

# NOTA DE LEGISLACIÓN

## INICIO Y FIN DE UNA INCOVENIENTE SOLUCIÓN INCORPORADA POR LA LEY N° 19.758 AL ARTÍCULO 46 DEL TOCAF \*

*Miguel Bonomi Santurio\*\**

**RESUMEN:** *La Ley N° 19.758 incorporó al numeral 1) del artículo 46 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) un inciso por el cual se crea una excepción en favor de la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), que permite a sus funcionarios contratar con el Estado bajo determinados supuestos.*

*Esta excepción plantea algunos cuestionamientos acerca de los conflictos de intereses en el ámbito de la contratación pública y respecto de sus limitaciones, lo que debe ser contemplado y armonizado con lo previsto en el artículo 27 del Código de Ética en la Función Pública, recientemente aprobado por la Ley N° 19.832, que nos lleva a concluir que con base en los principios de jerarquía, especialidad y temporalidad de las normas, que ha operado una derogación tácita y parcial del artículo 46 del TOCAF.*

**PALABRAS CLAVE:** *Conflicto de intereses. TOCAF. Excepción. Capacidad para contratar. Derogación tácita y parcial.*

**ABSTRACT:** *Law No. 19.758 incorporated into Article 46 (1) of the Orderly Text of Accounting and Financial Management a subsection which creates an exception in favour of the State Health Services Administration, which allows its officials to contract with the State under certain assumptions.*

*This exception raises some questions about conflicts of interest in the field of public procurement and its limitations, what should be envisaged and harmonized with Article 27 of the Civil Service Ethics Code, recently*

---

\* Las opiniones vertidas en este trabajo, de carácter teórico, no comprometen las opiniones ni las posiciones que el autor adopte en su desempeño técnico-profesional en el Tribunal de Cuentas.

\*\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República, U.R.), Docente Ayudante de Derecho Constitucional (U.R.), Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo (U.R.), Abogado en el Tribunal de Cuentas. Contacto: miguelbonomi.1@gmail.com

*approved by Law No. 19.832 which leads us to conclude that based on the principles of hierarchy, specialty and temporality of legal norms, a tacit and partial repeal of article 46 of the Orderly Text has operated.*

**KEY WORDS:** *Conflict of interests – TOCAF – Exception – Capacity to contract – Tacit and partial repeal*

## I. INTRODUCCIÓN

El Poder Ejecutivo con fecha 24 de mayo de 2019 promulgó la Ley N° 19.758 incorporando un nuevo inciso al numeral 1) del artículo 487 de la Ley N° 15.903 de 10 de noviembre de 1987, en la redacción dada por los artículos 27 de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011 y 22 de la Ley N° 19.355 de 19 de diciembre de 2015.<sup>1</sup>

La norma señalada se trata del artículo 46 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), consolidado y sistematizado por Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012, relativo a la capacidad para contratar con el Estado, que quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 46.- Están capacitados para contratar con el Estado las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que teniendo el ejercicio de la capacidad jurídica que señala el derecho común, no estén comprendidas en alguna disposición que expresamente se lo impida o en los siguientes casos:

*1) Ser funcionario de la Administración contratante o mantener un vínculo laboral de cualquier naturaleza con la misma, no siendo admisibles las ofertas presentadas por este a título personal, o por personas físicas o jurídicas que la persona integre o con las que esté vinculada por razones de representación, dirección, asesoramiento o dependencia. No obstante, en este último caso de dependencia podrá darse curso a las ofertas presentadas cuando no exista conflicto de intereses y la persona no tenga participación en el proceso de adquisición. De las circunstancias mencionadas, deberá dejarse constancia expresa en el expediente.*

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, en el caso de la Administración de los Servicios de Salud del Estado, cuando se trate de vínculo de dirección o dependencia, podrá darse curso a las ofertas cuando las personas no tengan poder de decisión en el proceso de adquisición, de lo que deberá dejarse constancia expresa en el expediente mediante declaración jurada, sujeta a la pena dispuesta por el artículo 239 del Código Penal.

*2) Estar suspendido o eliminado del Registro Único de Proveedores del Estado.*

3) No estar inscripto en el Registro Único de Proveedores del Estado de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.

4) Haber actuado como funcionario o mantenido algún vínculo laboral de cualquier naturaleza, asesor o consultor, en el asesoramiento o preparación de pliegos de bases y condiciones particulares u otros recaudos relacionados con la licitación o procedimiento de contratación administrativa de que se trate.

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el día 17 de junio de 2019. Disponible en: <http://www.impo.com.uy> Fecha de consulta: 01.10.2019.

5) Carecer de habitualidad en el comercio o industria del ramo a que corresponde el contrato, salvo que por tratarse de empresas nuevas demuestren solvencia y responsabilidad.

En las siguientes líneas nos proponemos abordar el trámite parlamentario por el que discurrió el proyecto de ley promovido desde el Poder Ejecutivo, repasando previamente algunas consideraciones que estimamos relevantes para comprender la cuestión de fondo.

Luego de ello, estaremos finalmente en condiciones de establecer algunas primeras apreciaciones sobre la nueva modificación aprobada y plantear algunos problemas de armonización del numeral 1) del artículo 46 del TOCAF en función del nuevo Código de Ética en la Función Pública recientemente aprobado.

## II. CONSIDERACIONES PREVIAS CON INCIDENCIA EN LA TEMÁTICA

En el mes de septiembre de 2016, la Administración de los Servicios de Salud del Estado (en adelante “ASSE”) remitió al Tribunal de Cuentas (en adelante “TC”, “el Tribunal” o “la Corporación”) una consulta relacionada con los posibles conflictos de intereses en situaciones que involucren a trabajadores dependientes de esa Administración estatal que, asimismo, desarrollen actividades en el ámbito privado.

El Tribunal, por Resolución N° 3827/16 de 3 de noviembre de 2016, al evacuar la consulta, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 del TOCAF tiene efecto vinculante en el caso concreto, consideró que debía tenerse especialmente presente el Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003 (en concreto el artículo 29 sobre la obligación de presentar declaración jurada en los casos de posibles implicancias) y los artículos 46 y 76 del propio TOCAF.

En lo medular, la Corporación señaló:

“4) que en función de lo previsto en los artículos mencionados, la Administración puede controlar en el RUPE [Registro Único de Proveedores del Estado] la información de las empresas oferentes. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 155/013 en su Literal b) prevé que los proveedores deberán acreditar la documentación referente a sus socios o directores y sus representantes con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente, incluyendo nombre, apellido, documento de identidad y cargo;

“5) que en consecuencia, la Administración puede realizar cruzamiento de datos con el RUPE tanto al momento de la apertura de ofertas como en las posteriores etapas del proceso de contratación (...)”

“6) que asimismo, correspondería incluir en los Pliegos de Condiciones Particulares que redacte la Administración, como requisito de admisibilidad, la obligación para las empresas que se presenten de presentar declaración jurada de que no ingresan en la incompatibilidad prevista en el Artículo 46 del T.O.C.A.F.;

(...)

8) la Administración debe utilizar el mecanismo de declaración jurada de implicancias a efectos de conocer las vinculaciones de sus funcionarios (Artículo 29 Decreto 30/003), y por otra parte, en relación a las empresas proveedoras, es susceptible de requerir en las bases del llamado la presentación de declaración jurada de no encontrarse en las

*situaciones que prevé el Artículo 46 del T.O.C.A.F. que les impide contratar con el Estado, todo ello como medidas preventivas;*

*9) que asimismo, la información que proporciona el Registro Único de Proveedores del Estado, brinda elementos necesarios para efectuar el cruzamiento de datos, fortaleciendo el principio de transparencia previsto en el Artículo 149 Literal H) del T.O.C.A.F.”.<sup>2</sup>*

Posteriormente, el Tribunal ante una nueva consulta remitida por ASSE en el mes de enero de 2017, concerniente a una licitación pública en la que se presentó una sola firma oferente con aparentes conflictos de intereses de sus integrantes, se expidió por Resolución N° 584/17, de 15 de febrero de 2017, en los siguientes términos:

“1) que, en la especie, prima la aplicación de lo previsto por el Artículo 46 del TOCAF por sobre lo dispuesto en el Artículo 25 del Decreto 30/003 de 23 de enero de 2003. Ello por cuanto se debe estar a los principios de jerarquía y tiempo en la ordenación de las normas jurídicas que tratan sobre la misma materia. En lo que refiere a la jerarquía, el artículo 46 del TOCAF recoge lo dispuesto por el Artículo 27 de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011, por lo que la ley, al ser una norma jerárquicamente superior al decreto, prima sobre éste. Asimismo, la citada ley ha sido dictada con posterioridad al decreto, por lo que prevalece lo dispuesto en ella;

(...)

*3) que de acuerdo con lo mencionado en el citado artículo, la autorización para dar curso a las ofertas se prevé únicamente para los casos de dependencia y no en los supuestos de representación, dirección, asesoramiento o dependencia, en los cuales rige la prohibición de no ser funcionario público de la Administración contratante o mantener un vínculo laboral de cualquier naturaleza con la misma;*

*4) que a los efectos de identificar a la Administración contratante, puede estarse al sistema orgánico correspondiente o a la persona jurídica cuya voluntad es expresada (Artículo 1247 del Código Civil), pero no a la unidad ejecutora específica. En este caso, la Administración contratante es ASSE. En efecto, la persona jurídica que contrata es ASSE y quien resuelve en última instancia la contratación es el jerarca máximo del sistema orgánico, teniendo presente que es ante o para éste que se recurren los actos administrativos. Asimismo, cualquier tipo de demanda jurisdiccional para su validez debe ser presentada contra ASSE y no solo contra sus unidades ejecutoras, expresándose en este supuesto que el sujeto del vínculo jurídico que existe es la persona jurídica”.<sup>3</sup>*

Ante el posicionamiento adoptado por el TC, las autoridades del Ministerio de Salud Pública (en adelante “MSP”) en conjunto con las autoridades de ASSE<sup>4</sup> señalaron públicamente que el Tribunal de Cuentas ha tenido distintas interpretaciones sobre el tema de los conflictos de intereses, lo que no brinda certezas en cuanto a las limitaciones para

<sup>2</sup> Tribunal de Cuentas. Resolución N° 3827/16 de 3 de noviembre de 2016. Disponible en [www.tcr.gub.uy](http://www.tcr.gub.uy) Fecha de consulta: 02.10.2019.

<sup>3</sup> Tribunal de Cuentas. Resolución N° 584/17 de 15 de febrero de 2017. Disponible en [www.tcr.gub.uy](http://www.tcr.gub.uy) Fecha de consulta: 02.10.2019.

<sup>4</sup> Las expresiones vertidas en este sentido se encuentran recogidas en la Versión Taquigráfica de la reunión del día 2 de octubre de 2018 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. Carpeta N° 1184/2018. Distribuido N° 2066. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

contratar con el Estado, las que eventualmente pueden variar dependiendo de la integración del Órgano de contralor.

Y si bien consideran correcto que se impidan los conflictos de intereses, desde ASSE manifestaron que la extensión dada actualmente al artículo 46 del TOCAF los limita, razón por la cual se hicieron eco de las conclusiones vertidas por la profesora doctora Cristina VÁZQUEZ en unas jornadas de transparencia llevadas a cabo en mayo de 2018 y que fueran publicadas por ASSE,<sup>5</sup> en las que manifestó, entre otras cosas que:

“bii. Específicamente respecto de la expresión “Administración contratante”, se advierte que el numeral 1° del artículo 43 nos remite a las dependencias en cuyo ámbito de competencia actúan los “ordenadores de gastos”; en el artículo 63 se alude al resguardo de las ofertas presentadas en las reparticiones respectivas, y en el artículo 75, a la dependencia bajo jerarquía del ordenador con competencia para autorizar la cesión de un contrato.

biii. En definitiva, la interpretación gramatical y contextual del primer numeral del artículo 46 apunta en el sentido de que el legislador ha utilizado las expresiones “empresa contratante” o “ente contratante” cuando ha querido referir a la “persona jurídica contratante”; en cambio, ha empleado la expresión “Administración contratante”, para aludir a las diversas dependencias o reparticiones bajo jerarquía de los ordenadores de gastos.

4. Con criterio teleológico, advertimos que el numeral primero del artículo 46 se dirige a prevenir los conflictos de interés en la contratación del Estado, como una norma más entre las que dictan reglas de conducta de la función pública (Leyes N.º 17.008 y N.º 17.060, Decreto reglamentario N.º 30/003, por ejemplo). En el caso del Decreto N.º 30/003, se exceptúa de la prohibición de contratar con el organismo a que pertenece el funcionario, a los que “no tengan intervención alguna en la dependencia pública en que actúan en el proceso de la contratación, siempre que informen por escrito y sin reticencias al respecto a su superior”. Igual sentido tienen las disposiciones contenidas en el artículo 72 del propio TOCAF y en el artículo 3.º del Decreto N.º 500/991, aplicaciones ambas del principio de imparcialidad.

*5. A partir de lo expuesto, puede concluirse que también a la luz de los criterios que consultan la ratio juris y la finalidad del precepto, la interpretación del numeral 1.º del artículo 46 del TOCAF conduce a la perspectiva de que no existe impedimento para contratar con el Estado cuando no se es funcionario o no se tiene relación laboral con la “Administración contratante” en el sentido de dependencia o repartición bajo jerarquía del ordenador del gasto respectivo.”<sup>6</sup>*

<sup>5</sup> Administración de los Servicios de Salud del Estado. *Terceras Jornadas de Transparencia*. Unidad de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Montevideo, octubre de 2018. Disponible en:

[https://www.google.com.mx/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwidtrNgYvlAhUbILkGHTkSDwwQFjALegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.asse.com.uy%2Faucdocumento.aspx%3F8491%2C75156&usg=AOvVaw23\\_Jswz50DrBODKFzE30dA](https://www.google.com.mx/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwidtrNgYvlAhUbILkGHTkSDwwQFjALegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.asse.com.uy%2Faucdocumento.aspx%3F8491%2C75156&usg=AOvVaw23_Jswz50DrBODKFzE30dA) Fecha de consulta: 02.10.2019.

<sup>6</sup> VÁZQUEZ, Cristina. Ponencia relativa a la “Interpretación del Alcance del Artículo 46, Numeral 1.º del TOCAF” en *Terceras Jornadas...* Cit. pp. 40-58.

### III. TRÁMITE PARLAMENTARIO

#### III.1. Antecedente

El proyecto de Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 2017,<sup>7</sup> remitido por el Poder Ejecutivo en junio de 2018, preveía en su artículo 18 modificar la redacción del artículo 46 del TOCAF, concretamente de su numeral 1), proponiendo que la redacción de la prohibición de los funcionarios públicos para contratar con el Estado fuera formulada así:

*1) Ser funcionario público del órgano competente para contratar y gastar, mantener un vínculo directo o indirecto, de naturaleza laboral o contractual con el mismo, o desarrollar tareas de planificación, supervisión o control sobre el referido órgano, no siendo admisibles las ofertas presentadas por éste a título personal, o por personas físicas o jurídicas que la persona integre o con las que esté vinculada por razones de representación, dirección, asesoramiento o dependencia. No obstante, en este último caso de dependencia, podrá darse curso a las ofertas presentadas cuando no exista conflicto de intereses y la persona no tenga participación en el proceso de contratación. De las circunstancias mencionadas, deberá dejarse constancia expresa en el expediente.*

El fundamento esgrimido en dicha oportunidad por el Poder Ejecutivo fue la necesidad de *“corregir la norma en tanto su contenido refiere a quienes están habilitados para contratar con el Estado y no a un tema de capacidad jurídica. El sujeto puede ser capaz e igualmente encontrarse inhibido para contratar con el Estado. Asimismo, se aclaran las inhibiciones que únicamente se vinculan a los proveedores, eliminando otras que, por el contrario, configuran una restricción al acceso de proveedores nuevos”*.<sup>8</sup>

No obstante, el artículo proyectado fue suprimido de la rendición de cuentas por la Cámara de Representantes, siendo desglosado para su tratamiento como un tema por separado a estudiar en profundidad a pedido de los representantes de los partidos políticos de la oposición.

#### III.2. Iniciativa del Poder Ejecutivo

Con fecha 25 de septiembre de 2018 reingresó a estudio del Poder Legislativo la modificación de marras con un mensaje del Poder Ejecutivo motivado en las razones y necesidades antes señaladas.

Entrado el asunto a la Presidencia de la Asamblea General, este fue destinado a la Cámara de Senadores, la que por resolución del Cuerpo derivó el asunto a estudio de la Comisión respectiva.

<sup>7</sup> Comisión de Presupuesto integrada con Hacienda de la Cámara de Senadores. Mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo. Carpeta N°1150/2018. Distribuido N° 2032/2018. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

<sup>8</sup> Comisión de Presupuesto integrada con Hacienda de la Cámara de Senadores. Fundamentación del articulado del Poder Ejecutivo. Carpeta N°1150/2018. Distribuido N°2032/2018. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

### III.2.1. Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores

La Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores debatió ampliamente en su seno la modificación de referencia, recibiendo en diferentes oportunidades a las autoridades del MSP y ASSE por un lado, y a las del TC por otro, para conocer sus puntos de vista.

En ese sentido, a la reunión celebrada el 2 de octubre de 2018 acudieron las autoridades del MSP y ASSE.<sup>9</sup>

El Ministro de Salud Pública, doctor Jorge BASSO, expresó que *“El artículo 46 del TOCAF establece algunas precisiones, pero en el correr del tiempo su interpretación ha tenido distintas variantes que no generan las mejores condiciones para que las reglas de juego establezcan con total precisión cuáles son las inhibiciones o las situaciones que hay que preservar en torno a los conflictos de intereses o al intercambio de proveedores.”*

Por su parte, la representante de los Servicios Jurídicos de la cartera ministerial explicó el alcance del proyecto por el que *“se establece una excepción respecto de ASSE –que está enmarcada en ciertas categorías– que refiere a que existe un vínculo de dirección o de dependencia del funcionario público, en este caso, que trabajaría en ASSE, respecto de la institución de salud que le brindaría el servicio a ASSE. Esas son las dos categorías que se estarían estableciendo dentro de la excepción. Entonces, si se dan esas dos categorías, es decir, que la empresa que brinda servicios de salud oferente en ASSE tiene dentro de su personal dependiente o en su órgano de dirección a una persona que, a su vez, cumple función como funcionario público en ASSE, en ese caso, igual se puede dar lugar a la oferta, siempre y cuando esa persona no tenga poder de decisión en esa contratación de la empresa prestadora de servicios de salud. Lo que nosotros advertimos, en su caso, es que era conveniente mantener la redacción del artículo 46 que sigue vigente para el régimen general. Advertimos que, en realidad, la excepción refiere a la persona que cumple la función de funcionario público y a su vez está trabajando como dependiente en la empresa oferente de servicios de salud; de todas maneras, se puede contratar a esa empresa si se reúnen esas dos condiciones que también están previstas acá, con una pequeña diferencia: no se trata de que esa persona no participe en el proceso de decisión, sino que no debe participar del proceso de adquisición.”*

Asimismo, se ahondó en el aparente problema interpretativo que supondrían las redacciones dadas a los artículos 25 del del Decreto N° 30/003 y 46 del TOCAF sosteniendo que *“En la propia normativa que rige esta temática de conflictos de intereses ya vemos una diferencia con el Tribunal de Cuentas. Porque, por ejemplo, entiende que el artículo 46, por ser una normativa de rango superior y por ser de fecha posterior al artículo 25 que antes mencioné, debe darle prioridad a este artículo. Además, interpretan que la administración contratante se debe entender como sistema orgánico y no como unidad ejecutora vinculada con la contratación. Ahí está la principal problemática”*.

Sobre este último punto, ASSE presentó en el parlamento el informe con las conclusiones de la profesora Cristina VÁZQUEZ, referenciadas precedentemente (apartado II).

<sup>9</sup> Versión taquigráfica de la reunión del día 2 de octubre de 2018 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. Carpeta N° 1184/2018. Distribuido N° 2066. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

Por su parte, el TC<sup>10</sup> compareció representado por tres de sus miembros a la reunión del día 23 de octubre de 2018. En la ocasión, la presidente, contadora Susana DÍAZ, manifestó que la posición adoptada en mayoría por el Tribunal “*no está de acuerdo con más excepciones al TOCAF porque cree que no son saludables. Es decir, no hay que seguir agregando causales de excepción individuales. No obstante, por mayoría, se votó la posibilidad de plantearles a ustedes la dificultad que tiene el Tribunal de Cuentas en el momento de interpretar. Mejor dicho: hace un tiempo realizó una interpretación sobre el alcance de la palabra «Administración» que figura en el numeral 1° del artículo 46 del TOCAF. Nosotros entendemos que eso es lo que ha provocado una buena cantidad de observaciones por parte del Tribunal, dado que antes los problemas que tenían las unidades ejecutoras eran dentro de sí mismas y no con otras unidades ejecutoras a los efectos de la posibilidad de contratar con el Estado (. . .) Entonces, la mayoría del tribunal decidió que sería muy bueno que se llegara a definir el alcance de la palabra «Administración», a los efectos de aplicarse a todos por igual. Entendemos que, en el caso de ASSE, si la palabra «Administración» se interpreta como que la incompatibilidad es a nivel de unidad ejecutora, eso haría que gran parte de los problemas que ha presentado hasta ahora la contratación de determinado tipo de servicios o personal, estaría bastante mitigada, aunque no eliminada del todo porque conocemos las complicaciones que tiene la salud en el país en general, sobre todo, en el interior*”.<sup>11</sup>

Concluido el estudio por la Comisión, el 6 de noviembre de 2018 aprobó por 8 votos en 9 un texto sustitutivo al propuesto por el Poder Ejecutivo, redactado en los siguientes términos:

Artículo único.- Sustitúyese el numeral 1) del artículo 487 de la Ley n.º 15.903, de 1 de noviembre de 1987 (numeral 1 del artículo 46 del TOCAF 2012) por el siguiente:

“1) Ser funcionario de la Administración contratante o mantener un vínculo laboral de cualquier naturaleza con la misma, no siendo admisibles las ofertas presentadas por este a título personal, o por personas físicas o jurídicas que la persona integre o con las que esté vinculada por razones de representación, dirección, asesoramiento o dependencia. Podrá darse curso a las ofertas presentadas cuando no exista conflicto de intereses y la persona no tenga participación en el proceso de contratación. De las circunstancias mencionadas, deberá dejarse constancia expresa en el expediente mediante declaración jurada, sujeta a la pena dispuesta por el artículo 239 del Código Penal.

*Establécese con carácter interpretativo, que la referencia a la Administración contratante realizada en el presente numeral, comprende a las Unidades Ejecutoras de los Incisos del Presupuesto Nacional.*<sup>12</sup>

<sup>10</sup> A la reunión de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores del día 23 de octubre de 2018 asistieron representando al Tribunal de Cuentas su presidente, contadora Susana DÍAZ, el ministro magister ingeniero Miguel AUMENTO y el ministro doctor Francisco GALLINAL. Versión Taquigráfica contenida en Carpeta N°1184/2018. Distribuido N° 2164.

Disponibile en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

<sup>11</sup> En el anterior TOCAF, del año 1996, el numeral 1) del artículo 43 (actual 46) establecía que para contratar con el Estado no se podía “*Ser funcionario público dependiente de los organismos de la Administración contratante...*”.

<sup>12</sup> Versión taquigráfica de la reunión del día 6 de noviembre de 2018 de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores. Carpeta N°1184/2018. Distribuido N° 2192. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

### III.2.2. Cámara de Senadores

El Pleno de la Cámara de Senadores en su 43ª Sesión Ordinaria<sup>13</sup>, celebrada el día 14 de noviembre del año 2018, sometió a consideración de sus miembros el proyecto de ley aludido.

En dicha instancia, los senadores Pablo MIERES y Pedro BORDABERRY ofrecieron reparos al proyecto, manifestando este último que *“La norma anterior permitía dar curso a las ofertas presentadas solamente cuando no existían conflictos de intereses, y cuando la persona no tenía participación en procesos de contratación, en el caso de dependencia. Acá se puede dar curso, no solamente en el caso de dependencia, sino también en el caso de representación, dirección o asesoramiento. O sea que puede ocurrir que un jerarca esté asesorando a una empresa, que el día de mañana la termine dirigiendo, y que después diga que no interviene, lo que habilita a que se pueda hacer la compra”*.

A raíz de los intercambios fue solicitado un cuarto intermedio por los senadores integrantes de la Comisión de Constitución y Legislación, quienes propusieron un artículo sustitutivo dada la dificultad del proyecto de ley, considerando, además, según consignó el senador informante Charles CARRERA, que *“El Tribunal de Cuentas hizo un gran esfuerzo para lograr una solución pero, en definitiva, dictaminó que quedaba a lo que definieran los señores legisladores, que somos quienes tenemos competencia para legislar. Luego el Tribunal acatará lo que decidamos”*.

La redacción sustitutiva contempló lo señalado por los legisladores preopinantes y, finalmente obtuvo media sanción por parte del Senado por 26 votos en 28, quedando formulada de la siguiente manera:

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, en el caso de la Administración de los Servicios de Salud del Estado, cuando se trate de vínculo de dirección o dependencia, podrá darse curso a las ofertas cuando las personas no tengan poder de decisión en el proceso de adquisición, de lo que deberá dejarse constancia expresa en el expediente mediante declaración jurada, sujeta a la pena dispuesta por el artículo 239 del Código Penal.

### III.2.3. Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes

La Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración<sup>14</sup> de la Cámara de Representantes en reunión del 2 de abril de 2019, con base en los antecedentes provenientes del Senado, aprobó elevar a la consideración del Cuerpo el proyecto de ley por 7 votos en 7.

<sup>13</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Cuarto Período Ordinario de la XLVIII Legislatura. 43.ª Sesión Ordinaria de 14 de noviembre de 2018 (Tomo N° 589). Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

<sup>14</sup> Versión taquigráfica de la reunión del día 8 de mayo de 2019 de la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes. Carpetas N°. 3506/2018. Versión Taquigráfica N° 2090. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

### III.2.4. Cámara de Representantes

La Cámara de Representantes<sup>15</sup> dio sanción definitiva al proyecto de ley en su 14ª Sesión Ordinaria, de 14 de mayo de 2019, por 50 votos en 74 presentes.

Cabe apreciar, que durante la discusión en el Pleno, previo a la votación, algunos representantes de los partidos políticos de la oposición mocionaron sin éxito que el tema fuera devuelto a estudio de la Comisión.

### III.2.5. Promulgación

El Poder Ejecutivo actuando en Consejo de Ministros promulgó con fecha de 24 de mayo de 2019 la Ley N° 19.758, la que posteriormente fue publicada en el Diario Oficial de 17 de junio de 2019.

## IV. APRECIACIONES

La solución a la que arribó finalmente el legislador no soluciona el problema de fondo en la medida que los conflictos de intereses subsisten, por cuanto la cuestión está más bien ligada a una fuerte connotación ética, particularmente en lo que hace a la ética en la función pública.

La opción del legislador simplemente desprovee a este tipo de implicancias de ulteriores consecuencias que se pudieran derivar en aplicación de otras previsiones de nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque la intención del legislador sea loable, lo que consiguió por esta vía ha sido legitimar el conflicto de intereses en un ámbito determinado y ante condiciones específicas, creando una excepción.

Como resultado, no se han atendido específicamente las causas del problema, así como tampoco sus efectos y sus posibles soluciones, ya sean estas de tipo preventivo o correctivo.

Todo ello supone un mal precedente, que eventualmente, puede servir como justificación para ser replicado a instancia de otros Organismos públicos.

Al mismo tiempo, cabe apreciar, que seguir legislando con base en las excepciones es de mala técnica y además, en el caso concreto, resulta incongruente y carente de toda lógica o razón que la norma que regula la capacidad para contratar con el Estado contenga una excepción. Pues bien, o se tiene la capacidad para contratar o simplemente no se la tiene; se está impedido de contratar o no se lo está, o bien se le es prohibido contratar o se le es permitido.

Lo que en realidad se ha logrado sortear con esta norma son las observaciones por parte del Tribunal de Cuentas, lo que eventualmente se ve atemperado por dos grandes factores. En primer lugar, por cuanto no existen indicadores ni sanciones para aquellos organismos por la cantidad y el tipo de observaciones que han recibido. Y en segundo lugar, en razón

---

<sup>15</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes. Quinto Período Ordinario de la XLVIII Legislatura. 14.ª Sesión Ordinaria (Diario N.º 4228) 14 de mayo de 2019. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/141420> Fecha de consulta: 02.10.2019.

de lo previsto por el artículo 211 literal B) de la Constitución que permite a los organismos continuar con el gasto, al prever que en caso de observaciones que “*Si el ordenador respectivo insistiera, lo comunicará al Tribunal sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto*”. Y “*Si el Tribunal de Cuentas, a su vez, mantuviera sus observaciones, dará noticia circunstanciada a la Asamblea General, o a quien haga sus veces, a sus efectos.*”

Con independencia de las apreciaciones que se puedan seguir formulando respecto de la solución legislada, debe tenerse en cuenta que el Poder Ejecutivo promulgó, con posterioridad, la Ley N° 19.823 de 18 de septiembre de 2019 por la que se aprueba el Código de Ética en la Función Pública.

El artículo 27, contenido en el Capítulo III de dicho Código, relativo a la prohibición de contratar y que reproduce con pequeños ajustes el artículo 25 del Decreto N° 30/003, prevé que:

Queda prohibido a los funcionarios públicos contratar con el organismo a que pertenecen y mantener vínculos por razones de dirección o dependencia con firmas, empresas o entidades que presenten ofertas para contratar con dicho organismo.

No obstante, en este último caso, quedan exceptuados de la prohibición los funcionarios que no tengan intervención alguna en la dependencia pública en que actúan en el proceso de la contratación, siempre que informen por escrito y sin reticencias al respecto a su superior. Si al momento de ingresar a la función pública estuviere configurada o en condiciones de configurarse dicha situación, el funcionario deberá informar por escrito y sin reticencias al respecto.

Esta prohibición se extiende a las contrataciones realizadas a solicitud de la Administración a que el funcionario pertenece por organismos internacionales o mediante la ejecución de proyectos por terceros.

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.

En consecuencia, con base en los principios normativos de jerarquía, especialidad y temporalidad, puede concluirse que la modificación introducida por la Ley N° 19.758 se encuentra derogada y, en su mérito, el artículo 46 del TOCAF en la redacción dada al artículo 487 de la Ley N° 15.903 de 10 de noviembre de 1987, por los artículos 27 de la Ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011 y 22 de la Ley N° 19.355 de 19 de diciembre de 2015, se encuentra derogado tácitamente en forma parcial.

En concreto, estamos ante dos normas de igual jerarquía emanadas del Poder Legislativo, las que siguieron el procedimiento constitucionalmente previsto para su elaboración.

En cuanto, a su temporalidad, prima la solución más reciente en el tiempo, por cuanto la ley posterior deroga a la anterior (“*lex posterior derogat priori*”).

Y en lo que respecta a la especialidad de la norma, que podría ser el punto más controvertible, entendemos que está dada en razón de la materia y su contenido. En este

caso, la disposición aborda la materia “contratación pública” y en particular su contenido apunta a la “prohibición de contratar”.

El carácter de especialidad, pues, no podría objetarse alegando que la materia que aborda la ley no es específica en materia de contratación pública por tratarse de un código que regula las prácticas de actuación en la función pública. Este argumento se ve contrarrestado por el hecho de que el artículo 46 del TOCAF (según Decreto 150/012) no está contenido en una norma jurídica destinada a regular la contratación administrativa. Por el contrario, está comprendida en la Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 1986 (artículo 487) y sus posteriores modificaciones en la Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 2010 (artículo 27) y la Ley del Presupuesto Nacional del Período 2015-2019 (artículo 22), que de acuerdo con el artículo 216 de la Constitución de la República “*No se incluirá ni en los presupuestos ni en las leyes de Rendición de Cuentas, disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato de Gobierno ni aquellas que no se refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución.*”

En lo que respecta a la excepción prevista para ASSE, consideramos que si la intención era mantenerla, hubiera correspondido dejarla establecida a texto expreso.

Esta derogación que ha operado en forma tácita y parcial afecta principalmente la interpretación y aplicabilidad efectiva del numeral 1) del artículo 46 del TOCAF, por cuanto:

- A) Establece que la prohibición de contratar alcanza “*a los funcionarios públicos*”, lo que restringiría el concepto que anteriormente comprendía ampliamente al “*funcionario de la Administración contratante*”.
- B) La prohibición de contratar refiere al “*organismo a que pertenece el funcionario*” y no a “*la Administración contratante*”.
- C) Quedaría prohibido a los funcionarios públicos “*mantener vínculos por razones de dirección o dependencia con firmas, empresas o entidades que presenten ofertas*” a diferencia de la normativa anterior que aludía a “*mantener vínculos por razones de representación, dirección, asesoramiento o dependencia*”.
- D) Deroga tácitamente el inciso segundo que contiene la excepción en favor de ASSE.

En lo que hace a los aspectos contemplados en los literales A, B y C aludidos, estos no pueden ser interpretados y aplicados aisladamente sin tener en cuenta lo previsto en el artículo 4° del propio Código de Ética en la Función Pública que establece que sus disposiciones son de aplicación “*sin perjuicio de aquellas normas dirigidas a determinado funcionario o grupo de funcionarios públicos que prescriban exigencias especiales o mayores que las estipuladas en esta ley*”.

No obstante, el mayor problema radica en el alcance que se le pueda atribuir a las expresiones “Administración contratante” y “organismo”, lo que supone un gran desafío para los diferentes operadores (proveedores, administraciones y organismos contratantes, órganos de contralor) a la hora de armonizar la norma jurídica a ser aplicada.

Se deberá dilucidar si se está hablando de sinónimos, o bien de expresiones con diferente alcance. Y en este caso, la cuestión radicará en saber si el término “organismo” debe ser entendido como persona jurídica en la que se inserta la Administración contratante, o bien como repartición (Unidad Ejecutora) de la Administración contratante, lo que varía según

se comparta la posición doctrinal en la que se sustentó ASSE o el criterio señalado por el Tribunal de Cuentas explicitado en sus consultas vinculantes.

En definitiva, sigue sin existir un abordaje en concreto de los conflictos de intereses, así como legislación tendiente a la prevención, detección y eventual sanción, no siendo suficientes el instrumento de la declaración jurada o la amenaza de sanción en aplicación del artículo 239 del Código Penal. Es necesario contemplar otros instrumentos como por ejemplo las denominadas “banderas rojas” que son indicadores *“de alerta de un posible fraude o corrupción. Se trata de un elemento o una serie de elementos de carácter atípico o que difieren de la actividad normal. Constituyen, por tanto, una señal de que algo se sale de lo habitual y debe examinarse con más detenimiento”*<sup>6</sup> y, por supuesto, es imperioso que sea dictada en forma urgente y definitiva la Ley de Contabilidad en los términos establecidos por el artículo 213 de la Constitución, como forma de uniformizar y establecer criterios claros que den certeza jurídica en materia de contratación pública.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

- Administración de los Servicios de Salud del Estado. Terceras Jornadas de Transparencia. Unidad de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Montevideo, octubre de 2018. Disponible en: [https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwidtrNgYv1AhUbILkGHTkSDwwQFjALegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.asse.com.uy%2Faucdocumento.aspx%3F8491%2C75156&usg=AOvVaw23\\_Jswz50DrBodKFzE30dA](https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwidtrNgYv1AhUbILkGHTkSDwwQFjALegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.asse.com.uy%2Faucdocumento.aspx%3F8491%2C75156&usg=AOvVaw23_Jswz50DrBodKFzE30dA)  
Fecha de consulta: 02.10.2019.
- Comisión Europea. Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude (OLAF). Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de la gestión, p. 24. Disponible en: <https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwimv5Pmhov1AhUII7kGHe3wCgoQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsfsc%2Fsites%2Fsfsc2014%2Ffiles%2Fsfsc-files%2Fguide-conflict-of-interests-ES.pdf&usg=AOvVaw2PrVd857XyfwJwMeKwltgH>  
Fecha de consulta: 02.10.2019.

Fecha de recepción: 7 octubre 2019.

Fecha de aceptación: 30 noviembre 2019.

