



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

### **Dictamen firma conjunta**

**Número:**

**Referencia:** EX-2017-16434898- -APN-JGA#MSG – MINISTERIO DE SEGURIDAD - PROYECTO DA - RATIFICACIÓN DEL ACUERDO S USCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE SEGURIDAD Y LA FIRMA MODENA HELICÓPTEROS S.A. – RESCISIÓN PARCIAL DE LA ORDEN DE COMPRA N° 228/10 (LPU 26/09).

---

SEÑOR PROCURADOR DEL TESORO:

Me dirijo a usted en el marco del expediente electrónico de la referencia, que ingresa para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitido por la DIRECCIÓN GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

### **I**

#### **RESEÑA DE ANTECEDENTES**

En el presente acápite se reseñarán los principales antecedentes obrantes en los actuados remitidos a consideración de esta Oficina.

En el orden 2, páginas 1-6, obra una nota de la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. – fechada el 7 de agosto de 2017 y digitalizada como Informe Gráfico N° IF2017-16435762-APN-JGA#MSG–, la cual guarda relación con la Orden de Compra N° 228/10, emitida en el marco de la Licitación Pública N° 26/09 del registro ex MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS llevada a cabo con el objeto de adquirir CUATRO (4) helicópteros marca BELL, modelos UH 1H-II Huey II, con destino a la GENDARMERÍA NACIONAL (Expediente N° 139-JN8-5011/62/2008, recaratulado posteriormente al ingresar al MINISTERIO DE SEGURIDAD como MS N° 7433/11).

A través de dicha presentación, la aludida firma –en su carácter de adjudicataria del procedimiento de selección individualizado previamente– formuló una propuesta transaccional al MINISTERIO DE SEGURIDAD, consistente en la entrega a esa jurisdicción de DOS (2) helicópteros A119 Koala usados, con sus cursos de mecánicos, pilotos y dos años de mantenimiento, en reemplazo de DOS (2) de los helicópteros marca BELL que debió haber entregado oportunamente.

En el orden 4 se encuentra vinculada la Nota de la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° NO-2017-16809085-APN-UAI#MSG, de fecha 10 de agosto de 2017, por cuyo conducto se acompañó –como archivo de trabajo– el Informe N° 129/17, que tuvo por objeto

analizar el grado de cumplimiento en el ejecución de la Licitación Pública de Etapa Nacional N° 26/09.

En el referido informe de auditoría se dejó constancia –en apretada síntesis– de los siguientes hallazgos: “...*De los antecedentes recabados por esta Unidad de Auditoría Interna (...) se han podido (...) detectar graves incumplimientos en la ejecución del contrato, con el **correspondiente perjuicio económico al Estado Nacional** (...) En ese orden, se ha podido establecer que de los cuatro (4) helicópteros adjudicados a la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A., sólo se han entregado dos (2) que según lo informado por las oficinas específicas de la GNA (a setiembre de 2016), se encuentran fuera de servicios por no reunir las condiciones requeridas...*” (el destacado corresponde al original).

Por otra parte, la UAI destacó que: “...*producida la cancelación de las órdenes de pago, a través de las transferencias de fondos al exterior, por la totalidad del monto adjudicado, estaríamos frente al incumplimiento de las condiciones pactadas en la Licitación, especialmente en la cláusula 33 **CONDICIONES DE PAGO punto b...***” (el destacado corresponde al original).

En el orden 8 se encuentra vinculado el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° IF-2017-20972778-APN-DGAJ#MSG, de fecha 19 de septiembre de 2017, oportunidad en la cual la aludida instancia letrada efectuó –entre otras– las siguientes consideraciones: “...*del informe producido por el órgano de control interno del Ministerio de Seguridad ha quedado en evidencia la existencia de un cúmulo de irregularidades, producidas en la ejecución de la Licitación pública N° 26/09 (...).*”

*En atención a la fecha en que se gestionó y aprobó la contratación –año 2010–, ésta quedó regida por la Reglamentación aprobada por el Decreto N° 436/00, ya que el Decreto N° 893/12, comenzó a regir para las contrataciones que se autoricen, luego de transcurridos sesentas días a partir de la publicación de dicho Decreto que operó el 14 de junio de 2012.*

*Por consiguiente es bajo la normativa prevista en el Decreto N° 436/00, bajo la cual corresponde indagar y analizar los incumplimientos contractuales en los que incurrió el proveedor (...).*

*En el sub examine habiéndose verificado el incumplimiento por parte del proveedor, se impone como única alternativa viable, la rescisión del contrato administrativo con culpa del proveedor.*

*Además, debido al tiempo transcurrido, ya que se previó el plazo de entrega en doce (12) meses desde la apertura de la carta de crédito, siendo que ello habría ocurrido en el año 2011, debe dictarse con carácter de urgente y sin mayores dilaciones el acto administrativo que le ponga fin al vínculo contractual.*

*Nótese y no es un dato menor, que han transcurrido más de CINCO (5) años en que debió haberse terminado el contrato naturalmente, me refiero a que un plano ideal hace cinco años que debiera el proveedor haber entregado los cuatro helicópteros a los que se comprometió, y solo entregó dos (2), respecto de los cuales en el informe de la UAI se desprende que uno (1) posee recepción definitiva y que el otro posee falencias y novedades que impiden que puedan ser objeto de una recepción definitiva.*

*Es decir, y debido a que este contrato aún se encuentra vigente corresponde que en lo inmediato se dicte el acto administrativo conclusivo de la contratación (...).*

*A su vez, y habiéndose verificado mora en el proveedor, procede que previa cuantificación se aplique la penalidad de multa por mora y por rehabilitación.*

*(...) toda vez que la contratación en examen fue aprobada y adjudicada por el Jefe de Gabinete de Ministros, es dicha autoridad a la que le compete en definitiva la aplicación de las penalidades...*” (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 13, páginas 1-3, luce anexada la Nota de la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° NO-2017-31102914-APN-DCYC#MSG,

de fecha 4 de diciembre de 2017, en cuyo marco se puso de relieve la necesidad de llevar a cabo las siguientes acciones: a) Aplicación de la penalidad de multa por mora en el cumplimiento del contrato, con relación a los DOS (2) helicópteros entregados; b) Rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, por culpa del proveedor, por la parte no cumplida del contrato, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato y finalmente c) Intimación a la firma cocontratante a reintegrar al MINISTERIO DE SEGURIDAD, la parte proporcional de los valores dinerarios percibidos anticipadamente y no aplicados a la ejecución del contrato.

En ese contexto, por conducto de la nota mencionada se efectuaron diversas consultas a este Órgano Rector, las cuales fueron oportunamente evacuadas mediante NO-2017-34042074-APN-ONC#MM, de fecha 20 de diciembre de 2017. Vale destacar que en dicha oportunidad, esta Oficina Nacional aclaró que se expedía a título de colaboración, no obstante no haberse remitido los actuados por donde tramitó la Licitación Pública N° 26/09 del registro del ex MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, extremo que impidió su compulsión (v. orden 14, páginas 1-7).

En el orden 19, páginas 1-5, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° IF-2017-34312558-APN-DGAJ#MSG, de fecha 21 de diciembre de 2017, en cuya ocasión el servicio permanente de asesoramiento jurídico de esa cartera ministerial indicó: *“...en las actuaciones emitió opinión el órgano rector en materia de contrataciones públicas (v. art. 23, inc. a), Dto. N° 1023). Por consiguiente, y por ser calificada su opinión corresponde adoptar el temperamento cristalizado en la Nota NO-2017-34042074-APN-ONC#MM.*

*1.1. Sentado lo anterior y descartada la posibilidad de aplicar las penalidades de multa por mora, rescisión parcial de la orden de compra N° 228/10, la pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento de contrato y la multa por rehabilitación tácita del mismo, sí procede que se extinga el vínculo contractual y se intime a la proveedora incumplidora a que reintegre al Ministerio de Seguridad las sumas abonadas en forma anticipadas, que de acuerdo a lo informado por la Dirección de Compras y Contrataciones asciende a la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES SIETE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 00/100 (u\$s 7.977.964,00).*

*1.2. Es decir vedada la posibilidad de rescindir en forma parcial el contrato (cfr. Nota ONC, cit.), procede entonces declarar extinguido el contrato y exigir el reintegro de las sumas abonadas anticipadamente (...).*

*1.3.2. Asimismo, corresponde señalar que procede que se calculen los intereses del monto adeudado por la empresa proveedora...”.*

En el orden 28, páginas 1-3, luce incorporado un primer proyecto de decisión administrativa (IF-2018-00733081-APN-MSG) refrendado por la Ministra de Seguridad, mediante el cual se propició en su momento extinguir parcialmente la Orden de Compra N° 228/10, emitida a favor de la firma MÓDENA HELICÓPTEROS S.A., no obstante considerar prescripta la competencia para aplicar penalidades, por aplicación del principio de la ley penal más benigna (v. artículos 1° y 2°).

Asimismo, en el referido proyecto se prevé intimar a la firma MÓDENA HELICÓPTEROS S.A. a reintegrar al MINISTERIO DE SEGURIDAD, la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES SIETE MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO (USD 7.977.964,00), más los intereses que deberán calcularse hasta su efectivo pago (v. artículo 3°).

En el orden 35, páginas 1-3, se advierte la intervención de la SUBDIRECCIÓN GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS de la SUBSECRETARÍA TÉCNICA de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN mediante Informe N° IF2018-05903561-APN-DGDYD#SLYT, de fecha 5 de febrero de 2018, donde se efectuó un análisis técnico-formal del proyecto de decisión administrativa obrante en los presentes actuados.

En cuanto aquí interesa, se señaló que: *“...A fin de realizar el debido cotejo de lo expresado en los*

*Considerandos 3º, 4º, 5º, 6º y 11 de la medida proyectada, deberían acompañarse en el Expediente en cuestión, la totalidad de las actuaciones relacionadas a la Licitación Pública N° 26/09 aprobada por la Decisión Administrativa N° 893/10, así como aquellas relacionadas con su ejecución (fecha de notificación de la orden de compra, pagos, actas de recepción definitivas, pólizas respectivas, etc.) efectuadas en las distintas carteras ministeriales intervinientes (hoy Ministerios de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad). Asimismo y una vez acompañadas las mencionadas actuaciones, se estima que deberá requerirse una nueva intervención de la Oficina Nacional de Contrataciones del MM, sin perjuicio de su opinión preliminar acompañada en Orden 14.*

*3.- Con relación a la propuesta presentada por la firma MODENA HELICOPTEROS S.A. en el Orden 2, la misma debería ser evaluada en el ámbito del MINISTERIO DE SEGURIDAD, debiéndose tener presente las previsiones del artículo 12, inciso a) del Decreto N° 1023/01 y sus modificaciones (...).*

*5.- Sin perjuicio de lo manifestado por la Oficina Nacional de Contrataciones en el Orden 14, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 12, inciso a) del Decreto N° 1023/01 y sus modificaciones, en el artículo 1º, en lugar de ‘Extíngase’ se sugiere consignar ‘Rescíndese’” (el subrayado no corresponde al original).*

En el orden 44, páginas 1-2, obra la intervención de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA LEGAL de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN de fecha 14 de febrero de 2018, en cuyo marco consideró oportuno requerir: “...una nueva intervención de la Oficina Nacional de Contrataciones del Ministerio de Modernización, a los efectos que la misma emita su opinión toda vez que la acompañada en Orden 14 fue realizada sin la compulsa de los elementos de juicio que deben ser agregados y que en su caso podrían tener alguna influencia en la formación de la alta opinión del órgano rector...” (v. IF-2018-06914923-APN-DGAJ#SLYT).

En el orden 61 luce la Providencia N° PV-2018-08576801-APN-SSAJ#MSG, de fecha 26 de febrero de 2018, en cuyo marco la SUBSECRETARÍA DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD solicitó a la DIRECCIÓN NACIONAL DE GENDARMERÍA la emisión de un informe técnico sobre una nueva propuesta de cumplimiento efectuada por Modena Helicópteros S.A., consistente en la entrega de TRES (3) helicópteros Koala A 119, más prestaciones de servicios y bienes, en reemplazo de los DOS (2) helicópteros pendientes de entrega (v. archivo de trabajo vinculado al EX-2017-16434898-APN-JGA#MSG en el orden 3).

En el orden 68 rola la Nota N° NO-2018-09685286-APN-DIGEOP#GNA, de fecha 6 de marzo de 2018, la cual lleva como archivo embebido el informe técnico realizado por la DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES de la GENDERMERÍA NACIONAL, donde se evaluaron las aeronaves propuestas por el proveedor en pos de cancelar los compromisos pendientes en relación a la Orden de Compra N° 228/10, concluyendo preliminarmente que el modelo de helicóptero ofrecido sería apto para las operaciones aéreas que realiza dicha Fuerza.

En el orden 74 se encuentra incorporada la Nota de la DIRECCIÓN DE AVIACIÓN de la GENDARMERÍA NACIONAL N° NO-2018-13209278-APN-DIRVIACION#GNA, fecha 27 de marzo de 2018.

En dicha intervención la aludida instancia dejó asentadas diversas observaciones luego de evaluar *in situ* los helicópteros modelo AW119MKII ofrecidos (números de serie 14731, 14718 y 14734). Informó, entre otras cuestiones, que el costo de mantenimiento por hora de vuelo propuesto por la empresa estaría dentro de los valores de mercado; asimismo, efectuó una serie de recomendaciones para incluir en dicha propuesta y para todas las aeronaves.

En los órdenes 75-77 tomó intervención el TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN mediante Dictámenes de Valor Nros. IF-2018-13206899-APN-TTN#MI, IF-2018-13206684-APN-TTN#MI e IF-2018-13207029-APN-TTN#MI –todos de fecha 27 de marzo de 2018–, donde se efectuaron las siguientes tasaciones: 1) Helicóptero Augusta – Westland AW119 MKII, Matricula N963TC, Año de Fabricación

2009, S/N: 14734, fijando su valor en la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES DOS MILLONES CIENTO CATORCE MIL (USD 2.114.000); 2) Helicóptero Augusta – Westland AW119 MKII, Matrícula XA-UWY, Año de Fabricación 2008, S/N: 14718, resolviendo fijar su valor en la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES UN MILLON NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL (USD 1.936.000); 3) Helicóptero Augusta – Westland AW119 MKII, Matrícula C-FNMU, Año de Fabricación 2009, S/N:14731, resolviendo fijar su valor en la suma de DÓLARES ESTADOUNIDENSES DOS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA MIL (USD 2.430.000).

En el orden 78 se encuentra digitalizada una presentación del apoderado del GRUPO MODENA, fechada el 11 de abril de 2018, en la que mejoró los términos de la oferta en relación a los servicios de mantenimiento de la siguiente manera: “1. Helicópteros AW 119 de 400 hs o dos años 500 hs y 3 años. 2. Helicópteros AB 206 de 300 hs o dos años a 400 hs y 3 años” (v. IF-2018-15892850-APN-UCG#MSG).

En el orden 79, páginas 1-3, obra el Informe N° IF-2018-16940528-APN-UCG#MSG, de fecha 17 de abril de 2018, en cuyo marco la UNIDAD DE COORDINACIÓN GENERAL del MINISTERIO DE SEGURIDAD opinó que el acuerdo con la empresa MODENA HELICÓPTEROS S.A. resulta ser oportuno y conveniente a la luz del artículo 3° inciso a) del Decreto N° 1023/01, toda vez que consideró su propuesta razonable y eficiente para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado, todo ello de acuerdo a los fundamentos que allí exponen.

En el orden 83, páginas 1-12, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° IF-2018-26171297-APN-DGAJ#MSG, de fecha 1° de junio de 2018.

En esta nueva intervención, la referida asesoría jurídica efectuó un meduloso examen del asunto, cuyos aspectos principales se transcriben a continuación: “...el punto de partida del análisis del proyecto consultado debe partir de la situación de incumplimiento en la que se encuentra inmerso el proveedor.

*Frente a esta situación disfuncional y lesiva al erario público, de acuerdo a lo opinado por el órgano rector en materia de contrataciones públicas –me refiero a la Oficina Nacional de Contrataciones– no es posible aplicar penalidades en la especie, pues por aplicación del principio de la ley penal más benigna, el cual se extiende a la prescripción, conduce (v. Dictamen ONC N° 164/14) a considerar, inexorablemente, que se habría prescrito la posibilidad de aplicar la pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato y la multa por mora y por rehabilitación tácita del contrato.*

*1.1. En consecuencia, y sin perjuicio de que no resulta posible jurídicamente aplicar las penalidades que prevé el régimen de contrataciones, lo cierto es que debe disponerse la rescisión del contrato, es decir debe extinguirse el mismo, y el proveedor debe aceptar que esa extinción obedece al incumplimiento de las prestaciones a su cargo (...) Es que resulta necesario rescindir por incumplimiento del proveedor, como paso previo a abordar la recomposición de las relaciones que quedaron frustradas en desmedro del Estado Nacional, producto de esa situación de incumplimiento aceptada por el mismo proveedor.*

*1.1.1. Es que la rescisión contractual, da nacimiento a la facultad del Estado Nacional de ponderar y analizar la propuesta formulada por el proveedor; ello, reitero frente a un cuadro de imposibilidad de cumplimiento de la prestación original.*

*Es decir, frente a este complejo panorama, se genera la facultad de la Administración de reclamar una prestación diferente a la original –pues no es posible por culpa del proveedor la entrega de los bienes contratados–, es decir a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento...” (el subrayado no corresponde al original).*

De otra parte, se sostuvo: “...1.1.2. Ahora bien, en el marco de una pretensión resarcitoria, también el proveedor puede incumplir con la prestación dineraria que se le exija y resistir las acciones judiciales que eventualmente el Estado inicie. En rigor, puede dificultar y poner en duda tanto el crédito del Estado Nacional como su satisfactoria ejecución.

*En este escenario, la Administración tiene facultades para administrar las consecuencias del incumplimiento contractual y ponderar la manera más eficiente de satisfacer al interés público, mediante la celebración de un acuerdo en el cual regule la manera en que la contraparte cumplirá con la prestación reparatoria.*

*Justamente, una manera de administrar los efectos del incumplimiento, que en definitiva constituye una prerrogativa exorbitante de la Administración, derivada implícitamente de las facultades conferidas por el artículo 12, del Decreto N° 1023/01, es la celebración del acuerdo proyectado.*

*1.2.1. En tal sentido, considero que debe meritarse la propuesta presentada por el proveedor, bajo dos ejes analíticos: por un lado la satisfacción del interés público y por el otro la imposibilidad de entregar lo comprometido, teniendo en cuenta que no resulta posible jurídicamente aplicar las penalidades que contempla el régimen de contrataciones (...) la noción del interés público no es un concepto vacío o abstracto, sino que en el sub examine se cristaliza en la provisión de tres helicópteros que de acuerdo a los informes producidos por los órganos técnicos de Gendarmería Nacional son aptos para las operaciones aéreas que realiza esa fuerza (...) y además que el helicóptero Augusta Westland AW 119 KE constituye una buena plataforma aérea que cumple con la totalidad de los patrones de las misiones de transporte y vigilancia Aérea impuesta a la GNA (...).*

*Esa satisfacción de las necesidades públicas además, sería precisamente inmediata, en caso de celebrarse el acuerdo propuesto. Por el contrario, si debieran iniciarse acciones judiciales, cuyo resultado sería incierto, y en el supuesto de que se obtuviese, producto de un litigio judicial, una indemnización económica, para poder satisfacer las necesidades de medios logísticos de la Gendarmería Nacional debería sustanciarse un nuevo proceso de contratación pública, lo cual insumiría sin dudas un período relativamente extenso de tiempo, durante el cual la Gendarmería Nacional se vería privada de la posibilidad de cumplir más eficientemente sus funciones (...).*

*3. Con relación al segundo aspecto, considero que el proyecto de acuerdo resulta un mecanismo idóneo para recomponer las relaciones emergentes de la extinción rescisoria del vínculo contractual, pues como se señaló el proveedor no puede entregar los dos helicópteros que fueron objeto de la licitación pública N° 26/09, y por lo tanto, de requerirse su cumplimiento el Estado Nacional debería iniciar una acción judicial enderezada al reintegro del valor de los dos helicópteros que fueron pagados más no entregados (...).*

*Es que no resulta ni lógica ni jurídicamente exigible que deba incurrirse en el dispendio innecesario de iniciar el juicio, para considerarse habilitado a cerrarlo por vía transaccional, tal sería la solución prevista según una interpretación literal en el Decreto N° 411/80 (...).*

*Por el contrario, de no celebrarse el acuerdo traído a consideración de este servicio jurídico se arribaría a una situación que, paradójicamente, resultaría más perjudicial al interés público, y más perniciosa para el Estado Nacional, ya que no hay garantía de que se pueda obtener el cobro de lo adeudado ni el plazo en el que eventualmente en que podrían ingresar dichos fondos al tesoro de la nación (...).*

*4. Por cierto, que este proyecto resulta razonable porque existe según lo dictaminado por las áreas competentes, una equivalencia económica entre el valor de los helicópteros que propician entregar respecto de los que debieran haberse entregados...”.*

En suma, la instancia letrada de que se trata no formuló observaciones sustanciales de índole jurídica, no obstante lo cual sugirió la intervención de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, en el ámbito de sus respectivas competencias.

En el orden 89, páginas 1-2, se encuentra vinculado el Informe de la SECRETARÍA TÉCNICA DE CONTROL Y FISCALIZACIÓN de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN N° IF-2018-27349549-APN-STCYF#SIGEN, de fecha 7 de junio de 2018, donde se aclaró que: “...el área de precio testigo de este organismo no cuenta con un asesoramiento permanente que posibilite la evaluación del

*valor actual de las unidades ofrecidas por el proveedor, en el marco del proyecto de acuerdo aquí en trámite, máxime tratándose de unidades usadas, cuyo cotización requiere de inspecciones particulares.”.*

Sin perjuicio de ello, la Síndica General Adjunta de la SIGEN destacó: “...*En cuanto a la razonabilidad de la oferta de la aludida empresa como forma de reintegro y reparación sobre el contrato caído, el área técnica respectiva de este organismo ha dictaminado que desde el punto de vista económico y financiero la propuesta de Módena Helicópteros S.A., versus la acreencia a favor del Estado motivada por el incumplimiento contractual, resultaría aceptable. Para ello, tomó como deuda el monto del 50% de la Orden de Compra que no fue cumplido por la empresa (de los 4 helicópteros fueron entregados sólo 2) contra las tasaciones efectuadas por el Tribunal de Tasaciones por cada helicóptero que entregará la empresa y se consideraron los valores de los costos de las horas de mantenimiento e inspecciones conformados por la Gendarmería Nacional, más intereses indemnizatorios por mora (aplicados por seis años que es el tiempo transcurrido desde la falta de entrega de las dos unidades pendientes en el contrato original). En definitiva, la suma de la deuda de la empresa (u\$s7.977.964,00.-) más los intereses por 6 años (u\$s1.372.036,00.-) da por resultado un monto de u\$s 9.350.000.- que es el equivalente a todos los bienes y servicios a ser entregados y prestados por la misma...”.*

En el orden 94, páginas 1-19, se advierte incorporado el acuerdo (CONVE-2018-28446485-APN-DGI#MSG) suscrito con fecha 11 de junio de 2018 entre el señor Cristiano RATTAZZI, en carácter de presidente de la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. y la Ministra de Seguridad, con los alcances que sucintamente se detallan a continuación:

I. El MINISTERIO DE SEGURIDAD rescinde parcialmente, *ad referendum* del Jefe de Gabinete de Ministros, la Orden de Compra N° 228/10, en virtud del incumplimiento de la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. de las obligaciones a su cargo, vinculadas con la entrega de DOS (2) helicópteros marca Bell, modelos UH-1 H II Huey II y, a su vez, la empresa en cuestión acepta dicha rescisión parcial por su culpa (v. Cláusulas 1° y 2°).

II. El MINISTERIO DE SEGURIDAD acepta la propuesta de la empresa MODENA HELICÓPTEROS S.A., consistente en la entrega de TRES (3) helicópteros Koala AW 119 KE usados (modelos 2008/2009) en condiciones de aeronavegabilidad –previa inspección y recepción técnica–, en plazos escalonados (60/90/120 días corridos) desde la firma del convenio bajo análisis. Incluso, se prevé la posibilidad de sustituir las aeronaves individualizadas en el convenio, por otras equivalentes o superiores, para el caso en que no estuviesen disponibles para la compra por MODENA HELICÓPTEROS S.A. (v. Cláusulas 3°, 4° y 5°).

III. MODENA HELICÓPTEROS S.A. se obliga a correr con los gastos que demanden los cursos de adaptación a las aeronaves para SEIS (6) pilotos y capacitación para SEIS (6) mecánicos, a elección del MINISTERIO DE SEGURIDAD (v. Cláusula 6°).

IV. MODENA HELICÓPTEROS S.A. se obliga a realizar las tareas de mantenimiento establecidas en la CLÁUSULAS OCTAVA, NOVENA Y DECIMA.

V. MODENA HELICÓPTEROS S.A. se obliga a constituir un seguro de caución por la suma total de PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 233.750.000,00.-), a integrarse dentro de los 10 días de la firma del acuerdo (v. Cláusula 11).

A partir de una detenida lectura de los Considerandos del convenio objeto de análisis cobra relevancia la siguiente motivación que dio sustento al acuerdo *sub-examine*: “...*la solución amistosa del presente le permitirá contar a la GENDARMERÍA NACIONAL con los medios aéreos ofrecidos en un plazo muy exiguo de tiempo, lo que resulta fundamental si se tiene en cuenta que a todas las misiones y funciones del MINISTERIO se le ha sumado hacia finales del año 2017 el Servicio Nacional del Manejo del Fuego a lo largo de todo el país, para lo cual resulta imperioso contar con estos helicópteros (...).*

*Que, asimismo, cabe considerar que la opción alternativa a la propuesta en este Acuerdo –es decir, el*

*inicio de acciones legales dirigidas a obtener el cobro de las sumas adeudadas por MODENA HELICOPTEROS S.A. como consecuencia de los incumplimientos verificados en el marco de la ejecución de la Orden de Compra N° 228/10– conllevaría que el interés público comprometido en la adquisición de medios aéreos para la GENDARMERÍA NACIONAL sustanciada por medio de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional N° 26/09 recién pueda ser satisfecho luego de la tramitación de un proceso judicial presumiblemente extenso y cuyo resultado guarda una natural dosis de incertidumbre, a lo que cabría adicionar el tiempo y dispendio de recursos humanos y materiales que insumiría la sustanciación de un nuevo procedimiento de contratación. A ello debería agregarse, como elemento a tener en cuenta en la ponderación de la conveniencia económica del presente acuerdo, el costo que el inicio de las acciones judiciales tendría para el MINISTERIO DE SEGURIDAD (...).*

*Que además se ha requerido se garantizara la formación tanto de los pilotos como de los mecánicos que operarán y mantendrán las aeronaves, todo lo cual se encuentra incluido en la propuesta de compensación.*

*Que en definitiva se pone fin a una situación de incertidumbre y se satisface en forma directa e inmediata el interés público...”.*

Finalmente, en la CLÁUSULA DECIMO QUINTA se deja claramente establecido que la vigencia y efectos del mentado acuerdo se encuentra supeditada a su ratificación por parte del señor Jefe de Gabinete de Ministros.

En el orden 103, páginas 1-4, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD N° IF-2018-31646849-APN-DGAJ#MSG, de fecha 3 de julio de 2018, instancia que no opuso reparos a la prosecución del trámite.

En el orden 106, páginas 1-26, lucen digitalizadas copias de las pólizas de caución presentadas por la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A., de conformidad con lo convenido en la CLÁUSULA DECIMO PRIMERA del acuerdo suscripto el día 11 de junio de 2018 (v. IF-2018-31919150-APN-UCG#MSG).

En el orden 107, páginas 1-6, obra un proyecto de decisión administrativa (IF-2018-32167168-APN-MSG), refrendado por la Ministra de Seguridad, mediante el cual se propicia, en lo medular, rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 228/10 emitida en favor de la empresa MODENA HELICÓPTEROS S.A. y ratificar el Acuerdo (CONVE-2018-28446485-APN-DGI#MSG) suscripto entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A. con fecha 11 de junio de 2018 (v. artículos 1° y 2°).

En el orden 116, páginas 1-25, se encuentra digitalizada diversa documentación que da cuenta de la recepción, por parte de la GENDARMERÍA NACIONAL, de DOS (2) helicópteros marca BELL modelo HUEY II, ambos correspondientes a la Orden de Compra N° 228/10 (v. IF2018-33916442-APN-UCG#MSG). Asimismo, obran constancias de la posterior transferencia de las aeronaves a la órbita del MINISTERIO DE SEGURIDAD.

En el orden 118, páginas 1-15, obra una copia digitalizada del pliego de bases y condiciones particulares llamado a regir la Licitación Pública N° 26/09 del registro ex MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS.

En el orden 120, páginas 1-12, obra una copia digitalizada de la Orden de Compra N° 228, emitida el 30 de diciembre de 2018 en favor de MODENA HELICÓPTEROS S.A. y notificada en esa misma fecha a la firma adjudicataria. A su vez, rola una copia de la Orden de Compra N° 229, emitida el 30 de diciembre de 2018 en favor del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, a efectos de posibilitar las transferencias de los pagos al exterior.

En el orden 122, páginas 1-3, obran copias de la Decisión Administrativa N° 893, de fecha 14 de diciembre de 2010, por la cual se aprobó el trámite de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional N° 26/09 y se



adjudicó su objeto a la firma "MODENA HELICOPTEROS S.A." –oferta base–, por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES QUINCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO (U\$S 15.955.928,00).

En el orden 123, páginas 1-7 se encuentran digitalizadas tanto la providencia de la DIRECCIÓN NACIONAL DE LOGÍSTICA del MINISTERIO DE SEGURIDAD de fecha 11 de noviembre de 2015, por la cual se ordenó el archivo del expediente MS 7433/11, como así también el proveído de la JEFATURA DE GABINETE DE ASESORES de esa cartera, requiriendo su desarchivo el 30 de mayo de 2016.

En el orden 128 tomó nueva intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS de la SUBSECRETARÍA TÉCNICA de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN mediante Informe N° IF-2018-36440040-APN-DGDYD#SLYT, de fecha 31 de julio de 2018, donde se efectuó un análisis técnico-formal del nuevo proyecto de decisión administrativa incorporado a los presentes actuados (IF-2018-32167168-APN-MSG – Orden 107).

Puntualmente, se destacó que: *“...con respecto a lo señalado en dicho Considerando que la Oficina Nacional de Contrataciones del MM se expidió sobre una versión primigenia (Orden 28) de la medida ahora en trámite (Orden 107)...”*.

En el orden 133, páginas 1-17, obra una nueva intervención de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA LEGAL de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN mediante Dictamen N° IF-2018-37438801-APN-DGAJ#SLYT, de fecha 3 de agosto de 2018.

En lo medular, la citada instancia letrada opinó que: *“...del análisis de las intervenciones de las áreas técnicas (...) no surge elemento que permita desacreditar el rigor técnico de sus fundamentos ni la lógica de sus conclusiones ni advertimos elementos que las desvirtúen so riesgo de afectar las facultades propias de apreciación de los órganos administrativos facultados en la materia...”*.

A lo que añadió: *“...corresponde merituar a la hora de ponderar la razonabilidad de la medida las cuestiones señaladas por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION en relación a los seguros de caución constituidos en virtud de dicho acuerdo -agregados en el Orden N° 106-, constituyen otro aspecto a considerarse, habida cuenta que su ejecución, de obtenerse en la mejor hipótesis para los intereses del Estado Nacional, permitiría resarcir tan solo una parte del daño producido en cambio el acuerdo permite una reparación integral que además incluye los valores correspondientes a los intereses devengados, cuestión que más allá de la postura que se adopte es innegable que forman parte de un diferendo que deberá resolverse en sede judicial, con todo el alea que ello conlleva.*

*En ese marco de análisis el convenio contiene la virtud de otorgar sustento y certeza respecto del cumplimiento por parte de MODENA HELICÓPTEROS S.A. de las obligaciones asumidas, resguardando con ello el interés público comprometido...”*.

En atención a todo lo expuesto, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA LEGAL de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN concluyó: *“...en la inteligencia que los bienes relacionados al acuerdo sostienen una relación funcional y lógica que dieron causa a la contratación primigenia, siendo destinados para la consecución de los mismos fines de satisfacción del interés general, y teniendo en especial consideración las intervenciones del TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACION y de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION que sostienen una debida e inteligente protección del interés fiscal, sumado a que el convenio cesa un estado de incertidumbre para trocarlo en certeza en beneficio de la Administración Pública Nacional, este órgano asesor legal no observa elemento alguno que permita formular una objeción desde el punto estrictamente jurídico a la medida propiciada...”*.

Finalmente, en el orden 143 se encuentra vinculada la Providencia N° PV-2018-37707548-APN-

DGDYD#SLYT, de fecha 6 de agosto de 2018, por cuyo conducto la DIRECCIÓN GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS de la SUBSECRETARÍA TÉCNICA de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN remite los presentes actuados a consideración de este Órgano Rector, solicitando en forma expresa que posteriormente, los mismos sean elevados a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, para la intervención de su competencia.

**-II-**

**OBJETO DE LA CONSULTA**

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a raíz de lo indicado por la DIRECCIÓN GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS y por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS, ambas instancias dependientes de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN (v. IF-2018-36440040-APN-DGDYD#SLYT e IF-2018-37438801-APN-DGAJ#SLYT, piezas que se hallan vinculadas en los órdenes 128 y 133 respectivamente, de las actuaciones de la referencia).

**-III-**

**ÁMBITO DE APLICACIÓN**

Ante todo, corresponde determinar si la contratación de marras se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Ello así, y en lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto el ex MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS era una jurisdicción integrante de la Administración Central, se encontraba claramente incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

A idéntica conclusión corresponde arribar, en la actualidad, respecto del MINISTERIO DE SEGURIDAD, el que desde su creación a través del Decreto N° 1993/10 pasó a ser continuador jurídico de las competencia que tenía asignadas el ex MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, en las materias específicamente atinentes a la temática de la Seguridad.

Luego, en cuanto hace al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable puntualizar que el Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme se desprende de su artículo 4° alcanza a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. A su vez, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trata de la adquisición de CUATRO (4) helicópteros con destino a la GENDARMERIA NACIONAL y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que nos encontramos frente a algún supuesto de excepción, puede concluirse que dicho contrato se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Por último, en lo concerniente a la reglamentación aplicable, cabe afirmar que en la medida en que la Licitación Pública de Etapa Única Nacional N° 26/09 fue autorizada por Resolución del entonces Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos N° 1630 del 19 de mayo de 2009, resultan de aplicación el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado como Anexo al Decreto N° 436/00, el Manual Práctico para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios para el Estado Nacional, aprobado por Resolución de la SECRETARÍA DE HACIENDA N° 515/00 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado mediante

Resolución del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA N° 834/00. Va de suyo que se trata de normas actualmente derogadas, pero aplicables al caso en cuestión, por tratarse del régimen vigente al momento de la autorización del llamado y en relación al cual quedó perfeccionado el contrato en cuestión.

-IV-

## ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

### **a) Intervención anterior mediante Nota N° NO-2017-34042074-APN-ONC#MM. Aclaraciones previas.**

A título introductorio, no resulta ocioso poner de resalto que esta Oficina Nacional, en su anterior intervención, se ocupó de aclarar que no tuvo a la vista –ni entonces ni ahora– el Expediente N° 139-JN8-5011/62/2008 por donde tramitó la Licitación Pública N° 26/09 del registro ex MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS, extremo que impidió su compulsión.

Por tal motivo, en dicha ocasión se brindaron –a modo de colaboración– algunas opiniones y lineamientos preliminar respecto de las consultas puntuales que efectuara la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE SEGURIDAD mediante Nota N° NO-2017-31102914-APN-DCYC#MSG, sobre la exclusiva base de los antecedentes allí informados.

Con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, cabe tener por reproducido el análisis allí efectuado, no obstante lo cual se transcriben a continuación –para mejor ilustrar– las conclusiones preliminares oportunamente vertidas en la Nota N° NO-2017-34042074-APN-ONC#MM (v. orden 14):

I. “...*El cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y claramente sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor. Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos...*”.

II. “...*Suponiendo, entonces, que los acontecimientos transcurrieron tal como indica el organismo contratante y que, en consecuencia, DOS (2) helicópteros nunca fueron suministrados por la empresa en cuestión, mientras que las entregas de las únicas DOS (2) aeronaves puestas a disposición de la jurisdicción contratante se realizaron con un retardo de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (654) y de SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO (685) días hábiles, respectivamente, tales extremos resultarían –en principio– subsumibles en las causales de penalidad contemplados en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 y normas complementarias...*”.

III. “...*más allá del recupero de las sumas adelantadas al proveedor y no aplicadas a la ejecución del contrato, a la luz de lo hasta aquí expuesto y en la medida en que no se vislumbra ninguna eximente de responsabilidad, cabría concluir que la firma MÓDENA HELICOPTEROS S.A. incurrió en incumplimientos que en ese entonces tenían por consecuencia las siguientes penalidades: 1) Rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, por culpa del proveedor, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato; 2) multa por mora, con relación a los DOS (2) helicópteros entregados tardíamente, más la multa del DIEZ POR CIENTO (10%) correspondiente a la rehabilitación tácita del contrato...*”.

IV. “...*el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC N° 164/14)...*”.

V. “...*el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado*

Nacional aprobado por el Decreto N° 436/00 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades. Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna...”.

VI. “...esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/14 (...) en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción. Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescrito –no solo la multa por mora, sino también la rescisión parcial de la Orden de Compra N° 228/10, la pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato y la multa por rehabilitación tácita del mismo–...”.

VII. “...respecto de la viabilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios percibidos por el proveedor de que se trata y no aplicados a la ejecución del contrato –cuyo recupero se propicia–, forzoso es colegir que dicha facultad no surge de la normativa específica que rige las contrataciones de la Administración Nacional.”.

Es particularmente destacable que buena parte de dichas conclusiones han sido objeto de reparos por parte de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA LEGAL de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

En efecto, la citada instancia letrada indicó que: “...algunos de los criterios emitidos por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES del MINISTERIO DE MODERNIZACIÓN y por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE SEGURIDAD resultan para esta Dirección General opinables.

En particular nos referimos a la conceptualización que de la aplicación del principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades realiza la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

Es que dicho principio lejos de ser una garantía constitucional, resulta de fuente legal, ni tampoco es claro, por lo menos de forma genérica, que las penalidades establecidas en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, deban someterse a los principios generales del Derecho Penal, desconociendo la diferencia entre el sistema penal aplicable a hechos delictivos, del régimen sancionatorio administrativo cuya naturaleza es propia de la materia contravencional no siendo a ella aplicable en forma lisa y automática los principios del Derecho Penal.

de allí que sea debatible si en el caso esos principios normativos penales alcanzan en el caso al instituto de la prescripción.

Igual carácter nos merece la objeción en relación ante la ausencia en la normativa específica que rige las contrataciones de la administración la posibilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios percibidos por el proveedor de que se trata y no aplicados a la ejecución del contrato, cuando el derecho a una reparación integral del patrimonio estatal dañado no parece condicionado por una necesaria previsión normativa, cuando la reparación del daño patrimonial presenta aristas de constituir un derecho y garantía constitucional que también alcanza al patrimonio del Estado en su calidad de Sujeto de Derecho.

Lo indicado también se extiende al debate sobre imposibilidad de aplicar las penalidades que contempla el Régimen de Contrataciones a MODENA HELICÓTEROS S.A...” (el subrayado no corresponde al original) (v. Dictamen N° IF-2018-37438801-APN-DGAJ#SLYT, de fecha 3 de agosto de 2018, vinculado en el orden 133).

Pues bien, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tiene, por regla, no polemizar ni entrar en debate con relación a las opiniones que emite en el marco de su competencia específica, máxime cuando sus dictámenes no tienen sino la fuerza persuasiva de sus argumentaciones y no traban en absoluto la decisión que sobre el problema adopten en definitiva los órganos activos de la Administración, valorando de otro modo los hechos y las normas en cuestión.

Tan es así que las autoridades con competencia para decidir pueden, bajo su responsabilidad, apartarse de las recomendaciones efectuadas. No existe impedimento alguno para que esas autoridades decidan de manera diversa, en ejercicio de sus atribuciones y según entiendan que deban hacerlo, justificando los fundamentos que sean tenidos en cuenta para adoptar una postura diferente a la propiciada por este Órgano Rector.

Sin perjuicio de lo expuesto, la primera de las discrepancias señaladas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA LEGAL de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN amerita ser objeto de un análisis más detallado *ut infra*, dado que anteriormente el tema fue abordado en el acotado margen que presupone una nota y sin contar con las constancias documentales que en esta ocasión se acompañan.

En cuanto concierne a la segunda observación, simplemente ha de decirse que en la nota NO-2017-31102914-APN-DCYC#MSG se consultó: “...¿Si en oportunidad de intimar a la firma *MÓDENA HELICOPTEROS S.A.* a reintegrar los montos dinerarios percibidos y no aplicados a la ejecución del contrato, resulta viable la imposición de intereses y en caso afirmativo qué tasas resultarían aplicables?”.

A lo que se respondió que la posibilidad de imponer intereses sobre los montos dinerarios adelantados y no aplicados a la ejecución del contrato no encuentra respuesta en la normativa específica que rige las contrataciones de la Administración Nacional (v. NO-2017-34042074-APN-ONC#MM).

Como puede apreciarse, lejos de afirmarse que la imposición de intereses propiciada fuese improcedente con motivo de la ausencia de previsión normativa, simplemente se puso de resalto que ello no surge del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, con lo cual el examen de su viabilidad jurídica exorbita las competencias del Órgano Rector y cualquier opinión brindada a ese respecto –sin apoyatura en el régimen de contrataciones que está llamado a interpretar– hubiese implicado una intromisión arbitraria en la esfera competencial del servicio permanente de asesoramiento jurídico del organismo contratante y de las autoridades con facultades decisorias.

De cualquier modo, resulta interesante colacionar aquí que el derecho a la reparación integral del patrimonio estatal, al que hace alusión el servicio jurídico preopinante, encuentra apoyatura expresa en el segundo párrafo del artículo 100 del Reglamento entonces vigente, en los siguientes términos: “*La ejecución de las garantías o la iniciación de las acciones destinadas a obtener el cobro de las mismas, tendrán lugar sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan o de las acciones que se ejerzan para obtener el resarcimiento integral de los daños, que los incumplimientos de los oferentes o proveedores hubieren ocasionado.*” (el subrayado no corresponde al original).

#### **b) Alcances de la presente intervención.**

Sobre la base de lo que se viene de exponer, merece consignarse que en esta nueva solicitud de intervención no se ha formulado una consulta en concreto, sino que se somete a consideración de este Órgano Rector un proyecto de decisión administrativa (IF-2018-32167168-APN-MSG – Orden 107), mediante el cual se propicia ratificar el acuerdo suscripto, con fecha 11 de junio de 2018, entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A. (CONVE-2018-28446485-APN-DGI#MSG – Orden 94) y rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 228/10.

Siendo ello así, ha de recordarse que si bien la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se encuentra facultada para asesorar y dictaminar en las cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan las diversas jurisdicciones y entidades a su consideración, muy distinto es

el ejercicio de un control de legalidad “genérico” sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección y/o respecto de aquellas vicisitudes susceptibles de acontecer durante la ejecución contractual, todo lo cual excede el umbral de análisis del Órgano Rector. De lo contrario, estaría supliendo funciones propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico, de la autoridad con competencia para aprobarlo y/o de los organismos de contralor dotados de competencias específicas para dichos fines.

En sintonía con lo expuesto, sabido es que esta Oficina Nacional no posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16 e IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, entre muchos otros.

En virtud de ello, en la presente intervención se efectuarán únicamente algunas consideraciones en torno a los puntos observados por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SUBSECRETARÍA LEGAL de la SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN en su Dictamen N° IF-2018-37438801-APN-DGAJ#SLYT, procurando no ingresar en temáticas ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector.

Téngase presente, al respecto, que tanto las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento.

De ahí que deviene pertinente adelantar desde ahora que la valoración de la oportunidad, mérito o conveniencia tanto del acuerdo vinculado en el orden 94 (CONVE-2018-28446485-APN-DGI#MSG) como de la suscripción de la medida en ciernes atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, resorte exclusivo de las autoridades competentes y, por ende, ajenas al marco de incumbencia de este Órgano Rector.

### **c) Los hechos.**

Aclarado lo anterior y sin ánimo de sobreabundar en detalles en torno a los antecedentes reseñados en el Acápito I del presente, resulta de singular relevancia ordenar cronológicamente los principales sucesos, haciendo hincapié en determinados hitos que contribuyen a una mejor comprensión de la plataforma fáctica que aquí se ventila. A saber:

- Por Resolución del entonces MINISTERIO DE JUSTICIA, SEGURIDAD Y DERECHOS HUMANOS N° 1630 del 19 de mayo de 2009 se autorizó un llamado a licitación pública de etapa única nacional con el objeto de adquirir CUATRO (4) helicópteros marca BELL, modelos UH 1H-II Huey II, con destino a la GENDARMERÍA NACIONAL y se aprobó el respectivo pliego de bases y condiciones particulares (v. IF-2018-33915192-APN-UCG#MSG, en donde fueron estipuladas –en cuanto aquí interesa– las siguientes cláusulas: “**Art. 1° OBJETO DE LA CONTRATACIÓN:** Por la adquisición de CUATRO (4) Helicópteros Bell UH-1H-II Huey II para actuar en el interior del país, con destino a la Gendarmería Nacional (...) **Art. 11° CONDICION DE CALIDAD:** Los helicópteros Bell UH-1H II Huey II son armados utilizando células (Fuselajes) de helicópteros Bell UH-1H, las cuales una vez acondicionadas, reciben un Kit de fábrica (Kit Huey II) a la vez que el motor es retrabajado para dotarlo de mayor potencia. En el proceso se utilizan únicamente partes, componentes, accesorios, repuestos nuevos con garantías de fábrica. El resultado final luego de todas estas aplicaciones es un nuevo helicóptero Huey II con cursos, soporte técnico y garantía de fábrica de acuerdo al Warranty Manual Bell Helicopter Textron (...) **Art. 25° LUGAR DE ENTREGA DEFINITIVA:** La recepción definitiva de las aeronaves será en el puerto o aeropuerto de la REPUBLICA ARGENTINA (...) **Art. 31° PLAZO DE ENTREGA Y PLAZO DE NEGOCIACION:** a) Plazo de entrega: DOCE (12) MESES a partir de la apertura de la Carta de Crédito correspondiente. b) Plazo de negociación: VEINTIÚN (21) DÍAS CORRIDOS. (BROCHURE N° 500) (...) **CAPITULO II ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DESCRIPCIÓN:** Helicóptero marca BELL modelo HUEY II estándar con los siguientes equipos instalados: (...) 1.

**Capacitación Técnica:** *Curso teórico practico para 2 pilotos, dictado en la academia de entrenamiento Bell, con duración de 2 semanas. Curso teórico práctico para 4 mecánicos, dictado en la Academia de Entrenamiento Bell de célula y motor con una duración total de 3 semanas. Los costos de viajes, alojamiento, traslados de ida y vuelta para el personal y viáticos deberá ser absorbido por el vendedor...*” (el destacado corresponde al original).

- El acto de apertura de ofertas tuvo lugar el día 1° de julio de 2009 y se presentó un único oferente: MODENA HELICÓPTEROS. Cabe señalar que dicha firma invocó el carácter de representante exclusivo en el país de la empresa estadounidense BELL HELICOPTER TEXTRON INC –fabricante estadounidense de los helicópteros marca BELL modelos UH-1H-II Huey II requeridos en el pliego–, exclusividad que a la postre el organismo contratante tuvo por acreditada, con cita de la documental glosada a fojas 350/357 del Expediente N° 139-JN8-5011/62/2008 (actuaciones que, valga subrayar, esta Oficina no tuvo a la vista).
- Mediante Decisión Administrativa N° 893, del 14 de diciembre de 2010, se aprobó el trámite de la Licitación Pública de Etapa Única Nacional N° 26/09 y se adjudicó su objeto a la firma "MODENA HELICOPTEROS S.A." –oferta base–, por la suma total de DÓLARES ESTADOUNIDENSES QUINCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS VEINTIOCHO (U\$S 15.955.928,00), por ser la única propuesta económica recibida y ajustarse a la solicitado.
- Con fecha 30 de diciembre de 2010 se emitió la Orden de Compra N° 228/10, en favor de la firma MODENA HELICÓPTEROS S.A. Conforme se encontraba establecido en el inciso a) de la Cláusula N° 31 del pliego de bases y condiciones particulares, el plazo para el cumplimiento del contrato se fijó en DOCE (12) meses, a contar desde la liberación a favor del cocontratante, de la carta de crédito correspondiente, por lo que el vencimiento temporal para la concreción de la provisión –según juzgara el propio organismo contratante– operó el 10 de julio de 2012 (en el ínterin fue creado el MINISTERIO DE SEGURIDAD y remitido a esa jurisdicción el expediente, con fecha 12 de abril de 2011).
- Con fecha 11 de noviembre de 2015 el entonces titular de la Dirección Nacional de Logística del MINISTERIO DE SEGURIDAD envió las actuaciones al archivo y en ese estado permanecieron hasta el requerimiento de desarchivo solicitado por la JEFATURA DE ASESORES de esa cartera, mediante proveído de fecha 30 de mayo de 2016.
- El 25 de julio de 2017 –es decir, aproximadamente CINCO (5) años después de operado el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato– la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD elaboró el Informe de Reporte N° 129/17, donde concluyó que en orden a las evidencias recolectadas la sociedad comercial MODENA HELICÓPTEROS S.A. entregó solo DOS (2) helicópteros de los CUATRO (4) adjudicados e incluso lo hizo en forma extemporánea: con fecha 9 de marzo de 2015 y 22 de abril de 2015, se recepcionaron los helicópteros BELL UH-1H II Huey II serie 73-21784 Matrícula 932 y serie 67-17703 Matrícula 933 respectivamente, lo que implicó una mora en el cumplimiento del contrato de SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (654) y de SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO (685) días hábiles respectivamente.
- Tal como pudo constatar la UNIDAD DE AUDITORÍA INTERNA del MINISTERIO DE SEGURIDAD, durante el año 2011 se le pagó al proveedor la totalidad del precio de la contratación sin recibir la contraprestación en bienes por parte del proveedor, en contravención a lo establecido en la Cláusula 33 del pliego de bases y condiciones particulares, donde se estipuló un adelanto del CUARENTA POR CIENTO (40%) del total cotizado y el SESENTA POR CIENTO (60%) restante de cada helicóptero recibido, contra la presentación –entre otra documental– del certificado de recepción definitiva emitido por la GENDARMERÍA NACIONAL. Consecuentemente, el proveedor en cuestión aún adeuda DOS (2) helicópteros, pese a haber cobrado anticipadamente la totalidad del precio adjudicado.
- Como resultado de las gestiones efectuadas por el MINISTERIO DE SEGURIDAD a efectos de proceder al recupero y mitigación del perjuicio fiscal evidenciado, con fecha 7 de agosto de 2017 el apoderado de la firma MODENA HELICOPTEROS S.A. efectuó una propuesta transaccional –en el sentido de que modificaría el tipo de aeronave a ser entregada–, en pos de compensar la parte incumplida del contrato, consistente en la entrega al MINISTERIO DE SEGURIDAD de DOS (2)

helicópteros A119 Koala usados, en reemplazo de los DOS (2) helicópteros pendientes de entrega. Posteriormente, la empresa arrió al organismo propuestas ampliadas y/o superadoras en dos nuevas oportunidades, mediante las presentaciones de los días 26 de febrero y el 11 de abril del corriente, ofreciéndose finalmente TRES (3) helicópteros Koala A 119, más las prestaciones de servicios y entrega de bienes allí detalladas.

- Desde el punto de vista técnico, la DIRECCIÓN GENERAL DE OPERACIONES de GENDARMERIA NACIONAL señaló que el modelo de helicóptero ofrecido en sustitución sería apto para las operaciones aéreas que realiza dicha fuerza federal. En sentido concordante, en el Informe Técnico de Aeronaves “HELICÓPTERO AGUSTA WESTLAND AW119KE” embebido a la Nota N° NO-2018-11729166-APN-DIRVIACION#GNA se consignó que las aeronaves “satisfacen todos los requerimientos de desempeño que son necesarios para cumplir con las misiones impuestas” (v. SECCION III – Rendimiento Operativo y Conclusiones).
- Constan en los presentes actuados las tasaciones efectuadas el 27 de marzo de 2018 por el TRIBUNAL DE TASACIONES DE LA NACIÓN que, en su carácter de organismo especializado, tiene entre sus funciones asignadas por la Ley N° 21.626 (t.o. Decreto N° 1487/01), Artículo 2°, inciso d) del Anexo I, la de practicar las tasaciones sobre todo tipo de bienes, que le sean requeridas por organismos nacionales, entre otros. Asimismo, la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN estimó que desde el punto de vista económico y financiero la propuesta de Módena Helicópteros S.A., comparada con la acreencia a favor del Estado motivada por el incumplimiento contractual, resultaría aceptable.
- Con fecha 11 de junio de 2018 se suscribió el respectivo acuerdo entre el MINISTERIO DE SEGURIDAD y MÓDENA HELICÓPTEROS S.A “ad referéndum” del señor Jefe de Gabinete de Ministros.

Finalmente, se acompaña un proyecto de decisión administrativa, a través del cual se propicia ratificar los términos del acuerdo individualizado como CONVE-2018-28446485-APN-DGI#MSG.

#### **d) Régimen de penalidades y sanciones. Aplicación de la ley penal más benigna en el ámbito del derecho administrativo sancionador.**

Para un mejor abordaje de la cuestión, en el presente apartado se efectuarán algunas consideraciones en cuanto concierne al régimen de penalidades y sanciones previsto en el Decreto Delegado N° 1023/01 y a la aplicación de la ley penal más benigna en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

En este punto es de importancia el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01, en la medida en que establece: “PENALIDADES Y SANCIONES. Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades y sanciones: a) PENALIDADES. 1. Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato. 2. Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones. 3. Rescisión por su culpa.

b) SANCIONES. Sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones: 1. Apercibimiento 2. Suspensión. 3. Inhabilitación...”.

Resulta meridianamente claro, a partir de la mera lectura del artículo transcrito, que el Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado N° 1023/01 distingue entre penalidades –que resultan aplicables tanto en el período precontractual como en el contractual, por cuanto la norma las prevé tanto para los oferentes como para los cocontratantes– y sanciones. En esa inteligencia, el régimen “sancionador” en materia de bienes y servicios se configura con: “...las penalidades como tipos –infracciones– circunscriptos al marco contractual; en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntal (así, por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones)...” (v. BALBIN, Carlos F., “Manual de Derecho Administrativo”, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 595 -596) (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).



La aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma.

Así, el citado inciso c) del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece: “*FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: [...] d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones*”.

La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01); las mismas exhiben una finalidad claramente punitiva (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1° edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).

A nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo y viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por determinados incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes (v. Dictámenes ONC N° 164/14 e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

Por lo tanto, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección se somete al régimen de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que podrán eventualmente aplicárseles ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

Téngase presente que el Decreto Delegado N° 1023/01 y sus sucesivas reglamentaciones han posibilitado la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones, sin que resulten excluyentes unas de otras (v. Dictamen ONC N° 164/14).

Ahora bien, en el marco conceptual previamente expuesto esta Oficina Nacional ha interpretado, a partir del Dictamen ONC N° 1023/12, que en el ámbito de las sanciones reguladas en el artículo 29, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01 resulta aplicable el principio de la ley penal más benigna.

Más precisamente, se puso de resalto en aquella ocasión que: “...*la unidad del derecho represivo –la potestad sancionadora de la Administración junto a la potestad penal de los jueces y tribunales, forman parte de un género ius puniendi único del Estado– y las garantías ínsitas en el estado de derecho, conducen a la aplicabilidad a las sanciones a imponer por la Administración, de algunos de los principios propios del derecho penal sustantivo, entre ellos, el principio de la ley penal más benigna, contenido en el artículo 2° del Código Penal y en los tratados de derechos humanos, de jerarquía constitucional, tras su incorporación a la Constitución Nacional (art.75 inc. 22).*” (v. Dictamen ONC N° 1023/12 y Dictámenes PTN 244:648, entre otros).

Dicho pensamiento se incardinó en la idea de pertenencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador a un único “ius puniendi” estatal, razón por la cual ambos derechos deben abreviar del derecho público, de modo que la aplicación de principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador puede hacerse a partir de un cuidadoso examen de cada principio y su inserción en el sistema del derecho público y administrativo, que constituyen el “tamiz” necesario y conveniente para su traspolación.

Ello implicó reconocer la existencia de garantías que si bien han sido tradicionalmente reivindicadas como propias del derecho penal, pertenecen más bien al derecho público en general, en cuanto reguladoras de

toda potestad punitiva del Estado.

Es oportuno recordar que desde antaño la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha postulado la equiparación de las sanciones administrativas con las penales, a los fines de la aplicación de las garantías constitucionales (Cfr. CSJN, Miras Guillermo SACIF c/ Administración Nacional de Aduanas, 18/10/1973. Fallos 287:76. En dicho precedente, el Tribunal Cimero sostuvo: “...*si bien en los casos de multas existe un interés de tipo fiscal en su percepción, esto no altera su naturaleza principalmente punitiva. Se trata de un grado de sanción que no difiere en esencia de la clausura del establecimiento, del comiso de mercaderías o de la eliminación de la firma infractora del registro de importadores (...) aun cuando es exacto que de la solución del presente caso pueden depender ingresos para el Fisco, que ello no justifica apartarse de los principios básicos que, en materia penal, establece la Constitución...*”).

En sintonía con ello, en el ya célebre precedente “Baena”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: “...*es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabos, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas...*” (CIDH, caso “Baena, Ricardo y otros v. Panamá”, sentencia del 2/2/2001. Párrafo 106).

Empero, no escapa a esta Oficina que la doctrina vernácula no es pacífica en cuanto a la naturaleza jurídica y características atribuibles a penalidades y sanciones. Ello sin mencionar la evolución de los conceptos de delito y de falta, junto con la traslación de conductas de una a otra categoría, dando lugar a que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN sentenciara que: “*La distinción entre delitos y contravenciones y faltas no tiene una base cierta que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos*” (v. Fallos 205:173).

Está claro, en suma, que a nivel conceptual existen distintas posiciones sobre la materia, pero no es este el ámbito para intentar abordarlas a todas, dado que el análisis meramente académico excede el acotado marco de cognición de los dictámenes técnicos.

Cuanto menos, existe consenso en que el principio de ultra-actividad o retro-actividad de la ley penal más benigna/favorable para el encausado constituye una de las garantías esenciales del derecho penal moderno (v. artículo 2º del Código Penal) y partiendo de esa base, si bien no fue consagrado en la Constitución histórica, a partir de la reforma constitucional de 1994, la jerarquía constitucional conferida a determinados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (por mandato del artículo 75, inciso 22 CN), impone reconocer “status constitucional” al mencionado principio.

En cuanto aquí interesa, al menos dos tratados internacionales con jerarquía constitucional receptan explícitamente el principio en cuestión, en los siguientes términos: I) Artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –también denominada Pacto de San José de Costa Rica–: “...*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*”; II) Artículo 15.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “...*Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*”.

En efecto, desde el otorgamiento de jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –por imperio del ya citado artículo 75, inc. 22, 2º párrafo, de la Ley Suprema– no parece que quede margen posible para predicar la irretroactividad de la “ley penal más benigna” en el ámbito de las sanciones administrativas.

Autorizada doctrina tiene dicho al respecto que: “...*La manda constitucional, que nos llega desde el texto primigenio de 1853, recibe confirmación y expansión en las normas del Pacto de San José de Costa Rica y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dos de los principales tratados internacionales*

*de Derechos Humanos que la reforma de la Constitución de la Nación Argentina en 1994 ha incorporado a su texto, según lo establece su actual artículo 75, inciso 22.*

*Aludo a tal confirmación y ampliación por cuanto estos dos Tratados prevén explícitamente que (...) ‘Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello’. Sé que los textos se refieren específicamente a las ‘condenas’ y a los ‘delitos’, sin embargo, más allá de la inexistencia de distinción ontológica entre delito y falta ya denunciada, entiendo que –así como el concepto de ‘penado’ existente en el artículo 18 de la Constitución Nacional no impidió la asimilación de su texto para las sanciones administrativas– del mismo modo tampoco podría admitirse la restricción del contenido garantístico de los preceptos citados...” (el subrayado no corresponde al original) (GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2015. Págs. 583 y ss.).*

Con mayor énfasis, el citado autor asevera: “..Así, con base en los preceptos constitucionales y de los tratados internacionales que se han incorporado al texto de esa Ley Suprema, se hace necesario reconocer también en nuestro medio y dentro del marco del principio de legalidad, la existencia de por lo menos cuatro sub-principios esenciales, a saber: (...) c) La prohibición de la retroactividad de la ley in peius y la obligación de admitir la retroactividad o ultra-actividad de la ley más benigna (...).

*En cuanto a la (...) aplicación retroactiva o ultra-activa de la ley más benigna, que en el orden jurídico positivo argentino y hasta 1994 sólo resultaba de rango legal (art. 2º del Código Penal), a través del Pacto de San José de Costa Rica y los demás Tratados de Derechos Humanos, se ha incorporado al texto Constitucional, con el carácter de garantía, que también resulta aplicable al derecho administrativo sancionador.*

*(...) Ese criterio se reforzó más tarde en la Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana 11/90, con motivo de las ‘Excepciones al agotamiento de los recursos internos’, del 10 de agosto de 1990, en que aclaró que las garantías del artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica son exigibles en materias vinculadas con la determinación de derechos y obligaciones civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter.*

*Esta expresión de la Comisión Interamericana, interpretación auténtica del Pacto de San José que, como tal, se integra al orden constitucional argentino, con jerarquía supralegal, supone algo más que su contenido textual, porque implica afirmar que todas las garantías constitucionales del derecho penal del orden jurídico positivo argentino deben ser también consideradas propias del derecho administrativo sancionador y, especialmente, del procedimiento utilizado para el ejercicio de tales potestades.*

*Los argumentos expuestos reclaman un fortísimo replanteo de los principios que han de aplicarse al ejercicio de la potestad administrativa sancionatoria, tanto en el orden sustancial como en el procedimental...” (el subrayado no corresponde al original) (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Op. Cit.* Págs. 589 y ss.).*

En esta línea de pensamiento fue emitido el Dictamen ONC N° 164/14, oportunidad en la cual este Órgano Rector aclaró que, en puridad, el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte constitucional y como tal no constituye patrimonio exclusivo del derecho penal, concluyendo en que la mentada garantía no sólo resulta de aplicación en el ámbito de las sanciones –en sentido estricto– que aplica el Órgano Rector, sino también en la esfera de las penalidades cuya aplicación compete a las diversas jurisdicciones y entidades contratantes.

Se desprende de lo antedicho que lo jurídicamente relevante en torno a convalidar la aplicación del principio de la ley penal más benigna tanto en el ámbito de las penalidades como de las sanciones en sentido técnico es la recepción expresa de la mentada garantía tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, circunstancia que dota al mentado principio de jerarquía constitucional y desde dicho vértice, irradia su fuerza normativa a todo el ordenamiento jurídico.

Siguiendo esa línea de ideas, la interpretación que guíe las decisiones de la Administración no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni de los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, porque así lo manda la Constitución Nacional en sus artículos 31 y 75 inciso 22.

#### **e) Prescripción de las penalidades.**

En el sentido expuesto, habiéndose enrolado de tal modo esta Oficina Nacional en la postura a favor de la aplicación del principio de la ley penal más benigna, tanto en materia de penalidades como de sanciones, vale recordar que dicho principio procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción (Dictámenes ONC Nros. 1023/01, 164/14, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria (Dictámenes ONC Nros. 1023/01, 164/14, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

La nueva norma se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia si sus disposiciones resultan más benignas (retroactividad) y la norma derogada será aplicable para los actos ejecutados durante su vigencia si deviene más favorable (ultraactividad).

La CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha considerado que, para que la alteración producida en las disposiciones represivas configure un régimen más benigno, es necesario que evidencie un criterio legislativo de “mayor lenidad” (v. CSJN, Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L., 1981, Fallos 303:1548).

Precisar cuál es la ley más benigna requiere un análisis completo y profundo en relación con el caso concreto. No implica simplemente estudiar las variaciones que puedan existir con respecto al monto de la pena sino que debe tenerse en cuenta todo el contenido de las leyes.

La regla general en todas las situaciones de sucesión de normas es la aplicación de aquella que, apreciada en su totalidad, resulta más favorable en el caso concreto para el sujeto pasible de sanción. Dicho examen debe concluirse con la elección de una norma que se aplicará íntegramente, no siendo posible tomar las disposiciones más favorables de una y de otra, ya que de ese modo se estaría creando una nueva norma y ello se encuentra vedado.

Pues bien, en los últimos años las penalidades y sanciones tipificadas en el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01 han sido objeto de sucesivas reglamentaciones por los Decretos Nros. 436/00, 893/12 y 1030/16.

Ciertamente, las últimas modificaciones introducidas en dicha materia denotan en la actualidad –en algunos aspectos puntuales– una política punitiva más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración (v. IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

Por caso, el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional aprobado por el Decreto N° 436/00 no contenía disposición alguna que regulase la prescripción de las penalidades frente a la verificación de incumplimientos en las obligaciones a cargo de los proveedores, razón por la cual esta Oficina Nacional entiende que, atento a tal vacío normativo, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna (v. IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-

APN-ONC#MM).

A saber, el aludido artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 estipula: “*PRESCRIPCIÓN. No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas.*”. No hace falta un mayor esfuerzo hermenéutico para comprobar que se trata de un plazo razonable y claramente más favorable al particular si se lo compara con la ausencia de todo límite para aplicar penalidades, si nos atenemos al Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00.

Además, no es posible dejar de remarcar que la prescripción no se trata de una institución meramente procedimental, sino que tiene un contenido material, en tanto incide sobre la competencia de la Administración para imponer una sanción. Por lo tanto, considerando el rango constitucional que tienen los principios de legalidad y de retroactividad de la ley penal más favorable al encausado, una modificación de los plazos de prescripción que en este caso beneficia al particular debe aplicarse retroactivamente.

Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en los Dictámenes ONC Nros. 164/2014, IF-2017-34197906-APN-ONC#MM e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM –que se adjuntan como archivos de trabajo–, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

De tal modo se procura tutelar fines esenciales, puestos de manifiesto por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en un dictamen reciente, en cuyo marco se sostuvo: “...*La prescripción sirve a la seguridad general del derecho y a la paz social. Su objeto es poner fin a situaciones jurídicas inestables, dando certeza a los derechos de las partes que ya no pueden ser incididos por obligaciones alcanzadas por la prescripción. Opera sólo cuando quien tuvo la posibilidad de actuar no lo hizo.*” (v. IF-2018-38244090-APN-PTN, de fecha 8 de agosto de 2018).

Desde esa óptica, habiendo transcurrido más de cinco años desde que operó el vencimiento del plazo de cumplimiento del contrato, no parece dudoso afirmar que el MINISTERIO DE SEGURIDAD tuvo la posibilidad de aplicar las penalidades correspondientes dentro de un tiempo prudencial y no lo hizo.

En otro orden de cosas, corresponde reafirmar asimismo que, en la medida en que la rescisión por culpa del proveedor está regulada como una penalidad en el artículo 29 inciso a) apartado 3° del Decreto Delegado N° 1023/01, sin que dicha norma efectúe distinción alguna al respecto, forzoso es concluir que también es susceptible de prescripción. Ello por cuanto, de conformidad con el aforismo “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111;v235:377; 249:630, entre muchos otros y Dictamen ONC N° 243/15).

Por otra parte, no ha de perderse de vista que toda rescisión por culpa del proveedor trae aparejada una sanción de suspensión para contratar con el Estado Nacional.

De tal suerte, si la competencia para aplicar la penalidad de rescisión culpable subsistiese sin límite de tiempo, podría darse el supuesto –no tan improbable– de que el organismo de origen rescinda un contrato luego no ya de un lustro, sino de una década o incluso más tiempo desde acaecido el incumplimiento y sería recién a partir de la firmeza de ese acto que correría el plazo de dos años previsto en el artículo 109 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 para sancionar, antes de que opere la prescripción. Lo cual no parece ni razonable ni ajustado a los fines que, al dictarse el Decreto N° 1030/16, motivaron la inclusión de un plazo de prescripción específico y relativamente breve para las penalidades.

Amén de ello, un punto de importancia fue abordada en el Dictamen ONC N° IF-2017-34197906-APN-ONC#MM, donde se aclaró lo siguiente: “...*la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el*

*límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica tener por inexistente la demora en que incurriera ASCENSORES SERVAS S.A. (...).*

*Por el contrario, el sólo hecho de estar prescripta la potestad sancionatoria –en sentido lato– no hace desaparecer el incumplimiento, razón por la cual el acto administrativo que se pretende emitir implicaría una declaración enderezada a satisfacer un fin práctico y concreto, en consonancia con la normativa vigente: darle entidad formal a dicho incumplimiento en pos de permitir que –frente a futuras contrataciones de ese organismo o de otros– pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad de la firma comercial de que se trata, en los términos de los artículos 16 del Decreto Delegado N° 1023/01 y 68 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16... ”.*

De ahí que, sin perjuicio de haber operado la prescripción de las penalidades que hubieren podido corresponder, esta Oficina consideró viable en la referida oportunidad el dictado de un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento contractual imputable al proveedor, con fines eminentemente prácticos, tales como poner fin a situaciones jurídicas inciertas, registrar el incumplimiento a efectos de que pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad del proveedor en futuras convocatorias, etc.

Finalmente, previo a concluir se reitera, tal como se indicó previamente, que el presente dictamen no es vinculante ni obsta a un eventual apartamiento por parte de las autoridades competentes, en tanto valoren de otro modo los hechos y/o las normas y/o principios en juego.

Concretamente, para el hipotético caso en que las autoridades facultadas para decidir consideren improcedente o bien no compartan el análisis propiciado respecto del principio de ley penal más benigna, la opinión de esta Oficina no resulta óbice para que apliquen las penalidades correspondientes, en los términos analizados en la Nota N° NO-2017-34042074-APN-ONC#MM. Ello, va de suyo, sin desconocer el peso específico que tendrá la posición que eventualmente asuma la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en su carácter de máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL.

Saluda a ud. atentamente.

AL

SEÑOR PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACIÓN

**Dr. Bernardo SARAVIA FRÍAS**

S. \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_D.