

ENTIDADES PÚBLICAS NO ESTATALES Y SOCIEDADES ANÓNIMAS EN LAS QUE PARTICIPAN EL ESTADO, LOS ENTES AUTÓNOMOS, SERVICIOS DESCENTRALIZADOS Y LAS ENTIDADES PARAESTATALES

Se establecen normas administrativas y penales para su control

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.- Sustitúyese el artículo 451 de la [Ley N° 15.903](#), de 19 de noviembre de 1987, correspondiente al artículo 2 del TOCAF, por el siguiente:

"ARTÍCULO 451.- Constituyen materia de la presente Ley de Contabilidad y Administración Financiera los hechos, actos u operaciones de los que se deriven transformaciones o variaciones en la hacienda pública. Quedan comprendidos en la misma, en carácter de organismos de administración financiero-patrimonial, sin perjuicio de las atribuciones, facultades, derechos y obligaciones que les asignen la [Constitución de la República](#) y las leyes:

- Los Poderes del Estado.
- El Tribunal de Cuentas.
- La Corte Electoral.
- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- Los Gobiernos Departamentales.
- Los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.
- Los Entes de enseñanza pública.
- En general todos los organismos, servicios o entidades públicas estatales y no estatales.

Para los Entes Industriales o Comerciales del Estado, esta ley será de aplicación en tanto sus leyes orgánicas no prevean expresamente regímenes especiales".

Artículo 2º.- La Auditoría Interna de la Nación ampliará su ámbito de actuación, con las adaptaciones que correspondan, a las Sociedades Comerciales que actúen bajo el derecho privado, siempre que la mayoría de su capital social pertenezca a un organismo Público Estatal o no Estatal.

Quedan incluidas en el mismo régimen aquellas Sociedades Comerciales de derecho privado que pertenezcan a otras Sociedades Comerciales cuyo propietario sea el Estado.

Artículo 3º.- Las Sociedades Comerciales que directamente o a través de otras empresas privadas sean propiedad de entidades públicas estatales o no estatales, estarán sometidas al control interno previsto en los artículos 7º y 8º de la [Ley N° 17.292](#), de 25 de enero de 2001, y al control externo que disponga el Tribunal de Cuentas.

Artículo 4º.- Incorporase al artículo 1º de la [Ley N° 17.060](#), de 23 de diciembre de 1998, el siguiente literal:

"H) Quienes se desempeñan en representación del Estado, o cumplen funciones especialmente previstas en esta ley, en empresas privadas propiedad de Personas Públicas Estatales y no Estatales, así como en otras Sociedades Comerciales cuya propiedad última sea del Estado".

Artículo 5º.- Modifícanse los literales F) y N) del artículo 11 de la [Ley Nº 17.060](#), de 23 de diciembre de 1998, en la redacción dada por el artículo 299 de la [Ley Nº 18.362](#), de 15 de octubre de 2008, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

"F) Presidentes, directores, directores generales o miembros de los órganos directivos de las Personas Públicas no Estatales y de las empresas privadas pertenecientes mayoritariamente a organismos públicos Estatales y no Estatales, así como delegados de éstos en las Sociedades Comerciales con mayoría privada, con sede en el territorio de la República o fuera de él".

"N) Gerentes, jefes de compras y ordenadores de gastos y de pagos de los organismos públicos Estatales y no Estatales, así como quienes se desempeñan en similares funciones, cualquiera sea su denominación, en empresas privadas cuya propiedad sea de organismos públicos Estatales y no Estatales o quienes lo hagan en otras Sociedades Comerciales, que pertenezcan a esas empresas privadas, con sede en el territorio de la República o fuera de él".

Artículo 6º.- Modifícase el artículo 175 del Código Penal, el que quedará redactado de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 175. (Concepto de funcionario público).- A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en los Gobiernos Departamentales, los Municipios, o en cualquier Ente Público o persona Pública no Estatal, así como quienes representan al Estado en empresas de derecho privado, cuyo propietario, total o parcial es el Estado".

Montevideo, 1º de setiembre de 2011.

JORGE GANDINI
Representante por Montevideo

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En los últimos años se viene acelerando un fenómeno conocido como la "huida del derecho administrativo". Este se produce a través del aumento de las Personas de Derecho Público no Estatal, de las Sociedades Comerciales en las que participa el Estado como propietario total o parcial y de la aprobación de normas que excepcionan determinado tipo de contrataciones del régimen general.

Es así que las Personas Públicas no Estatales que nacieron hace más de cincuenta años y estuvieron conformadas, en un principio, por el Frigorífico Nacional, Conaprole y las tres Cajas paraestatales, hoy suman 36 y abarcan todo tipo de actividad.

Si bien son Personas Públicas, se las define como No Estatales, por lo que su funcionamiento y administración se rige por el derecho privado -salvo cuando la ley lo prevé específicamente-, al igual que las relaciones laborales con sus dependientes, que no son empleados públicos. Sin embargo, su financiamiento procede de tres fuentes posibles: transferencia de recursos públicos a través de Rentas Generales, la percepción de lo que se conoce como "paratributo" (que es un verdadero tributo aunque quien lo percibe no integra el Estado) y el cobro de precios por actividades, en muchos casos, monopólicas. Como se advierte, sus ingresos tienen un fuerte componente de tipo estatal.

Del mismo modo, en los últimos años se ha producido un importante crecimiento de las Sociedades Comerciales creadas por diversos organismos de la Administración Pública para cumplir cometidos que la legislación le asignó originalmente a dichos organismos.

Las Sociedades Comerciales en las que participa el Estado y que ya suman más de 60, actúan bajo régimen de derecho común pero como instrumentos -por eso la doctrina habla de "entidades instrumentales"- de las Administraciones estatales que las crean. Son sus propietarias, designan a sus directores, les asignan recursos y diseñan sus líneas de actuación. Hemos ingresado incluso a la segunda generación de Sociedades Anónimas -se habla de las "Empresas Nietas"- dado que Sociedades Anónimas propiedad de organismos estatales, incluso de organismos públicos no estatales, crean a su vez nuevas Sociedades Comerciales. (Por ejemplo: ALUR es una sociedad anónima propiedad de ANCAP en un 90%. AGROALUR es una sociedad anónima 100% propiedad de ALUR.) También debe considerarse que hace años que Uruguay participa en Sociedades Comerciales con sede en el exterior (UTE 2, ANCAP 3, ANTEL 3, BROU 2, LATU 3).

Todas estas nuevas modalidades de gestión de los intereses y de los recursos públicos han nacido y se han desarrollado motivadas por lentitud de la Administración Pública tradicional. En algunos casos las Empresas Públicas, particularmente las que ofrecen servicios en competencia, encuentran en la privatización de su gestión un mecanismo más ágil para cumplir con los cometidos que la ley y la Constitución les han encomendado. Sin embargo este tipo de gestión se realiza a costa de las garantías, el control y la transparencia que debe caracterizar la administración de los recursos públicos. En

ocasiones, se puede apreciar que por comodidad o conveniencia, estas sociedades son utilizadas para realizar, a través de ellas, lo que el organismo propietario está autorizado a hacer por sí, aunque para ello debe observar ciertos procedimientos que puede evitar utilizando a su sociedad anónima como intermediaria. Digamos que estas sociedades pueden ser utilizadas también cuando el administrador decide tomar un atajo. Con ellas se puede comprar negociando directamente entre partes, sin licitación ni procedimiento competitivo alguno, ni transparencia en el llamado o su resultado. De igual modo, se puede contratar personal sin concurso ni método de selección objetiva. Por lo que también se podría contratar a quien se determine previamente y fijando remuneraciones diferentes a las que pagaría la administración propietaria de dicha sociedad.

Peor aun, la sociedad comercial podría contratar a alguien por encargo del organismo propietario y luego disponer que el contratado cumpla funciones en el organismo público, aunque cobre sus haberes y sea formalmente dependiente de la "sociedad privada". Esto no solo podría pasar, sino que en los hechos pasa y no está prohibido.

Ni el Tribunal de Cuentas, ni la Auditoría Interna de la Nación, ni la Junta de Transparencia y Ética Pública pueden controlar, con la legislación vigente, el adecuado desempeño de esas gestiones tercerizadas al derecho privado. La transparencia, herramienta fundamental de la gestión de los recursos públicos, puede ser una exigencia ética, pero no es un requisito legal en la gestión privada. La aplicación del TOCAF, que regula la adquisición de bienes y servicios -protegiendo el interés del Estado de un lado y la igualdad de los oferentes del otro-, no es de aplicación en el derecho privado y por lo tanto no rige para las Personas Públicas no Estatales, ni para las sociedades anónimas que actúan en interés del Estado.

El largo brazo del Parlamento, principal poder representativo del Estado democrático y fundamental órgano de contralor del Poder Ejecutivo y las Administraciones Autónomas, tampoco alcanza a estas nuevas formas de administración. El Tribunal de Cuentas no interviene preventivamente sus gastos, obligaciones o contratos; la Auditoría Interna de la Nación no siempre audita sus estados contables; y sus jerarquías no tienen responsabilidad política ante el Parlamento Nacional. Forman parte -como se ha dicho últimamente-, de un pequeño Estado paralelo que maneja cada vez un porcentaje más grande de recursos.

Podría haber más información disponible si se cumplieran los artículos 25, 26 y 27 de la [Ley N° 17.555](#). Estos artículos consagran algunos de los pocos controles que existen para las sociedades comerciales de propiedad estatal pero su cumplimiento es parcial y tardío. No se dispone de información detallada y consolidada de las ganancias y pérdidas de cada una de estas Personas Públicas no Estatales y sociedades comerciales, cuyo déficit al final se afronta con recursos públicos. Tampoco sabemos cuántos empleados tienen, qué hacen y si son realmente necesarios, lo cual es particularmente importante en las sociedades que dan pérdidas.

Más de 11.400 funcionarios públicos de todos los Poderes del Estado, las Administraciones Autónomas y los Gobiernos Departamentales, por ocupar cargos políticos, de particular confianza, electivos, o ser ordenadores de gastos, gerentes, jefes de compra, o tener otras responsabilidades en la gestión de recursos públicos, están obligados a declarar ante la JUNTEP cada dos años sus ingresos y la evolución de su estado patrimonial. Desde el Presidente de la República, pasando por el Jefe de Compras de cualquier Unidad Ejecutora, hasta un Edil del departamento más pequeño, están obligados a abrir y mostrar la intimidad de su vida económica. Muchos de ellos, por el solo hecho de ocupar esas funciones, son considerados por el derecho nacional e internacional, por las instituciones financieras reguladas por el Banco Central y por todas las entidades nacionales y extranjeras que controlan el lavado de activos, como "PEP", Personas Expuestas Políticamente. Esto significa que existe un control especial sobre todos sus movimientos financieros, bancarios, económicos y patrimoniales. La exigencia de transparencia sobre los movimientos de estos funcionarios, es significativamente mayor que sobre el resto de los humanos. Y esto es así porque desde su posición funcional toman decisiones o manejan recursos que aunque no les pertenezcan, pueden generar actos de corrupción o configurar delitos precedentes al lavado de activos. Sin embargo, quienes ocupan similares funciones en sociedades anónimas propiedad del Estado, que a su vez compran, gastan y contratan comprometiendo recursos públicos, sin observar necesariamente según procedimiento competitivo y sin someter sus actuaciones a la intervención del Tribunal de Cuentas, ni actuar con la transparencia exigida para esas mismas actividades en la función pública, no deben realizar hoy ningún tipo de declaración de ingresos o bienes.

Del mismo modo, si un funcionario público incurriera en conductas reprobables, ellas están previstas en el Código Penal con definiciones claras y estrictas, que se castigan con mayor severidad por tratarse de un funcionario público.

La definición de funcionario público, tal cual está prevista hoy en el artículo 175 del Código Penal, no alcanza a quienes -sin serlo estrictamente-, son contratados indirectamente por el Estado a través de Personas Públicas no Estatales o empresas privadas de su propiedad.

Las incompatibilidades, inhibiciones o prohibiciones de origen constitucional y legal para quienes ocupan ciertos cargos públicos, no son de aplicación para quienes desempeñan cargos similares en estas nuevas figuras.

Incluso la prohibición constitucional que establece que nadie puede tener dos empleos públicos, no rige para quienes ocupan un cargo público y otro en una Persona Pública no Estatal o en una sociedad anónima de su propiedad. La ley sólo hace excepción con los funcionarios públicos que ejercen la docencia y con el personal de la salud; el resto de las posibles acumulaciones está totalmente prohibido. Pero la realidad ha superado los límites, porque la prohibición no alcanzaría a las Personas Públicas no

Estatales ni a las sociedades anónimas del Estado. Tanto es así, que alguien podría ser empleado de un Ente Autónomo (por poner un ejemplo genérico) y también empleado de una sociedad anónima propiedad de ese mismo organismo. Más aun, esa misma persona, sin que la ley se lo impida, podría participar de una contratación o convenio entre ambas entidades, como funcionario de una y empleado de otra, sin que se configure formalmente ningún conflicto de intereses.

El proyecto de ley que ponemos a consideración del Parlamento Nacional tiene como principal propósito poner en debate esta situación. Propone una serie de mecanismos actualizados de contralor de estas actividades que se han ido alejando del derecho administrativo y actualiza la legislación en materia de responsabilidades para quienes las dirigen u ocupan determinadas funciones en las mismas.

Somos conscientes que la propuesta que contiene este proyecto es tan solo el inicio de un camino que deberá ser necesariamente complementado. Esperamos que colabore con el análisis de un tema que, sin ser prioritario en la agenda pública, tiene sin duda enorme trascendencia. Creemos que la tendrá más todavía. La reciente aprobación de la [Ley de Asociación Público Privada](#) promoverá la creación de nuevas sociedades comerciales con participación estatal.

Montevideo, 1º de setiembre de 2011.

JORGE GANDINI
Representante por Montevideo