

RES. 276/2020

**RESOLUCION ADOPTADA POR EL
TRIBUNAL DE CUENTAS**

EN SESION DE FECHA 29 DE ENERO DE 2020

(E. E. N° 2019-17-1-0005478, Ent. N° 4327/19)

VISTO: la consulta remitida al amparo del Artículo 112 del TOCAF, por la cual la Administración de los Servicios de Salud del Estado solicita opinión vinculante de este Tribunal respecto a la interpretación del Artículo 46 del TOCAF, a la luz de la modificación introducida por la Ley 19.758 del 17/06/2019;

RESULTANDO: 1) que el objeto de la consulta es: (i) el alcance del “poder de decisión” y en cuáles actos o etapas se considera ejercido dicho poder dentro del proceso de adquisición; (ii) si la declaración jurada de no ingresar en la incompatibilidad dispuesta por el Artículo 46 del TOCAF debe solicitarse a cada uno de los representantes o directores de la firma oferente que figuren en el RUPE; y (iii) cuáles serían los supuestos de incompatibilidad en los casos de convenios de complementación asistencial con instituciones de salud cuando los Directores, representantes o dependientes de la empresa sean a su vez funcionarios de ASSE;

2) que al respecto se ha pronunciado la Asesoría Jurídica de ASSE, cumpliendo con lo dispuesto por la Ordenanza N° 48 dictada por este Tribunal el 19/05/1970. En su informe manifiesta, en lo medular, que la Administración debería controlar si alguno de los integrantes de las empresas oferentes posee vínculo de cualquier naturaleza con ASSE; y en ese caso, analizar si tienen o no poder de decisión en el proceso de adquisición. Además

plantea cuestionamiento respecto a las Cooperativas, hipótesis en la cual el control podría recaer sobre todos los integrantes de la misma o solamente respecto a quienes sean representantes estatutarios de ésta;

3) que asimismo, se plantea la necesidad de precisar el concepto de “dependiente” de la parte oferente y de “proceso de adquisición” al que alude la normativa aplicable. Respecto a este último se establece que “*el proceso de adquisición comprendería desde la decisión de contratar (inicio de la etapa Interna) hasta la eventual instancia jurisdiccional (finalización de la etapa Integrativa), extensión del procedimiento que ameritaría el control preceptuado por la norma en análisis*”. Asimismo, refiere al concepto de “poder de decisión”, entendiéndolo como la “*facultad de elegir entre varias opciones posibles y adoptar resolución al respecto*” lo que se circunscribiría al concepto de “Ordenador del Gasto”. Sin perjuicio de que, una interpretación más amplia, podría incluir a sujetos distintos que tuvieran directa incidencia en las decisiones a adoptar en las diversas etapas del procedimiento;

4) que, por último, el informe letrado señala que, tratándose de Convenios de Complementación Asistencial con otras Instituciones de Salud, habría que seguir la misma línea de análisis, valorando en cada caso si el vínculo implica participación en el proceso de adquisición, y en esa eventualidad, si detentan o no poder de decisión en aquel;

CONSIDERANDO: 1) que el Artículo 46 del TOCAF refiere a la capacidad requerida a las personas físicas y jurídicas, nacionales o extranjeras, para contratar con el Estado, limitándola en ciertos supuestos. De esta manera, el numeral primero establece la imposibilidad de que un funcionario público o quien tenga un vínculo laboral de cualquier naturaleza, contrate con la Administración en la que presta tareas. En consecuencia, no serán admisibles las ofertas presentadas por dichos agentes a título personal, o por personas físicas o jurídicas que integren, representen, dirijan, asesoren o con las que tengan vínculo de dependencia;

2) que, no obstante lo anterior, se exceptúa la prohibición cuando no exista conflicto de intereses o la persona no tenga participación en el proceso de adquisición desarrollado por la Administración. De igual forma, para el particular caso de las contrataciones de ASSE y existiendo vínculo de dirección o dependencia con el oferente, podrá darse curso a la oferta cuando los sujetos no tengan “poder de decisión” en el proceso de adquisición. De tales circunstancias habrá de dejarse constancia expresa en el expediente mediante declaración jurada, sujeta a la pena dispuesta por el art. 239 del Código Penal;

3) que, por otra parte, el recientemente aprobado “Código de Ética de la Función Pública” (Ley 19.823 del 18/09/2019) establece, con carácter general, la prohibición de que los funcionarios públicos contraten con el organismo al que pertenecen, por sí o a través de personas jurídicas con la que mantengan vínculo de dirección o dependencia. Además, de acuerdo a la exposición de motivos de la referida ley, el concepto de funcionario público se toma en sentido amplio, haciendo *“énfasis en el aspecto funcional material de tal calidad, es decir, en el ejercicio de una función orientada hacia la satisfacción del interés público y por tanto regida por el Derecho Público, realizada por personas que se desempeñan en Personas jurídicas de Derecho Público”*;

4) que, por tanto, se trata de una prohibición de intervenir en los procesos de contratación, no solamente desde el punto de vista formal, sino procurando que el funcionario no tenga participación sustancial, dando así primacía al interés general como orientador de la contratación. A pesar de ello y al igual que en la norma antes citada, se exceptúa la prohibición genérica cuando los funcionarios no tengan intervención alguna en la dependencia pública en que actúan en el proceso de la contratación;

5) que, separadamente, el inciso final del Artículo 27 de la Ley 19.823 establece que *“los funcionarios públicos y los organismos a los que pertenecen tienen prohibido celebrar o solicitar a terceros la celebración de contratos de servicios o de obra que tengan por objeto la realización por los mismos funcionarios de las tareas correspondientes a su relación funcional o tareas similares o a cumplirse dentro de su jornada de trabajo en el organismo respectivo”*;

6) que, en cuanto a la capacidad para contratar, las normas bajo estudio refieren a la “prohibición para contratar” y la “capacidad” para contratar, aunque se trata de supuestos de limitación del poder normativo negocial, presupuesto necesario para la contratación. El poder normativo negocial es la posibilidad que el sistema jurídico le asigna a cada persona para crear normas contractuales (Cf. CAFARO y CARNELLI; *“Eficacia contractual”*; FCU: Montevideo, 2012 p. 13), de forma tal que su ausencia determina la inexistencia del contrato. Por tanto, lo que se limita es la posibilidad de crear normas jurídicas contractuales entre un funcionario público –por su calidad de tal- y la Administración en la cual presta funciones; no por cuestiones intrínsecas a los sujetos, sino por la especial relación existente entre ellos. Lo que en el ocurrente tiene su base en la defensa del interés público, y los principios de transparencia, imparcialidad, buena fé y rectitud que rigen la actuación pública;

7) que respecto al vínculo de dependencia, tanto el Artículo 46 del TOCAF como el Artículo 27 de la Ley N° 19.823 refieren en forma amplia a los sujetos que tienen excluido su poder normativo negocial. Debe advertirse que tal prohibición refiere a la existencia de una doble calidad en un mismo sujeto: por un lado su vínculo con el organismo público y, por otro lado, la condición de oferente;

8) que en cuanto al vínculo con la Administración, la disposición del TOCAF prohíbe a los funcionarios públicos y a cualquier

sujeto que mantenga un “*vínculo laboral de cualquier naturaleza*” con la Administración adquirente, la celebración de contratos con ésta. Mientras que el Código de Ética prevé igual prohibición pero solo para los “*funcionarios públicos*”;

9) que, no obstante ello y más allá de que la Ley 19.823 es la disposición más reciente, el Artículo 46 del TOCAF es una norma específica en materia de contratación y es, además, la norma que fue especialmente modificada en materia de contrataciones del organismo consultante (ASSE). Por tal motivo, son sus disposiciones las que deben contemplarse especialmente, no encontrándose derogada por la ley general posterior;

10) que de allí surge que se ha querido regular cualquier vínculo que implique una dependencia, ya sea técnica, económica, jerárquica, etc. Así, quedan abarcados no sólo quienes revisten la calidad de funcionarios públicos, sino también quienes se encuentran contratados, en régimen de arrendamiento de obra o de servicios, e incluso quienes presten funciones a la Administración contratante a través de un tercero que provea el personal;

11) que por otra parte, debe considerarse la calidad que genera el impedimento respecto al oferente. En este sentido, el Artículo 46 del TOCAF establece que no serán admisibles las ofertas cuando el funcionario integre la persona jurídica oferente o se encuentre vinculado por razones de representación, dirección, asesoramiento o dependencia. Mientras que el Artículo 27 de la Ley 19.823 establece el impedimento cuando se mantengan vínculos de dirección o dependencia con firmas, empresas o entidades oferentes. Por lo que, en definitiva, la normativa refiere a un amplio elenco de vínculos entre el funcionario y el oferente, que pudieran determinar un conflicto de interés;

12) que respecto al poder de decisión en el proceso de adquisición, tanto la disposición del TOCAF como la del Artículo 27 del Código de Ética, excepcionan la prohibición cuando los funcionarios en cuestión no tuvieran *“intervención alguna en la dependencia pública en la que actúan en el proceso de la contratación”* (Artículo 27), o cuando *“no tengan poder de decisión en el proceso de adquisición, de lo que deberá dejarse constancia expresa en el expediente mediante declaración jurada”* (Artículo 46);

13) que el proceso de adquisición de la Administración comprende desde la etapa preparatoria hasta el perfeccionamiento del contrato. La primera comienza cuando se detecta la existencia de una necesidad a satisfacer por parte de la Administración, caracterizándose por desarrollarse internamente en el seno de la Administración, sin participación de eventuales interesados en intervenir. Es en esta etapa que se estiman las necesidades, se reserva el gasto estimado, se determina el proceso de contratación a implementar, y de corresponder, se confeccionan los pliegos de condiciones para el llamado. Luego, se evaluarán las ofertas y en función del análisis que realice la Administración, se adjudicará la licitación a uno de los oferentes; perfeccionando el contrato;

14) que la exclusión referida a que el funcionario no tenga poder de decisión en el proceso de contratación, implica que éste no tenga participación en las decisiones que se tomen por la Administración durante cualquiera de las etapas del proceso de contratación. Esto es, no sólo que no sea formalmente quien adopte las Resoluciones pertinentes, sino que tampoco tome intervención de forma indirecta o meramente interna, de forma que pudiera generarse un conflicto de interés;

15) que en función de lo que viene de analizarse, y sin perjuicio de que corresponderá analizar cada caso de forma particular, se concluye en términos generales que: **(i)** en cuanto al alcance de “poder de decisión” en el proceso de adquisición al que refiere el Artículo 46 del TOCAF,

éste debe tomarse en sentido amplio como cualquier intervención en todo el proceso de contratación. Esto incluye la fase preparatoria, al formular los pliegos; pero también en todas las actuaciones que correspondan hasta el perfeccionamiento del contrato, por lo que no puede equipararse al concepto de “Ordenador del Gasto”; **(ii)** respecto a los sujetos obligados a presentar declaración jurada de no ingresar en la incompatibilidad, la obligación alcanza a quienes revistan las calidades referidas por la norma prohibitiva; es decir, que tengan doble vínculo con el oferente y con la Administración adquirente. Por lo que deberá exigirse la Declaración Jurada que habilita la contratación (Cf. Resolución N° 3827/16 dictada por este Tribunal el 03/11/2016) a todas aquellas personas que revistan las condiciones establecidas en las disposiciones bajo análisis de acuerdo a lo establecido en los Considerandos 8) a 11) de la presente; **(iii)** acerca de cuáles serían los supuestos de incompatibilidad en los casos de convenios de complementación asistencial con instituciones de salud, éstos surgen de la existencia de las dos calidades en un mismo sujeto. Es decir, que la misma persona sea funcionario público (con el alcance ya analizado) y que se encuentre vinculado a la persona jurídica que pretende contratar con la Administración (en función de los vínculos ya individualizados);

16) que este Tribunal, por Resolución de fecha 30/06/04 dispuso que las consultas que a partir de dicha fecha se le cursen, deben ser formuladas por el Jerarca máximo del servicio, en forma escrita y venir acompañadas por la opinión de los servicios técnicos del Organismo consultante. Las consultas así formuladas tendrán carácter vinculante de acuerdo a lo establecido por el Artículo 112 del TOCAF, extremos que concurren en la especie;

ATENCIÓN: a lo precedentemente expuesto y a lo dispuesto por el Artículo 112 del TOCAF;

EL TRIBUNAL ACUERDA

- 1)** Expedirse en los términos de los presentes Considerandos y;
- 2)** Devolver los antecedentes.

ag