



Gobierno de la Provincia de Mendoza
República Argentina

Informe

Número:

Mendoza,

Referencia: OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE INCOMPATIBILIDAD DE LOS AGENTES PÚBLICOS PARA CELEBRAR CONTRATACIONES CON EL ESTADO PROVINCIAL

REF.: OPINIÓN CONSULTIVA S/ INCOMPATIBILIDAD DE LOS AGENTES PÚBLICOS PARA CELEBRAR CONTRATACIONES CON EL ESTADO PROVINCIAL (EX-2024-08586646- -GDEMZA-CGPROV#MHYF)

En el orden 11 del expediente de referencia Contaduría General solicita "que se tome conocimiento y se produzca la baja del proveedor en incompatibilidad del RUP. Caso contrario funde criterio".

Compulsadas las actuaciones se verifica que en el orden nro 3, Subdirección de Cómputos de Contaduría General informa estado de situación de la **proveedora Roldán María Elvira, N° de proveedor SIDICO 35.817 CUIT 27- 17084367** indicando que "presta servicios en el Área Departamental de Salud de Maipú" y "que provee bienes" teniendo imputaciones en múltiples CUC de administración central, reparticiones descentralizadas y otros entes".

En el orden 5 Contaduría General de la Provincia solicita opinión a la Oficina de Investigaciones Administrativas y Ética Pública, consultando concretamente: **¿puede un sujeto sometido al régimen de empleo público ser proveedor del estado?**

En el orden 8 interviene la referida Oficina de Investigaciones Administrativas y Ética Pública, y, tras considerar lo dispuesto por el Art. 14 inc. b) del Decr. 560/73, el art. 135° apartado "Prohibiciones" del Decr. Regl. N° 1000/2015 y el art 7 de la ley 8993, concluye que **un agente o empleado público NO está habilitado legalmente para celebrar contratos con el Estado.**

En este estado, Contaduría General impulsa que, por medio de esta Dirección General de Contrataciones Públicas, se proceda a dar de baja a la proveedora María Elvira Roldán (por razones de incompatibilidad); o en su defecto, se fundamente el criterio que justifique una solución contraria.

Antes de ingresar en el estudio del tema, es preciso aclarar que el presente dictamen técnico posee el carácter de "opinión consultiva" en los términos de lo dispuesto por el Art. 130 inc. a) de la Ley 8706 y su Decr. Regl. N° 1000/2015.

Según se advierte, la cuestión que debemos dilucidar es: **¿puede un funcionario o agente público dependiente del Estado celebrar contrataciones públicas con el mismo Estado?**

La pregunta, en realidad, puede bifurcarse en varias más: ¿Qué ocurre si, en ejercicio de mi cargo público, debo adoptar decisiones respecto de una empresa en la que trabaje antes de ingresar al Estado?, ¿puedo ser proveedor del organismo en el que me desempeño?, ¿Y si el contrato lo suscribe la empresa de la que soy socio?, ¿debo abstenerme de intervenir en un trámite en el que es parte un amigo o familiar cercano?, ¿es indiferente si mi intervención es o no decisoria en dicho procedimiento?, ¿puedo tener acciones en una empresa alcanzada por las decisiones del Ministerio en el que trabajo o debo venderlas?

Previo a responder estos interrogantes, conviene tener presentes algunos datos mínimos y relevantes que se estiman de gran utilidad para contextualizar el caso y su subsunción normativa, a saber:

- En el orden 19 de estas actuaciones, obra informe del Registro Único de Proveedores indicando que **la proveedora María Elvira Roldán (proveedor N° 35.817) se inscribió el 11 de febrero del 2008**. En el orden 13 se informa además que se ha verificado y constatado en el corriente ejercicio 2024 que la proveedora Roldan, María Elvira posee un cargo público en relación de dependencia en el Ministerio de Salud, Desarrollo Social y Deportes, por lo que se procede a emitir la Disposición de autorización o aprobación del trámite, dando de alta y/o renovando la inscripción del interesado en el RUP, dejando constancia que tal habilitación sólo permite la celebración de contrataciones que no encuadren en las causales de incompatibilidad que fija la ley vigente, previsto por el artículo 13 de la Ley 25.188 y Art. 1002 inc a) de Cód. Civ. y Com. de la Nación y Art. 7 de la Ley Provincial N° 8993.
- Por su parte, en el orden 16, **la Unidad de Acuerdo Marco de esta Dirección General informa que la Sra. María Elvira Roldán, CUIT 27-17084367-9, se desempeña desde el año 2010, como proveedora del Estado Provincial. Su principal rubro de actividad es la venta de productos de limpieza, complementado con la provisión de insumos de oficina**. Dicho informe, elaborado a partir de datos constatados en SIDICO a través de la plataforma "GxPlorer", detalla el listado de insumos vendidos y además también detalla un listado de los organismos contratantes. Finalmente, también se indica que la proveedora ha participado en tres Acuerdos Marcos este año 2024: 1) AM 10606-7-AM23 "Especial Ministerio de Seguridad"; 2) AM 10606-5-AM24 "Adquisición de artículos de librería, papelería y oficina" y 3) AM 10606-7-AM24 "Adquisición de artículos y servicios varios". En todos ellos, la proveedora registra operaciones de ventas de insumos varios, en los cuales existen además ofertas disponibles de otros proveedores seleccionados en los respectivos Acuerdos Marcos.

Recordemos ahora las normas legales, tanto de fuente Provincial como Nacional, que tienen vocación aplicativa sobre la cuestión. Referimos a continuación las mismas según su orden de sanción cronológico.

En el orden Provincial:

- Art. 14° inc. b) Decr. 560/73: "Queda prohibido al personal: ... "b) Dirigir, administrar, asesorar, patrocinar y representar a personas físicas o jurídicas, o integrar sociedades que gestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración en el orden Nacional, Provincial o Municipal, o que sean proveedoras o contratistas de la misma;"
- Art. 135 del Decr. Regl. N° 1000/2015 apartado "Prohibiciones para Inscribirse": "no podrán inscribirse en el RUP las personas que: ... inc. f) Los agentes y funcionarios del Sector Público Provincial".
- Art. 7 Ley 8993: Art. 7 - INCOMPATIBILIDADES. Existe incompatibilidad para los sujetos mencionados en el artículo 6° para el ejercicio de la función pública:

1 - Dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor/a del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;

3 - Ser proveedor/a por sí o por terceros del organismo de la Provincia o Municipio donde desempeñe sus funciones;

4 - Mantener relaciones contractuales con entidades directamente fiscalizadas por el organismo en que se encuentre prestando funciones;

En el orden Nacional:

- Art. 13 Ley 25188 de "ÉTICA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA": "Es incompatible con el ejercicio de la función pública:

a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;

b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones".

- Art. 1002 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación: "Inhabilidades especiales. No pueden contratar en interés propio: a) los funcionarios públicos, respecto de bienes de cuya administración o enajenación están o han estado encargados";

Según podemos advertir, la cuestión de la "compatibilidad"/"incompatibilidad" entre el cargo o función pública (agente estatal) y la capacidad del derecho a celebrar contratos, se encuentra regulada, tanto en el orden Provincial como en el orden Nacional, por diversas normas. Y dicha regulación tiene, evidentemente, distinto temperamento o sentido.

En efecto, mientras los Decretos 560/73 y 1000/2015 provinciales contemplan el denominado criterio de "incompatibilidad absoluta" (la incapacidad de derecho es absoluta y el agente estatal nunca puede celebrar contrataciones públicas con el Estado), las leyes 25188, 8993 y el Código Civil y Comercial de la Nación, consagran el criterio de la "incompatibilidad relativa" (la incapacidad de derecho es relativa y el agente estatal no puede celebrar contrataciones públicas con el Estado en ciertos casos).

Ante esta diversidad de temperamentos, la Corte Federal nos indica que **"las leyes deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, por lo que corresponde adoptar el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto, ya que no debe suponerse en el legislador la inconsecuencia o falta de previsión"** (Corte Suprema de Justicia de la Nación; Fallos 301:46; 304:794, entre otros).

Comencemos pues por entender el alcance de las normas de jerarquía superior, es decir de las leyes que regulan la cuestión. En este orden, **se considera de gran valor técnico el estudio realizado por la Oficina Nacional Anticorrupción, el cual incorporamos a la presente como archivo de trabajo adjunto.**

La cuestión de la incompatibilidad de los agentes y funcionarios para ser proveedores del Estado (celebrar contratos públicos con el Estado) tiene su génesis en lo que se denomina como **"conflicto de intereses"**.

Existe "conflicto de intereses" cuando se produce una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario, es decir, cuando este tiene intereses personales que podrían influir indebidamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades.

En esta línea, la Oficina Nacional Anticorrupción, mediante resolución OA/DPPT 133/200948, afirmó: "... Que como ha sostenido esta Oficina en casos precedentes, la norma citada tiene por objeto prevenir que un funcionario pueda ver afectada su independencia de criterio y su imparcialidad, aunque de hecho tal afectación no ocurra (es decir, independientemente del factor subjetivo del agente)". "... Que, en el caso, el funcionario consulta si puede participar de la salida a oferta pública adquiriendo valores representativos de deuda del Fideicomiso Financiero TMB. (...) de acuerdo a la descripción de la operatoria reseñada en los puntos precedentes, resulta clara la competencia funcional directa del Sr. Secretario de Energía sobre múltiples aspectos atinentes a la inversión referida". "... Que no cambia la situación el hecho de que el funcionario tenga como objetivo de esta inversión la loable intención de demostrar confianza y creencia de éxito de la mencionada salida a oferta pública, y que estuviera dispuesto a resignar los beneficios comprometiendo su aporte a alguna entidad u organización sin fines de lucro. Como se anticipó, una situación de conflicto de intereses se configura en forma objetiva, con independencia de las intenciones del funcionario".

Siguiendo este mismo estudio de la Oficina Nacional Anticorrupción, la primer hipótesis de conflicto de intereses regulada en la ley 25.188 -análoga a nuestra ley provincial 8993- se presenta cuando el funcionario, además del cargo público que desempeña:

- Dirige, administra, representa, patrocina o asesora o, de cualquier forma, presta servicios (es decir, realiza alguna actividad), a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado o realice actividades reguladas por este
- Siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.

Es decir, si bien la norma se refiere al supuesto de que el funcionario realice esta actividad para un tercero que "gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por este..." (por ejemplo, un proveedor del Estado Nacional), también queda comprendida la hipótesis del funcionario que la ejecute personalmente y en su propio beneficio (por ejemplo, provee él mismo al Estado Nacional). En el primer supuesto -prestación en favor de un tercero relacionado al Estado o regulado por este-, resulta irrelevante que el servicio que el funcionario

ejecuta sea sobre un tema completamente ajeno a las tareas que este desarrolla en el ámbito público. Lo determinante es el vínculo (de cualquier naturaleza) con dicho tercero, porque la norma presupone que esa relación (de servicio, profesional o comercial) condicionará la imparcialidad de sus decisiones (conf. RESOLUCIÓN OA/DPPT 386/201371 "... Que de las constancias obrantes en estas actuaciones surge que el señor E.D.C. [funcionario denunciado] brindó asesoramiento profesional a la empresa EUS S.A. [tercero proveedor del Estado]. El mismo denunciado lo reconoció al afirmar que realizó dos informes (...), los que habrían sido solicitados –según sostiene el denunciado– por su experiencia profesional y no por el cargo que detenta en la Administración Pública Nacional". "... Que (...) se encuentra cumplido en la especie el primero de los recaudos exigidos por la norma para la configuración de una situación de conflicto de intereses. (...) no altera esta circunstancia el hecho de que los informes elaborados por el señor E.D.C. no hayan tenido que ver con su trabajo en la DNRPA, ya que lo que la norma pretende evitar es la vinculación personal o comercial con quien realiza una actividad relacionada con el área en la que se desempeña el agente, a fin de que dicho vínculo no afecte o condicione las decisiones que este adopte –o las conclusiones a las que arribe– en cumplimiento de sus tareas").

El funcionario –o el tercero a quien le presta servicios– debe gestionar o tener una concesión o ser proveedor del Estado, o realizar actividades reguladas por este. El concepto de "actividad regulada", en los términos de la Ley 25.188, ha sido analizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la resolución de un recurso presentado contra la Resolución OA/DPPT 412/2013 de la Oficina Anticorrupción. Allí se señaló que se denomina "actividades reguladas" a aquellas respecto de las cuales la Administración dicta normas generales y particulares –aplicables respecto de una persona o grupo de personas– y, en un sentido amplio (con el que debe interpretarse esta disposición en atención a su finalidad), controla su ejecución, protegiendo y garantizando su cumplimiento (Resolución MJYDH 1149/2015).

El artículo 13 de la Ley 25.188 sujeta la configuración de un conflicto de intereses a la condición de que "...el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa" respecto de la persona o empresa con la que el funcionario se encuentra vinculado o de la actividad realizada personalmente. La Ley 25.188 no define el concepto de competencia funcional directa. Este ha sido delimitado por la Oficina Anticorrupción en sus resoluciones, entendiendo como tal a las atribuciones del funcionario sobre determinado caso o asunto (Resolución OA/DPPT 386/201373). Sin embargo, no es necesario, para la configuración del conflicto de intereses, que tales atribuciones sean decisorias. Basta que el funcionario deba intervenir de algún modo en alguna de las instancias de la contratación, gestión o control sobre la actividad o la persona particular.

Cabe señalar que todas las condiciones precedentemente descriptas deben estar presentes para la conformación de este supuesto de conflicto de intereses, por lo que no quedará configurado si, por ejemplo, el funcionario carece de competencia funcional directa sobre la actividad que desarrolla personalmente o sobre el tercero a quien le presta servicios en el ámbito privado.

En cuanto a la segunda hipótesis de conflicto de intereses (inc.b, art. 13, ley 25.188), la ley prevé la "*prohibición de proveer bienes o servicios al organismo del Estado en donde se cumplen funciones*". Esta hipótesis se verifica cuando un agente es proveedor por sí o por terceros del organismo del Estado en donde desempeña sus funciones. El fundamento de la prohibición es evitar la influencia del funcionario en el organismo en el que trabaja para obtener un provecho propio.

A diferencia del supuesto analizado en el inciso precedente (inc. A, art.13, ley 25.188), para que se configure la situación contemplada, es indiferente que el funcionario tenga o no competencia funcional directa sobre la contratación o que se haya abstenido de intervenir si la tuviera (conf. Resolución OA/DPPT 126/200975; Resolución 2016-1-E-APN-OA#MJ76).

Los conceptos de "tercero" y "organismo del Estado en donde desempeña sus funciones", han sido interpretados por la Oficina Anticorrupción en múltiples resoluciones.

El término "tercero" es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance ha sido completado por la Oficina Anticorrupción en cada caso concreto y de acuerdo a sus particularidades. Se entiende por "conceptos jurídicos indeterminados" a aquellos "... que dejan un ámbito libre a rellenar en cada caso, pues la medida concreta para la aplicación de los mismos no la suministra con exactitud la ley que los contiene (...). La Oficina Anticorrupción ha considerado históricamente el concepto de "tercero" con criterio extensivo, interpretando como tal a:

- Cónyuge del funcionario y/o sus empresas (RESOLUCIÓN OA/DPPT 45/200079)
- Personas jurídicas o sociedades de hecho, en las cuales los funcionarios tienen participación societaria suficiente para formar la voluntad social, ya sea en forma personal o cuando los otros socios son el cónyuge, hijos u otros familiares. El funcionario debe tener el control de su voluntad social, lo que ocurrirá si es titular de una cantidad de participaciones que le permita direccionar las

decisiones societarias, si goza de poder de veto, si tiene influencia personal sobre los otros socios (por ejemplo, si estos son familiares), etcétera.

Con relación al concepto "organismo del Estado en donde desempeña sus funciones", debe considerarse que la prohibición se proyecta a todo el ámbito de la jurisdicción en la que el agente cumple tareas y puede extender su influencia. Esta interpretación se condice con el fundamento de la norma: evitar que el funcionario aproveche sus vínculos en el organismo en el que trabaja para obtener un provecho propio (conf. Resolución OA/DPPT 505/201581).

¿Qué ocurre cuando un funcionario posee acciones en una o varias empresas sobre las que podría eventualmente poseer algún tipo de atribución? Hoy no existe ninguna disposición en la normativa sobre conflicto de intereses que obligue expresamente a una persona a desprenderse de su capital como condición para acceder a un cargo público. De hecho, esta situación se encuentra contemplada en el artículo 15 inciso b) de la Ley 25.188 que insta al funcionario a "... Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años o tenga participación societaria".

Como surge de los apartados precedentes, el artículo 13 inciso a) de la Ley 25.188 considera configurada la situación de conflicto de intereses cuando el funcionario posee, en las empresas sujetas a su regulación y control, algún tipo de función – asesoramiento, representación, patrocinio, gestión, dirección o cualquier otro tipo de servicio– y no la simple tenencia accionaria (Resolución OA/DPPT 509/201582).

Por lo expuesto, el agente que posea acciones en una empresa sobre la que podría tener atribuciones no tiene –en principio– obligación legal de desprenderse de dicha participación societaria. Sin embargo, se encuentra obligado a excusarse de intervenir en todas aquellas cuestiones relacionadas con dicha sociedad.

Sin perjuicio de ello, la Oficina Anticorrupción ha recomendado a los funcionarios que, durante el ejercicio de su gestión pública, no inviertan en empresas sobre las cuales tengan atribuciones. Del mismo modo, ha formulado recomendaciones puntuales de venta o desinversión al advertir situaciones que podrían provocar reproches éticos o conflictos de intereses aparentes. Inclusive ha indicado a las altas autoridades –funcionarios con rango y jerarquía superior a subsecretario– que eviten adquirir, durante su gestión, nuevas participaciones en sociedades o inversiones que se encuentren sujetas a su ámbito de regulación y control. Ello en el entendimiento de que la participación societaria en empresas sobre las cuales el funcionario posee atribuciones es una situación que el marco normativo tolera, pero de ningún modo propicia (conf. Resolución OA/DPPT No 133/200984).

En cada caso resulta necesario ponderar si, ya sea por la significación institucional del cargo ejercido por un funcionario o la inmediatez de sus atribuciones respecto de las empresas en las que posea participación societaria y la relevante incidencia de estas en el área sujeta a su regulación, la solución provista por la norma resulta insuficiente como medio para garantizar la imparcialidad o percepción de imparcialidad en la toma de decisiones públicas, y pone en riesgo la finalidad de la función o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores.

Teniendo pues presente la doctrina antes citada, y considerando el texto del Art. 7º de la ley 8993 –análogo o equivalente a lo dispuesto en el orden nacional por el 13 de la ley 25188– **cabe concluir que en el ámbito del Sector Público Provincial rige el criterio de la incompatibilidad relativa, razón por la cual los agentes públicos NO pueden celebrar contrataciones con el Estado en los siguientes casos:**

- A. Cuando dirige, administra, representa, patrocina, asesora, o, de cualquier otra forma, presta servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.
- B. Sea proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones

Valga aclarar que la incompatibilidad prevista por el art. 7 de la ley 8993 no solo alcanza a los funcionarios públicos enumerados en el Art. 6, sino que también se extiende a todos los agentes que, bajo cualquier condición, prestan servicios o trabajan en el Sector Público Provincial. En este sentido, debe recordarse que conforme lo disponen los Arts. 2 y 3 de la misma Ley 8993, esta tiene vocación aplicativa en relación a todo el personal que se desempeña en el Sector Público Provincial.

Habiendo quedado aclarado cuál es el alcance y sentido que corresponde darle a la "incompatibilidad relativa" consagrada en la ley 8993, nos queda por indagar qué virtualidad tienen las reglamentaciones contenidas en el inc. B del Art. 14 del Decreto Nro 560/73 y art. 135 del Decreto Nro 1000/2015.

Al respecto, podría argumentarse que estas normas han perdido toda virtualidad en razón de que, con posterioridad al comienzo de sus respectivas vigencias, se sancionó una norma nueva y de rango superior, tal como es la Ley 8993.

Sin embargo, consideramos que dicho principio de jerarquía y cronología normativa debe ceder frente al principio de armonización que pregonaba la Corte Federal. En otras palabras, resulta factible por vía de la interpretación normativa, preservar la vigencia de las reglamentaciones vigentes. Claro está, asignándole a la misma su recto sentido y efectos.

Valiéndonos de los métodos de hermenéutica sistemática, finalista y lógica, podemos afirmar que **las "prohibiciones" establecidas en los Decretos Nro 560/73 y Nro 1000/2015 están acotadas exclusivamente "al ámbito funcional y/o de competencia" en el cual los agentes desempeñan su cargo. En otras palabras, a partir de la entrada en vigencia de la ley 8993, debemos interpretar que la incompatibilidad consagrada por los decretos reglamentarios tiene un alcance RELATIVO, de la misma manera que lo contemplan las demás normas de jerarquía superior.**

Este temperamento interpretativo permite conciliar el interés público inherente a la prevención de los conflictos de interés y de malas prácticas o conductas corruptas, con el régimen del derecho común vigente en materia de "capacidad de derecho de las personas", el cual, por cierto, es de "orden público".

Con lo expuesto, se da por respondida la consulta efectuada y se deja expresada la Opinión técnico-consultiva de esta Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, en relación a la cuestión que la motiva.