... la potestad de gobierno alude a la determinación de políticas, metas y medios generales, más o menos discrecionales, mientras que la de administración implica, fundamentalmente, la realización de aquellas políticas, metas y medios generales, utilizando y, por ende, estableciendo a su vez, - medios, direcciones o conductas más concretas y más o menos regladas ...” (voto n.º 6345-97 de las 8 :33 horas del 6 de octubre de 1997). (...) Ahora bien, vemos que la autonomía de la CCSS es distinta y superior a la que poseen otras instituciones autónomas. Además, está claro que a esta entidad se le asigna una competencia, en forma exclusiva y excluyente, por norma constitucional, sea la administración y el gobierno de los seguros sociales. (...) En efecto, una Ley de la Asamblea Legislativa que limitara la potestad reglamentaria de la CCSS, que se deriva del numeral 73 de la Carta Fundamental, sería abiertamente inconstitucional. Es claro que, este supuesto, constituye una excepción al principio de presunción de competencias que regenta el ejercicio de la potestad de legislar por parte del Parlamento. Al respecto, en el dictamen C-130-00 de 9 de junio del 2000, expresamos lo siguiente: “Como es bien sabido, hoy en día el principio de presunción de competencia es el que regenta o inspira el ejercicio de la potestad legislar y no el principio de la omnipotencia de la ley, el cual es solo seguido en Gran Bretaña, aunque con algunas matizaciones debido a la influencia del sistema jurídico comunitario europeo. Este principio señala, grosso modo, que el legislador, en uso de la potestad de legislar, puede regular cualquier materia, excepto aquellas que han sido asignadas por el Constituyente, en forma exclusiva, a otros entes u órganos, a una determinada fuente normativa o constituyen un contenido sustraído de la ley. Desde esta perspectiva, el asignar una determina competencia constitucional a un ente –como es el caso de la CCSS– y, además, garantizarle una autonomía administrativa y política para que cumpla su cometido, constituye una barrera infranqueable para el legislativo. En este supuesto, existe un compartimento inmune a la potestad de legislar, de donde resulta que lo referente a la administración y el gobierno de los seguros sociales solo puede ser definido por los máximos órganos del ente. En otras palabras, lo que entraña la administración y el gobierno de los seguros sociales es una competencia que solo puede ser ejercida por los máximos órganos de la CCSS, de donde resulta la incompetencia del*

legislativo para normar aquellas actividades o acciones que se subsumen en esos dos conceptos.”(Resaltado corresponde al original)

Con base en lo antes indicado, se estima conveniente se tome en consideración lo expuesto por la Procuraduría General y la propia Sala Constitucional, a efectos de determinar si las modificaciones que se prevén tramitar, invaden de alguna forma el ámbito de autonomía concedido constitucionalmente a la Caja Costarricense del Seguro Social.

Por otra parte, resulta de especial interés indicar que este Despacho no considera que la tercerización de servicios mediante la concesión de un determinado servicio público se homologue o constituya en sentido estricto en una privatización de un servicio.

Al respecto, la Sala Constitucional ha perfilado diferencias entre ambas figuras. Así, en el voto No. 1996-03451 de las 15 horas 33 minutos del 09 de julio de 1996, sobre el tema indicado, señaló:

“b.- la concesión.-por medio de la concesión de servicio público el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración voluntaria de los administrados en la prestación de los servicios públicos. Por el contrato de concesión de servicio público se encomienda a una persona -física o jurídica-, por un tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un determinado servicio público. El concesionario lleva a cabo su tarea, por su cuenta y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio o tarifas pagadas por los usuarios, en subvenciones o garantías satisfechas por el Estado, o ambas a la vez. El concesionario queda supeditado al control propio de todo contrato administrativo; es decir, está sujeto permanentemente a la fiscalización del Estado, puesto que en este tipo de contrato siempre media un interés público, el concesionario queda vinculado a la Administración Pública como cocontratante y también entra en relación con los usuarios en cuyo interés se otorgó la concesión. En este tipo de contrato el concesionario tiene un derecho subjetivo perfecto y declarado; es decir, deriva un derecho patrimonial en el sentido constitucional del término, porque al otorgar una concesión de servicio público, se formaliza un contrato administrativo en sentido estricto. Conviene aclarar que el derecho de explotación del servicio público que se concede a particulares, no es susceptible de ser enajenado, puesto que esa actividad sigue siendo pública, y por ende, sometido a su régimen jurídico esencial. El concesionario debe gozar de un plazo razonable para dedicarse a la actividad de que se trate, de manera que por definición los tiempos indefinidos o de corta duración se encuentran excluidos de la concesión y resultan más bien propios de los permisos, que son revocables en cualquier momento como se dijo. Por lo demás, adviértase que la concesión pertenece a la categoría de contratos administrativos que la doctrina denomina de "colaboración" y su duración es temporaria, pero ha de serlo por un lapso tal que razonablemente permita la amortización de los capitales invertidos y la obtención de una ganancia adecuada para el concesionario.” En esa misma línea puede verse el fallo No. 2003-14606 de las 12 horas 30 minutos del 12 de diciembre del 2003, en la que se precisó la diferencia entre la privatización de servicios y el régimen de concesión de servicios públicos, en los siguientes términos: “En otro orden de consideraciones, no debe confundirse la privatización de los servicios públicos, esto es, la transferencia definitiva de su titularidad y ejercicio a sujetos de derecho privado con su gestión indirecta por un ente público a través de la figura del concesionario, puesto que, en esta hipótesis la administración concedente mantiene la titularidad del servicio y de los bienes de dominio público necesarios para su prestación efectiva, siendo que, únicamente, le transfiere temporalmente al concesionario

el ejercicio de algunas potestades para la gestión del servicio -con o sin infraestructura- o la construcción de obras que seguirán siendo de titularidad pública (artículos 121, inciso 14, de la Constitución Política y Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos).”

En ese sentido, es factible indicar que los contratos de gestión indirecta, como el de concesión de servicios públicos, implican una colaboración por parte de sujetos del sector privado en la gestión de un servicio, para que lo realicen o ejecuten bajo su propio riesgo y ventura. Sin embargo, el Estado siempre es el titular del servicio y puede fiscalizar la prestación del mismo e inclusive, bajo determinadas circunstancias, podría asumir la gestión del servicio concesionado, situaciones que lo diferencian de la privatización de los servicios, elementos que retomaremos más adelante.

Establecido lo anterior, procederemos a realizar observaciones puntuales a los artículos que conforman el proyecto de ley, mismas que se han analizado en coordinación con la División de Fiscalización Operativa y Evaluativa, de esta Contraloría General, la cual, en sus informes de auditoría si ha señalado a la CCSS que debe planificar y evaluar los servicios que se brindan por empresas privadas, así como el que las contrataciones con tales propósitos no afecten los servicios que presta directamente la entidad.

- a) Sobre la adición al artículo 74 de la Ley de Contratación Administrativa, Ley N.º 7494, de 2 de mayo de 1995 y sus reformas:

Se observa que la propuesta efectuada consiste en eliminar la posibilidad para que la Caja Costarricense del Seguro Social utilice la concesión de gestión de servicios públicos en lo referente a servicios de salud.

En determinados casos la Administración puede prestar de forma indirecta servicios públicos que son de su competencia, y que en razón de su contenido económico son susceptibles de explotación comercial, con la salvedad que se trate de la prestación de servicios que impliquen el ejercicio de potestades de imperio o bien actos de autoridad.

Sobre la concesión de gestión de servicios públicos, la Sala Constitucional en la resolución No. 7831-2005 de las 15:40 horas del 21 de junio del año 2005, se refirió a la especie contractual en referencia, e indicó:

“Toda concesión pública es un contrato administrativo efectuado por la Administración con el objetivo de “delegar” en un tercero, sea la prestación de un determinado servicio que le correspondería prestar al mismo Estado, o sea la construcción de una obra pública, pero que por ciertas razones de oportunidad o conveniencia decide solicitar la colaboración los sujetos particulares. Una de las particularidades de una concesión de servicios públicos es que, quien resulte adjudicatario debe reunir ciertas características personalísimas. No pudiendo, dicho adjudicatario ceder o traspasar a terceros esa concesión. Esto es así porque justamente fueron esas características particulares del adjudicatario las que pesaron a la hora de efectuar la escogencia entre todos los que participaron en la licitación pública.[...] En cuanto al titular del servicio público, es la Administración quien conserva la titularidad del servicio público, aunque sea finalmente un tercero particular el que lo presta. Por eso es que decir que una concesión para la prestación de un servicio público es un monopolio privado tendría un doble contrasentido, tanto de parte del hecho de que sea “privado” porque el Estado, sujeto público, es el verdadero titular del servicio concesionado; como de parte del hecho de que sea un “monopolio” porque no se trata de una situación de mercado ni de la prestación de servicios privados, sino de una situación dentro del ámbito público para la prestación de un servicio público.”

De lo antes transcrito merece destacarse que si bien un tercero o particular es quien presta el servicio público, lo cierto es que el titular es la propia Administración, es decir conserva su titularidad. De ahí que en el caso que la CCSS recurriese a tal tipo de contratación, se mantendría la titularidad del servicio, lo que lleva a señalar que resulta oportuno analizar en forma detenida si con impedir el uso de tal figura más bien se le limitan las herramientas o las formas con que esa Institución podría garantizar el servicio público.

Finalmente, se advierte que podría existir una contradicción entre la modificación en estudio y la reforma que se plantea más adelante al artículo 62 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, ya que por una parte se elimina toda posibilidad de concesionar la gestión de servicios públicos regulada en la Ley de Contratación Administrativa, pero por otra parte, en la modificación que se propone al citado artículo 62 de la Ley Constitutiva C.C.S.S, se mantiene la posibilidad de contratar servicios a terceros en determinados casos.

b) Sobre la modificación del artículo 62 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, N.º 17, de 22 de octubre de 1943 y sus reformas.

Mediante la reforma propuesta, se pretende facultar a la Caja Costarricense del Seguro Social para que en casos de urgencia o que requieran una atención inmediata, pueda acudir a la contratación de servicios a terceros.

En cuanto al contenido de la modificación planteada, pasamos a realizar los siguientes comentarios puntuales:

1) *“La contratación temporal de servicios a terceros, solo será posible en casos excepcionales debidamente comprobados...”*

Al respecto, resulta necesario determinar qué tipo de procedimiento de contratación administrativa se debería realizar por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social para llevar a cabo la adquisición del servicio respectivo, sea un procedimiento ordinario o bien uno exceptuado.

Adicionalmente, con el fin de lograr mayor claridad en la norma, resulta conveniente se especifique que tal disposición aplica a los servicios de salud que presta la C.C.S.S de conformidad con el ordinal 73 de la Constitución Política, esto a fin de no afectar otro tipo de servicios que sí podrían ser contratados a terceros como por ejemplo los servicios de limpieza o seguridad.

2) *“Se demuestre la urgencia de una contratación para garantizar la continuidad de la atención a los asegurados y la absoluta inviabilidad (...) En casos específicos que requieran atención inmediata y en los que el trámite de los requisitos anteriores pueda poner riesgo la vida o la salud de los pacientes, la Caja podrá prescindir total o parcialmente de dicho trámite...”*

Al respecto debemos indiciar, que en un primer momento la propuesta establece como parte de los requisitos para que proceda esta contratación excepcional, que exista un estudio técnico mediante el cual se demuestre la “urgencia” de la contratación para determinados efectos, sin embargo, también se plantea

que los requisitos se podrán obviar temporalmente, si existe un caso que requiere “atención inmediata” y en el que esos requerimientos pongan en riesgo “la vida o la salud” de los pacientes. Siendo que en ambos casos, sea la contratación temporal de excepción y la contratación en la que se puede prescindir total o parcialmente de los requerimientos, se refieren a supuestos de urgencia, en los que la contratación de servicios de salud, tiene por finalidad evitar poner en riesgo la vida o salud de los ciudadanos, resulta recomendable delimitar en forma clara cuándo aplica cada caso.

3) *“Que la contratación cuente con la autorización de la Contraloría General de la República. Para estos efectos, la Contraloría fiscalizará que la misma cumple con los requisitos contenidos en los incisos anteriores, así como con la legislación que regula la materia”.*

En cuanto a este apartado, debemos señalar que por medio de la Ley No. 8823, "*Reforma a varias leyes sobre la participación de la Contraloría General de la República para la simplificación y el fortalecimiento de la gestión pública*", se eliminaron una serie de funciones atípicas que a lo largo del tiempo le habían sido asignadas a esta Contraloría General.

Se ha considerado que ese tipo de funciones no eran propias de su ámbito de competencia y con ello se invadían más bien facultades que son reservadas a la Administración activa, por lo que la intervención de este órgano contralor se da en una etapa de control posterior facultativo.

Aparte de lo anterior, resulta importante señalar que en el artículo 80 de la Ley de Contratación Administrativa, y el 132 de su respectivo Reglamento, se establece que en casos de urgencia y para evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas, la Administración previa autorización de esta Contraloría General, podrá utilizar o acceder al procedimiento de contratación directa de urgencia, indistintamente de las causas que la originaron, siendo así que ante situaciones calificadas como urgentes se podrá prescindir de las formalidades de los mecanismos de contratación. Y en el artículo 132 del Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa de manera expresa se indica que el contrato que llegue a suscribirse no requerirá del refrendo.

De esta manera dejamos rendido el criterio solicitado

Atentamente,

Marlene Chinchilla Carmiol
Gerente Asociada

Andrés Sancho Simoneau
Fiscalizador