

Dictamen ONC N° IF-2019-20819574-APN-ONC#JGM

Fecha de emisión: 5 de abril de 2019.

Referencias/voces: Ámbito de aplicación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional / incumplimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional / Cláusulas que contravienen la normativa aplicable / Licencias. Antecedentes:

Con fecha 30 de septiembre de 2016 la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la sociedad italiana FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. suscribieron el Contrato N° 96/16, cuyo objeto incluía la adquisición de kits de pistolas y rifles de asalto, junto con el correspondiente licenciamiento del “know-how”, capacitación, transferencia de tecnología y equipamiento para el montaje de una línea de ensamble de las aludidas armas en la Fábrica Militar “Fray Luis Beltrán” y su posterior comercialización. • El contrato preveía el suministro de CIENTO CINCUENTA MIL (150.000) pistolas de calibre 9x19mm Modelo PX4 Storm y VEINTICINCO MIL (25.000) rifles de asalto de calibre 7.62X51 mm Modelo ARX 200 por la suma de EUROS OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO (€ 88.609.295,00.-). A su vez, contemplaba un cronograma conformado por CUATRO (4) entregas por año durante los Ejercicios 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, con más la transferencia del know-how y elementos de montaje para dichos bienes. • Como modalidad de pago prevista se pautó que las entregas programadas para el año 2017 se afrontarían mediante un préstamo a otorgar, según las reglas financieras internacionales, por una institución bancaria presentada por FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A., extremo que permitiría a la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES hacer frente a las primeras entregas programadas para ese ejercicio. El aludido préstamo debía estar afianzado por una garantía soberana emitida por autoridad competente de la REPÚBLICA ARGENTINA. Perú 143, piso 1 (C1067AAC) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina Tel. (5411) 5985-8713 • El contrato contemplaba una duración de CINCO (5) años, a partir de la entrada de vigor del mismo, extremo que las partes supeditaron al cumplimiento de los siguientes requisitos previos: Firma del Contrato por las Partes; recepción del certificado de usuario final (CUF) debidamente legalizado por la Embajada de Italia en Argentina; recepción de la Licencia de Exportación por parte del Proveedor; obtención de autorizaciones por parte de las autoridades de los organismos de control Argentino; expedición de una garantía soberana emitida por el entonces Ministerio de Economía de la REPÚBLICA ARGENTINA o autoridad competente nacional aceptada por la Agencia de Exportación italiana (SACE) y por el banco financiador; emisión de la contra-garantía por parte de la Agencia de Exportación italiana SACE. De tal suerte, quedó expresamente establecido que el contrato entraría en vigor en oportunidad de

cumplirse el último requisito.

- El mencionado contrato –calificado por el organismo de origen como un acuerdo bilateral estratégico para la transferencia de tecnología armamentística–, había sido fruto de negociaciones de alto nivel entabladas entre los Gobiernos de la República Argentina y la República Italiana, en el contexto de cooperación mutua establecida en materia de Defensa a través del Convenio suscripto en Roma el 6 de octubre de 1992 (aprobado por Ley N° 24.843) y del Memorándum de Entendimiento entre los Ministerios de Defensa de ambos países, suscripto el 1° de octubre de 2010.
- La operación contó con el aval y/o respaldo del MINISTERIO DE DEFENSA de la REPÚBLICA ITALIANA, quien habría autorizado la transferencia de tecnología y concesión de licencias relativas a equipamiento militar. • La DIRECCIÓN DE ARMAMENTOS TERRESTRES DEL MINISTERIO DE DEFENSA de la República de Italia asumió el rol de garante del control de calidad del material objeto del contrato.
- La Agencia de Créditos para la Exportación (SACE), organismo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas de esa República, se había comprometido a emitir un reaseguro por sobre la garantía soberana que debe emitir la República Argentina para garantizar el financiamiento que posibilite la operación.
- La institución bancaria especializada en banca corporativa y de inversión UNICREDIT S.P.A. manifestó oportunamente su interés en financiar la operación a través del otorgamiento de una línea de crédito a la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES por un monto total de hasta EUROS VEINTIDOS MILLONES QUINIENTOS MIL (€ 22.500.000,00.-).

Consulta: Se requirió la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que en el marco de su competencia opine si el Contrato N° 96, suscripto el 30 de septiembre de 2016 entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la sociedad comercial FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. se encuentra excluido del ámbito de aplicación objetivo del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional instituido por el Decreto Delegado N° 1023/01 o si, por el contrario, no puede continuar bajo la forma en que fuera concebido. Se trataba, en definitiva, de dilucidar si la adquisición de kits de pistolas y rifles de asalto objeto del mismo, con el correspondiente “know-how”, transferencia de tecnología y equipamiento para el montaje de una línea de ensamble de las aludidas armas en la Fábrica Militar “Fray Luis Beltrán” debió efectuarse siguiendo alguno de los procedimientos de selección contemplados en el Decreto Delegado N° 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias o si,

dadas las especiales características del contrato sometido a estudio, se subsume en alguno de los supuestos de exclusión contemplados en el artículo 5º del referido cuerpo normativo. Perú 143, piso 1 (C1067AAC) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina Tel. (5411) 5985-8713 Normativa examinada: • Artículos 2º, 4º, 5º inciso c), 11, 12 inciso g) y 24 del Decreto Delegado N° 1023/01. • Artículo 3 del Decreto N° 1030/16. • Artículo 8º de la Ley N° 24.156.

Análisis y opinión del Órgano Rector:

- I) 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, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente los recursos públicos (Cfr. Dictamen ONC N° IF-2018-22179850-APNONC# MM).
- II) En cuanto concierne a la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES (DGFM), resulta oportuno mencionar que recientemente, a través del Decreto N° 104 de fecha 31 de enero de 2019, se dispuso su transformación bajo el régimen de la Ley N° 20.705 como: “FABRICACIONES MILITARES SOCIEDAD DEL ESTADO”. Es decir, está claro que en la actualidad se trata de una Sociedad del Estado comprendida en el inciso b) del artículo 8º de la Ley N° 24.156 y, por lo tanto, excluida del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, más no es posible soslayar que a la fecha en que fue celebrado el Contrato N° 96 –30 de septiembre de 2016– la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES era una entidad descentralizada actuante en la órbita del MINISTERIO DE DEFENSA –v. artículo 8º del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 636 del 31 de mayo de 2013–, motivo por el cual ninguna duda cabe respecto a que se encontraba incluida en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.
- III) En cuanto respecta al ámbito de aplicación objetivo, queda claro 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) (IF2018- 25541522-APN-ONC#MM). El carácter residual del régimen estatuido en el Decreto Delegado N° 1023/01 a todos los contratos cuyo régimen legal expresamente no establezca lo contrario

implica reconocer la existencia de contratos innominados o *sui generis* dentro de los contratos administrativos por él regidos (Cfr. IF-2017-23893278-APN-ONC#MM e IF-2018-25541522-APNONC#MM).

IV) 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 8º de la Ley N° 24.156. Sólo estarían excluidos aquellos acuerdos que tuviesen por fin la celebración de alguno de los contratos mencionados en el artículo 5º del Decreto Delegado N° 1023/01 (Cfr. IF-2018- 25541522-APN-ONC#MM). Perú 143, piso 1 (C1067AAC) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina Tel. (5411) 5985-8713 FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. debe ser considerada una compañía italiana de capitales privados. No es propiedad del Estado Italiano y ni siquiera presenta componentes estatales. La República Italiana no tendría participación en la misma –o cuanto menos no se trataría de una participación mayoritaria ni representativa del comúnmente denominado “paquete accionario de control”. Por el contrario, todo hace pensar que se trata de una sociedad comercial constituida en Italia con capitales privados.

V) Desde el punto de vista societario, FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. sería una sociedad controlada por BERETTA HOLDING S.P.A., con proyección internacional en cuanto se refiere a la industria armamentística. Se trata de una compañía privada, pero con una particularidad a la que se le da una marcada entidad: Contar con el patrocinio o respaldo de la República Italiana.

VI) Sin desconocer la existencia de negociaciones entabladas en altos niveles gubernamentales entre la República Argentina y la República Italiana sobre cooperación en materia de defensa –con basamento en el Convenio de Cooperación que en dicha materia suscribieron ambos gobiernos en el año 1992, y que fuera posteriormente aprobado por Ley N° 24.843 en el año 1997–, cierto es que FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. no es una entidad pública estatal italiana, ni una empresa pública sino una sociedad por acciones integrada –presumiblemente en su totalidad o cuanto menos en su mayoría– por capitales privados. En conclusión, nos encontramos frente a un contrato celebrado entre un actor público estatal (DGFM) y una contraparte privada, condición que no puede verse alterada por estar “respaldada” y/o avalada por su propio Estado.

VII) Es en ese entendimiento que no parece razonable ni ajustado a la normativa vigente asimilar el escenario descripto con el de una contratación entre

Estados soberanos, a efectos de subsumir el caso en la causal de exclusión contemplada en el artículo 5º inciso c) del Decreto Delegado N° 1023/01. Ello así, por cuanto la interpretación de dicha causal de exclusión no puede llevarse a tal extremo de laxitud como para considerar que cualquier contratación que se proyecte celebrar con un proveedor extranjero que cuente con el patrocinio, promoción y/o aval de su país de origen estaría excluida –por esa sola circunstancia– del régimen vernáculo. Menos aún si se repara en que las normas que constituyen excepciones a un principio general no admiten aplicaciones analógicas y deben ser interpretadas restrictivamente (Dictámenes PTN 206:346).

VIII) Los antecedentes que aquí se han escrutado impiden a esta Oficina concebir el presente acuerdo como realizado entre dos Estados, mientras que confundir los sujetos contratantes (es decir, quienes son parte del contrato) con quienes eventualmente se encuentran facultados para autorizar y/o controlar la operación o bien la fomentan, promueven, patrocinan o garantizan implicaría incurrir en un error conceptual. No es posible verificar la existencia de un verdadero acuerdo bilateral entre Estados soberanos, circunstancia que, en caso de configurarse, naturalmente se encontraría condicionada por cuestiones diplomáticas, geopolíticas y estratégico-militares, todo lo cual fundamenta la exclusión del régimen nacional cuando se trata de contratos Estado-Estado. X) No se trata de un contrato perfeccionado ni con la República italiana, en sentido estricto, ni tampoco con una unidad empresarial en la que el Estado Italiano tenga participación mayoritaria, Perú 143, piso 1 (C1067AAC) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina Tel. (5411) 5985-8713 sino con una sociedad mercantil privada, lo cual configura una diferencia sustancial que torna inaplicable la opinión vertida en el Dictamen ONC N° 444/13. En dicho precedente pudo compulsarse documentación oficial referida a reuniones mantenidas entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la empresa ISRAEL MILITARY INDUSTRIES LTD. (IMI) –cuya propiedad era titularizada por el Estado de Israel en su totalidad–, con el objeto de propiciar la celebración de un Acuerdo de Cooperación para adquirir las capacidades requeridas tendientes la producción nacional de la munición calibre 105 mm. para el Tanque Argentino Mediano. Ese solo hecho demuestra a las claras que se trata de dos plataformas fácticas distintas, desde que en aquel entonces se propiciaba contratar con una sociedad CIEN POR CIENTO (100%) propiedad del ESTADO DE ISRAEL, siendo esto último lo verdaderamente determinante a la hora de establecer una diferencia categórica entre ambas consultas. La disparidad fáctica puesta de

manifesto no es una circunstancia que pueda obviarse sino que, por el contrario, debe ser subrayada. XI) Tampoco puede pasarse por alto que en el artículo 3º del previamente citado “Convenio de Cooperación en Materia de Defensa entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana”, vigente desde 1997, se estableció lo siguiente: “De conformidad con las leyes y reglamentaciones vigentes en cada uno de los países, las Partes identificarán fórmulas de cooperación y de iniciativas conjuntas para la investigación y desarrollo de tecnologías para la defensa que, por su naturaleza, tengan particular importancia defensiva y ofrezcan posibilidades de aplicación civil.”. Así, de las cláusulas citadas surge, con meridiana claridad, que los propios Estados signatarios acordaron sujetar las iniciativas conjuntas de cooperación a las leyes y reglamentaciones vigentes en cada uno de los países.

IX) En concordancia con ello, es dable mencionar que a través del “Memorándum de Entendimiento entre el MINISTERIO DE DEFENSA de la REPÚBLICA ITALIANA y el MINISTERIO DE DEFENSA de la REPÚBLICA ARGENTINA” firmado el 1º de octubre de 2010 se establecieron los principios guía para la mutua cooperación en la producción y adquisición de las capacidades relacionadas con los equipos de defensa, habiéndose acordado en el artículo 1º que: “...Las partes actuarán de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos vigentes para promover, facilitar y desarrollar la cooperación en materiales para la Defensa, basados sobre el principio de reciprocidad...”. Incluso, en el punto 3 del “Memorando de Acuerdo” (MdA) suscripto el día 13 de septiembre de 2016 entre la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES y la firma FABBRICA D’ARMI PIETRO BERETTA, las partes signatarias acordaron que: “...Este MdA estará sometido a las leyes de Argentina...”. Con lo cual, tales documentos avalan la plena aplicación del Régimen instituido por el Decreto N° 1023/01.

X) Párrafo aparte merece lo atinente al financiamiento para la implementación del proyecto, el cual provendría de una institución bancaria privada, previa constitución de una garantía soberana emitida por autoridad competente de la REPÚBLICA ARGENTINA, además de un reaseguro adicional al aval nacional, en cabeza de la Agencia de Exportación italiana SACE. Con lo cual tampoco sería razonable afirmar que la operatoria financiera descripta se ajusta a la causal de exclusión contemplada en el inciso c) del artículo 5º del Decreto Delegado N° 1023/01, en la parte en que se refiere a los contratos: “...que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos.”. En opinión de este Órgano Rector, el solo hecho de que se haya empleado el término “organismos” torna

inaplicable esta causal de exclusión del régimen general tanto a los contratos Perú 143, piso 1 (C1067AAC) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina Tel. (5411) 5985-8713 financiados por Estados extranjeros como así también –y con mayor razón– a los financiados por instituciones bancarias privadas.

XI) Así las cosas, forzoso es concluir que la contratación analizada se encuentra subsumida en el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01. XV) La contratación sometida a estudio debió regirse por el Decreto Delegado N° 1023/01 y por el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

XII) El artículo 3º del Decreto N° 1030/16 dispone que quedan excluidos, entre otros, los contratos de “licencias” o más precisamente, las “concesiones de servicios públicos y licencias”. Al respecto, si bien la “licencia” es una figura híbrida y ambigua de imprecisos contornos jurídicos, este Órgano Rector interpreta que lo que se excluye del ámbito de aplicación de la reglamentación del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional es la licencia entendida como modalidad para el otorgamiento de la explotación tanto de servicios públicos como de actividades de interés público de ahí su equiparación con la concesión de servicios públicos–. En opinión de este Órgano Rector, las licencias sobre derechos de propiedad intelectual –es decir, aquellos contratos que tengan por objeto un bien inmaterial protegido por un derecho de propiedad industrial– deben reputarse comprendidos en el ámbito de aplicación objetivo del Decreto N° 1030/16.

XIII) En el caso sub-examine no se han seguido los procedimientos contemplados en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; advirtiéndose incluso que se han previsto cláusulas que contravienen la normativa aplicable (v.g. la posibilidad de prorrogar el contrato por más de UN (1) año adicional contraviene lo dispuesto en el artículo 12, inciso g) del Decreto Delegado N° 1023/01).

XIV) Es pacífica la doctrina de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN en cuanto a la necesidad de que la Administración se conduzca –en la contratación administrativa– a través de procedimientos de selección “típicos”. Al respecto tiene dicho que: “La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación” (v. Fallos 308:618; 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515; 323:1841; 323:3924; 324:3019; 326:1280; 326:3206; 327:84 y 329:809; Dictamen PTN 94/2013, 17/05/2013 (Dictámenes 285:156); CSJN, “Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de

Buenos Aires”, 27/12/2006, Fallos 329:5976, entre muchos otros) y que: “...la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que este queda legalmente perfeccionado, razón por la cual si la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia...” (Mas consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Provincia de Santiago del Estero (Ministerio de Economía) – CSJN – 1/6/2000 – Fallos: 323:1515; Servicios Empresarios Wallabies SRL c/ Provincia de Salta – CSJN -11/7/2000 – Fallos 323:1841, entre otros). Perú 143, piso 1 (C1067AAC) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina Tel. (5411) 5985-8713

XV) Asimismo, respecto a la gravitación del principio de legalidad y su aptitud para desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes en materia de contratos públicos, el Tribunal Cimero ha sentenciado en un célebre precedente que: “En materia de contratos públicos, la Administración y las entidades y empresas estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, cuya virtualidad es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades pre establecidas para cada caso, y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no pueden disponer sin expresa autorización legal...” (Espacio SA c/ Ferrocarriles Argentinos s/ cobro de pesos – CSJN 22/12/1993; Fallos: 316:3157).

XVI) Las razones previamente expuestas llevan a esta Oficina a concluir que la adquisición de kits de pistolas y rifles de asalto, “know-how”, transferencia de tecnología y demás equipamiento por parte de la DIRECCIÓN GENERAL DE FABRICACIONES MILITARES a la sociedad comercial FABBRICA D'ARMI PIETRO BERETTA S.P.A. con sustento en el Contrato N° 96/16 no puede continuar, siendo del resorte del servicio permanente de asesoramiento jurídico de ese organismo evaluar las medidas a adoptar a tal efecto.