REFLEXIONES SOBRE OFICIO 76399 DE LA CONTROLORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

INTRODUCCIÓN

Con fecha de octubre de 2014, la Contraloría General de la República emitió el Oficio N° 76399 que da respuesta a presentación efectuada por la Corporación de Familiares y Amigos de Personas con Discapacidad Psíquica de Chile, CORFADICH, el 5 de marzo de 2014 a fin de que dicho organismo se pronunciara sobre *“la legalidad o ilegalidad del procedimiento adoptado por los Servicios de salud del país cuando se trata de la prestación de los Servicios de Atención Integral a pacientes con discapacidad psíquica, modalidad Residencia Protegida, al utilizar el procedimiento de licitaciones públicas para la contratación, especialmente si este procedimiento debe llevarse a cabo anualmente, conforme lo establece la ley 18.896 y su Reglamento sobre los contratos que celebre la Administración del Estado a título oneroso”*

El motivo de la presentación radica en que el procedimiento de licitaciones públicas establecido en la ley N° 19.886, siendo un procedimiento absolutamente correcto en la aplicación de la norma que rige las compras públicas, entre los cuales cabe consignar los que corresponden a los Servicios de Atención a Pacientes con Discapacidad Psíquica, Modalidad Residencia Protegida, puede llegar a constituir una conculcación de los derechos constitucionales de los pacientes, toda vez que *“según el resultado en la adjudicación, puede resultar en el traslado de dichos pacientes a un lugar distinto de residencia, procedimiento que, según se demostrará, tiene como consecuencias poner en peligro sus vidas e integridad física y psíquica dada su especial vulnerabilidad en sus condiciones de salud”* (Párrafo segundo de presentación de fecha 5 de marzo de 2014, CORFADICH).

La posibilidad de ser trasladados los pacientes de un lugar a otro, lo que en circunstancias extremas puede acontecer todos los años, se materializa cuando ocurre la circunstancia que un licitante que ya tiene un contrato vigente, en razón de la renovación de la licitación anual, puede perderla y, en consecuencias, los pacientes deben ser trasladados al lugar del nuevo oferente que la ganó.

En esta parte es necesario recalcar, como lo hemos sostenido en todos los escritos sobre este tema, que en ningún caso estamos por eternizar la administración de los Hogares y Residencias Protegidas cuando en ellos no se cumpla con las disposiciones establecidas en las Normas Técnicas que regula la existencia de estos dispositivos (Norma General Técnica N° 87 sobre Residencias Protegidas) y que se vulneren los derechos de las personas residentes.

El oficio N° 76.399 en que la Contraloría responde a la presentación de CORFADICH, concluye señalando que *“Por lo tanto, en virtud de los anteriormente expuesto, los Servicios de Salud del país se encuentran obligados a regirse por la ley N° 19.886 y su reglamento, y por el citado decreto con fuerza de ley N° 36, de 1980, para la contratación de servicios de atención a pacientes con discapacidad psíquica, modalidad residencia protegida, y la demás normativa referente a la protección de los discapacitados psíquicos en cuanto al goce pleno y en igualdad de condiciones de sus derechos humanos”.*

En nuestra opinión, el citado oficio emitido por la Contraloría, permite concluir, por las razones que expondremos a continuación, que sí es factible establecer una política pública nacional para obligar a los Servicios de Salud del país a que adopten las medidas tendientes a que, aplicando la actual normativa, *“con independencia del mecanismo que se utilice, la Administración debe adoptar las medidas tendientes a que el contrato que en definitiva se celebre asegure el cumplimiento del la Norma General Técnica N° 87, sobre Residencias Protegidas, aprobada mediante la resolución exenta N° 392, de 2006 del Ministerio de salud, como asimismo que el plazo de vigencia de aquél cautele debidamente al vida e integridad física y psíquica de los pacientes”*, conclusión que ratifica nuestra posición de que su observación plena, permite cautelar los derechos de los pacientes de la forma que exponemos, tanto en nuestra presentación del [Recurso de Protección](http://www.discapacidadsiquica.cl/recurso) ante la Ilustre Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 4 de julio de 2013 que acoge en parte el recurso y la orden de no innovar, ratificado por la Corte Suprema en que se establece que el procedimiento de traslado de los pacientes de una Clínica Psiquiátrica a otro lugar, producto de una nueva licitación, conculca el derecho a la integridad física y psíquica de los pacientes, como así también en nuestros fundamentos expuestos en [presentación a la Contraloría](http://www.discapacidadsiquica./presentacion) que motivó el oficio 76399.

**FUNDAMENTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE HOGARES Y RESIDENCIAS PROTEGIDAS**

Como hemos señalado, nuestro propósito al presentar el Recurso de Protección y, posteriormente la presentación para que la Contraloría se pronunciara sobre los procedimientos actuales de licitaciones públicas acerca de su legalidad o ilegalidad, obedece al claro objetivo de demostrar que los procedimientos administrativos de licitaciones públicas que llevan a cabo los Servicios de Salud para la contratación sobre Atención a Pacientes con Discapacidad Psíquica, modalidad Residencias Protegidas, pueden llegar a materializar la conculcación de los derechos a la integridad física y psíquica garantizados en el número 1° del artículo 19° de la Constitución Política de la República y a los derechos señalados en los artículos 17 y 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo promulgados mediante el Decreto N° 201, de 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Los fundamentos que dicen relación con la conculcación de los citados derechos, están documentados en las presentaciones a que hemos aludido anteriormente, esto es, el Recurso de Protección y la Presentación a la Contraloría General por lo que no nos referiremos a ellos.

Así entonces, nos abocaremos a los principales acápites señalados en el oficio 76399 de la Contraloría que a nuestro juicio nos dan la razón en nuestro planteamiento.

Antes de señalar aquellos aspectos positivos del oficio, debemos reconocer que debido a que no tenemos formación jurídica, es probable que formulemos algunas apreciaciones que a juicio de los juristas puedan derivar en errores de forma, como nos aconteció en el escrito presentado a la Contraloría. En efecto, es errónea nuestra petición de que la Contraloría se pronunciara acerca de *“la legalidad o ilegalidad del procedimiento adoptado por los Servicios de salud del país cuando se trata de la prestación de los Servicios de Atención Integral a pacientes con discapacidad psíquica, modalidad Residencia Protegida, al utilizar el procedimiento de licitaciones públicas para la contratación”*

Se desprende de una lectura más acuciosa de la normativa legal vigente y de las conclusiones que señala el oficio 76399, que los procedimientos adoptados actualmente por los Servicios de Salud, se ajustan plenamente a la legalidad vigente, por lo cual no cabe establecer que ellos sean ilegales, por cuanto se basan en la aplicación a la jurisprudencia administrativa, esto es, *“la aplicación del mencionado decreto con fuerza de ley N° 36 es sin perjuicio de la licitación pública contemplada en la ley N° 19.886, salvo los casos señalados en forma excepcional y taxativa por este último texto legal”* (Oficio 76399, 3 de octubre de 2014, Contraloría General).

También resulta errónea nuestra petición en subsidio a la anterior, es decir, que en caso de no ser aplicable pronunciarse sobre la legalidad de los procedimientos de licitaciones públicas, se pronuncie sobre la legalidad y la obligación de aplicar las normas establecidas en el Decreto con Fuerza de Ley N° 80 del MINSAL de 1980 en orden a establecer convenios directos para la atención de los Servicios de Atención Integral a pacientes con Discapacidad Psíquica, Modalidad Residencias Protegidas. Conforme a la aplicación de la normativa ya señalada, resulta improcedente que la Contraloría señale que la prestación de estos servicios sea mediante trato directo *“puesto que es la Administración activa la que deberá calificar y adoptar la decisión fundada de proceder mediante ésta u otra forma, ponderando las situaciones de hecho y las normas jurídicas pertinentes”* (Oficio 76399, 3 de octubre de 2014, en concordancia a lo establecido en los dictámenes N°s 51.268, de 2011; 68.458, de 2012, y 31.56 de 2013).

Sin embargo, según nuestra opinión, es en este importante párrafo que contiene el oficio 76399 de fecha 3 de octubre de 2014 emitido por la Contraloría General de la República en respuesta a la petición de CORFADICH, en que radica, sin lugar a dudas, el camino correcto para que se establezca como política pública de carácter nacional y de aplicación obligatoria para todos los Servicios de Salud, el cambio en los procedimientos para que se adopte como principio rector, que la contratación relativa a los servicios de atención a pacientes con discapacidad psíquica, modalidad residencia protegida, deba realizarse mediante trato directo, aplicando a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto con Fuerza de Ley N° 36 en el sentido que “*los Servicios de Salud deben someterse a dicho texto legal para celebrar sus contrataciones respecto de algunas acciones de salud que les corresponde ejecutar”* (Oficio 76399, 3 de octubre de 2014, Contraloría General), entre los cuales desde luego, se encuentran, por su especiales características, los Servicios de Atención Integral a Pacientes con Discapacidad Psíquica, Modalidad Residencias Protegidas.

Resulta aún más sugerente lo que expresa la Contraloría en el citado oficio 76399: *“Por su parte, el artículo 12 del mismo cuerpo normativo (Decreto 36), preceptúa, en lo que interesa,* ***como regla general****, los convenios deberán pactarse por un año de duración, pudiendo estipularse su renovación,* ***sin perjuicio de que por motivos calificados o de conveniencia, que tendrán que fundamentarse en la resolución aprobatoria, podrán celebrarse por plazos mayores o menores****”* (En negrita o subrayado por nosotros).

Para entender con mayor claridad que los procedimientos de este tipo de contratos, los que se refieren a la prestación de los servicios de atención integral a las personas con discapacidad psíquica, pueden celebrarse bajo dos modalidades, esto es, Decreto 36 y Ley 19.886, transcribimos en extenso a lo dispuesto en el oficio 76399:

*“Además, esta Contraloría General mediante sus dictámenes N°s. 51.081 , de 2008; 38.109, de 2007 y 25.954, de 2010, entre otros, ha señalado que los convenios celebrados por los Servicios de Salud, al amparo del decreto con fuerza de ley N° 36, con otras personas naturales o jurídicas, relativos a la ejecución de las acciones de salud que el ordenamiento encomienda a dichos organismos públicos, forman parte de la clase de los contratos administrativos onerosos que tienen por objeto la prestación de un servicio en favor de la Administración del Estado, necesarios para la ejecución de sus tareas, y que, por ende, se encuentran sujetos a las disposiciones de la ley N° 19.886.*

*De este modo, resulta aplicable a tales convenciones el artículo 5°, inciso segundo, de la mencionada ley N° 19.886, que indica que la licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las mil unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8° de esa ley.*

*Así, corresponde que, por regla general, los órganos de la Administración seleccionen, a través de dicho mecanismo, a aquél interesado que presente la propuesta más conveniente a las necesidades del servicio, en condiciones de igualdad de trato y pública difusión del llamado a participar, de acuerdo a los principios de transparencia, libre concurrencia y competencia de los oferentes y de estricta sujeción a las bases establecidas para cada procedimiento, sin perjuicio de que resulte procedente que acudan a la licitación privada o contratación directa de concurrir alguna de las circunstancias previstas en los artículos 8° de la ley N° 19.886 y 10 de su reglamento, las que deben ser acreditadas por el respectivo organismo”.*

Resulta relevante lo que señala el oficio 76399 al señalar que *“en concordancia con lo informado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales, es del caso anotar que la forma para proteger de la mejor manera los derechos de los discapacitados psíquicos en la contratación de la residencia donde serán atendidos, es evaluar, en un primer término y según las circunstancias que concurran en cada situación, cuál modalidad de contratación protege de mejor manera sus derechos a la vida e integridad física y psíquica , dispuestos en los artículos 19, N° 1, de la Carta Fundamental, y 17 y 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, promulgados mediante el decreto N° 201, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores”*

De esta lata transcripción, a nuestro juicio, se puede concluir en lo siguiente:

* Los contratos para la prestación de servicios sobre atención integral a pacientes con discapacidad psíquica, modalidad residencias protegidas, por parte de los servicios de salud, forman parte de la clase de los contratos administrativos onerosos que tienen por objeto la prestación de un servicio en favor de la Administración del Estado, necesarios para la ejecución de sus tareas, y por ende, se encuentran sujetos a las disposiciones de la ley N° 19.886;
* Por la condición indicada anteriormente, la licitación pública será obligatoria cuando dichos contratos superen las mil unidades tributarias mensuales, salvo a lo dispuesto en el artículo 8° de la ley;
* Resulta procedente que los organismos del Estado, es decir, para el caso los Servicios de Salud, acudan a la licitación privada o contratación directa de concurrir alguna de las circunstancias previstas en los artículos 8° de ley N° 19.886 y 10° de su reglamento;
* Para que se produzca lo anterior, es decir, acudir a la licitación privada o contratación directa, es menester que estos organismos deben acreditar la necesidad de acudir a este procedimiento;
* Es fundamental, en concordancia con lo expresado por la Subsecretaría de Redes Asistenciales del MINSAL, que los respectivos Servicios de Salud, para proteger de la mejor manera los derechos de las personas con discapacidad psíquica a ser atendidos en las Residencias Protegidas, además de observar los aspectos técnicos establecidos en la Norma Técnica N° 87 sobre Residencias Protegidas, deben evaluar, según las circunstancias que concurran en cada situación, cuál modalidad de contratación protege de mejor el derecho a la integridad física y psíquica garantizados en los artículos 19, N° 1, de la Constitución Política, y 17 y 25 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo;

**CONCLUSIÓN**

* Los derechos humanos de las personas con discapacidad psíquica, particularmente los referidos a su integridad física y psíquica, están garantizados en los artículos 19, N° 1, de la Constitución Política, y 17 y 25 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo y, producto de la contratación sobre atención a pacientes con discapacidad psíquica, Modalidad Residencia Protegida, estos derechos pudieran llegar a ser conculcados producto del cambio de residencia que les afectaría en caso de ser trasladados de un lugar a otro si se da la circunstancia que producto de la nueva licitación, el administrador pierda la licitación, llegando a provocar en los pacientes graves consecuencias a su salud mental tal como queda demostrado en los informes emitidos por el departamento de salud el SENADIS y por la Comisión de Protección de las Personas con enfermedad mental que tuvo a la vista la Corte de Apelaciones de San Miguel y la Corte Suprema para acoger en parte el recurso en favor de personas residentes de una Clínica Psiquiátrica, estableciendo en la orden de no innovar, la imposibilidad de su traslado.
* Para evitar la ocurrencia de la conculcación de sus derechos fundamentales, es menester que la contratación de los servicios para atender a las personas con discapacidad, modalidad residencias protegidas, se de aquellos contratos que deben ser sometidos a una exhaustiva evaluación por parte de los Servicios de Salud para determinar cuál modalidad de contratación protege de mejor manera sus derechos, situación que se da, desde luego, en la modalidad de contratación directa previa fundamentación y acreditación.
* Siendo sumamente relevante estos procesos evaluativos para proteger de la mejor manera los derechos de las personas con discapacidad psíquica que deben permanecer en las Residencias Protegidas, y conciliando a lo dispuesto en la normativa establecida en la ley 19.886 para preservar la objetividad y transparencia de los procesos de contratación, prevaleciendo el lugar de residencia, pero, sin que esto signifique en ningún caso avalar una mala administración, se hace indispensable que se avance en materia de administración de hogares y residencias protegidas como una política pública nacional en que sean los organismos del Estado, como lo son los Servicios de Salud, los que mantengan las Residencias y liciten sólo la administración de los mismos, tal como acontece con los Hogares que mantiene el Servicio Nacional del Adulto Mayor. Se requiere avanzar en unificar criterios de estos dispositivos por cuanto existen similares situaciones que se dan en las personas con discapacidad mental y adultos mayores.

Santiago, noviembre de 2014

CORFADICH

Artículo 12°- Como regla general, los convenios
deberán pactarse por un año de duración, si bien
podrá estipularse su renovación automática por
períodos iguales y sucesivos si ninguna de las partes
comunica a la otra su voluntad de ponerle término al
vencimiento del período inicial o prorrogado que
estuviere corriendo. Este aviso deberá darse con una
anticipación no inferior a los sesenta días del plazo
correspondiente.
    La Dirección del Servicio de Salud comunicará
oportunamente a la Secretaría Regional Ministerial de
Salud respectiva su intención de no hacer uso de la
facultad de poner término al convenio, la que la
remitirá con su informe al Ministerio.
    Con todo, por motivos calificados o de conveniencia,
que deberán fundamentarse en la resolución
aprobatoria, podrán celebrarse convenios por plazos
mayores o menores al indicado en el inciso primero de
este artículo.