



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

Dictamen Jurídico

Número: IF-2018-55407797-APN-PTN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Miércoles 31 de Octubre de 2018

Referencia: EX-2017-20367712-APN-DGSAF#MI

SEÑOR SECRETARIO DE INFRAESTRUCTURA Y POLÍTICA HÍDRICA
DEL MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA:

Reingresan los actuados de la referencia, relacionados con la obra *Ampliación de la Capacidad del Río Salado-Tramo IV*.

En esta oportunidad, la Dirección General de Asuntos Jurídicos de esa Cartera Ministerial previamente emitió, tal cual corresponde¹, su opinión sobre la cuestión consultada: si aplica la inhabilidad que regula el artículo 28 inciso e) del Decreto N.º 1023/01² del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública (en adelante el RCAN) a las empresas B R e H Sociedad Anónima y J C C C Sociedad Anónima, en virtud de los procesamientos de los señores A B R y T B , por encontrarlos *prima facie* partícipes penalmente responsables del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, dispuestos el 8 de mayo de 2018, en los autos *Ben, Carlos y otros s/asociación ilícita* (Expte. N.º 1614/16), en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N.º 7.

No explicitó, como le fue requerido, las razones que justificaron que haya hecho referencia a la Ley de Responsabilidad Penal N.º 27.401³.

La nueva solicitud de intervención, según el Informe N.º IF-2018-53187957-APN-SIPH#MI, se motiva en que ... *se ha suscitado una discrepancia de criterio entre el Servicio Jurídico de este Ministerio (del Interior, Obras Públicas y Vivienda) y la Comisión de Evaluación en lo referente a la aplicación del art. 28, inc. e) del Decreto 1023/2001...*

- I -

ACTUACIONES POSTERIORES A MI PRIMERA INTERVENCIÓN

1. Mediante el Dictamen N.º IF-2018-46772480-APN-DGAJ#MI⁴, el servicio jurídico del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, con cita del Dictamen de la Oficina Nacional de Contrataciones N.º 938/12, consideró que la causal de inhabilidad prevista en el inciso e) del artículo 28 del RCAN ... *que alcanzase a las personas físicas allí individualizadas resulta de aplicación extensiva a las firmas. La conclusión contraria llevaría necesariamente a la disvaliosa consecuencia de avalar un modo de sortear la inhabilidad prevista en el citado precepto legal.*

En cuanto a la aplicación al caso de la Ley N.º 27.401, sostuvo esa Dirección que había sido efectuada ... *a título de colaboración, toda vez que es la Comisión Evaluadora del Procedimiento a quien le compete evaluar las ofertas, encontrándose entre sus competencias la evaluación jurídica de las mismas...*

2. La Comisión Evaluadora de la jurisdicción, por su parte, interpretó que el inciso e), del artículo 28 del RCAN se refiere a las personas humanas pues, a su juicio, la norma ... *no contiene atisbo alguno de querer alcanzar a las personas jurídicas, de modo que limitar un derecho a través de una interpretación extensiva atenta contra el art. 14 de la Constitución Nacional*⁵.

Concluyó que ... *de no considerarse el criterio expuesto en el presente, eventualmente se restringiría la concurrencia, circunstancia que atenta contra la transparencia.*

- II -

NORMATIVA APLICABLE

1. El artículo 28 del RCAN dispone: *PERSONAS NO HABILITADAS. No podrán contratar con la Administración Nacional:*

(...) e) *Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

2. El Pliego de Bases y Condiciones Legales Generales para la Licitación y Contrataciones de Obras Públicas en su Capítulo III. Proponentes, artículo 15 estipula: *No podrán concurrir como proponentes:*

(...) 3) *Las personas que se encuentren procesadas por delitos contra (...) la Administración Pública Nacional o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.*

3. El Pliego de Bases y Condiciones Particulares, Capítulo III: De los proponentes, en el artículo 14: Capacidad Legal, indica, en lo que aquí interesa:

1) Pueden ser Proponentes las personas humanas o jurídicas que reúnan los recaudos del Título I, Capítulo III del PBYCG.

2) Deberán acreditar no hallarse incursas en ninguna de las causales de inhabilitación previstas en el Artículo 15 del PBYCG. A tal efecto, tanto las empresas como los presidentes, directores, síndicos, socios gerentes y representantes legales de personas jurídicas deberán presentar las declaraciones juradas contenidas en el ANEXO III del presente Pliego, respectivamente.

El ANEXO III: Modelo de Declaración Jurada de la Empresa referente al artículo 15 del PBYCG (artículo 14 del PBYCP), que impone a todos los sujetos obligados su presentación a declarar bajo juramento que el proponente:

a) No se encuentra comprendido en ninguna causal de incompatibilidad para contratar con el Estado ni en las previstas en el Artículo 15 del PBYCG a saber:

ARTÍCULO 15. INHABILITADOS PARA LA PRESENTACIÓN.

No podrán concurrir como Proponentes: (...) 3) Las personas que se encuentren procesadas por delitos contra la propiedad o contra la Administración Pública Nacional o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

4. La Ley N.º 27.401 en su artículo 1.º prescribe: *Objeto y alcance. La presente ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, por los siguientes delitos:*

a) *Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;*

b) *Negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;*

c) *Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;*

d) *Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;*

e) *Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.*

- III -

ACLARACIÓN PRELIMINAR

La solicitud de opinión a este Organismo Asesor no puede sustentarse en una supuesta *discrepancia* entre la Comisión Evaluadora y el servicio jurídico permanente de ese Ministerio, como se afirma.

Es que, más allá de que las Comisiones Evaluadoras puedan emitir alguna consideración jurídica

en el ejercicio de las atribuciones que genéricamente les asigna el artículo 65 del Anexo al Decreto N.° 1030/16⁶, la competencia asesora en materia jurídica corresponde *exclusivamente* al servicio jurídico de ese Ministerio, en calidad de delegación del Cuerpo de Abogados del Estado (Ley N.° 12.954⁷, artículos 1.°, 3.° y 5.°, inciso d) y Decreto N.° 34.952/47⁸, artículo 8.°, incisos a) y b)).

Por ello, y por el principio de eficacia que impera en el procedimiento administrativo de acuerdo a la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N.° 19.549⁹ (en adelante, *LNPA*), artículo 1.°, inciso b), se entenderá que el asesoramiento ha sido solicitado con fundamento en el artículo 6.° y en otras disposiciones de la Ley del Cuerpo de Abogados del Estado y su reglamentación.

- IV - ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. El artículo 28, inciso e) del RCAN, sin perjuicio de la salvedad que efectuaré más adelante, considera inhábiles para contratar a las personas que se encuentren procesadas, exclusivamente por los delitos allí descriptos.

Ningún elemento en la norma autoriza a extender sus efectos a alguien distinto del oferente (en el caso a dos empresas por el procesamiento de miembros de su directorio), ya que la previsión es clara (*in claris non fit interpretatio*) y es innecesario distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Disiento así con la opinión extensiva del servicio jurídico permanente de esa Cartera, que propició para evitar ... *la disvaliosa consecuencia de avalar un modo de sortear la inhabilidad prevista en el citado precepto legal*.

Ha dicho nuestro más Alto Tribunal que ... *cuando la letra de la ley no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contemplado en la norma*¹⁰.

La doctrina de esta Procuración del Tesoro se ha expedido en la misma dirección.

En efecto, ha sostenido que no resulta admisible dejar de cumplir lo que la ley inequívocamente ordena, de manera que si la escritura de la regla jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles, la única conducta aceptable es su acatamiento¹¹ y que no resulta procedente la modificación o supresión de una norma legal por la vía interpretativa, cuando su lectura no revela oscuridad ni genera incertidumbre; ni es viable subsanar por medio de la hermenéutica jurídica el resultado de una disposición cuando su literalidad es categórica y precisa y revela en forma directa un significado unívoco¹².

También opinó que ... *la transparencia de un texto legal no deja resquicio a un análisis exegético que pondere elementos ajenos al de su consideración directa ... No resulta admisible la pretensión de hacer decir a la ley lo que la ley no dice, o dejar de cumplir lo que inequívocamente ordena*¹³.

En suma, no cabe al intérprete hacer decir a la ley lo que no dice ni obtener de ella conclusiones diversas a las que consagra, en virtud de valoraciones subjetivas. Así, ... *si la escritura de la regla*

*jurídica no suscita la posibilidad de entendimientos disímiles, la única conducta aceptable es su acatamiento ad pedem literae*¹⁴.

Las normas contractuales, que he reseñado en el punto III de este dictamen, son igualmente claras y confirmatorias del criterio que expongo.

2. Si bien lo expuesto es suficiente respuesta para la consulta, debo realizar alguna consideración adicional sobre el Dictamen N.º 938/12 de la Oficina Nacional de Contrataciones, invocado por la dirección de asuntos jurídicos preopinante.

Allí el órgano rector en materia de contrataciones de la Administración Pública Nacional consideró, con fundamento en el artículo 54 de la Ley de Sociedades Comerciales N.º 19.550¹⁵ (en adelante, la LSC)¹⁶ que, ante el procesamiento de directivos y accionistas de una sociedad anónima y de una sociedad de responsabilidad limitada, les resultaba inoponible su personalidad jurídica y, por ende, les era extensible la inhabilidad para contratar que pesaba sobre las personas humanas.

2.1. La primera salvedad que debo efectuar es que ese criterio fue dejado sin efecto por su similar (firma conjunta) N.º IF-2018-01958585-APN-ONC#MM.

2.2. La segunda es que el artículo 54 de la LSC, en la parte que aquí interesa, dice: *Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios que constituya un mero recurso para violar la ley; el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.*

La ley regula la utilización abusiva para lograr fines no queridos por ella, por ejemplo, la limitación de la responsabilidad al capital social. En estas hipótesis se autoriza a desgarrar el *velo* de la personería, prescindiendo de la forma jurídica utilizada, y penetrar en el substrato real o personal de la persona jurídica. Ello permite imputar directamente los actos abusivos a quienes los hayan producido utilizando, como pantalla, los tipos societarios limitativos de la responsabilidad¹⁷. Se trata de una aplicación del principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos, introducido por la reforma al Código Civil dispuesta por la Ley N.º 17.711¹⁸ y que el Código Civil y Comercial de la Nación mantiene en su artículo 10.

La inoponibilidad (*disregard of legal entity* según su denominación por el derecho anglosajón), refiere a la imposibilidad de invocar la plenitud de efectos de una situación reconocida por la ley respecto de sus socios, para imputarle las consecuencias del obrar abusivo de la sociedad no sólo a esta última, sino también a aquéllos¹⁹.

Tampoco conlleva a la nulidad de la persona jurídica²⁰ (que continúa funcionando como un sujeto diferente de los miembros que la componen) ni presupone su inhabilidad para contratar.

Vale decir que la doctrina de la inoponibilidad procura responsabilizar a los socios por las consecuencias abusivas de la actuación societaria, por lo que no es atinado extender sus alcances para que opere en sentido inverso y funde una automática inhabilidad para contratar con el Estado Nacional, si alguno de sus socios, directores o representantes está siendo procesado por la presunta comisión de ilícitos.

3. La Dirección General de Asuntos Jurídicos también hizo referencia a la vigencia de la Ley N.º 27.401 de Responsabilidad Penal aunque manifestó que se trataba de una mención a *título de colaboración* con la Comisión Evaluadora.

Su mención es inoportuna. La Ley N.º 27.401, sancionada en diciembre del año 2017, ha incorporado a nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas (ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal) por los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, y balance e informes falsos (tipificados en los artículos 258, 258 bis, 265, 268 y 300 bis del Código Penal).

La norma, al igual que otras que la antecedieron (i.e. Leyes N.º 26.683²¹ sobre lavado de dinero, N.º 24.769²² y N.º 26.735²³ sobre cuestiones penales tributarias, 26.733²⁴ sobre el orden económico y financiero), reconoce antecedentes en el derecho comparado que vienen a modificar el clásico *principio de subjetividad* de la acción delictiva, considerado como efectiva expresión de la psiquis del sujeto (*societas delinquere non potest*) paradigma sobre el que se asentó nuestro Código Penal y la doctrina clásica²⁵.

La persona jurídica, desde que entraron en vigencia estos cambios normativos, responderá por los delitos que se cometan, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, aun cuando quien actúe fuere un tercero que carezca de representación, siempre que el ente de existencia ideal haya ratificado la gestión, incluso tácitamente.

Por el contrario, quedará liberada de esta responsabilidad cuando quien cometa el delito actúe en su propio beneficio y sin generar provecho alguno para aquélla.

4. Esta nueva legislación ha importado una ampliación tácita, parcial y sobreviniente del RCAN, artículo 28, inciso e), al punto que, en la actualidad, forzoso resulta colegir que cuando esta previsión se refiere a *personas* (sin aclarar), incluye ahora tanto a las humanas como a las jurídicas que se las procese por delitos cometidos contra la Administración Pública Nacional.

Si actualmente el artículo 1.º de la Ley N.º 27.401 extiende el régimen de responsabilidad penal a las personas jurídicas privadas que hubiesen cometido varios de los delitos contenidos en el Título XI del Código Penal, *De los delitos contra la Administración Pública*, entonces el artículo 28 inciso e) del RCAN ha ampliado su espectro. Por esos delitos hoy pueden ser procesadas tanto las personas humanas como las jurídicas.

5. Ahora bien, los procesamientos de los señores A B R y T B , por encontrarlos *prima facie* partícipes penalmente responsables del delito de administración fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública, dispuestos el 8 de mayo de 2018 en los autos: *Ben, Carlos y otros s/asociación ilícita* (Expte. N.º 1614/16) en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N.º 7, no podrían, ni aún por hipótesis, proyectar sus efectos sobre las personas jurídicas B R e H S.A. y J C C C S.A., en el marco de la licitación en curso.

Ello por cuanto los hechos allí investigados son anteriores a la entrada en vigencia de la Ley N.º 27.401, y esta no es de aplicación retroactiva. O más

sencillamente, porque las personas jurídicas que actúan como oferentes en el sub examine, no están procesadas.

El ordenamiento impone un límite al establecimiento de una legislación retroactiva, que impide extender el concepto de "procesado" que utiliza el art. 28, inciso e) del RCAN a personas jurídicas que, por un efecto temporal o por la garantía que establece el artículo 18 de la Constitución Nacional, el artículo 11 apartado 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 15 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no están procesadas ni podrán estarlo por hechos que ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 27.401.

El principio de legalidad es un límite a la pretensión punitiva del Estado que se sintetiza en el adagio romano *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. En él se fundamenta que el castigo sólo puede hallarse en una ley en sentido formal -sancionada según los trámites impuestos por nuestra Constitución Nacional para el proceso de formación y elaboración de las leyes-, que se encuentre vigente al momento de la comisión del hecho y que tipifique la conducta reprochada.

El principio se sustenta no sólo en la necesidad de que los individuos conozcan la norma para así ajustar sus conductas a ella (principio de culpabilidad), sino también en la seguridad jurídica e impedir la sanción de leyes irrazonables, arbitrarias o *ad hoc*.

Exigir que la ley sea posterior a la comisión del hecho impide su aplicación retroactiva, así como la tipicidad obsta a la aplicación analógica a casos no expresamente contemplados, obstando a la indeterminación del tipo penal.

La principal excepción a la exigencia de aplicación de la ley vigente al momento del hecho es el caso en el que la ley posterior resulte más benigna. Su razón difiere del mandato de la ley previa y se asienta en un principio de política criminal por el que resultaría inadmisibles imponer una sanción por un hecho que la ley actual ya no considera delito o para el que la pena ha devenido desproporcionada respecto a la menor gravedad que se atribuye actualmente al hecho. Se trata de un cambio en la valoración social que el legislador capta y plasma en la nueva norma.

Precisando esta idea, se señala que:

- a) La constitución formal prohíbe la retroactividad de la ley penal (art. 18 de la Constitución Nacional), dejando a criterio de la ley acordar retroactividad a la ley penal más benigna y;
- b) El derecho, como es interpretado por los jueces, prohíbe -dentro de la constitución material- la retroactividad de la ley no penal cuando afecta derechos adquiridos e incorporados al patrimonio, como aplicación del principio de inviolabilidad de la propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional²⁶.

Desde antaño tiene dicho nuestra Corte Suprema que la garantía consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional comprende la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor que impliquen empeorar las condiciones de los encausados²⁷.

En suma, aun de acreditarse que los delitos cometidos por las personas humanas procesadas hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con intervención o en nombre, interés o beneficio de los oferentes, la Ley N.º 27.401 -y el artículo 28, inciso e) del RCAN con su modificación tácita parcial a expensas de ésta-, no le resultaría aplicable a las citadas personas jurídicas por tratarse de hechos anteriores a su entrada en vigencia.

6. Aunque no ha sido materia del presente asesoramiento, entiendo necesario que, por el área competente, se analice si el embargo ordenado en la causa penal afecta la idoneidad económico-financiera del oferente.

- V -
CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas estimo que no existe óbice de orden jurídico fundado en el artículo 28, inciso e) del RCAN, para adjudicar la obra *Ampliación de la Capacidad del Río Salado-Tramo IV*, a la empresa B R e H S.A. y J C C S.A.

1 Providencia PV-2018-44798671-APN-PTN.

2 B.O. 16-08-01

3 B.O. 1-12-17

4 Orden 698.

5 Orden 692.

6 B.O. 16-9-16.

7 B.O. 10-03-47.

8 B.O. 13-11-47

9 B.O. 27-04-72.

10 Fallos 324:1740.

11 Dictámenes 177:117, 204:12 y 207:235

12 Ídem Nota 10.

13 Dictámenes 204:12.

14 Dictámenes 253:153.

15 B.O. 25-04-72.

16 Se lo considera con la reforma introducida por la Ley N.º 22.903 (B.O. 15-09-83).

17 Villegas, Carlos G. *Derecho de las Sociedades Comerciales*, págs. 48 y ss., 8º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.

18 B.O. 26-04-68.

19 Verón, Alberto Víctor: *Ley General de Sociedades 19.550. Comentada, Anotada, Concordada, Actualizada y Ampliada con el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.944)*, t. I, págs. 1080-1081, 3º edición, La Ley, Buenos Aires 2015.

20 MANÓVIL, R., *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 1022.

21 B.O. 21-6-11.

22 B.O. 15-1-97.

23 B.O. 28-12-11.

24 B.O. 28-12-11.

25 Soler, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*: t. I, 5º edición, págs. 329-335, TEA, Buenos Aires, 1987

26 Bidart Campos, Germán J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. t. I, 1º edición, pag. 475, Ediar, Buenos Aires, 1992.

27 Fallos 287:76; entre otros.

184

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR, o=MINISTERIO DE MODERNIZACION,
ou=SECRETARIA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT 30715117564
Date: 2018.10.31 08:24:03 -03'00'

Bernardo Saravia Frias
Procurador del Tesoro
Procuración del Tesoro de la Nación

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA -
GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR,
o=MINISTERIO DE MODERNIZACION, ou=SECRETARIA DE
MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT
30715117564
Date: 2018.10.31 08:24:04 -03'00'