



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

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2018-23418973-APN-DGD#MTR

SEÑOR SUBSECRETARIO DE ASUNTOS LEGALES:

Se somete a consideración y análisis de esta DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS un proyecto de decreto (IF-2018-27711158-APN-DGAJ#MTR, vinculado en el Orden N° 5), mediante el cual el señor Presidente de la Nación se excusa de intervenir, en relación a la eventual aprobación por parte del Poder Ejecutivo Nacional del acuerdo de renegociación contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte entre el Estado Nacional y la concesionaria Autopistas del Sol S.A. –artículo 1°-.

Además, se propicia establecer que le corresponderá a la señora Vicepresidenta de la Nación entender en las cuestiones en las cuales el señor Presidente de la Nación se excusa por la medida en trámite –artículo 2°-.

-I-

ANTECEDENTES E INTERVENCIONES

Al respecto, y a modo introductorio, merece mencionarse que en el Orden N° 11 del EX-2018-00647608-APN-SIGEN se agregó una copia digitalizada del Expte. N° 5463/2016 del registro del ex ORGANISMO DE CONTROL DE CONCESIONES VIALES (OCCOVI).

A fs. 302/305 de estas últimas actuaciones, el 7/9/17, en oportunidad de presentar la Declaración Jurada de Intereses prevista en el Decreto N° 202/17, el presidente del Directorio de AUTOPISTAS DEL SOL S.A. (desde aquí, AUSOL), concesionaria de la obra pública por peaje del Acceso Norte perteneciente a la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires, por contrato suscripto con el Estado Nacional que fuera aprobado por el Decreto N° 1167/94, manifestó que *“A la fecha la Sociedad no se encuentra comprendida en ninguno de los supuestos de vinculación enunciados en el Decreto N° 202/2017”*.

No obstante ello, señaló que *“...el treinta con cuatro centésimos por ciento (30,04%) de las acciones de la Sociedad, se encuentra sujeto al régimen de oferta pública y cotizan en la Bolsa de Comercio de Buenos*

Aires. La Sociedad no tiene los medios a su alcance para conocer si existen titulares de más del cinco por ciento (5%) de las acciones de la Sociedad sujetas a oferta pública que tengan vinculación con los funcionarios alcanzados por el Decreto N° 202/2017. Asimismo en el registro de acciones en oferta pública que lleva la Caja de Valores figuran acciones a nombre de entidades comitentes cuyos beneficiarios últimos son personas que no se encuentran individualizadas en el citado registro”.

Sin perjuicio de lo antedicho, consignó que “...en el Formulario se señala que, hasta el 23 de mayo de 2017, el siete por ciento (7%) del capital social de la Sociedad, que otorgaba derecho al dos con treinta y seis centésimos por ciento (2,36%) de votos en las asambleas de accionistas, era de titularidad de Sideco Americana S.A., empresa controlada por Socma Americana S.A., cuyos accionistas son personas físicas dentro del grado de consanguinidad previsto en el artículo 1° del Decreto N° 202/2017 respecto del funcionario que allí se indica”[1].

En este mismo orden de ideas, continuó: “El 23 de mayo de 2017 Sideco Americana S.A. transfirió la totalidad de sus acciones de la Sociedad a favor de Natal Inversiones S.A. (empresa que, según la información que ésta brindara a la Dirección Nacional de Vialidad, no se encuentra alcanzada por ninguno de los supuestos de vinculación enunciados en el Decreto N° 202/2017). Dicha transferencia accionaria fue oportunamente aprobada...”.

Finalmente, aclaró que “...desde el año 2001 que Sideco Americana S.A. no ha tenido representación en el directorio de la Sociedad, ni estuvo presente en ninguna de sus asambleas de accionistas en ese lapso”.

Atento a la presentación efectuada por la concesionaria, la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD del MINISTERIO DE TRANSPORTE consideró necesario comunicar la Declaración Jurada de Intereses presentada a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN y a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (Orden N° 6 del EX-2018-00647608-APN-SIGEN).

Así, arribamos entonces al trámite del expediente sometido a la consideración de esta Dirección General, en el que –en lo sustancial- consta lo siguiente:

Orden N° 4: Informe de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (desde aquí, OA), en el que se consideró que “...correspondería la abstención del funcionario –en este caso, el Presidente de la Nación- en el refrendo del Convenio suscripto”.

En particular, en cuanto a si la situación que se presenta en la renegociación que nos ocupa implica o no la configuración de alguno de los supuestos de conflicto de intereses previstos en el Capítulo V de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188, consideró que:

a) No se corresponde con el conflicto de intereses señalado en el artículo 13, inciso a)[2] de dicha norma, “...ya que el señor Presidente de la Nación no dirige, administra, representa, patrocina o asesora ni presta servicios de ninguna forma a la empresa AUSOL S.A.”.

b) “En el caso, al momento de iniciarse el procedimiento bajo análisis, ni el señor Presidente de la Nación ni miembros de su familia eran socios de la empresa AUSOL S.A., ni de sus socias, por lo que la situación no encuadraría en la hipótesis prevista en el artículo 13 inciso b)[3] de la Ley 25.188”.

c) La hipótesis del artículo 14[4] de la Ley N° 25.188 “...está dirigida a regular la situación de funcionarios que han tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, prohibiéndoles actuar en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, dentro de los TRES (3) años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado”.

Al respecto, consideró la OA que “...en los antecedentes sometidos a consulta no se advierte la configuración de ninguno de esos presupuestos fácticos”.

d) *“No surge de las constancias obrantes en estas actuaciones que el Sr. Presidente de la Nación se encuentre alcanzado por el deber de abstención del artículo 15 inciso b)[5] de la Ley 25.188, toda vez que no ha prestado servicios a la empresa AUSOL S.A. ni a las empresas que la integran como socios en los últimos tres (3) años. Ello sin perjuicio del deber de abstención previsto en el artículo 4° inciso d) del Decreto 202/17 (...) o –eventualmente- por aplicación del artículo 2 inciso i) de la Ley 25.188 que remite a las causas de excusación de la legislación civil...”*

e) Con relación a los deberes de excusación previstos en el artículo 2°, inciso i)[6] de la Ley N° 25.188, consideró la OA que *“...las causas de excusación mencionadas alcanzaban –en todo caso y de considerarse configuradas- al señor Presidente de la Nación mientras sus familiares participaron en AUSOL S.A., por medio de SOCMA AMERICANA S.A. y SIDECO AMERICANA S.A., conforme los antecedentes bajo análisis”*.

En base a dichos antecedentes, destacó que *“...toda vez que hasta la salida de SIDECO AMERICANA S.A. de su participación en AUSOL S.A. e incluso hasta la actualidad, no se ha cumplimentado la etapa del procedimiento que requiere la firma del acuerdo integral de renegociación contractual “ad referéndum” del PODER EJECUTIVO NACIONAL, el señor Presidente de la Nación no ha tomado intervención en el caso”*.

Sin perjuicio de ello, puso de resalto que *“...el Decreto 202/17 establece un nuevo supuesto de abstención –el que sería de aplicación a este caso en concreto- previsto en el artículo 4 inciso d), aún en el caso como el presente donde no se ha configurado una situación de conflicto de intereses”*.

Como corolario de lo expuesto, la OA recomendó, en lo sustancial, hacer saber a la DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD y al MINISTERIO DE TRANSPORTE *“...que el Ing. Mauricio Macri debe abstenerse de tomar intervención en la firma Ad Referendum del contrato de renegociación que tramita por el expediente de referencia, en cumplimiento del artículo 4° inciso d) del Decreto 202/17”*.

Orden N° 5: proyecto de decreto descripto al comienzo del presente dictamen.

Orden N° 6: La DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE consideró que *“...se debe reconocer la facultad de excusarse del titular del Poder Ejecutivo ante un eventual conflicto de intereses”*.

Así, aclaró que, *“...si bien en los términos del artículo 6° de la ley N° 19.549 la elección del funcionario que le corresponde legalmente actuar en caso de excusación lo determina el superior jerárquico del órgano excusado, atento a las especiales características del caso y su carácter excepcional, donde el órgano a excusarse es “el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (art. 99, inc. 1, Constitución Nacional), cabe estar a lo dispuesto por el artículo 88 de la Constitución Nacional, el cual prevé el ejercicio del Poder Ejecutivo por parte del Vicepresidente de la Nación en caso de mediar alguna causa de inhabilidad del Presidente”*.

En ese entendimiento, y *“...sin perjuicio de que el Acuerdo que tramita bajo el Expediente N° EX-2018-00647608-APN-SIGEN aún no se encontraría suscripto, en virtud del principio de celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites que debe regir en todo el procedimiento y actuar de la Administración Pública –cfr. art. 1°, inciso b), Ley N° 19.549-...”, el servicio jurídico del Ministerio de origen acompañó el proyecto de decreto precitado.*

Orden N° 11: Informe de la DIRECCIÓN GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS de esta SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN, al cual se acompañó –como archivo embebido- una copia de la medida con observaciones de carácter formal.

ANÁLISIS DEL ACTO Y CONSIDERACIONES

1.- En las presentes actuaciones, como se ha dicho, se propicia un proyecto de decreto mediante el cual el señor Presidente de la Nación se excusa de intervenir en la eventual aprobación del acuerdo de renegociación contractual del Contrato de Concesión del Acceso Norte entre el Estado Nacional y la concesionaria AUTOPISTAS DEL SOL S.A., estableciendo que le corresponderá a la señora Vicepresidente de la Nación entender en ello.

Sobre el particular, y en cuanto a la normativa aplicable, cabe destacar en primer término que el Decreto N° 202/17 establece el procedimiento a seguir en el caso de que se presente un “Conflicto de Interés”. En este sentido, dispone que *“Toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado, llevado a cabo por cualquiera de los organismos y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley N° 24.156, debe presentar una “Declaración Jurada de Intereses” en la que deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por alguno de los siguientes supuestos de vinculación, respecto del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, aunque estos no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata:*

a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad...” (artículo 1°).

Ahora bien, *“Cuando de la “Declaración Jurada de Intereses” formulada surgiera la existencia de alguno de los supuestos previstos en los artículos 1° y 2°, el organismo o entidad en cuyo ámbito se desarrolle el respectivo procedimiento deberá aplicar los siguientes trámites y procedimientos:*

(...) d. El funcionario con competencia para resolver y respecto del cual se hubiera declarado alguno de los vínculos precedentemente señalados, deberá abstenerse de continuar interviniendo en el referido procedimiento, el que quedará a cargo del funcionario al que le correspondiera legalmente actuar en caso de excusación...” (artículo 4°).

Finalmente, merece mencionarse que la norma establece que *“Las disposiciones del presente decreto son complementarias a lo establecido en la Ley N° 25.188 y en el artículo 6° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 sobre recusación y excusación de funcionarios.*

La OFICINA ANTICORRUPCIÓN examinará en todos los casos en que deba tomar intervención las posibles violaciones a la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y sus normas complementarias” (artículo 5°).

En este sentido, tal como se señalara supra, la OFICINA ANTICORRUPCIÓN ha considerado en las presentes actuaciones que no se encuentran configurados los supuestos previstos en la Ley N° 25.188, sin perjuicio de concluir que el señor Presidente de la Nación deberá abstenerse de tomar intervención en la firma de la renegociación que nos ocupa.

Es decir que, atento a las manifestaciones vertidas por AUTOPISTAS DEL SOL S.A. en la Declaración Jurada efectuada en cumplimiento del Decreto N° 202/17 (fs. 302/305 del Expte. OCCOVI N° 5463/2016, cuya copia digitalizada se vinculó en el Orden N° 11 del EX-2018-00647608-APN-SIGEN), y a tenor de lo dispuesto en el artículo 4° inciso d) de dicha norma, en consonancia con lo manifestado en las presentes actuaciones por la OA (Orden N° 4), corresponde que el señor Presidente de la Nación se abstenga de intervenir en la cuestión de que se trata. Ello, teniendo en consideración, además, que, tal como se expresa en la parte expositiva del Decreto N° 202/17 *“...constituye un objetivo primordial del Gobierno Nacional, el fortalecimiento de los pilares básicos del sistema republicano y la confianza de los ciudadanos en las*

instituciones”.

Ahora bien, en cuanto al funcionario/a a cargo del cual quedará el asunto, el mentado Decreto establece que será aquel a quien “...*le correspondiera actuar legalmente en caso de excusación*”.

Sobre el particular, el artículo 6° de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus modificatorias dispone que “*La excusación de los funcionarios y empleados se registrará por el artículo 30 del Código arriba citado[7] y será remitida de inmediato al superior jerárquico, quien resolverá sin sustanciación dentro de los CINCO días. Si aceptare la excusación se nombrará reemplazante;...*”.

En el caso, tratándose del Primer Magistrado, no existe una previsión expresa en la Constitución Nacional que se relacione con el caso de marras, mas es dable recordar que la más calificada doctrina ha señalado que “...*cuando hay causal de incompatibilidad en que el Presidente o un ministro decidan una cuestión, procede tanto la excusación como la recusación de éstos. Y en tales casos el procedimiento a seguir es que se resuelva por Decreto del Poder Ejecutivo cuál es el Ministro que debe intervenir interina o sustitutivamente en la cuestión, o que el Presidente delegue el mando a ese solo efecto en el Vicepresidente de la Nación*”.[8]

En tal sentido razones de preservar la máxima transparencia recomiendan en el caso la excusación, siendo por otra parte lo mas razonable que resulte asignada tal función la figura presidencial toda vez que es aquella que por la Constitución Nacional esta llamada a suplir al Presidente de la Nación en caso de impedimento para cumplir su función, agregado que en las particularidades del caso se refuerza por el hecho de no mantener una relación de jerarquía lo que garantiza su total objetividad, independencia e imparcialidad para entender en el asunto.

Por otra parte, y si bien no se trata en el caso de una situación de acefalía del Poder Ejecutivo, que sea la señora Vicepresidente de la Nación quien decida la cuestión resultaría concordante con el régimen de reemplazos previsto en el artículo 88 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL y en la Ley N° 20.972 y sus modificatorias.

-III-

ENCUADRE LEGAL

El PODER EJECUTIVO NACIONAL se encuentra facultado para el dictado del acto que se gestiona en virtud de lo establecido por el artículo 99 inciso 1° de la Constitución Nacional y en el artículo 4° inciso d) del Decreto N° 202 del 21 de marzo de 2017.

En este sentido, deberá reformularse el último Considerando de la medida, agregando la cita de la norma mencionada en último término.

- IV -

CONCLUSIÓN

De compartir el Superior el criterio expuesto, cumplido lo señalado en el Título III del presente dictamen, la medida se encontrará en condiciones de continuar con su tramitación.

En el aspecto técnico formal deberá estarse a lo expresado por nuestra similar de DESPACHO Y DECRETOS en su informe de fecha 21 de junio de 2018 (IF-2018-29726140-APN-DGDYD#SLYT).

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS

EX-2018-23418973-APN-DGD#MTR PEN se excusa de intervenir renegociación ACCESO NORTE AUSOL 22-6

[1] En la Declaración Jurada acompañada se manifiesta tener vínculo con el señor Presidente de la Nación.

[2] “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades;”

[3] “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: (...) b) ser proveedor por sí o por terceros de todo organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones”.

[4] **ARTICULO 14.** — Aquellos funcionarios que hayan tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, tendrán vedada su actuación en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, durante TRES (3) años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

(Artículo sustituido por art. 1° del Decreto N° 862/2001 B.O. 2/7/2001).

[5] **ARTICULO 15.** — En el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el Artículo 13, deberá:

(...)

b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos TRES (3) años o tengaparticipación societaria.

(Artículo sustituido por art. 2° del Decreto N° 862/2001 B.O. 2/7/2001).

[6] “Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

(...) i) Abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil”.

[7] Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

[8] GORDILLO, Agustín A.; “Tratado de Derecho Administrativo”; Tomo 4.1; Ed. Macchi; 4ª. Edición; II-71 y sgtes.

