

Al contestar refiérase
al oficio N° **11748**

18 de julio de 2024
DCP-0174

Señores
Wilburg Alonso Díaz Cruz
Gerente Médico a.i.

Juan Antonio Ugalde Muñoz
Director General a.i.
Hospital México
CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL
Correo: coincss@ccss.sa.cr

Estimados señores:

Asunto: Consulta sobre conflicto de intereses en contratación pública

Damos respuesta a su oficio No. GM-9564-2024/HM-DG-2706-2024 de 04 de julio de 2024, recibido el 05 de julio de ese mismo año, mediante el cual consulta:

“1- ¿Hay conflicto de intereses con base a la organización y supervisión de control interno seguida por el Hospital México, en la toma de decisiones cuando requiere la contratación de Servicios médicos por terceros para adquirir los tratamientos de Radiocirugía y otros tratamientos, según la explicación realizada en dicho oficio, dada la realidad país en relación con las limitaciones de cantidad de especialistas formados y su vínculo con el sector privado.?”

2- ¿Existe una limitación para los funcionarios públicos de poder ejercer en lo público y en lo privado, tomando en consideración este caso, en donde existen muy pocos especialistas, con el potencial riesgo de la fuga de más especialistas al sector privado?”

Dichas consultas se hacen en relación con el alcance de las *“Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, Auditorías Internas y Servicios Públicos en General”*, emitidas por esta Contraloría General el 12 de noviembre de 2004.

I. Sobre la admisibilidad de la consulta

La Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante la CCSS), solicita el criterio del órgano contralor para que se pronuncie sobre la existencia o no de un conflicto de intereses, originado en la contratación de servicios médicos por terceros, para adquirir los tratamientos de radiocirugía y otros, dada la realidad del país en relación con las limitaciones de equipo y cantidad de especialistas formados y su vínculo con el sector privado.

Además consulta respecto a la existencia o no de una limitación para los funcionarios públicos de ejercer en lo público y en lo privado, en el contexto antes señalado.

Al respecto, se debe indicar que de conformidad con el inciso 2) del artículo 8 del “*Reglamento sobre la recepción y atención de consultas dirigidas a la Contraloría General de la República*”, el órgano contralor no se pronuncia sobre situaciones concretas que debe resolver la administración en el ejercicio de sus competencias, tal como ocurre en este caso. Además, según el inciso 4 de la misma norma, solamente el jerarca es quien puede plantear la consulta.

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 in fine del mismo Reglamento, es posible hacer una excepción a los requisitos, por lo que se procederá a emitir una opinión no vinculante de carácter general, que sirva de insumo para la toma de decisiones por parte de la CCSS, dada la gran relevancia que tiene el derecho de las personas a recibir servicios de salud oportunos y de calidad, máxime tratándose de una enfermedad como el cáncer, que es la segunda causa de muerte en Costa Rica.

II.- Sobre el deber de objetividad e imparcialidad de los funcionarios públicos

Derivado de los principios de legalidad, responsabilidad y rendición de cuentas que señala el artículo 11 de la Constitución Política, surge el deber de objetividad e imparcialidad de las personas servidoras públicas en el ejercicio de su función.

Sobre la base de dicho deber se construye en el ordenamiento jurídico costarricense una serie de reglas tendientes a prevenir la generación de conflictos de intereses, entre las que se pueden mencionar: las prohibiciones para contratar de la Ley General de Contratación Pública; el deber de probidad y las incompatibilidades de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y la recusación y abstención de la Ley General de la Administración Pública.¹

Todo lo cual permite concluir que la obligación de evitar los conflictos de intereses se fundamenta en la Constitución Política y en las leyes, siendo las Directrices emitidas por el órgano contralor en esta materia, un instrumento complementario para el resguardo

¹ Al respecto ver artículos 24 al 30 de la Ley General de Contratación Pública, artículos 3 y 18 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y artículos 230 a 238 de la Ley General de la Administración Pública.

de la hacienda pública ante conductas que puedan comprometer o poner en riesgo los fondos públicos.

II.- Sobre conflictos de intereses

En razón del papel protagónico que ha tenido la Procuraduría de la Ética Pública en la definición de los alcances de esta temática y aprovechando la emisión reciente de su Manual titulado “**Guía básica para prevenir, identificar y gestionar los conflictos de intereses en el sector público**”, procederemos a desarrollar algunos conceptos que, como se verá más adelante, servirán como insumos para la decisión que tome la CCSS en relación con el caso expuesto en su consulta.

En primer lugar, se debe recordar que un conflicto de intereses “*Es la situación en la que se encuentra una persona servidora pública cuando sus intereses privados tienen la capacidad de influir indebidamente en el ejercicio correcto de sus deberes y responsabilidades, entrando en conflicto con su deber público.*”², lo cual afecta la objetividad e imparcialidad de la persona servidora pública para el desempeño de sus funciones o genera dudas razonables sobre ello.

Los conflictos son situaciones de riesgo objetivo para los intereses públicos que deben ser gestionados desde la prevención para evitar prácticas corruptas, teniendo claro eso sí que la existencia del conflicto no implica necesariamente la materialización de un acto irregular.

En ese sentido, la OCDE en el año 2022 señaló que “... *Asimismo, las entrevistas realizadas para el presente estudio resaltaron que el término “conflicto de interés” tiene una connotación fuertemente negativa en Costa Rica, no obstante, el hecho de que un conflicto de interés no necesariamente es equiparable a corrupción. Al contrario, los conflictos entre intereses privados y responsabilidades públicas de funcionarios públicos deben ser identificados correctamente, gestionados adecuadamente y resueltos de manera efectiva, a fin de prevenir que surjan prácticas corruptas*”³.

En relación con la gestión de los conflictos de interés, la Guía señala que se deben adoptar medidas pertinentes, oportunas y efectivas con tres objetivos principales: 1) evitar que aparezcan los conflictos de intereses, 2) identificar y transparentar las situaciones de conflicto de intereses existentes y 3) dar una solución a los conflictos de intereses identificados.

Es por ello que, en el caso de que el conflicto de interés no se pueda evitar, se debe gestionar y resolver por parte de la administración, toda vez que, como se indica en la Guía, “... *Los conflictos de intereses no pueden ser evitados ni prohibidos, en todos los casos, aunque se quisiera. Todas las personas tienen intereses privados. En el caso de las personas servidoras públicas, sus intereses legítimos los pueden colocar,*

² Ver Guía básica para prevenir, identificar y gestionar los conflictos de intereses en el sector público, Procuraduría General de la República, 2023, diapositiva 24.

³ Op. cit. diapositiva 25.

*eventualmente, en conflicto de intereses, sin que medie una actuación negligente, culposa o dolosa.*⁴

En tales situaciones, se activa la obligación de los jefes y titulares subordinados de tomar medidas de control interno para atender los riesgos asociados a los conflictos de intereses, a fin de evitar la afectación que estos puedan generar en la integridad pública.

En esa línea, la Guía señala que las administraciones deben atender de forma oportuna y transparente los reportes de las personas servidoras sobre posibles conflictos de intereses, así como adoptar medidas que den una solución efectiva a los conflictos identificados de forma oportuna.

Entendiéndose como “dar una solución”, adoptar medidas que eliminen el conflicto de intereses o, al menos, **disminuyan de forma considerable el riesgo de afectación a la función pública.**⁵

Para esos efectos, la Guía señala como aspectos a considerar en la escogencia de la medida de solución:

1.- Aplicar la medida prevista en el ordenamiento jurídico, cuando esté regulado el supuesto. (Ej.: deber de abstención). Caso contrario, buscar las opciones acordes a la legalidad y que mejor protejan el interés público.

2.- Cuidar la proporcionalidad entre la medida y la magnitud del riesgo que provoca (frecuencia, tipo de función pública implicada, eventual repercusión en el interés público).

3.- Tomar en cuenta el tipo de conflicto de intereses: potencial o aparente, de alcance amplio o concreto, o sobreviniente.

4.- Conciliar los intereses de la organización, el interés general y los intereses legítimos de las personas servidoras públicas, debiendo prevalecer la satisfacción del interés público.

Cabe indicar que no hay una lista taxativa de mecanismos para gestionar y solucionar un conflicto de intereses, sin embargo, estas orientaciones son insumos valiosos para que la administración escoja la que se ajuste mejor al caso concreto.

III.- Sobre las “Directrices generales sobre principios y enunciados éticos a observar por parte de los jefes, titulares subordinados, funcionarios de la Contraloría General de la República, auditorías internas y servidores públicos en general”

Como se indicó líneas atrás, las Directrices son un instrumento complementario a las normas constitucionales, convencionales y legales que regulan la objetividad e imparcialidad de la persona servidora pública, cuyo fin es el resguardo de la hacienda

⁴ Op. cit. diapositiva 60.

⁵ Op. cit. diapositiva 85.

pública ante conflictos de carácter ético que puedan comprometer o poner en riesgo los fondos públicos.

En esa línea, el documento se divide en tres apartados, las directrices para los jerarcas, titulares subordinados y funcionarios públicos en general; para las auditorías internas y funcionarios de la Contraloría General de la República y finalmente otras directrices complementarias para los funcionarios del órgano contralor.

En estos apartados se desarrollan los enunciados rectores que guían la conducta de la persona servidora pública, la objetividad e imparcialidad que debe privar en la función pública, la neutralidad política y una lista de enunciados tendientes a evitar, identificar, gestionar y solucionar los conflictos de intereses.

Propiamente, en lo que respecta a la presente gestión, el punto 14 del apartado 1.4 titulado "Conflictos de Intereses", señala como **una medida para evitar** el conflicto, que *"Los jerarcas, titulares subordinados y demás funcionarios públicos no deberán dirigir, administrar, patrocinar, representar o prestar servicios remunerados o no, a personas que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la administración o que fueren sus proveedores o contratistas."*

Esta medida tiene fundamento legal en el deber de probidad regulado en el artículo 3 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, cuyo texto señala que la persona servidora pública deberá asegurarse que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución.

Deber cuyo incumplimiento es motivo de responsabilidad administrativa, tal como lo señala el artículo 39 inciso b) de esa misma Ley, al indicar: *"Sin perjuicio de otras causales previstas en el régimen aplicable a la respectiva relación de servicios, tendrá responsabilidad administrativa el funcionario público que: (...) b) Independientemente del régimen de prohibición o dedicación exclusiva a que esté sometido, ofrezca o desempeñe actividades que comprometan su imparcialidad, posibiliten un conflicto de intereses o favorezcan el interés privado en detrimento del interés público."*

Es por ello que aún en el supuesto que no existieran las Directrices, la persona servidora pública tiene la obligación de evitar cualquier tipo de conflicto de intereses que pueda afectar su objetividad e imparcialidad, de conformidad con la Ley supra citada. Para esto se requiere un análisis integral del ordenamiento jurídico, que abarca normas de carácter constitucional y legal, que han sido referenciadas en el presente documento, siendo responsabilidad de la administración activa determinar en cada caso concreto si existe el conflicto y la forma de darle solución.

IV.- Sobre la contratación de servicios médicos por terceros para adquirir los tratamientos de Radiocirugía y otros

Como se indicó en el apartado I de este oficio, la Contraloría General no puede pronunciarse sobre la existencia del conflicto de intereses en relación con la contratación de referencia, sin embargo, conscientes de la imperiosa necesidad de garantizar el

derecho a la salud de las personas y de la lucha que da la seguridad social para atender una enfermedad de tanta gravedad como es el cáncer, procederemos a emitir algunas consideraciones, **como opinión no vinculante**, para colaborar en la decisión que debe tomar la Institución.

De acuerdo con lo indicado en las páginas 3 y 4 de la consulta, la administración es del criterio que podría existir un conflicto de intereses, por la doble condición que tienen los médicos del Servicio de Radioterapia como funcionarios de la CCSS y empleados de las clínicas privadas a contratar para prestar el servicio de radiocirugía.

Conflicto que según se desprende del oficio de la CCSS pareciera inevitable, toda vez que esa Institución indica que si se excluyen los médicos de las decisiones clínicas en el Hospital, no tendrían criterio que pueda valorar los pacientes, generando incertidumbre en la toma de decisiones clínicas.

Es por ello que la Dirección General del Hospital considera que se encuentra en un dilema, porque se requiere del conocimiento clínico experto-especializado, pero este no podrá darlo el médico radioterapeuta porque tendría conflicto de intereses.

Tomando como base lo expuesto por la administración, consideramos que si la CCSS carece de recursos propios para prestar el tratamiento de radiocirugía y tiene que recurrir a la adquisición de estos servicios mediante una contratación pública, debe privar el derecho a la salud y a la vida de las personas sobre cualquier otro interés, supuesto en el cual se podría estar ante un conflicto que no se puede evitar y que la administración debe gestionar y resolver, de conformidad con los mecanismos expuestos en el apartado II de este oficio.

Congruente con ello, se pudo observar en las páginas 5 a 7 de la gestión presentada, que la CCSS tiene identificado el eventual conflicto y ha tomado una serie de medidas para su gestión, por lo que si a criterio de los jefes y titulares subordinados esas medidas de control interno son suficientes para minimizar el riesgo de que se materialice una conducta irregular, se podría estar ante una solución en los términos que señala la Guía emitida por la Procuraduría de la Ética Pública, que permitiría administrar el conflicto de intereses. Todo lo cual queda bajo entera responsabilidad de la administración.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que dichas medidas de gestión -según lo indicado por la CCSS-, podrían ser oportunas en las circunstancias actuales de escasez de médicos especialistas, lo cual no exime de responsabilidad a la administración en relación con su deber de revisarlas y evaluarlas constantemente, para ajustarlas ante cambios en las circunstancias que motivaron su adopción, incluyendo los planes de corto, mediano y largo plazo que esté desarrollando la CCSS para cubrir el faltante de médicos especialistas.

Por último, es importante recordar que en caso de que se decida acudir a la contratación pública para la prestación del servicio, la CCSS deberá asegurar el cumplimiento del régimen de prohibiciones regulado en el artículo 24 y siguientes de la Ley General de Contratación Pública y que los médicos especialistas no tengan

7

dedicación exclusiva o cualquier otro impedimento legal para ser empleados en las clínicas privadas, debiendo respetarse además las disposiciones internas de la CCSS que puedan tener incidencia en la decisión que se tome al respecto, como el Código de Ética del Servidor de la Caja Costarricense de Seguro Social, que se menciona en la gestión formulada.

De esta forma damos por atendida su gestión.

Atentamente,

CGR | Firmado
digitalmente
Valide las firmas digitales

Roberto Rodríguez Araica
Gerente de División
Contraloría General de la República

RRA/nr.

NI: 14327-2024
G:2024002851-1
CGR-CO-2024004675