



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-01950250- -APN-SSGAT#MTR – MINISTERIO DE TRANSPORTE – CONSULTA S/ ÁMBITO DE APLICACIÓN – ENC UADRE JURÍDICO – ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO – CONTRATO DE USUFRUCTO ONEROSO DE ACCIONES CON OPCIÓN A COMPRA IRREVOCABLE.

SEÑOR DIRECTOR:

Me dirijo a usted con relación al expediente de la referencia que ingresa para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitido por la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el orden 5, páginas 1-47, obran los estados contables especiales al 30 de septiembre de 2018 de la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. (v. IF-2019-06474523-APN-DIYSSUBE#MTR).

En el orden 6, páginas 1-23, se agrega el estatuto de NACIÓN SERVICIOS S.A. con sus correspondientes modificaciones (v. IF-2019-06474959-APN-DIYSSUBE#MTR).

En el orden 7, páginas 1-7, luce una copia del Decreto N° 1479 del 19 de octubre de 2009, por el cual se aprobó el “Convenio marco Sistema Único de Boleto Electrónico”, suscripto entre la SECRETARÍA DE TRANSPORTE, entonces dependiente del ex MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS y el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, el día 16 de marzo de 2009 (v. IF-2019-06475268-APN-DIYSSBUE#MTR).

En el orden 8, páginas 1-2, se incorpora una copia del Decreto N° 84 del 4 de febrero de 2009, por el cual se ordenó la implementación del Sistema Único de Boleto Electrónico –SUBE–, como medio de percepción de la tarifa para el acceso a la totalidad de los servicios de transporte público automotor, ferroviario de superficie y subterráneo de pasajeros de carácter urbano y suburbano y se instituyó como autoridad de aplicación a la SECRETARÍA DE TRANSPORTE del ex MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS (v. IF-2019-06476583-APN-DIYSSBUE#MTR).

En el orden 9, páginas 1-9, se encuentra anexado (digitalizado como IF-2019-06531453-APN-DIYSSUBE#MTR) un modelo de contrato de usufructo oneroso de acciones con opción a compra

irrevocable, diseñado —sustancialmente— del siguiente modo:

I. El BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A. (“nudos propietarios”) constituyen en favor del ESTADO NACIONAL, a través del MINISTERIO DE TRANSPORTE (“usufructuario”), un derecho real de usufructo oneroso sobre la totalidad de las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A., alcanzando también a aquellas accesorias y las que los nudos propietarios adquieran, eventualmente, en el futuro como consecuencia de su titularidad sobre las acciones.

II. El usufructo sobre las acciones es oneroso. El precio será equivalente al valor del patrimonio neto de NACIÓN SERVICIOS S.A., que corresponda al balance especial de ésta cerrado al 30 de septiembre de 2018, se distribuirá entre los nudos propietarios de conformidad con el porcentual de participaciones accionarias que éstas mantengan en NACIÓN SERVICIOS S.A. y será pagadero por el usufructuario en DIEZ (10) cuotas semestrales, iguales y consecutivas.

III. El usufructuario tiene derecho a percibir los dividendos que se devengaren durante la vigencia del usufructo.

IV. Los nudos propietarios le confieren al usufructuario en forma plena los derechos políticos sobre las acciones, es decir, el derecho de voto para ser ejercido tanto en las asambleas ordinarias como en las asambleas extraordinarias.

V. Los nudos propietarios le confieren al usufructuario la opción gratuita e irrevocable de adquirir la totalidad de las acciones de las que sean titulares al momento del ejercicio de la opción (“opción de compra”).

VI. El plazo del usufructo se estipula en setenta y dos (72) meses computándose desde el otorgamiento de la respectiva escritura, mientras que el plazo de vigencia de la opción de compra se pauta en UN (1) año calendario, computable a partir del momento que el usufructuario hubiera cancelado *in totum* el precio pactado por el ejercicio de los derechos de usufructo de las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A.

VII. El ejercicio de la opción de compra se consumará con la notificación del usufructuario a los nudos propietarios y comprenderá todos los derechos económicos y políticos inherentes a las acciones y las acciones accesorias, sin limitación.

VIII. El precio de adquisición de las acciones tras el ejercicio de la opción de compra es el monto equivalente a una sexta parte (1/6) de la última cuota semestral (cuota N° 10) que se abone del Precio (“Precio de Adquisición”), que será pagadero al mismo momento en que se suscriba el contrato de transferencia.

IX. El ejercicio de la opción de compra se sujeta a la libre y exclusiva voluntad del usufructuario como parte compradora, y ésta no será pasible de sanción económica o requerimiento de compensación alguna en el caso de decida no ejercerla.

X. En el caso de que el usufructuario ejerza la opción de compra, los nudos propietarios deberán suscribir el contrato de transferencia de acciones y los demás instrumentos correspondientes en las condiciones establecidas.

En el orden 10, páginas 1-4, se encuentra adunado el Informe N° IF-2019-06535326-APN-DIYSSUBE#MTR, de fecha 1° de febrero de 2019, en cuyo marco la DIRECCIÓN DE IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO del MINISTERIO DE TRANSPORTE reseñó los antecedentes del “SUBE”, destacando puntualmente que: *“...La evolución del sistema y la funcionalidad de boleto electrónico está siendo complementada con la posibilidad de ubicar los vehículos mediante posicionamiento global (GPS) y servicios accesorios de procesamiento de los datos generados por el equipamiento a bordo de la flota automotor de pasajeros, que permiten perfeccionar los cálculos de subsidios con datos de kilómetros recorridos.*

Posteriormente el análisis de los datos permitió generar plataformas para analizar y planificar políticas de transporte como la implementación de tarifa social y la tarifa integrada en el sistema multimodal, soportado en la infraestructura y operación de Nación Servicios S.A.

Estas acciones transformaron a Nación Servicios S.A. en una empresa de gestión de transporte al servicio de todos los actores del sistema (Estado, empresas de transporte, usuarios) asegurando la movilidad eficiente de los usuarios.

En los últimos dos años se encuentran en proceso de implementación servicios que requieren importantes inversiones y tienen gran impacto en los usuarios del transporte público y que generan un valor agregado a la operación en términos de externalidades positivas de la aplicación de la tecnología...” (v. pág. 2).

A raíz de ello, la referida Dirección propuso que NACIÓN SERVICIOS S.A. se transforme en una sociedad al servicio del Estado Nacional, bajo la administración exclusiva de sus derechos accionarios por el MINISTERIO DE TRANSPORTE por medio de un convenio de usufructo oneroso de acciones de la empresa a suscribirse entre el mencionado MINISTERIO DE TRANSPORTE, el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A., siendo estos últimos los titulares de la totalidad de las acciones y derechos sociales de NACIÓN SERVICIOS S.A.

La finalidad subyacente de la contratación consistiría en: “...1. Reorientar los recursos compartidos actualmente a una infraestructura y recursos dedicados al servicio de las políticas de transporte, disminuyendo el riesgo operacional. 2. Orientar las inversiones con foco en el transporte público 3. Simplificar la asignación de gastos y rendiciones de SUBE 4. Reinvertir el flujo de caja en proyectos de innovación de transporte. 5. Simplificar la estructura actual de Nación Servicios y reestructurar la compañía 6. Se analiza traspasar progresivamente al Banco Nación o alguna afiliada todas las actividades ajenas a SUBE, y reorganizar la empresa con total foco en servicios al Transporte Público.” (v. pág. 3).

Luego, en cuanto al tipo de procedimiento que debería llevarse a cabo para el perfeccionamiento de la contratación de marras, la DIRECCIÓN DE IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO del MINISTERIO DE TRANSPORTE sugirió: “...celebrar el contrato de usufructo en cuestión a través el procedimiento de contratación directa por exclusividad, por adjudicación simple, en los términos del artículo 25, inciso d), del Decreto Delegado N° 1023 del 13 de agosto de 2001, aprobatorio del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, y el artículo 14 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1030 del 15 de septiembre de 2016...” (el subrayado no corresponde al original) (v. págs. 3-4).

En el orden 20, páginas 1-2, tomó intervención la DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA Y ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE, instancia que destacó: “...la contratación aludida presenta particularidades entre las que cabe señalar que el objeto consiste en un usufructo, contrato regido por el Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, si bien en principio se celebrará un contrato de usufructo, finalmente podrá realizarse una compraventa de las acciones, por decisión unilateral del Ministerio de Transporte, con el consecuente cambio de titularidad de las acciones. Los sujetos implicados son el Banco de la Nación Argentina y Nación Seguros S.A. por un lado, y el Estado Nacional, a través del Ministerio de Transporte, por el otro.

Atento a las consideraciones vertidas en el párrafo precedente, se considera conveniente efectuar una consulta a la Oficina Nacional de Contrataciones, en su carácter de Órgano Rector del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N° 1023 del 13 de agosto de 2001 (‘RCAN’), respecto al encuadre jurídico aplicable a la contratación propiciada...” (v. PV-2019-08537909-APN-DGTYA#MTR).

En el orden 24, páginas 1-9, tomó intervención la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES del MINISTERIO DE TRANSPORTE a través del Dictamen N° IF-2019-09859640-APN-DD#MTR, de fecha 18 de febrero de 2019, en cuya ocasión la citada asesoría letrada, luego de pasar revista a los antecedentes del caso, advirtió

sobre: “...la existencia de argumentos relevantes y ambivalentes para determinar la aplicación o no del RCAN a la contratación propiciada, con las consecuencias jurídicas sustanciales que tal definición implicaría en términos del procedimiento a sustanciarse y de los términos ulteriores de su ejecución.” (v. pág. 4).

A renglón seguido profundizó su análisis en el siguiente sentido: “...El RCAN establece que [t]oda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado (art. 1º) (...).

En estos términos, se advierte que prima facie el objeto de la contratación estaría sometido a un régimen de derecho privado (...).

No obstante, se advierte que las normas del derecho privado frecuentemente suplen la ausencia de normas administrativas especiales y que, en concreto, las relativas a los contratos privados integran por analogía a las aplicables a contratos administrativos frecuentes...” (v. pág. 5).

De otra parte, el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE TRANSPORTE sostuvo: “...un aspecto relevante a ponderar es que la eventual vinculación entre el Estado Nacional y el BNA (y NSEGSA) podría no estar sometida al régimen de exorbitancia por las características especiales del contrato y la relación entre los primeros sujetos.

Esta sumisión al régimen de exorbitancia es en algunos casos utilizada como un elemento tipificante para distinguir la actividad industrial o comercial del Estado (...) de su función administrativa, a la que claramente le aplicaría el RCAN.

Ahora bien, la PTN ha afirmado la existencia de contratos administrativos atípicos, para los cuales aplicarían las normas del derecho público administrativo sin perjuicio de la falta de sujeción al régimen exorbitante (...) En este sentido, es un argumento relevante que el RCAN prevea la contratación directa entre sujetos de derecho público (...) De esta manera, podría interpretarse que el RCAN también comprende contratos que no estarían sometidos al régimen de exorbitancia...” (v. pág. 5).

Seguidamente, fueron expuestos los argumentos favorables a la aplicabilidad del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional a la contratación de marras, en los siguientes términos: “...el ámbito de aplicación del RCAN está definido por un criterio subjetivo. Así, se establece que su aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8º de la Ley Nº 24.156. Este extremo se verifica en el presente procedimiento, dado que se propicia que la contratación sea perfeccionada por el Estado Nacional —es decir, Administración Central, en los términos de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional Nº 24.156 [art. 8º, inc. a)]— En estos términos, se recuerda la doctrina de la PTN de que la sola circunstancia que una de las partes contratantes sea la Administración Pública, resulta suficiente para calificar al contrato como de carácter administrativo. // Así, ...cuando celebra un contrato el sujeto Estado Nacional, o Provincia de Buenos Aires, o Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se dan en forma automática los requisitos que lo califican como administrativo, y por ende su régimen jurídico no puede ser el del derecho privado, derecho no común para la administración (Dictámenes 239: 418)...” (v. pág. 6).

Por otra parte, se observó que un criterio utilizado para la determinación del carácter administrativo de las contrataciones es su finalidad: “ En tal sentido, las normas constitutivas del marco jurídico general del SUBE manifiestan su clara finalidad de crear una herramienta de bienestar social con el propósito de promover y asegurar un sostenido esfuerzo con la finalidad de asegurar el acceso de los usuarios a los servicios públicos de transporte, preservando su naturaleza de prestación obligatoria para satisfacción de las necesidades colectivas primordiales en el ámbito de las grandes ciudades (Decreto Nº 84/09), y de facilitar el acceso al sistema de transporte público mediante una herramienta tecnológica de utilización masiva que soslaye los inconvenientes que presentan los sistemas de pago actualmente vigentes, lo que permitirá mejorar la calidad de vida de los usuarios y de la población en general, en el entendimiento que

la prestación del servicio público de transporte, por su difundido y masivo uso, es una de aquellas actividades que mayor incidencia tienen en ésta (Decreto N° 1479/09). De esta manera, la contratación propiciada en el ámbito de la Autoridad de Aplicación del SUBE se enmarcaría en la voluntad de simplificar aquél sistema, finalidad que se traslada necesariamente al medio jurídico por el cual tal proceder se instrumentaría (es decir, el usufructo de las acciones de NSSA); y, en estos términos, resultaría aplicable el RCAN.”.

Sumando un argumento más en esa línea de pensamiento añadió: “...el RCAN establece que será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones (art. 2°); y que se aplicará... a todos aquellos contratos no excluidos expresamente (art. 4°).

En este sentido, se advierte que el tipo de contrato propiciado no está expresamente excluido (art. 5°) y que, por el contrario, se subsumiría en la cláusula residual de su artículo 4°, inciso a)...” (v. pág. 7).

A modo de colofón, la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES del MINISTERIO DE TRANSPORTE concluyó que si la autoridad competente estimara aplicable el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (RCAN), el procedimiento de selección adecuado sería el de contratación directa por adjudicación simple, ya sea por razones de exclusividad o bien interadministrativa, conforme se encuentran reguladas en el artículo 25, inciso d, apartado 3° y 8° del Decreto Delegado N° 1.023/01, no obstante lo cual se sugirió la remisión de las actuaciones en consulta a esta Oficina Nacional.

Finalmente, en el orden 27, páginas 1-3, luce incorporada la Providencia N° PV-2019-10255947-APN-DCBYS#MTR, a través de la cual la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE remitió los presentes actuados en consulta a este Órgano Rector.

-II-

OBJETO DE CONSULTA

Ingresan los presentes actuados a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se expida con respecto a si el contrato a suscribirse entre el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A. destinado a convenir el usufructo oneroso de las acciones de la firma NACIÓN SERVICIOS S.A., con opción a compra/cesión irrevocable –en los términos, alcances y fines descriptos en el Acápite I del presente–, se encuentra (o no) comprendido en el ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y, eventualmente, si así fuere, qué procedimiento de selección correspondería aplicar.

En caso de subsumirse la contratación proyectada en el ámbito de aplicación del Régimen instituido por el Decreto Delegado N° 1023/01, se consulta adicionalmente si haría falta efectuar adecuaciones –en términos operativos– en el Sistema Electrónico “COMPR.AR”, dadas las particularidades que presenta la contratación de marras.

-III-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

a) Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Como regla general, en materia de contratación de bienes y servicios, la Administración Pública Nacional se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 y reglamentado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias, desde que entre los fines públicos comprometidos se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos (Cfr. Dictámenes ONC Nros. IF-2018-22179850-APN-ONC#MM e IF-2018-27922992-APN-

ONC#MM, entre otros).

Por consiguiente, en cuanto concierne al ámbito de aplicación subjetivo, el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01 prescribe: “...*El presente régimen será de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones*”.

Huelga recordar que los organismos comprendidos en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 son las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional, conformada por la Administración Central, los organismos descentralizados y dentro de estos últimos las instituciones de seguridad social.

Con lo cual, en la medida en que el MINISTERIO DE TRANSPORTE –quien asumiría el carácter de usufructuario de las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A. en representación del Estado Nacional a cambio del pago de un precio– es una jurisdicción integrante de la Administración Pública Nacional “Central”, se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Es decir, si se proyecta que el usufructuario de las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A. sea el ESTADO NACIONAL a través del MINISTERIO DE TRANSPORTE, aplica el Régimen de Contrataciones de la APN, por cuanto la citada cartera ministerial es una jurisdicción comprendida dentro del inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156.

En relación con el ámbito de aplicación material u objetivo, sabido es que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional fue establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01 con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública Nacional.

Tan es así que el artículo 1° prescribe: “...*El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, como así también la venta de bienes al mejor postor, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad. Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.*”.

Luego, el artículo 4° establece: “*CONTRATOS COMPRENDIDOS. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: a) Compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. b) Obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias.*” (el subrayado no corresponde al original).

Por su parte, el artículo 5° del mentado cuerpo normativo enumera –con vocación de taxatividad– los contratos excluidos, con el siguiente alcance: “*CONTRATOS EXCLUIDOS. Quedarán excluidos los siguientes contratos: a) Los de empleo público. b) Las compras por caja chica. c) Los que se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente Régimen cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumentó que acredite la relación contractual, y las facultades de fiscalización sobre ese tipo contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público.*”.

De este modo, no parece dudoso afirmar que el Decreto Delegado N° 1023/01 es la norma general regulatoria de los procedimientos de contratación celebrados por la Administración Pública Nacional, resultando de aplicación no solo a los contratos expresamente comprendidos sino también a todos aquellos

no excluidos expresamente (cláusula residual).

Justamente, la aplicación residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 1023/01 a todos los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario, implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* (Cfr. IF-2017-23893278-APN-ONC#MM, IF-2018-25541522-APN-ONC#MM e IF-2018-27922992-APN-ONC#MM).

A su vez, el citado artículo 1° del Decreto Delegado N° 1023/01 establece la presunción de que toda contratación que realice la Administración Nacional se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado.

En cuanto a esto último, autorizada doctrina tiene dicho que: *“En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa...”*, a lo que se añadió: *“...el RCAN [Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional] configura una regulación integral del ordenamiento que rige las contrataciones en el sector público nacional, extendiendo la parte común de la regulación (‘zona común de la contratación administrativa’) a los contratos de objeto privado...”* (CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Págs. 11 y ss.).

En esa inteligencia, el citado autor explica que: *“...Para realizar los cometidos estatales, la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando potestades y prerrogativas que difieren en relación con el grado y naturaleza del interés público tutelado en cada caso [...] el contrato de la Administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el derecho privado cuyo grado de aplicación depende del tipo y régimen jurídico de cada contrato [...] c) contratos interadministrativos, cuyas características diferenciales no excluyen los puntos de conexión ni las notas que resultan comunes a todos los contratos que celebran los órganos o sujetos estatales [...].”*

A su vez, en el campo típico del contrato administrativo, aparece la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, cuyos regímenes jurídicos contienen modalidades y características que admiten una diferente modulación dentro de la especie contrato administrativo [...].”

Por lo tanto, resulta imposible sostener la existencia de un régimen unitario, ni siquiera para los llamados contratos administrativos, en sentido estricto (CASSAGNE, Juan Carlos. *Op Cit*. Págs. 18 y ss).

En virtud de lo hasta aquí expuesto, el principio desde el cual ha de partirse no puede ser otro que el de la aplicación del Régimen establecido por el Decreto N° 1023/01 a la totalidad de los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156. Solo estarían excluidos los acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos enumerados en el artículo 5° del Decreto Delegado N° 1023/01 o, eventualmente, aquellos contratos que se encuentren tipificados por normas especiales de naturaleza materialmente legislativa que expresamente excluyan, a su respecto, la aplicación del régimen general (v. IF-2017-23893278-APN-ONC#MM e IF-2018-25541522-APN-ONC#MM).

Siendo ello así, esta Oficina Nacional considera que el contrato de usufructo oneroso de las acciones de una sociedad comercial, por cuyo conducto el ESTADO NACIONAL asumiría la calidad de usufructuario con la opción irrevocable de cesión de tales acciones, no se corresponde, en principio, con ninguno de los supuestos de exclusión expresamente previstos, motivo por el cual ha de estarse por la interpretación que incluya tales contrataciones dentro del régimen general establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01.

Dicho en otros términos, la contratación proyectada debe reputarse incluida en el ámbito de aplicación objetivo del Régimen de las Contrataciones de la Administración Nacional por no hallarse enumerada entre los contratos taxativamente excluidos en el artículo 5° del Decreto Delegado N° 1023/01, ni advertirse

norma alguna de naturaleza materialmente legislativa que la excluya del marco jurídico general propio de las contrataciones públicas a nivel nacional.

Va de suyo que su sentido, alcance y contenido en el contexto del Decreto Delegado N° 1023/01 y de su reglamentación no vienen dados por dichas normas sino que, como acertadamente señalara la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES del MINISTERIO DE TRANSPORTE: “...*prima facie el objeto de la contratación estaría sometido a un régimen de derecho privado, dado que: (a) el derecho de usufructo (con sus modos de constitución) está regido por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 2129-53); (b) la Ley General de Sociedades N° 19.550 (t.o. 1984) prevé el usufructo de acciones en sus normas (art. 218); y (c) la eventual cesión también está regida por el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1614-31). En este sentido, por los artículos 2.6 y 3.8 de los términos propiciados para la contratación, se establece la aplicación del artículo 215 de la Ley N° 19.550 (t.o. 1984), y, en su artículo 2.1, la aplicación de los artículos 996 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, se advierte que las normas del derecho privado frecuentemente suplen la ausencia de normas administrativas especiales y que, en concreto, las relativas a los contratos privados integran por analogía a las aplicables a contratos administrativos frecuentes.*

No obstante, se advierte que las normas del derecho privado frecuentemente suplen la ausencia de normas administrativas especiales y que, en concreto, las relativas a los contratos privados integran por analogía a las aplicables a contratos administrativos frecuentes. Ejemplos habituales en este sentido son los contratos de locación que celebra la Administración Nacional, los cuales están regidos por el RCAN por subsunción expresa [art. 4°, inc. a)], sin perjuicio de la tipificación de tal contrato en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 1187-226)...” (el subrayado no corresponde al original) (v. IF-2019-09859640-APN-DD#MTR, pág. 5).

b) Reglamentación aplicable.

Por conducto del Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, se aprobó el actual “Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional”, derogándose, entre otros, el Decretos N° 893 de fecha 7 de junio de 2012 y sus modificatorios.

En cuanto a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo reglamentario, el artículo 7° del Decreto N° 1030/16 prevé que: “*La presente medida comenzará a regir a los QUINCE (15) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen.*”.

Dicha publicación tuvo lugar el día 16 de septiembre de 2016, a raíz de lo cual se emitió la Comunicación General N° 51, de fecha 19 de septiembre de 2016, en cuya ocasión esta Oficina Nacional aclaró que: a) los procedimientos que se autoricen a partir del día 3 de octubre de 2016 –o los que a partir de esa fecha se convoquen cuando no se requiera autorización previa–deberán regirse por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16; b) Por el contrario, para los procedimientos autorizados –o convocados cuando no se requiera autorización previa– con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto N° 1030/16, continuará siendo aplicable el Decreto N° 893/12.

De lo expuesto se deduce fácilmente que el proyecto de contrato que aquí se analiza deberá sujetarse a las previsiones del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, tomando particularmente en cuenta que, de conformidad con el artículo 2° del mencionado decreto, el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional resulta de aplicación a todos los procedimientos que lleven a cabo las jurisdicciones y entidades del PODER EJECUTIVO NACIONAL comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 siempre que tengan por objeto el perfeccionamiento de los contratos comprendidos en el inciso a) del artículo 4° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

Por otra parte, el artículo 3° del Decreto N° 1030/16 dispone que quedan excluidos de la aplicación del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional los siguientes contratos: “...a) *Los de empleo público.* b) *Las compras por el Régimen de Fondos Rotatorios y Cajas Chicas.* c) *Los que*

se celebren con estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y del reglamento que por el presente se aprueba, cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que la Ley N° 24.156 y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control. Asimismo, también quedarán excluidas las contrataciones en el extranjero realizadas por unidades operativas de contrataciones radicadas en el exterior. d) Los comprendidos en operaciones de crédito público. e) Los de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, enumerados en el artículo 4° inciso b) del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. f) Los actos, operaciones y contratos sobre bienes inmuebles que celebre la AGENCIA DE ADMINISTRACION DE BIENES DEL ESTADO, organismo descentralizado de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, en ejercicio de las competencias específicas atribuidas por el Decreto N° 1.382 de fecha 9 de agosto de 2012 y su modificatorio...”.

Pues bien, en opinión de este Órgano Rector tampoco se verifica ninguna de las exclusiones previamente transcriptas, con lo cual resultan de aplicación el Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, junto con sus respectivas normas modificatorias y complementarias.

Asimismo, resulta aplicable la Disposición ONC N° 65/16, por cuyo conducto se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado “COMPR.AR”, como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

Conforme lo establece la aludida Disposición ONC N° 65/16, las diversas jurisdicciones y entidades deben utilizar el Sistema Electrónico “COMPR.AR” en forma obligatoria a partir de las fechas previstas en el correspondiente cronograma de implementación.

En el caso puntual del MINISTERIO DE TRANSPORTE, mediante la Comunicación General ONC N° 57/16 se estableció la implementación obligatoria del mencionado sistema en el ámbito de dicha jurisdicción a partir del día 25 de noviembre de 2016.

c) Elección del procedimiento aplicable.

Aclarado lo anterior, queda por determinar qué procedimiento de selección correspondería aplicar a la luz de los extremos fácticos que aquí se ventilan.

En virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –expresamente receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01–, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, puesto que se trata de una atribución exclusiva de la autoridad competente del organismo que llevará adelante la contratación, quien deberá optar por alguno de los procedimientos previstos en los artículos 24 y 25 del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto y en cuanto se cumplan, según cada caso, los presupuestos habilitantes (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 416/08, 513/09, 863/12, 1005/12, 1006/12, 383/13, 435/12, 315/15, IF-2017-33831646-APN-ONC#MM, entre muchos otros).

Puntualmente, en los Dictámenes ONC Nros. 747/11 y 383/13 se sostuvo: “...con la finalidad de evitar suplir la labor que compete a cada entidad contratante y de acuerdo a sus atribuciones, no atañe a este Órgano Rector determinar el procedimiento de selección a implementar, sino que corresponde a las unidades operativas de contrataciones llevar adelante la gestión de las contrataciones, lo cual conlleva determinar el tipo de procedimiento a utilizarse, conforme las particularidades de cada contratación, de acuerdo a las definiciones establecidas por la normativa en cada caso.”.

Desde otro vértice, interesa aclarar que las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento.

Con las salvedades realizadas, se efectuarán algunas consideraciones a título de colaboración.

El artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 prescribe, en cuanto aquí concierne, lo siguiente: “*SELECCION DEL COCONTRATANTE. La selección del cocontratante para la ejecución de los contratos contemplados en el artículo 4° de este régimen se hará por regla general mediante licitación pública o concurso público (...).*”

La selección del cocontratante mediante subasta pública, licitación o concursos privados, o contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los incisos b), c) y d) del artículo 25, respectivamente...”

En sintonía con ello, el artículo 10 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 ratifica –como no podría ser de otro modo– la prevalencia de la licitación pública o concurso público, sin perjuicio de lo cual aclara en su último párrafo: “*...No obstante la regla general, en todos los casos deberá aplicarse el procedimiento que mejor contribuya al logro del objeto establecido en el artículo 1° del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios y el que por su economicidad, eficiencia y eficacia en la aplicación de los recursos públicos sea más apropiado para los intereses públicos.”*

Por su parte, el artículo 14 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 estipula: “*...PROCEDENCIA DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA. El procedimiento de contratación directa sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los apartados del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios. Las contrataciones directas podrán ser por compulsas abreviada o por adjudicación simple.*”

Las contrataciones por compulsas abreviadas serán aquellas en que exista más de un potencial oferente con capacidad para satisfacer la prestación y la situación de hecho se encuadre en los apartados 1, 4, 5 – para los casos de urgencia– del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios.

Las contrataciones por adjudicación simple serán aquellas en las que, ya sea por razones legales, por determinadas circunstancias de hecho, por causas vinculadas con el objeto del contrato o con el sujeto cocontratante, la Administración no pueda contratar sino con determinada persona o esté facultada para elegir un cocontratante de naturaleza pública y cuando la situación de hecho se encuadre en los apartados 2, 3, 7, 8, o 9 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios...” (el subrayado no corresponde al original).

Una lectura detenida de los preceptos normativos citados permite colegir que las jurisdicciones y entidades contratantes podrán apartarse de la regla general establecida en el citado artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 –licitación o concurso públicos–, optando por llevar a cabo un procedimiento de carácter excepcional, siempre y cuando se encuentren reunidos, indefectiblemente, los requisitos de procedencia que exige la normativa vigente para cada caso.

Es decir, la propia normativa establece ciertas excepciones a la regla general de la licitación pública, particularmente aplicables cuando las condiciones particulares tornen inconveniente y/o ineficiente la utilización de la licitación pública o del concurso público, a la luz de las necesidades que deba atender la Administración en cada caso, debiendo sopesarse al efecto circunstancias de tiempo, lugar, costos, características del bien o servicio a contratar, características del fin público comprometido, entre otros extremos (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 863/12, 315/15 e IF-2017-06324429-APN-ONC#MM).

En ese sentido, esta Oficina ha sostenido en reiteradas oportunidades que: “*...si bien la licitación o el*

concurso público constituyen la regla general, la selección del co-contratante también se puede realizar por los restantes procedimientos cuando se cumplieren los requisitos que al respecto determina la normativa vigente en la materia” (v. Dictámenes ONC Nros. 200/06 y 205/06, entre otros).

En efecto, corresponderá al organismo contratante evaluar rigurosamente las circunstancias particulares del caso, para luego optar por el procedimiento –dentro de los previstos en el Decreto Delegado N° 1023/01– que resulte más apropiado, procurando en todo momento que las gestiones tendientes a satisfacer fines públicos se ajusten a las normas y principios generales que informan el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2017-06324429-APN-ONC#MM).

Por las razones apuntadas resulta necesario analizar la cuestión de cara a las particularidades concretas y circunstanciadas del caso bajo examen. Con lo cual, sin ánimo de incurrir en reiteraciones sobreabundantes, resulta de singular relevancia destacar –sucintamente– los extremos fácticos que se exponen a continuación:

I. A través de los Decretos Nros. 84/09 y 1479/09 se implementó el Sistema Único de Boleto Electrónico –SUBE– como medio de percepción de la tarifa para el acceso a la totalidad de los servicios de transporte público automotor, ferroviario de superficie y subterráneo de pasajeros de carácter urbano y suburbano y se aprobó el “Convenio marco Sistema Único de Boleto Electrónico”.

II. Conforme lo establecido en la cláusula quinta del mencionado Convenio Marco aprobado por Decreto N° 1479/09 la conducción del SUBE fue encomendada a NACIÓN SERVICIOS S.A. (NSSA), empresa controlada por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (BNA). En sentido concordante, de los estados contables especiales al 30 de septiembre de 2018 surge que NACIÓN SERVICIOS S.A. es una sociedad del GRUPO BANCO NACIÓN, responsable del desarrollo, implementación, gestión, procesamiento y atención del Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE), el servicio para pagar viajes con tarjeta en trenes, colectivos y subtes de la República Argentina (v. pág. 7 del IF2019-06474523-APN-DIYSSUBE#MTR).

III. El BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (BNA) y la firma NACIÓN SEGUROS S.A. (NSEGSA) son los únicos accionistas de NSSA y, en consecuencia, los únicos titulares de la totalidad de las acciones representativas del capital social de NSSA, según lo informado mediante IF-2019-06535326-APN-DIYSSUBE#MTR.

Así las cosas, con el objeto de que la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. (NSSA) se transforme en una sociedad al servicio del Estado Nacional bajo la administración exclusiva de sus derechos accionarios por el MINISTERIO DE TRANSPORTE, la DIRECCIÓN DE IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO del MINISTERIO DE TRANSPORTE propicia celebrar un contrato de usufructo oneroso con opción irrevocable de cesión de las acciones y derechos políticos y económicos de la NSSA, que actualmente titularizan en su totalidad el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A.

De tal forma, del modelo de contrato incorporado en el orden 9 se desprende que las partes del contrato vendrían a ser el ESTADO NACIONAL —representado por el MINISTERIO DE TRANSPORTE— en carácter de usufructuario y el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A., ambos en carácter de nudos propietarios de las acciones y derechos políticos y económicos de NSSA.

Producto de dicho contrato, los derechos políticos y económicos que hoy poseen el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A. respecto de las acciones de la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. pasarían a ser usufructuados por el MINISTERIO DE TRANSPORTE por un plazo de SETENTA Y DOS (72) meses desde el otorgamiento de la escritura, contra el pago de cuotas semestrales, iguales y consecutivas.

El convenio prevé, como último punto relevante a los efectos de este análisis, que el usufructuario —ESTADO NACIONAL, a través del MINISTERIO DE TRANSPORTE— tendrá la opción irrevocable de adquirir la totalidad de las acciones usufructuadas y aquellas de las que sean titulares los nudos propietarios

al momento del ejercicio de la misma.

Tal como fuera advertido por las instancias preopinantes, la contratación propiciada presenta aristas singulares entre las que cabe remarcar que si bien en principio se celebrará un contrato de usufructo sobre los derechos políticos y económicos derivados de las acciones de NSSA, finalmente podrá realizarse una cesión de las mismas, por decisión unilateral del Ministerio de Transporte, con el consecuente cambio de titularidad dominial.

La finalidad subyacente de la contratación consistiría, esencialmente, en la simplificación del sistema denominado “SUBE, reestructurar la infraestructura y los recursos dedicados al servicio de las políticas de transporte, disminuyendo el riesgo operacional. Finalidad que se traslada al medio jurídico por el cual tal proceder se instrumentaría (es decir, el usufructo de las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A.).

Pues bien, no hace falta volver sobre los fundamentos desarrollados *ut supra* a partir de los cuales este Órgano Rector opina que se trata de un contrato comprendido dentro del Régimen establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01.

Valga simplemente añadir que el hecho de que una contratación esté sometida, en lo sustancial, a un régimen jurídico de derecho privado no implica *per se* la inaplicabilidad del Régimen establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01. Por el contrario, cuando se trata de contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado, como mínimo la competencia y la forma se hallan regidas por el derecho administrativo, aunque lo medular del objeto se sujete a la regulación específica del Derecho Civil o Comercial mediante la técnica de la integración por analogía.

Al hilo de estas reflexiones, cabe tener en consideración que el usufructo de acciones es un tipo especial de usufructo previsto en el artículo 218 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 con las siguientes características: a) La posibilidad de desmembrar el derecho real de dominio, otorgando el usufructo a una persona distinta del titular de la nuda propiedad de las acciones de una sociedad anónima, es una herramienta que brinda la Ley 19.550 (LGS); b) En cuanto a la definición legal, el mencionado artículo 218 de la LGS no define el usufructo societario, por lo cual hay que remitirse a la definición contenida en el artículo 2129 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación; c) de conformidad con la legislación vigente, el derecho real de usufructo de acciones puede constituirse por acuerdo de partes, dando lugar a un contrato por el cual se constituye el derecho real de usufructo; d) de tales normas se desprende que se admite la posibilidad de transmitir al usufructuario el derecho de cobro de los dividendos (percibir las ganancias) y, eventualmente, el ejercicio de los derechos políticos derivados de las acciones objeto del contrato, mientras el nudo propietario conserva la titularidad de las mismas y la calidad de socio.

En otro orden de cosas, cabe tener presente que la transmisión de acciones nominativas o escriturales está prevista en el artículo 215 de la Ley N° 19.550, la cesión de derechos –en términos generales– se encuentra regulada en los artículos 1614 a 1631 del Código Civil y Comercial de la Nación, mientras que según las previsiones del artículo 996 del aludido cuerpo normativo: “*El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Puede ser gratuito u oneroso, y debe observar la forma exigida para el contrato definitivo. No es transmisible a un tercero, excepto que así se lo estipule.*”.

Habiendo llegado a este punto, resulta oportuno traer a colación que la DIRECCIÓN DE IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DEL SISTEMA ÚNICO DE BOLETO ELECTRÓNICO del MINISTERIO DE TRANSPORTE propició sustanciar una contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad, en los términos del artículo 25, inciso d) apartado 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

A tal efecto, la mencionada Dirección brindó las siguientes razones: “*...En este caso, las acciones de Nación Servicios S.A. son de propiedad exclusiva de sus accionistas —es decir, el Banco de la Nación Argentina y Nación Seguros S.A.— y carecen de sustitutos posibles, toda vez que aquélla es el vehículo ejecutor del SUBE, para lo cual fue designado por el Banco de la Nación Argentina en el Convenio*

Marco...” (v. IF-2019-06535326-APN-DIYSSUBE#MTR, págs. 3-4).

En sentido concordante, la DIRECCIÓN DE DICTÁMENES del MINISTERIO DE TRANSPORTE opinó respecto de dicha causal –entre otras alternativas analizadas– que: “...consistiría en una contratación de bienes (las acciones de BNA y NSEGSA en NSSA) que sólo poseen esas personas jurídicas (dado que son las únicas accionistas de NSSA y titulares de las acciones representativas de la totalidad de su capital social) y no existirían sustitutos convenientes (dado que, como consecuencia de su carácter de encargada del proyecto SUBE, las acciones de NSSA son las únicas útiles al efecto de la simplificación del sistema...)” (v. IF-2019-09859640-APN-DD#MTR, pág. 8).

Teniendo presente lo anterior, resulta ilustrativo hacer un breve análisis de la normativa que regula la contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad.

En primer lugar, el artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece, en su parte pertinente: “...d) *CONTRATACION DIRECTA. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos: [...] 3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes”.*

El artículo 17 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 estipula: “...*PROCEDENCIA DE LA ADJUDICACIÓN SIMPLE POR EXCLUSIVIDAD. Se incluye entre los casos previstos en el apartado 3 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, la adquisición de material bibliográfico en el país o en el exterior a editoriales o personas humanas o jurídicas especializadas en la materia.*

En aquellos casos en que la exclusividad surja de normas específicas, se entenderá acreditada y documentada con la sola cita de las normas pertinentes.

El informe técnico al que se refiere el apartado 3 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, es con el que se debe acreditar la inexistencia de sustitutos convenientes.

El privilegio sobre la venta del bien o servicio deberá acreditarse mediante la documentación que compruebe dicha exclusividad.”.

Por último, el artículo 52 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N° 62/16 regula el trámite que deberá seguirse en los supuestos de adjudicación simple por exclusividad.

En efecto, esta última norma dispone, en cuanto aquí interesa, lo siguiente: “...*En las contrataciones que se encuadren en el apartado 3 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, se deberá seguir el siguiente procedimiento: a) La Unidad Requirente deberá formular el pedido a la Unidad Operativa de Contrataciones, con la fundamentación de la procedencia del encuadre legal de la contratación, y adjuntándose un informe técnico sobre la inexistencia de sustitutos convenientes, así como, la documentación con la que se acredite la exclusividad que detente la persona humana o jurídica pertinente sobre el bien o servicio objeto de la contratación. En su caso, deberá hacer mención a las normas específicas cuando la exclusividad surja de tales disposiciones...”.*

Pues bien, una razonable exégesis del entramado normativo expuesto, permite colegir –en términos generales– que a fin de que proceda una contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad, deberán acreditarse los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse –por definición– de la adquisición de un bien o de la contratación de un servicio cuya venta, disponibilidad y/o comercialización sea exclusiva de quien tenga privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona humana o jurídica.
2. Deberá necesariamente acompañarse la documentación con que se acredite la exclusividad y/o privilegio que exhiba la aludida persona humana o jurídica para la venta del bien o la prestación del servicio objeto de la contratación.
3. En último lugar, deberá acompañarse un informe técnico, adecuadamente fundado, sobre la inexistencia de sustitutos convenientes (v.g. en términos económicos y/o de costos o bien logísticos, operativos, funcionales, etc.).

En virtud de todo lo señalado y tomando en consideración la plataforma fáctica que ha sido objeto de estudio, la documentación acompañada en las presentes actuaciones y los razonables motivos vertidos por el organismo de origen (de donde se extrae, concretamente, que las acciones de NACIÓN SERVICIOS S.A. son propiedad exclusiva del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y de NACIÓN SEGUROS S.A. y que no existirían sustitutos convenientes, toda vez que NACIÓN SERVICIOS S.A. es el único vehículo ejecutor del sistema “SUBE”), esta Oficina Nacional no tiene reparos que oponer frente al hipotético caso en que se opte por sustanciar un procedimiento de contratación directa de adjudicación simple por razones de exclusividad, en el entendimiento de que se encontrarían *prima facie* satisfechos los requisitos normativos reseñados más arriba.

Va de suyo que los informes técnicos merecen plena fe, siempre que estén correctamente motivados con adecuación al caso concreto y no adolezcan de arbitrariedad manifiesta que destruyan su valor (Conf. Dictámenes PTN 200:116; 207:343, entre muchos otros).

Previo a concluir interesa destacar que el artículo 1° del Manual del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 65/16 estipula que: “*.Los procedimientos de selección, cualquiera sea la clase o modalidad elegida, que se realicen por COMPR.AR, deberán cumplir con las disposiciones del Decreto Delegado N° 1023 de fecha 13 de agosto de 2001 y sus modificatorios y complementarios, del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030 de fecha 15 de septiembre de 2016, siempre que no se disponga de otra manera en las normas específicas contenidas en el presente Manual...*”.

Con respecto a ello, esta Oficina Nacional entiendo oportuno manifestar que en esta instancia preliminar no se advierte que las particularidades que presenta el objeto contractual tornen inoperable la tramitación del procedimiento mediante la plataforma “COMPR.AR” conforme se encuentra actualmente concebida.

IV

CONCLUSIONES

En razón de las consideraciones vertidas en el Acápito III, la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES opina lo siguiente:

- a) El contrato de usufructo oneroso sobre las acciones de la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. con opción a compra/cesión irrevocable, a celebrarse entre el MINISTERIO DE TRANSPORTE, el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A. se encuentra comprendido dentro de los ámbitos de aplicación del Decreto Delegado N° 1023/01 y del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.
- b) Eventualmente, de estimarlo oportuno y conveniente la autoridad competente del organismo de origen, esta Oficina no advierte óbice legal –en cuanto concierne a su competencia específica– para la tramitación a tales fines de una contratación directa por exclusividad, en los términos del artículo 25 inciso d) apartado 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.

c) El Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR” resulta de aplicación obligatoria para el MINISTERIO DE TRANSPORTE, en virtud de lo establecido en la Comunicación General ONC N° 57/16. Siendo ello así, esta Oficina Nacional entiende que las particularidades que presenta el objeto contractual no resultan un obstáculo, a juzgar por el presente análisis preliminar, a la tramitación del procedimiento mediante la plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”, tal como se encuentra actualmente concebido.

Saludo a usted atentamente.

KY.

AL

DIRECTOR DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE

Dr. Luis Martín GOMEZ DE LIGUORI.

S. _____ / _____ D.