

Expte.

DI-563/2013-4

**EXCMO. SR. CONSEJERO DE SANIDAD,
BIENESTAR SOCIAL Y FAMILIA
Via Universitاس, 36
50071 ZARAGOZA
ZARAGOZA**

Zaragoza, a 12 de septiembre de 2013.

I.- Antecedentes

Primero.- Con fecha 18 de marzo de 2013 tuvo entrada en nuestra Institución un escrito de queja que quedó registrado con el número de referencia arriba expresado.

En dicho escrito se hacía referencia a los contratos firmados por el Servicio Aragonés de Salud con entidades privadas para la colaboración en la prestación de servicios médicos. En concreto, se aludía a los convenios marco existentes para el desarrollo de pruebas diagnósticas en el convenio marco Albarracín-2. Señalaba el ciudadano que constaba la derivación de clientes, a través de dicho mecanismo, del Hospital Clínico Universitario a la ..., que dispone del único acelerador lineal instalado en un centro privado, al haberse dejado sin uso, por problemas técnicos, el aparato del referido centro público. No obstante, alegaba el ciudadano que el problema radicaba en el hecho de que el responsable del referido equipo en el centro privado es el mismo que el del Hospital Clínico. Ello podría implicar una vulneración de los requisitos de incompatibilidad marcados en los referidos convenios marco, que no permiten a los profesionales vinculados con el Salud participar en la realización de pruebas que se conciertan con una entidad privada.

Refería el ciudadano, igualmente, que algo similar ocurre con las pruebas concertadas con el PET-TAC. Según se informaba, el Salud no dispone de estos equipos, por lo que concierta las pruebas con dos centros: el centro Gamma-Scan, que cumple la normativa de incompatibilidad y ..., que se considera que la incumple, al tener como responsable de la unidad a un Facultativo que paralelamente es Jefe de Servicio de ...

Segundo.- Al amparo de las facultades otorgadas por el artículo 2.3 de la *Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón*, se resolvió admitir la queja a supervisión con la finalidad de recabar del departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón la información precisa para conocer su fundamento y proceder en consonancia.

Por ello, se solicitó a la Administración que informase acerca de los siguientes aspectos:

.- Si los convenios marco de colaboración del Salud con entidades privadas para la prestación de servicios médicos contienen cláusulas de incompatibilidad, para impedir a profesionales vinculados al Salud la participación en la prestación de dichos servicios en centros privados, evitando así un eventual conflicto de intereses.

.- En el caso concreto de la realización de pruebas con aceleradores lineales y con PET-TAC a través de convenios de colaboración con entidades privadas, solicitábamos que indicasen qué facultativos especialistas son responsables de dichas pruebas en los centros

sanitarios del Salud, si consta a ese Departamento la participación de dichos facultativos en la realización de tales pruebas en centros privados, y de ser así qué medidas tienen previsto adoptar para garantizar el respeto a la legalidad.

Tercero.- Con fecha 24 de abril de 2013 se recibió informe de la Administración, en el que se señalaba literalmente lo siguiente:

“En referencia a los aspectos sobre los que nos solicita aclaración "Si los convenios marco de colaboración del SALUD con entidades privadas para la prestación de servicios médicos contienen cláusulas de incompatibilidad, para impedir a profesionales vinculados al SALUD la participación en la prestación de dichos servicios en centros privados, evitando así un eventual conflicto de intereses. En este sentido agradeceremos que remitan copia del convenio marco Albarracín-2.”

Remitimos adjuntas las copias de los pliegos técnicos y administrativos del contrato Marco Albarracín 2 con la referencia expresa a la obligación del adjudicatario de acreditar que los profesionales adscritos no concurren en circunstancias sobre incompatibilidades.

En el Pliego de prescripciones técnicas:

Será obligación del adjudicatario mantener actualizada la relación de profesionales que han de realizar los procedimientos diagnósticos, acompañada de la certificación del representante de la empresa, de que los mismos no incurren en las circunstancias sobre

incompatibilidades que establece la legislación vigente.

En el Pliego de cláusulas administrativas:

5º Relación de profesionales por categorías que han de realizar los servicios y prestaciones, acompañada de declaración responsable, por el representante legal de la empresa, de que en los profesionales indicados en la relación no concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y el privado establece la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Asimismo en los contratos individualizados con cada uno de los centros adjudicatarios se incluye la cláusula que se transcribe a continuación:

"DÉCIMA:

El contratista se compromete a garantizar que en ninguno de sus propietarios o de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y privado establece la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Este compromiso se mantendrá vigente durante la ejecución del contrato"

En relación al otro aspecto sobre el que se nos pide información: "En el caso concreto de la realización de pruebas con aceleradores lineales y con PET- TAC a través de convenios de colaboración con entidades privadas, agradeceremos que nos indiquen que facultativos especialistas son responsables de dichas pruebas en

los centros sanitarios del SALUD, si consta a ese Departamento la participación de dichos facultativos en la realización de tales pruebas en centros privados, y de ser así que medidas tienen previsto adoptar para garantizar el respeto a la legalidad"

Para dar respuesta a esta cuestión consideramos conveniente la necesidad de solicitar por parte de la Secretaría del Sr. Consejero o por el procedimiento que esté establecido para la resolución de los expedientes del Justicia de Aragón, solicitar decíamos la participación del Servicio aragonés de SALUD y del Servicio de Gestión Económica, Contratación y Asuntos Generales de la Secretaría General Técnica de nuestro Departamento para dar respuesta a la misma, así como para que valoren en cada uno de los procesos de negociado que se derivan del acuerdo marco el estricto cumplimiento del régimen de incompatibilidades:

1. La realización de PET- TAC no se encuentra incluida en el Contrato Marco Albarracín por lo que la contratación de dichos procesos se realiza por parte de los hospitales del Servicio Aragonés de SALUD.

2. La compatibilidad de desempeño de actividad pública y privada es concedida por parte del Servicio Aragonés de SALUD y el Servicio de Inspección de Servicios del Gobierno de Aragón que es quien evalúa dichas solicitudes realizadas por los profesionales."

Cuarto.- Analizada la información remitida, con fecha 29 de abril de 2013 se remitió nuevo escrito al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y familia

solicitando su ampliación, con el fin de adoptar una decisión sobre el fondo del asunto planteado.

Así, se requirió que en el caso concreto de la realización de pruebas con aceleradores lineales y con PET-TAC a través de convenios de colaboración con entidades privadas, se informase qué facultativos especialistas son responsables de dichas pruebas en los centros sanitarios del Salud, si constaba a dicho Departamento la participación de dichos facultativos en la realización de tales pruebas en centros privados, y de ser así qué medidas tenían previsto adoptar para garantizar el respeto a la legalidad.

Quinto.- La solicitud de información fue reiterada en varias ocasiones, sin que a día de hoy se haya atendido a nuestra solicitud.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- El artículo 19 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, obliga a todos los poderes públicos y entidades afectados por la misma a auxiliar al Justicia en sus investigaciones. El Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón ha incumplido dicho mandato al dejar de atender la solicitud de información realizada por nuestra Institución.

Segunda.- No obstante, considerando los datos obrantes en poder de esta Institución entendemos que podemos entrar a pronunciarnos sobre determinados aspectos concurrentes en el supuesto planteado.

La Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal Estatutario de Servicios de Salud, regula en el Capítulo XIII el régimen de incompatibilidades señalando en el artículo 76 que *“resultará de aplicación al personal estatutario el régimen de incompatibilidades establecido con carácter general para los funcionarios públicos, con las normas específicas que se determinan en esta Ley. En relación al régimen de compatibilidad entre las funciones sanitarias y docentes, se estará a lo que establezca la legislación vigente.”* Dichas normas específicas aparecen desarrolladas en el artículo 77, que entre otros aspectos prevé que *“...En el ámbito de cada servicio de salud se establecerán las disposiciones oportunas para posibilitar la renuncia al complemento específico por parte del personal licenciado sanitario. A estos efectos, los servicios de salud regularán los supuestos, requisitos, efectos y procedimientos para dicha solicitud.”*

El régimen general de incompatibilidades para los funcionarios públicos aparece encuadrado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas. La norma parte de unos principios generales establecidos en el artículo 1, entre los que se incluye la incompatibilidad del desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley con *“el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.”*

La incompatibilidad del desempeño de un puesto en el sector público con el ejercicio de una actividad privada aparece especificada en el artículo 11, que señala lo siguiente:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3, de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado.

Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.”

El ejercicio de cualquier actividad profesional laboral, mercantil o industrial del personal sujeto a la Ley 53/1984 fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad. En cualquier caso, el artículo 12 establece expresamente una serie de actividades privadas prohibidas, en las que en ningún caso cabrá el referido reconocimiento. De manera específica se alude a las siguientes:

“a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

c) El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.”

Tercera.- La Ley 53/1984, aplicable al personal estatutario de los servicios de salud conforme a su Estatuto marco, permite por consiguiente compatibilizar las funciones desarrolladas en el sector público con actividades privadas previo reconocimiento expreso de compatibilidad, siempre que dichas funciones no se relacionen directamente con las que el empleado desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado. En cualquier caso, está expresamente prohibido prestar la actividad profesional a *“personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.”*

En el ámbito de la prestación de servicios sanitarios por los servicios públicos de salud a través de mecanismos de colaboración con entidades privadas, resulta evidente que está expresamente prohibido que el personal

estatutario sanitario que de manera directa o a través de persona interpuesta interviene en la prestación del servicio, participe en su desarrollo en el respectivo centro privado con el que se ha sustanciado la fórmula de cooperación.

Es decir, entendemos que cabe la posibilidad de que se reconozca a un facultativo sanitario la compatibilidad para prestar su actividad profesional en el sector privado; pero dicho reconocimiento en ningún caso será posible cuando dicha actividad privada se ejerce en una entidad vinculada a la Administración para la prestación de los servicios médicos que el empleado presta en el centro público a través de fórmulas de colaboración, ya que ello supondría una vulneración de la normativa sobre compatibilidad.

Cuarta.- En el supuesto planteado ante esta Institución, el ciudadano aludía al desarrollo de pruebas diagnósticas a través de mecanismos de colaboración con entidades privadas, mediante la firma de determinados convenios marco. Según refería, se daba la circunstancia de que responsables de los equipos médicos que practicaban dichas pruebas en el centro privado podían coincidir con facultativos especialistas responsables de las mismas en centros sanitarios del Salud, lo que supondría una vulneración de las normas sobre incompatibilidad en los términos expuestos.

Informa al respecto la Administración que en los pliegos técnicos y administrativos que rigen la adjudicación de los contratos para la colaboración privada en la prestación del servicio se incluye de manera expresa *“la obligación del adjudicatario de acreditar que los profesionales adscritos no concurren en circunstancias sobre incompatibilidades”*. Así, tanto el pliego de prescripciones técnicas como el de cláusulas administrativas establecen que el adjudicatario debe mantener actualizada la relación de profesionales que han de realizar los procedimientos

diagnósticos, acompañada de la certificación del representante de la empresa, de que los mismos no incurren en las circunstancias sobre incompatibilidades que establece la legislación vigente. A su vez, los contratos individualizados con cada uno de los centros adjudicatarios incluyen una cláusula por la que *“el contratista se compromete a garantizar que en ninguno de sus propietarios o de sus trabajadores concurren las circunstancias que sobre incompatibilidades del sector público y privado establece la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Este compromiso se mantendrá vigente durante la ejecución del contrato”*.

Quinta.- La ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo Texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, establece con carácter general en su artículo 209 que los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas.

El artículo 279 regula de manera específica la ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos, señalando lo siguiente:

“1. El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

2. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se

trate.”

Tales poderes de policía de la Administración aparecen especificados, en el caso planteado, en la Cláusula Séptima del Pliego de prescripciones técnicas para la adjudicación del contrato marco para la prestación de asistencia técnica concertada en la Comunidad Autónoma de Aragón, de referencia Albarracín “2”, que establece que *“en todos los supuestos, el Departamento de Salud y consumo efectuará las inspecciones y verificaciones que estime convenientes, con carácter previo o mientras permanezca vigente el contrato marco”*.

No obstante, entendemos que lo expuesto es generalizable a todos los ámbitos de gestión de un servicio público sanitario mediante fórmulas de colaboración con entidades privadas en las que puedan producirse supuestos de incompatibilidad como el descrito:

En primer lugar, existen unas normas básicas de incompatibilidad que impiden que personal estatutario de centros públicos sanitarios desempeñe funciones en centros privados con los que se haya suscrito contrato administrativo para la prestación de un servicio sanitario con el que dicho personal mantenga una relación, entendemos que directa o interpuesta, por razón del puesto desempeñado en la Administración.

En segundo lugar, resulta oportuno y necesario que los pliegos técnicos y administrativos de los contratos para la gestión de dichos servicios incluyan cláusulas que, como en el caso analizado, establezcan la obligación del adjudicatario de velar por que los profesionales adscritos a la prestación del servicio no concurren en circunstancias de incompatibilidad. Entendiendo que por supuesto ello implica que **dicha obligación contractual no sólo se**

cumple en el momento de la adjudicación del contrato, sino durante todo el desarrollo del mismo.

En este sentido, la Administración detenta una serie de **potestades de policía**, para velar por la buena marcha de los servicios de que se trate; lo que implica, como no puede ser de otro modo, que debe supervisar que la empresa adjudicataria mantiene las obligaciones asumidas en materia de régimen de incompatibilidades de su personal. Para ello, tal y como hemos visto, los pliegos establecen la posibilidad de que el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, efectúe las inspecciones y verificaciones convenientes con carácter previo o mientras permanezca vigente el convenio.

En el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su Libro IV una serie de medidas referentes a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos.

Sexta.- La falta de contestación a nuestra solicitud de ampliación de información nos impide constatar fehacientemente si el supuesto planteado por el ciudadano que ha interpuesto la queja se ha producido. No obstante, entendemos que la Administración debe extremar su celo en el ejercicio de sus potestades de policía, para asegurar que, en este caso o en otros, en la gestión de servicios sanitarios a través de mecanismos de colaboración con entidades privadas se garantiza de manera escrupulosa el cumplimiento de la normativa sobre incompatibilidad del personal a su servicio.

Para ello, consideramos fundamental sugerir que se desarrollen las siguientes actuaciones:

1.- El Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia debe verificar que el personal de las entidades adjudicatarias de contratos para la colaboración en la prestación de servicios médicos no incurre en circunstancias de incompatibilidad.

2.- En el supuesto de que se detecte cualquier incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidad del personal estatutario, debe ejercer las acciones oportunas frente a la empresa adjudicataria, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la contratación administrativa.

III.- Resolución

Por todo lo anteriormente expuesto, y en virtud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente,

RESOLUCIÓN

El Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón ejercer sus potestades de policía en materia de contratación administrativa para garantizar que en la gestión de servicios sanitarios a través de mecanismos de colaboración con entidades privadas se garantiza de manera escrupulosa el cumplimiento de la normativa sobre incompatibilidad del personal a su servicio.