

Dictamen ONC N° IF-2019-19835399-APN-ONC#JGM.

Fecha de emisión: 1° de abril de 2019.

Referencias: Contrato de usufructo oneroso de acciones con opción a compra irrevocable. Ámbito de aplicación. Encuadre Jurídico. Elección del procedimiento. Principio de centralización normativa y descentralización de la gestión operativa. Contratación Directa por Exclusividad. Contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado.

Antecedentes:

- 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”.
- 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). Roque Sáenz Peña 788 – Piso 6 (C1067AAA) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.
- NACIÓN SERVICIOS S.A., en tanto sociedad del GRUPO BANCO NACIÓN, era 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.
- El BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA (BNA) y la firma NACIÓN SEGUROS S.A. (NSEGSA) eran los únicos accionistas de NSSA y, en consecuencia, los únicos titulares de la totalidad de las acciones representativas del capital social de NSSA.
- Luego, con el objeto de que la firma NACIÓN SERVICIOS S.A. (NSSA) se transformase 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 propició la celebración de un contrato de usufructo oneroso con opción irrevocable de cesión de las acciones y derechos políticos y económicos de la

NSSA, que titularizan en su totalidad el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA y NACIÓN SEGUROS S.A.

- De tal forma, del proyecto de contrato acompañando se desprendía que las partes del contrato eran 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 poseía 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 usufrutuados 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 preveía, como último punto relevante, que el usufructuario —ESTADO NACIONAL, a través del MINISTERIO DE TRANSPORTE— tendría la opción irrevocable de adquirir la totalidad de las acciones usufrutuadas y aquellas de las que sean titulares los nudos propietarios al momento del ejercicio de la misma.

- 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 3º del Decreto Delegado N° 1023/01. A tal efecto, 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...”.

- 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...)”.

Objeto de la consulta: Se solicitó intervención a la 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 Roque Sáenz Peña 788 – Piso 6 (C1067AAA) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina. compra/cesión irrevocable, se encontraba (o no) comprendido en el ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y, eventualmente, qué procedimiento de selección correspondía aplicar.

Normativa examinada:

- Artículos 1° 2°, 4°, 5°, 23, 24 y 25, inciso d) apartado 3° del Decreto Delegado N° 1023/01.
- Artículos 3°, 8°, 10, 14 y 17 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16.
- Artículo 8° de la Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156.
- Artículo 52 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo I de la Disposición ONC N° 62/16.
- Artículos 215 y 218 de la Ley General de Sociedades N° 19.550.
- Artículos 996, 1614 a 1631 y 2129 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Análisis y opinión del órgano rector:

- I) 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-APNONC#MM e IF-2018-27922992-APNONC#MM, entre otros).
- II) 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. 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. Dictámenes ONC Nros. IF-2017-23893278-APN-ONC#MM, IF-2018-25541522-APN-ONC#MM e IF-201827922992-APN-ONC#MM).

- III) 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. Dictámenes ONC Nros. IF-2017-23893278-APNONC#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.

- IV) 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)...”.

- V) 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. 416/2008, 513/2009, 863/2012, 1005/2012, 1006/2012, 435/2012, 383/2013, 315/2015, 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.”.

- VI) 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. 863/2012, 315/2015 e IF-201706324429-APN-ONC#MM). 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 cumplimenten los requisitos que al respecto determina la normativa vigente en la materia” (v. Dictámenes ONC Nros. 200/2006 y 205/2006, entre otros).
- VII) 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-APNONC#MM).
- VIII) 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.).

- IX) 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. Roque Sáenz Peña 788 – Piso 6 (C1067AAA) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.
- X) 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.
- XI) 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.”.
- XII) 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.).

XIII) 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.